UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Chapitre de livre 2017

Published version Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La primauté du "droit interne" sur le droit international : à propos de l'initiative de l'UDC sur "l'autodétermination"

Kolb, Robert

How to cite

KOLB, Robert. La primauté du 'droit interne' sur le droit international : à propos de l'initiative de l'UDC sur 'l'autodétermination'. In: Etudes en l'honneur de Tristan Zimmermann : constitution et religion, les droits de l'homme en mémoire. Frédéric Bernard, Eleanor McGregor, Diane Vallée-Grisel (Ed.). Genève : Schulthess éd. romandes, 2017. p. 167–177. (Collection genevoise. Recueils de textes)

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:104659

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

La primauté du « droit interne » sur le droit international : à propos de l'initiative de l'UDC sur « l'autodétermination »

ROBERT KOLB*

I. Position du problème

Il est connu que l'UDC a lancé une initiative ayant recueilli le nombre requis de signatures, et que nous voterons dès lors sur un texte qui nous proposera un certain degré de primauté du droit interne sur le droit international en cas de conflit entre des normes des deux ordres juridiques[1]. Le texte soumis au vote prévoit quatre modifications à la Constitution[2]. Nous voterons notamment pour savoir si des dispositions constitutionnelles l'emporteront, en cas de conflit, sur des normes de droit international. Il n'est pas secret que les initiants visent indirectement surtout deux textes internationaux, qui n'ont guère l'heur de leur plaire : les traités bilatéraux Suisse / UE et la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Or, loin de se borner à prendre dans le collimateur ces deux séries de textes, l'initiative inscrit sa trame sur un plan général. Elle entend ancrer dans le droit suisse une hiérarchie rigide pour tous les cas de conflit décrits.

Cette approche procède d'une idéologie politique et juridique très précise. Dans ses grands traits, on peut la décrire ainsi : le droit constitutionnel interne, démocratiquement légitimé,

---

* Professeur de droit international public à l'Université de Genève.

1 Cette initiative est l'objet de plusieurs articles de doctrine. Voir notamment Andreas AUER, Stellungnahme zur Volksinitiative « Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative) », *Jusletter* 2017 ; ROBERT KOLB, L'initiative de l'UDC sur « l'autodétermination » (« juges étrangers »), *RSDIE* 2016, pp. 567-579 ; HELEN KELLER/RETO WALTHER, Konsequenzen der "Selbstbestimmungsinitiative" für die Wirtschaft, *PJA* 2016, pp. 867-878 ; HELEN KELLER/YANNICK WEBER, Folgen für den Grundrechtsschutz und verfassungsrechtliche Gültigkeit der "Selbstbestimmungsinitiative", *PJA* 2016, pp. 1007-1023 ; Frédéric BERNARD, Libertés fondamentales : la Suisse hors de la CEDH?, in : *Regards de marathoniens sur le droit suisse : mélanges publiés à l'occasion du 20e "Marathon du droit"*, Slatkine, Genève 2015, pp. 299-307.

2 Voici les textes proposés dans les parties qui nous intéressent le plus directement : « Article 5 : 4. La Constitution fédérale est placée au-dessus du droit international et prime sur celui-ci, sous réserve des règles impératives du droit international. Article 56a : 1. La confédération et les cantons ne contractent aucune obligation de droit international qui soit en conflit avec la Constitution fédérale. 2. En cas de conflits d'obligations, ils veillent à ce que les obligations de droit international soient adaptées aux dispositions constitutionnelles, au besoin de dénonçant les traités internationaux concernés. 3. Les règles impératives du droit international sont réservées. Article 190 : Le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et les traités internationaux dont l'arrêté d'approbation a été sujet ou soumis au référendum. Article 197, ch. 12 : A compter de leur acceptation par le peuple et les cantons, les art. 5, al. 1 et 4, 56a et 190 s'appliquent à toutes les dispositions actuelles et futures de la Constitution fédérale et à toutes les obligations de droit international actuelles et futures de la Confédération et des cantons ».

doit se voir accorder un rang hiérarchiquement supérieur au droit international, qui n'est qu'un ensemble de normes adoptées par l'exécutif en collaboration avec de parfois bien obscures puissances étrangères. C'est en plus une question d'autodétermination : il faut pouvoir décider par la consultation du peuple de ce qui sera fait en Suisse ; cette décision ne saurait être limitée par des normes internationales « imposées ». On le note, il y a deux volets dans cette argumentation : la légitimité et l'autodétermination locale. Il faut noter en plus un aspect technique. La Constitution suisse est caractérisée par une mobilité que d'autres constitutions étatiques n'ont pas. L'initiative populaire est susceptible d'y faire pénétrer à tout moment des éléments des plus hétéroclites, potentiellement en conflit avec le droit international. Il y a ici une différence notable avec la pratique juridique d'autres Etats, quand ceux-ci accordent la priorité à des normes constitutionnelles sur des normes internationales. Chez eux, la constitution est « verrouillée » ; elle ne peut être modifiée que par des processus lents et contrôlés par les institutions. Le conflit avec le droit international peut par conséquent y être beaucoup plus savamment dosé et le plus souvent évité.

Le but des quelques lignes suivantes n'est pas de décortiquer dans le détail les problèmes issus des rapports de système (droit interne / droit international) ni de s'engager dans une analyse serrée de l'initiative. Ne seront mis en exergue que quelques aspects du problème pour éclairer le débat. Il sied aussi de dire que l'objectif de ces lignes n'est pas de se placer sur un terrain idéologique et de dire tout le mal qu'un internationaliste pense de solutions par trop « nationalistes » ou « nationales ». Nous laissons ce créneau à d'autres. Le but est plutôt de considérer le problème sous l'angle de la technique juridique et de voir quelles conséquences juridiques (et en partie aussi politiques) l'adoption d'une telle initiative aurait dans le droit positif. Un bilan pourra alors être dressé et il sera possible de dire si la voie choisie par l'initiative est idoine ou si elle ne l'est pas, au regard de l'objectif visé.

