

bonne foi que si une partie a fait naître chez l'autre des attentes légitimes par certains actes, qu'elle a ensuite déçues par ses nouveaux actes⁴⁷⁷.

V. L'Etat régi par le droit international (al. 4)

- 137 Il est difficile d'imaginer meilleur ancrage constitutionnel pour le principe selon lequel la Confédération et les cantons doivent respecter le droit international que l'art. 5 et son dernier alinéa.
- 138 «De droit», l'Etat l'est tant de droit interne que de droit international. La Suisse n'étant qu'un Etat égal aux autres, chacune de ces deux dimensions juridiques constitutives de l'institution étatique est nécessaire à son existence (le droit international est «la base» de l'activité de l'Etat au sens de l'alinéa 1). En outre, sans respect des limites que pose le droit international moderne à la souveraineté nationale, les organes de l'Etat, destinataires de cet alinéa⁴⁷⁸, failliraient au principe selon lequel l'activité de l'Etat doit être régie par le droit (le droit international est «la limite» de l'activité de l'Etat au sens de l'alinéa 1).
- 139 Ainsi, malgré la teneur pour le moins laconique de l'alinéa 4, il ressort de son emplacement constitutionnel une adhésion très forte au principe selon lequel le droit qui «est la base et la limite de l'activité de l'Etat» (al. 1) helvétique (Confédération et cantons) n'est qu'un et comprend tant le droit suisse que le droit international. La Suisse ne peut en d'autres termes être considérée comme un Etat de droit qu'en tant qu'«Etat de droit international».
- 140 La Constitution de 1999 diffère fondamentalement sur ce point de la Constitution fédérale de 1874 qui ne faisait aucune mention des relations entre le droit suisse et le droit international. Cela ne surprend guère de la part d'un texte constitutionnel du XIX^e siècle. En lieu et place, une pratique substantielle et très nuancée, tant administrative que judiciaire, s'est développée en droit constitutionnel non écrit dès le début du XX^e siècle⁴⁷⁹.
- 141 On lit parfois que la formulation du texte actuel de l'alinéa 4 qui ne parle que de «respect» du droit international (*beachten/respettano*) serait le résultat édulcoré d'un compromis puisque l'article correspondant dans l'avant-projet de Constitution fédérale de 1995 avait la teneur suivante: «Le droit international est supérieur au droit interne». Ce dernier posait donc clairement le principe d'une primauté du droit international sur le droit interne. Cette lecture de l'art. 5 al. 4 Cst. est trop peu charitable. Tout d'abord, l'alinéa 4 actuel permet de ne pas trancher de manière rigide, voire erronée entre les deux dimensions constitutives de l'Etat et de l'ordre juridique suisse que sont le droit international et le droit interne. Il s'oppose ainsi à une dichotomie, puis à une hiérarchisation dangereuses dont on a pu mesurer les conséquences avec l'initiative «Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination)» de 2016 qui proposait de renverser la primauté en faveur du droit (constitutionnel) interne et de réviser l'art. 5 al. 4 Cst. en ce sens. Par ailleurs, la teneur actuelle de l'alinéa 4 lui permet de fonctionner comme une clause générale en matière de relations entre le droit international et le droit interne. La notion très indéterminée de «respect» couvre de ce fait non seulement la question de la primauté du droit international sur le droit interne (sans toutefois exclure certaines exceptions à ce principe⁴⁸⁰), mais aussi les deux autres questions liées à ces relations.

477 ATF 143 III 666 (non trad.), c. 4.2; ATF 125 III 257, c. 2a, JdT 1999 II 163; comp. BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 2 N 268 ss.

478 Petit Comm. Cst.-MAHON, art. 5 N 5; SGK BV-TSCHUMI/SCHINDLER, Art. 5 N 64; BSK BV-EPINEY, Art. 5 al. 4 N 167; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 5 N 28.

479 Voir DIGGELMANN, Verfassung.

480 Message Cst., FF 1997 I 136 s.

Les relations entre le droit international et le droit interne s'articulent en effet habituellement autour de trois questions fondamentales:

- le **statut** du droit international en droit interne (question de la validité immédiate);
- son **rang** par rapport au droit interne (question de la primauté) et au sein du droit interne (sous-question du rang); et, finalement,
- son **invocabilité par les particuliers** en droit interne (question de l'effet direct).

Ces trois questions et les mécanismes qui y répondent dans la relation entre le droit international et le droit interne sont détaillés dans ce qui suit, d'abord en droit international comparé (A.), puis en droit suisse (B.).

Certains de ces mécanismes sont répétés, voire précisés ailleurs dans la Constitution fédérale, et notamment aux art. 189 al. 1 let. b et 190 Cst. (pour la validité immédiate et la primauté) et aux art. 139 al. 3, 193 al. 4 et 194 al. 2 Cst. (pour la primauté des normes impératives de droit international sur la Constitution). Ce commentaire y reviendra plus loin.