Avant de procéder à cette analyse juridique, quelques réflexions sur l'idéologie dont procède l'initiative – telle que notée plus haut – s'imposent. En premier lieu, est-il adéquat de dire que le droit interne doit l'emporter en fonction d'une prétendue « légitimité démocratique » supérieure ? Y aurait-il place, en quelque sorte, pour l'adage 'le droit plus légitime l'emporte sur le droit moins légitime' ? Serait-ce raisonnable d'en faire une nouvelle norme du droit suisse, limitée certes aux rapports droit interne / droit international ? On peut noter d'abord que même en droit interne ce principe de légitimité normative n'est pas d'application générale. En effet, la norme constitutionnelle est située au sommet de la hiérarchie normative et jouit de la légitimité démocratique suprême. Pourtant, elle ne l'emporte pas généralement en cas de conflit avec une norme de la loi ordinaire. Pour que cette primauté soit assurée, il faudrait qu'existent des procédures aptes à assurer la sanction de la primauté. C'est le cas seulement si des tribunaux ont reçu la compétence soit d'annuler des lois inconstitutionnelles, soit de ne pas les appliquer dans un cas concret. Par rapport aux lois fédérales, ce n'est pas le cas en Suisse. C'est dire que le principe de primauté en fonction de la légitimité y subit une limitation. Elle est tempérée dans notre ordre juridique parce que le même peuple vote dans le cadre de la constitution et de quelques lois, par les initiatives d'un côté et le référendum de l'autre. Les lois soumises au référendum sont toutefois d'un nombre très limité. En plus, il y a tout de même certaines différences, par exemple relativement à la double majorité du peuple et des cantons.

Mais ce n'est évidemment pas tout. Il va de soi qu'aucune règle internationale ne peut, par sa nature même, présenter la même légitimité démocratique que certaines règles internes. Il en est ainsi parce qu'il n'existe pas de corps politique international, qui pourrait assurer un vote des peuples du monde. Pour qu'il en soit autrement, il faudrait une organisation internationale voisine d'un Etat mondial. Ce n'est pas polémique que de noter que ceux-là mêmes qui plaident pour la primauté du droit interne résistent farouchement à un tel internationalisme renforcé, parce qu'il supposerait la cession d'une part insigne de souveraineté. En somme, plaider pour la primauté du droit interne sur cette base de légitimité, c'est quelque part piper le concours en exigeant l'impossible, c'est infliger dans tous les cas décrits une défaite au droit international.

Que reste-t-il de l'obligation internationale ? Aucun Etat ne pourrait plus s'engager de manière crédible sur le plan des relations interétatiques. Son engagement serait toujours entrepris « sous réserve » du droit interne contraire, constitutionnel ici, mais peut-être aussi légal, comme on le verra plus loin (*infra*, III). L'extrême précarité de l'obligation internationale la rendrait juridiquement inexistante : il suffirait de passer un acte interne contraire pour s'en défaire. Le droit international serait à la merci d'une primauté contraire du droit interne pouvant surgir à chaque instant. Au fond, les Etats ne se promettraient que de s'engager à faire en sorte que l'obligation internationale puisse autant que possible être maintenue. Ce n'est pas là ce qu'exige *pacta sunt servanda* : on ne s'y engage pas de faire un effort de maintenir l'engagement ; on s'engage tout court et de manière contraignante[3]. A bien y regarder, la solution « interniste » ne permet pas une coopération juridique internationale digne de ce nom, et ce à une époque où celle-ci est de plus en plus nécessaire dans une gamme très étendue de questions.

Vient ensuite le deuxième argument : « l'autodétermination » locale. Il est manifeste que le droit international et le droit interne doivent coopérer. Ce faisant, ils doivent respecter leur sphère d'action respective. Le droit international ne gagne pas à s'immiscer excessivement dans les affaires intérieures et à vouloir « juridifier » des choix qui doivent relever de processus politiques changeants. Et il est vrai que le droit des droits de l'homme, notamment dans l'interprétation d'opérateurs militants, franchit par moments largement le Rubicon, à travers une farandole excessive d'obligations positives, d'interprétation hardies ou de droits de deuxième, voire de troisième génération, voués à être imposés au processus politique local. La critique est ici justifiée.

Inversement, toutefois, le droit interne ne doit pas viser à empiéter excessivement sur les sphères du droit international et de la coopération indispensable entre Etats. L'autodétermination locale prise au sens de la campagne de l'UDC ne peut pas prétendre étouffer la nécessité d'ententes internationales et les moyens idoines d'y parvenir. A cet égard, il faut se rappeler que le droit international est plus que toute autre branche juridique, et de très loin, un droit issu de l'assentiment des sujets qui y sont assujettis. Etant donné que le droit international régit une société paritaire d'entités souveraines, sa structure normative est « plate »[4] : il n'y a pas de législateur qui imposerait des règles hétéronomes ; il y a l'Etat qui choisit de ratifier un traité ou qui pratique avec une opinion de droit un comportement donné. C'est dire que cet ordre juridique entame moins que tout autre « l'autodétermination » locale. Il est très largement basé sur la libre adhésion de ses sujets. Savoir dans quelle mesure l'assentiment à la norme internationale, qui est l'œuvre de l'exécutif, doit être contrôlé par les organes législatifs démocratiquement légitimés, relève d'une question que le droit international laisse au droit interne. Et à cet égard aussi, on le voit, il n'aliène nullement le libre choix d'un régime interne, y compris en fonction des souhaits de la population locale.

Au total, il apparaît que les deux aspects idéologiques mis en avance par les initiants sont avant tout des slogans et des images d'Epinal, qui en appellent à un certain imaginaire et permettent de combattre une bataille politique. Dans une large mesure, ils ne sont pas solidement ancrés dans les faits de la technique juridique.

---

[3] Voir l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969.

[4] Voir les réflexions très articulées de GIUSEPPE BARILE, La structure de l'ordre juridique international, Règles générales et règles conventionnelles, *RCADI*, vol. 161, 1978-III, pp. 9 ss.

II. Problèmes généraux liés aux rapports de système

La primauté du droit interne sur le droit international (dans les limites décrites plus haut), sanctionnée par une norme de droit constitutionnel suisse, créerait notablement plus de problèmes qu'elle n'en résoudrait. Avant de les serrer de plus près, il sied de remarquer que la norme constitutionnelle promue par l'UDC n'aurait pas nécessairement l'effet juridique escompté par ses promoteurs. En tant que norme constitutionnelle, elle entrera elle-même en conflit, dans un cas donné, avec des normes internationales[5] et avec d'autres normes de la constitution écrite ou non écrite. Or, les autorités appelées à trancher le conflit, notamment le Tribunal fédéral, dans la mesure où elles reconnaîtraient que la règle de « primauté du droit international », qu'elles appliquent dans la pratique depuis fort longtemps[6], possède elle-même un rang constitutionnel[7], seraient confrontées à deux normes constitutionnelles de même rang. Faudrait-il appliquer en priorité la norme plus tardive, en vertu de l'adage la *lex posterior* ? Ce n'est pas sûr.

Dans sa jurisprudence récente, le Tribunal fédéral semble suggérer qu'il pourrait donner la priorité à la première, relative à la primauté du droit international[8]. En effet, il n'est pas exclu de considérer qu'à l'intérieur de la Constitution il y a des normes prioritaires par rapport à d'autres. Et de toute manière, en cas de collision insoluble entre de telles normes, il faudra choisir. D'un côté, il est possible de dire que la règle sur la primauté du droit international doit prévaloir parce qu'elle seule maintient le caractère contraignant du droit international et permet à la Suisse de respecter ses engagements, ainsi que de rester internationalement crédible. En d'autres termes, il n'est pas arbitraire d'éviter un empiétement excessif du droit interne sur le droit international. D'un autre côté, il est également possible de dire que la norme constitutionnelle sur la primauté du droit interne doit l'emporter parce que le peuple se serait expressément prononcé sur la question alors que la règle sur la primauté du droit international n'est par ailleurs qu'implicite dans la Constitution. On le voit, le critère de la *lex*

---

5 Tel pourrait être le cas aussi de la norme constitutionnelle de mise en œuvre de l'initiative sur « l'immigration de masse » adoptée le 9 février 2014 ; une fois rendue applicable par la législation y afférente, elle pourrait contredire l'accord Suisse / UE sur la libre circulation des personnes.

6 Voir par exemple ATF 122 II p. 486 *S. c. Office fédéral de la police* (1996) ou *RSDIE*, vol. 7, 1997, p. 647.

7 Le principe appliqué par la TF a en effet un tel rang. La Constitution écrite ne contient pas une norme explicite en ce sens. Toutefois, il est possible de la déduire de l'article 5, § 4, de la Cst., qui prévoit que la Confédération et les Cantons respectent le droit international. Cf. BERNHARD EHRENZELLER/BENJAMIN SCHINDLER/RAINER J. SCHWEIZER/KLAUS A. VALLANDER (éds), *Die schweizerische Bundesverfassung, St.Galler Kommentar*, 3ème éd., Schulthess, Zurich/Bâle/Genève 2014, pp. 129 ss.

8 ATF 142 II 35. L'article de KATHARINA FONTANA dans la *NZZ* du 30 janvier 2016, p. 18, sous le titre tendancieux « der Volkswille spielt keine Rolle », n'éclaire qu'un aspect des choses. Le Tribunal fédéral ne méconnaît pas simplement la volonté du peuple, relative en l'occurrence à l'initiative sur l'immigration de masse. Le peuple a en effet aussi voulu la Constitution, avec ses règles sur le traitement du droit international, en l'adoptant par un vote, et à très large majorité d'ailleurs (ce qu'on ne peut pas dire de l'initiative sur l'immigration de masse). Prétendre que le Tribunal fédéral limite de plus en plus l'autonomie du Parlement relève aussi d'une optique tronquée. Tant que la norme internationale subsiste, l'autonomie du Parlement est à son égard en effet quelque part limitée (malgré la jurisprudence très généreuse dite *Schubert*). Toutefois, le Parlement peut demander que le traité international soit dénoncé, ce qui restaurera sa liberté d'action totale. Quand on s'est engagé internationalement, on n'a plus la même liberté qu'avant – c'est un truisme, car s'il n'en était pas ainsi, on ne se serait pas engagé internationalement ! L'individu qui conclut un contrat n'a pas non plus la même liberté qu'avant, tant qu'il ne l'a pas dénoncé : il doit payer son loyer, il ne peut plus affecter cet argent à autre chose. Prétendre qu'il en serait autrement pour l'Etat, parce qu'il est, contrairement à l'individu, souverain, c'est tout simplement plaider l'inexistence du droit international en tant qu'ordre juridique contraignant. Il est regrettable qu'une juriste d'un journal aussi sérieux que la NZZ se laisse aller à de telles simplifications, plutôt que d'informer sur les vraies dimensions du problème.

posterior n'est en tout cas pas le seul possible ; il y a d'autres considérations ; et il est impossible de prévoir dans quel sens le Tribunal fédéral irait. La technique juridique lui permet les deux solutions, les deux primautés. Le choix ultime est hors du droit positif ; il est situé dans la politique juridique. En somme, le vote ne disposera pas *eo ipso* de toute la question. Il y aurait un deuxième *round*, comme si souvent dans les initiatives « robustes » de ces derniers temps. Le temps de la mise en œuvre concrète n'est pas le temps des promesses tonitruantes. Faut-il d'ailleurs réellement le rappeler ?