Il ne sera fait référence dans ce qui suit ni aux relations entre le **droit de l'Union européenne** (UE) et le droit suisse, ni aux mécanismes spécifiques qui les régissent. En effet, les relations entre le droit suisse et le droit de l'UE sont indirectes uniquement, la Suisse n'étant pas membre de l'UE. Lorsqu'elles ne sont pas purement volontaires (p.ex. dans le cadre de l'adaptation dite «autonome» du droit suisse au droit de l'UE), ces relations sont en fait le fruit des relations entre le droit suisse et le droit issu des accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE, c'est-à-dire des traités internationaux. Elles doivent donc être soumises aux principes généraux applicables aux relations entre le droit international et le droit suisse présentés dans ce commentaire⁴⁸¹. Peu importe pour les effets de ces accords bilatéraux en droit suisse, dès lors, que pour un Etat membre de l'UE, ce soit le droit de l'UE lui-même qui régie les relations au droit interne, d'une part, et que ce dernier impose le monisme, la primauté⁴⁸² et l'effet direct en droit interne⁴⁸³, d'autre part.

A. Les relations entre le droit international et le droit interne en droit international comparé

Les mécanismes de la relation entre droit international et droit interne sont: la validité immédiate (statut en droit interne) (1.), la primauté (rang en droit interne) (2.) et, finalement, l'effet direct (invocabilité par les particuliers en droit interne) (3.).

En règle générale, c'est le **droit interne** qui détermine la place du droit international en son sein et, dès lors, les relations entre le droit international et le droit interne. Chaque Etat peut donc développer une approche différente de la validité immédiate, de la primauté et de l'effet direct du droit international dans l'ordre juridique interne, ce qui implique une certaine diversité entre solutions nationales.

Il faut souligner toutefois que, même si la question des rapports entre droit international et droit interne relève du droit interne, cela ne concerne que ce qui prévaut au sein de l'ordre juridique national. Du point de vue du **droit international** et de son autorité sur les Etats, il va de soi en effet que le droit international doit pouvoir réclamer et obtenir une certaine validité en droit interne, doit pouvoir prétendre à et bénéficier de la primauté sur le droit interne en cas de conflit, et doit pouvoir être invoqué par et contre les particuliers devant les autorités

481 *Contra* ATF 142 II 35, JdT 2016 I 35, c. 3.2.

482 CJCE, arrêt *Flaminio Costa c. E.N.E.L.* du 15.7.1964, aff. 6/64; y compris sur le noyau intangible des droits fondamentaux nationaux: CJCE, arrêt *Stefano Melloni c. Ministero Fiscale* du 26.2.2013, aff. C-399/11.

483 CJCE, arrêt *N.V. Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administration fiscale néerlandaise* du 5.2.1963, aff. 26/62.

nationales lorsqu'il leur octroie des droits et obligations individuels. Même si son droit constitutionnel en dispose autrement, un Etat encourt donc une responsabilité internationale pour violation de ses obligations de droit international s'il ne leur assure pas une validité, un rang et des effets suffisants en droit interne⁴⁸⁴.

- 149 Il s'agira, dans ce qui suit, de déterminer quelles sont exactement les obligations de droit international des Etats dans le domaine des relations entre le droit international et le droit interne, mais aussi d'identifier les pratiques dominantes des Etats en la matière. Etant donné la diversité des solutions nationales, en effet, il est utile d'avoir recours à un examen de **droit international comparé**. Ces considérations permettront ensuite d'évaluer la pratique suisse non seulement du point de vue des quelques principes de droit international en la matière, mais aussi de ce que la pratique des autres Etats indique sur l'état du droit international coutumier dans ce domaine.