Il sied désormais de mentionner une série de problèmes que l'adoption d'une initiative sur la « primauté du droit interne suisse » (dans les proportions indiquées *supra*) ne manquerait pas de charrier. Les problèmes sont multiples ; et ils sont graves. Il y a quatre problèmes fondamentaux. Et il y a quelques problèmes importants liés à la formulation de l'initiative. Voyons d'abord les premiers avant de nous tourner vers les seconds.

1) En premier lieu, la primauté du droit interne n'offre qu'une solution illusoire, et en tout cas aucune solution durable. En effet, il ne s'agit que de « primauté » : une norme l'emporte sur une autre dans un cas donné. Toutefois, la norme internationale sacrifiée reste en vigueur pour la Suisse. En d'autres termes, nous continuons à être liés par elle, qui continue à contraindre la Suisse. C'est dire qu'en donnant la priorité au droit interne, la Suisse viole concomitamment l'obligation internationale. Du point de vue du droit international, c'est-à-dire des relations interétatiques, elle encourt la responsabilité internationale pour ce fait internationalement illicite. Ce fait illicite est de surcroît de nature continue[9]. Il persiste aussi longtemps que la législation contraire du droit interne reste en vigueur et est appliquée prioritairement. C'est dire que la Suisse s'expose sur une base continue aux conséquences de la responsabilité internationale. Ces conséquences comprennent le devoir de restitution, de réparation (qui peut être pécuniairement sensible) et la faculté de la partie lésée d'adopter des contre-mesures (représailles). Dans ce dernier volet, il sera difficile de savoir d'avance dans quel domaine les Etats lésés pourront prendre des contre-mesures. Il se pourrait qu'ils le fassent dans des domaines importants et sensibles pour notre pays. Il s'ensuivrait en tout cas une grande insécurité juridique et l'augmentation des rapports de force.

Il faut aussi rappeler que dans la mesure où existent des mécanismes de règlement pacifique des différends auxquels la Suisse a souscrit, et c'est le cas par exemple pour la compétence de la Cour internationale de Justice en vertu de l'article 36, § 2, du Statut de la Cour, la condamnation de notre pays sera certaine. En effet, la règle de la « primauté du droit international sur le droit interne » est une règle absolue en droit international public. Elle y est appliquée sans exception aucune[10] ; la norme internationale l'emporte y compris sur la norme constitutionnelle étatique[11]. L'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT) de 1969 reflète cette règle coutumière nettement assise[12] : « Une partie [à un traité] ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité ». Les dispositions de son droit interne, affirme ce texte : *toutes* les dispositions de son droit interne. C'est une règle dont on a pu justement dire qu'elle est parmi les plus solidement

---

9 Sur les violations continues, cf. ROBERTO AGO, Septième Rapport sur la responsabilité des Etats, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1978-II/1, §§ 28 ss.

10 Voir par exemple CPJI, affaire des Communautés gréco-bulgares (avis consultatif, 1930, sér. B, no 17, p. 32 ; CIJ, affaire de l'*Obligation d'arbitrage* (avis consultatif), *Recueil*, 1988, p. 34-35.

11 Voir par exemple CPJI, affaire du *Traitement des nationaux polonais à Dantzig* (avis consultatif, 1932), sér. A / B, no 44, p. 24 ; et affaire du *Montijo* (1875) : "[A] treaty is superior to the constitution, which has to give way. The legislation of the republic must be adapted to the treaty, not the treaty to the laws" (H. LA FONTAINE, *Pasicrisie internationale*, *1794-1900*, Stämpfli, Berne 1902, p. 217).

12 Cf. ANNEMIE SCHAUS, « Article 27 », dans : OLIVIER CORTEN/PIERRE KLEIN (éd.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary*, vol. I, OUP, Oxford 2011, pp. 688 ss.

ancrées dans le droit international[13]. En effet, si elle n'existait pas, le droit international cesserait d'être contraignant pour les Etats : il suffirait de passer *ad libitum* un acte de droit interne afin de se libérer d'une obligation gênante. Etant donné que le droit international est respectueux de la souveraineté intérieure des Etats, il n'impose ladite règle toutefois que dans les rapports interétatiques. Dans le droit interne des Etats, la règle ne s'applique pas. Les Etats peuvent donc s'écarter de la primauté du droit international dans la mesure où ils le souhaitent. Mais s'ils le font, ils encourent la responsabilité internationale, avec les conséquences décrites. Jadis et encore naguère, les organes internationaux veillaient souvent à ce que l'Etat responsable ne soit pas nécessairement obligé de restituer intégralement le *status quo ante*, quand sa législation interne l'en empêchait ; le payement d'une somme de dommages à l'Etat lésé suffisait très souvent. Actuellement, les cas où des organes internationaux insistent sur la restitution, qui est la modalité de principe de la réparation[14], augmentent[15]. Il n'est donc pas exclu que la Suisse soit condamnée à modifier sa législation interne pour la mettre au diapason de la norme internationale. Les conflits que nous vivons dans le cadre de la mise en œuvre de l'initiative sur l'immigration de masse risquent donc de se multiplier. Les problèmes sont ainsi magnifiés et les solutions deviennent aléatoires. On peut douter qu'une ligne de conduite de ce type, avec les résultats qu'elle produit, soit très bien choisie. Cela apparaît encore plus nettement quand l'on se rappelle que la Suisse n'est pas une grande puissance qui pourra faire plier les cocontractants dans le jeu de muscles inévitable à ce type de situations.

2) En deuxième lieu, l'adoption d'une norme qui signalerait aux autres Etats que la Suisse donnera *systématiquement* la priorité à certaines portions librement modulables du droit interne, créera des problèmes manifestes dans notre pratique internationale, notamment dans le contexte de la conclusion des traités. La Suisse ne sera plus un partenaire fiable. Elle se réservera unilatéralement et ouvertement le droit de prendre des libertés par rapport au principe fondamental du droit des traités, à savoir *pacta sunt servanda*. Ce fait ne restera pas sans conséquences, politiques et juridiques. La crédibilité de la Suisse comme partenaire d'accords sera écornée. La méfiance légitime des cocontractants prendra forme et figure et finira par prévaloir toujours plus. Cette méfiance aura deux conséquences juridico-politiques immédiates. D'abord, les Etats étrangers s'immisceront plus largement dans nos affaires internes. Ils demanderont des informations, ou s'en procureront, relativement à l'état de notre législation, sur les projets visant à la modifier, etc.

L'une des raisons pour lesquelles l'article 46 de la CVDT de 1969 prévoit qu'une violation du droit interne sur la conclusion des traités ne peut normalement pas être invoquée pour invalider le traité est précisément que les Etats craignaient qu'une règle inverse n'aboutisse à une méfiance généralisée et pousse les cocontractants à « mettre leur nez » dans les affaires touchant à la législation interne[16]. Il n'est paradoxal qu'à première vue qu'un texte d'initiative populaire qui cherche à renforcer l'autonomie interne puisse avoir comme conséquence d'affaiblir exactement cette sphère interne. En plus, les cocontractants ne s'arrêteront manifestement pas à des prospections concernant l'état du droit suisse existant. Ils demanderont des garanties pour assurer leur position juridique en cas de mésaventure, c'est-à-dire d'application de la norme sur la priorité du droit interne. Conclure des accords deviendra dès lors notablement plus difficile et plus onéreux pour la Suisse, car elle devra souvent assumer de plus ou moins lourdes garanties avant que d'autres Etats consentent à

---

13 Cf. ROBERTO AGO, Troisième Rapport sur la Responsabilité des Etats, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1971-II/1, §§ 86 ss.

14 Voir JAMES CRAWFORD, *State Responsibility*, Cambridge University Press, Cambridge 2013, p. 506 ss. Sur les difficultés pouvant s'ensuivre avec des normes de droit interne contraires, cf. IAN BROWNLIE, *State Responsibility*, Clarendon Press, Oxford 1983, p. 222.

15 Pour la Cour européenne des droits de l'homme, voir notamment GIULIO BARTOLINI, *Riparazione per violazione dei diritti umani e ordinamento internazionale*, Jovene, Naples 2009.

16 Voir THILO RENSMANN, « Article 46 », dans : OLIVER DÖRR/KIRSTEN SCHMALENBACH (éd.), *Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary*, Springer, Berlin/Heidelberg 2012, p. 779.

conclure des traités avec elle. Là encore, cet effet collatéral ne pourra plaire qu'à ceux qui se réjouissent d'isoler ce pays internationalement. Pour tous les autres, cet effet est plus que malvenu. La crédibilité de notre politique étrangère serait entamée sur un pan non négligeable de nos relations internationales.

3) En troisième lieu, la Suisse aurait les plus grandes difficultés à s'opposer à d'autres Etats, quand ceux-ci pratiquent à son détriment et de manière ponctuelle une primauté du droit interne sur le droit international. Il ne faut pas oublier que de nombreux capitaux suisses sont investis à l'étranger. Il est en conséquence fréquent que des traités d'investissement soient conclus ou des sentences arbitrales soient rendues à leur égard, prévoyant des obligations internationales d'Etats concessionnaires. Il arrive parfois que tel ou tel Etat soit tenté de refuser d'honorer ces obligations envers la Suisse en s'en référant à son droit interne. Il va de soi que politiquement et juridiquement la Suisse ne pourra s'opposer avec succès à cette argumentation que si elle ne pratique pas elle-même une telle primauté interne, et ce même sur une plus grande échelle encore. Si, au contraire, elle s'adonne à cette primauté du droit interne, elle sera entenaillée dans la réciprocité – bien au-delà des affaires d'investissement d'ailleurs – et le cas échéant dans des arguments d'estoppel (forclusion). On fera donc bien de ne pas adopter une norme générale sur la primauté du droit interne mais d'opérer au cas par cas, comme l'a fait jusqu'ici le Tribunal fédéral sous la bannière de la célèbre jurisprudence *Schubert*[17]. L'une des erreurs les plus fréquentes en politique étrangère, qui se manifestent notamment dans les consultations populaires, est de croire que l'on peut la faire comme le vote d'un budget local[18]. En d'autres termes : la faire libre de toute contrainte. On oublie que le budget ne concerne que des rapports internes et qu'il est donc possible, en effet, d'en disposer librement (sauf dans le cas où l'on appartient à une organisation supranationale à convergence économique). La politique étrangère concerne quant à elle aussi les autres Etats. Ces autres Etats ne seront pas passifs comme des « sitting ducks ». Ils réagiront pour protéger leurs intérêts et leurs droits. C'est dire que l'espace international est dominé par la réaction, la réciprocité, les représailles ; et le cas échéant par les rapports de force. Si la Suisse était une grande puissance, on pourrait discuter de ce qu'elle aurait potentiellement à y gagner. Ne l'étant pas, elle ne risque que d'y perdre.

4) En quatrième lieu, il faut admettre que la règle prônée par l'initiative est myope et disproportionnée. En réalité, il s'agit de combattre, par son truchement, quelques traités très peu nombreux, à savoir les Bilatérales avec l'UE et la CEDH. Mais ce n'est là qu'une proportion infime des traités en vigueur pour la Suisse. En 2016, la Suisse est liée par approximativement 5000 traités[19]. Or, on ne légifère pas par une norme générale, qui frappera potentiellement d'innombrables autres conventions et traités, sans qu'on ne sache où et quand, rétroactivement et prospectivement, et pour ainsi dire sans discrimination. On ne saurait étendre une telle norme pathogène au-delà d'un cercle très restreint de textes. L'initiative ne le fait pas. Elle lui donne cette valeur générale qu'elle ne doit pas avoir. Il faut s'empresser d'ajouter que même pour les Bilatérales et la CEDH la voie choisie par l'initiative est mauvaise, et ce pour toutes les raisons déjà évoquées.

Quelle serait alors la meilleure voie pour aboutir au résultat souhaité par les initiants ? Manifestement, c'est parfois celle de la dénonciation (retrait) des conventions en cause. Une

---

17 ATF 99 Ib pp. 39 ss.

18 Voir H. Nicolson, *Diplomatie*, Neuchâtel, 1945, p. 80 : « [L'] électeur moyen ne se rend pas encore compte que les affaires étrangères sont des affaires *étrangères*, c'est-à-dire ne concernant pas les seuls intérêts nationaux mais aussi les intérêts d'autres pays. Il s'imagine qu'une politique étrangère est faite à peu près comme un budget ou un projet de loi sur l'éducation. […] Il ne lui vient pas à l'idée que pour qu'une politique [étrangère] puisse se montrer efficace, il faudrait d'abord consulter d'autres pays dotés d'armements, d'intérêts et de préjugés tout aussi puissants » (italique dans l'original).

19 Information de M. Claude Schenker, Chef suppléant de la Section des traités, DFAE, Direction du droit international public, courriel du 15 mars 2016.

initiative pourrait proposer qu'on dénonce les Bilatérales ou la CEDH. Le peuple pourrait alors se prononcer sur cet objet et peser le pour et le contre. S'il accepte de dénoncer, la norme internationale est éteinte et les conséquences fâcheuses décrites ci-dessus ne se réalisent pas. Certes, l'UDC n'ose pas (encore) s'attaquer de front à ces textes, car il craint que le peuple ne vote pas la dénonciation. Il tente donc d'obtenir le résultat qu'il souhaite, qui est de réduire à quia ces textes, par une voie détournée. Cette voie inflige de graves dommages à l'ordre juridique international et à la position de la Suisse à l'égard de cet ordre juridique. C'est la raison pour laquelle il faut dire qu'elle n'est pas la bonne voie. Il en existe d'autres, qui aboutissent au résultat souhaité sans ces graves dommages collatéraux. C'est donc ces autres voies qu'il faut parcourir. Il sied d'ajouter que la Suisse négocie toujours des clauses expresses de dénonciation dans des traités qu'elle signe. C'est dire que dans la grande majorité de textes auxquels nous adhérons, la possibilité d'une dénonciation existe. C'est le cas des Bilatérales et de la CEDH[20]. On pourra certes regretter que le peuple puisse décider de se défaire de la CEDH ; on pourra estimer que c'est une régression et un mauvais signal ; on pourra dire qu'il est disproportionné de se libérer de ce texte au vu de quelques décisions éparses de la Cour de Strasbourg qui font scandale dans la presse. Mais c'est là le vrai domaine de « l'autodétermination » du peuple. On ne peut pas le lui ravir. La question de savoir si l'on veut ou on ne veut pas rester partie à un traité relève de la politique. Elle est donc un objet propre au vote.

III. Problèmes spécifiques liés à la formulation du texte

Il reste à cette place à évoquer quelques défauts du texte sur lequel nous serons amenés à voter. Il y en a beaucoup.

1) D'un point de vue général, les textes soumis au vote brillent par une notable absence de clarté ; ils soulèvent toute une série de problèmes mal maîtrisés. L'ambivalence est leur pavillon de combat mais aussi leur grande faiblesse juridique. Par exemple, le terme 'conflit d'obligations' contenu dans l'article 56a, § 2, est incertain. On notera qu'il ne s'agit apparemment pas d'un conflit de *normes*, mais d'un conflit concernant une situation juridique subjective particulière, à savoir les *obligations* en cause. Or cela ouvre la voie à une gamme de 'conflits' très larges : tous les conflits issus de positions juridiques dérivées y sont inclus. Si l'on s'attache littéralement au texte, une décision de la Cour de Strasbourg en vertu de la CEDH, contraire à une obligation constitutionnelle quelconque, mènerait de fait à un devoir de dénonciation de la Convention elle-même ; une décision du Conseil de sécurité des Nations Unies contraire à une obligation constitutionnelle nous forcerait à dénoncer la Charte des Nations Unies ; etc. Si le conflit avait été limité au droit objectif, c'est-à-dire aux normes, le domaine de la règle aurait pu être quelque peu restreint. Mais est-ce bien là le sens, tel que nous l'avons exposé, qu'il convient de donner au terme 'conflit d'obligations' dans l'article 56a ? Ce n'est pas sûr. On voit déjà d'aucuns, en cas de succès de l'initiative, invoquer avec force la volonté populaire. Or une telle volonté est simplement inexistante sur des questions juridiques d'une telle subtilité. Qui songe à faire une différence entre le droit objectif et les droits subjectifs dans les cafés de commerce ?

2) Ensuite, on peut noter que l'article 56a[21] ouvre la voie à des situations pour le moins malvenues. Il sera possible, en adoptant une norme constitutionnelle interne quelconque, qui

[20] Voir par exemple l'article 58 de la CEDH de 1950.

[21] Pour rappel, voici le texte : 1. La confédération et les cantons ne contractent aucune obligation de droit international qui soit en conflit avec la Constitution fédérale. 2. En cas de conflits d'obligations, ils veillent à ce

directement ou même indirectement contrevient à l'une des très nombreuses positions juridiques garanties par la CEDH (ou tout autre traité), de forcer de fait et de droit la Confédération à dénoncer ce traité, sans que la question de la dénonciation ne soit directement mise sur la table et que le peuple ne se soit prononcé à son égard. La technique est déjà éprouvée : on vote sur l'initiative « immigration de masse » sans dire qu'il faudra dénoncer les Bilatérales ; et on prend le risque d'y aboutir, encore plus avec le texte proposé par l'article 56a qu'avec le droit en vigueur en ce moment. Mais on y aboutit de biais et de manière biaisée : a-t-on demandé au peuple s'il voulait *cette dénonciation* ? Non pas.

D'un autre côté, suggérer que la Confédération sera en pouvoir de renégocier des traités multilatéraux pour faire plier tous les cocontractants aux vœux idiosyncrasiques de la Suisse n'est pas plus qu'un leurre. La CEDH et bien d'autres traités ne seront pas ainsi renégociés. Or, selon le texte de l'article 56a, il faudra dans le cas prospecté dénoncer le traité, sans autre choix. Le texte contient les termes « au besoin en dénonçant… ». Cela connote l'idée que si une mise en harmonie du droit international et du droit interne n'est pas possible, la dénonciation s'impose. Ou alors faut-il interpréter les termes « au besoin » comme ouvrant une faculté discrétionnaire aux autorités ? On le voit mal, mais le texte est ambivalent sur ce point aussi. On notera d'ailleurs que les termes de l'harmonisation sont inversés : l'obligation du droit international requiert que les Etats mettent leur droit interne au diapason des exigences de la norme internationale qu'ils ont adoptée ; l'initiative requiert l'opposé, à savoir que la norme internationale soit mise en harmonie du droit interne. Il y a là en quelque sorte une projection hégémonique du droit suisse *uti universi* : les autres devraient se plier à notre conception des choses ou se voir éteindre leurs droits. Que dire si chaque Etat du monde adoptait les normes prévues par l'initiative de l'UDC : un joli chaos unilatéraliste ; une tour de Babel sans issue ; Kafka et Beckett réunis !

Ce qui précède revient aussi à dire que l'UDC aurait quelque part en mains une dénonciation de la CEDH ou de tout autre traité sans montrer pavillon : il suffirait de lancer une initiative qui contient quelque part une norme incompatible avec le traité pour forcer la Confédération à sa dénonciation. Avec la norme contenue dans l'article 56a, nous aurions probablement déjà dû dénoncer la CEDH au moins à deux reprises, lors de l'initiative sur les minarets et lors de celle sur l'internement à vie[22]. Mais est-ce proportionné ? Si la contrariété porte sur une disposition de détail, faut-il « tuer » tout le lien conventionnel dans chaque cas où il n'est pas possible d'obtenir une révision du traité ? Dans certains cas oui, dans d'autres toutefois non. Or la disposition de laisse pas de souplesse à cet égard. Elle ne permet pas de procéder au cas par cas, comme il faudrait pouvoir le faire. Au contraire : la hache prend la place du scalpel. Il faut ajouter que si la disposition constitutionnelle est compatible avec le traité (par exemple avec la CEDH) au moment de son adoption, mais devient contraire à cette norme par la suite, à cause d'une évolution du droit international, il faudra là encore dénoncer le traité. Mais ici encore à plus forte raison : pourquoi le peuple ne se prononcerait-il pas expressément sur une décision aussi grave ? Pourquoi un tel conflit, dont il ne pouvait avoir connaissance, devrait-il emporter automatiquement de telles conséquences ? Tout cela n'est pas bien raisonnable.

Ajoutons que le texte ne dit rien sur les traités internationaux qui ne peuvent pas être dénoncés (voir l'article 56 de la CVDT, 1969). Ne pouvant les dénoncer et ne pouvant, le cas échéant les renégocier, la Suisse serait obligée soit de chercher une autre cause d'extinction du traité (articles 54 et suivants de la CVDT, 1969) ou de rester en permanence en violation de la norme internationale, avec des conséquences de responsabilité internationale – tout cela sans

que les obligations de droit international soient adaptées aux dispositions constitutionnelles, au besoin de dénonçant les traités internationaux concernés. 3. Les règles impératives du droit international sont réservées.

22 D'autres cas peuvent paraître encore plus graves : si le Conseil de sécurité adopte des mesures ou des sanctions en vertu de l'article 41 de la Charte des Nations Unies qui seraient incompatibles avec une disposition de la Constitution suisse, faudrait-il automatiquement dénoncer la Charte des Nations Unies, même sans tenir compte du fait que ces mesures ou sanctions sont temporaires et que le conflit avec la Charte est donc appelé à s'effacer dans l'avenir ? Il semblerait que cela soit le cas, si l'on prend le texte littéralement.

issue, dans un enfer de Sisyphe. On notera aussi, au passage, que le § 1 de l'article 56a ne précise pas quelle est la sanction si la Confédération ou les cantons contractent une obligation de droit international en conflit avec la Constitution fédérale. La nullité du traité ? Ce serait contraire aux normes internationales sur les traités, qui ne permettent une invalidation que dans des cas très étroitement définis (article 46 de la CVDT, 1969). Plus probablement la sanction serait que les obligations de droit constitutionnel l'emportent en cas de conflit[23]. C'est ce que suggère la séquence des paragraphes. Le texte n'est toutefois pas clair et comporte de ce point de vue une lacune non entièrement anodine.

3) L'article 190[24] est gravement défectueux. Quatre problèmes majeurs doivent être soulignés. En premier lieu, le critère du référendum est arbitraire. L'obligation internationale est identique pour tous les traités et la très grande majorité des traités ne sont pas soumis au référendum. De plus, ce dernier ne concerne que le droit interne suisse ; il n'a pas à être projeté sur l'espace international au détriment de nos cocontractants. Il faut rappeler que la pratique de soumission de traités au référendum est tout sauf unitaire. Par exemple, dans le contexte d'accords-standard, on soumet parfois au référendum le premier de ces traités et non les autres, de contenu similaire ou identique. L'article 190 aboutirait à arbitrairement reconnaître une valeur juridique supérieure à l'un de ces traités par rapport à tous les autres. Par ricochet, il pousserait probablement à soumettre le plus grand nombre de traités au référendum pour éviter une telle discrimination malvenue et insensée. Une telle dérive ne ferait pas de sens et serait de surcroît très coûteuse pour les finances publiques.

En deuxième lieu, la pratique sur la soumission des traités au référendum a changé dans le temps. Dans le passé, on soumettait moins de traités au référendum. Ainsi, la CEDH, et même les Conventions de Genève de 1949 sur le droit international humanitaire (avec ses protocoles additionnels), parmi d'autres, n'ont pas été soumis au vote populaire. Or, l'article 197, ch. 12, instaure en la matière une rétroactivité. Il soumet à la distinction contenue dans l'article 190 non seulement les textes « futurs » mais aussi les textes « actuels ». Faudra-t-il alors rétroactivement soumettre au référendum ces textes pour leur assurer la force juridique prévue par l'article 190 ? Et si on ne le fait pas, ces textes deviennent-ils des traités de seconde catégorie ? Comme on le voit, le critère du référendum n'a rien à voir avec l'importance de ces textes. Il dépend en réalité du hasard.

En troisième lieu, on notera que le droit coutumier international, qui contient tout de même des obligations éminentes pour les Etats, est complètement en dehors de cette disposition. Manifestement, il ne peut jamais être soumis au référendum, car il n'est pas adopté à travers un acte écrit. C'est reléguer tout le droit coutumier international dans une catégorie de bas-fonds – mais il faut avouer que des conflits entre des positions juridiques de droit coutumier international et la Constitution suisse seront rares. Les mêmes considérations valent pour d'autres sources de droit international mineures, comme les actes unilatéraux normatifs, par exemple une promesse.

En quatrième lieu, et c'est très grave, l'article 190 affirme que le Tribunal fédéral et les autorités « sont tenus d'appliquer » les lois fédérales et les traités soumis au référendum ; *a contrario*, cela revient peut-être à impliquer que ces autorités « ne sont pas tenues » d'appliquer les autres traités ou positions de droit international, ou pour le moins qu'elles ne sont pas tenues de les appliquer de la même manière et avec la même force. Ici, la primauté du droit interne pourrait prendre des proportions bien plus amples que ne le suggère l'article 5, § 4, avec sa mention du seul droit constitutionnel. En particulier, un traité international non soumis au référendum ne lierait dès lors peut-être pas le Tribunal fédéral, s'il est contraire à une loi fédérale, notamment, le cas échéant, si cette dernière a été votée par le peuple.

[23] L'article 5, § 4, peut aussi être invoqué à cet effet : « La Confédération et les cantons respectent le droit international ».

[24] Pour rappel, voici le texte : Le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et les traités internationaux dont l'arrêté d'approbation a été sujet ou soumis au référendum.

Alternativement, il n'est pas exclu que les traités non soumis au référendum puissent être soumis à un contrôle de constitutionnalité, avec primauté de la constitution. Quand l'on songe au fait qu'un grand nombre de conventions de droit international privé, qui concernent les individus dans leur vie quotidienne, ne sont pas entièrement en harmonie avec le droit interne suisse, et qu'on imagine que ce dernier aurait une priorité d'application, on mesure la gravité du chaos juridique qui s'ensuivrait. Il n'est certes pas trop à craindre que le Tribunal fédéral s'engage sur une telle voie révolutionnaire. Certains cercles pourront dès lors une fois de plus l'accuser de « méconnaître la volonté populaire ». Est-on en passe de devenir une « Démocratie populaire » ?

Conclusion

Dans une perspective d'ensemble, l'adoption de l'initiative mènerait à une considérable incertitude juridique, à une rigidité et à des automatismes malvenus, à rendre la crédibilité de la Suisse comme cocontractant douteuse, à accroître ses difficultés dans les relations extérieures, à créer des dépenses inutiles (explosion du nombre de traités soumis à référendum, garanties à donner à d'autres Etats, dommages à payer sur la plan international pour violation du droit international) et à bien d'autres ornières entièrement évitables. Toutes ces raisons expliquent que le peuple Suisse devrait rejeter l'initiative. Le fera-t-il ? Ce n'est pas trop s'exposer que de le souhaiter avec conviction.

Il n'en reste pas moins que les pourfendeurs de l'initiative auront beau jeu. Ils pourront évoquer des images qui se rattachent aux tréfonds de l'imaginaire collectif, par exemple en rappelant la lutte des cantons fondateurs contre les Habsbourg (« pas de juges étrangers ») et la bonne tradition locale de la « démocratie directe », prétendument mise en danger par l'ordre technocratique international. Que pourrons-nous y opposer ? Que le lecteur mesure l'aridité des considérants juridiques que nous venons d'exposer aux pages précédentes. Ce n'est pas par de tels cours de droit que l'on peut toucher les masses et les motiver dans leur vote. Et les images que nous pouvons véhiculer pour parer celle des pourfendeurs sont purement rationnelles ; elles ne sont pas taillées sur mesure de la psychologie locale. Jugez vous-même : « ne pas mettre en danger la crédibilité internationale de la Suisse », etc. C'est fade à côté du coup de timbale : pas de juges étrangers !

Du côté des autorités fédérales, on espère obtenir gain de cause en montrant ce que le droit international signifie au quotidien et combien de choses profitables pour le commun des mortels dépendent de lui. Sera-ce suffisant ? Ou la liste de détails à première vue insignifiants finira-t-elle par faire long feu et fatiguer ? La tournera-t-on peut-être même en dérision ? On peut légitimement se demander si des questions de cette complexité technique doivent être soumises au peuple pour un vote. Puisqu'elles le sont, il ne faudra pas bouder notre plaisir de prêcher la bonne parole pour expliquer le fonctionnement du droit international et le rapport de systèmes (droit international / droit interne). Venez, jetez de l'or dans la balance…