1. Le statut en droit interne

- 150 Le statut du droit international en droit interne concerne sa **validité** ou ses effets juridiques dans l'ordre juridique national. Est-il considéré comme du droit valide au même titre que le droit interne, et donc comme une source de droit par les autorités internes et, si oui, à quelles conditions ?
- 151 Il existe deux approches différentes de la validité du droit international en droit interne: le **monisme** admet la validité immédiate du droit international en droit interne, alors que le **dualisme** soumet sa validité à une incorporation préalable de ses normes en droit interne, voire même à sa transformation en droit interne.
- 152 A titre d'exemple d'Etats appliquant le système moniste, avec quelques nuances toutefois d'un Etat à l'autre, on peut mentionner la France, les Etats-Unis, la Belgique, les Pays-Bas et la Suisse. Sont aujourd'hui des Etats de tradition dualiste, avec certaines variations, le Royaume-Uni, l'Irlande, le Canada et les pays scandinaves. L'Italie et l'Allemagne le sont également, quoique dans une moindre mesure.
- 153 La question du choix entre monisme et dualisme est une question qui relève du **droit interne**. Ce qu'il est important de souligner, toutefois, c'est que les autorités nationales ne peuvent pas se prévaloir du dualisme, et donc d'un principe de droit interne, pour justifier ensuite une violation du droit international **sur le plan international**. Leur responsabilité internationale peut donc être engagée si elles ne respectent pas le droit international du fait de son manque de validité en droit interne (cf. en droit international des traités: art. 27 CVDT).
- 154 En pratique, on remarque néanmoins que ces deux approches sont de moins en moins distinctes. Ainsi, le dualisme, dans des Etats comme le Royaume-Uni ou l'Irlande, s'est mué en une forme **hybride** de monisme. On l'observe notamment dans le contexte du droit international des droits de l'homme où la possibilité d'invoquer les droits de l'homme devant les tribunaux nationaux peut se faire même sans leur incorporation préalable en droit interne. A l'inverse, le monisme est souvent une forme atténuée de dualisme puisque c'est le droit interne, le plus souvent par le biais de la constitution nationale, qui établit le monisme et garantit ainsi la validité immédiate du droit international en droit interne.
- 155 Enfin, il faut souligner que la question de la validité immédiate ou non du droit international en droit interne ne se pose pas de la même manière pour toutes ses **sources**. Pour déployer leurs effets, le droit international coutumier ou les principes généraux ne nécessitent généralement pas de réception en droit interne, que ce soit par incorporation ou transformation, même dans un Etat dualiste.

484 CII, aff. *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* du 20.7.1989, Rec. CIJ 1989 p. 15.

2. Le rang en droit interne

Que la validité du droit international en droit interne soit immédiate ou non, il convient de se poser ensuite la question de son rang par rapport au droit interne. A-t-il **primauté** sur le droit interne en cas de conflit, d'une part, et sur quelles normes ou sources de droit interne (**rang stricto sensu**) en particulier, d'autre part ?

Le droit international pose le principe de sa **primauté** sur le droit interne.

- Ainsi, en **droit international des traités**, l'obligation pour un Etat de respecter les obligations issues de ses traités est régie par les art. 26 et 27 CVDT (cf. aussi préambule et art. 2 par. 2 de la Charte des Nations Unies). La subordination du droit interne aux traités internationaux résulte de la combinaison de trois principes fondamentaux garantis par ces dispositions:
- **Le principe *pacta sunt servanda***: lorsqu'il conclut un traité et consent dès lors à être lié, un Etat en tire des obligations de droit international (art. 26 CVDT)⁴⁸⁵.
 - **Le principe de la bonne foi**: un Etat doit se conformer de bonne foi aux obligations qui découlent des traités internationaux auxquels il est partie (art. 26 CVDT)⁴⁸⁶.
 - **L'interdiction d'exciper d'une règle de droit interne pour se soustraire à l'application d'un traité**: il est interdit à un Etat d'invoquer son droit interne pour justifier la non-exécution des obligations qu'il tire d'un traité (art. 27 CVDT; dans les limites de l'art. 46 CVDT)⁴⁸⁷.

Ces principes sont considérés comme des principes généraux de droit international coutumier et s'appliquent dès lors aussi, plus généralement, à **l'ensemble des sources du droit international**⁴⁸⁸.

On retrouve parfois le principe de primauté du droit international garanti **en droit interne**. Ce principe n'est cependant pas toujours suivi par la pratique du droit interne, ou du moins pas de manière à reconnaître à **toute** norme de droit international un rang supérieur à **toutes** les normes de droit interne. C'est ici que la question du **rang** se pose. A première vue, en effet, la primauté du droit international sur le droit interne semblerait exiger que le droit international occupe le rang le plus élevé dans la hiérarchie des normes du droit interne. Il devrait donc l'emporter sur toute norme de droit interne contraire, peu importe sa source. C'est sur ce point, cependant, que l'on rencontre les plus grandes variations entre les pratiques nationales.

Etant donné le lien qu'il est en général possible d'établir entre l'importance matérielle d'une **norme**, d'une part, et sa procédure d'adoption et donc sa **source** (du moins en droit interne), d'autre part, le rang du droit international varie en fonction des **sources** du droit interne dont sont issues les normes en jeu:

- En cas de conflit entre le droit international et la **constitution nationale**, la primauté du droit international est rarement acceptée en pratique ou seulement selon le principe de *lex posterior (derogat priori)*. Comme son nom l'indique, une constitution a valeur constitutive dans un ordre juridique national donné, ce qui explique la réticence générale des Etats ainsi constitués à faire primer le droit international sur celle-ci. D'ailleurs, en pratique, le rang du droit international est parfois déterminé par la constitution nationale elle-même. Dans les cas où celle-ci laisse la question ouverte, ce qui est souvent le cas dans la mesure où le droit international est lui aussi constitutif des institutions que sont les Etats, la décision revient en fin de compte aux autorités nationales d'application, et notamment aux tribunaux nationaux.

485 CPJI, avis consultatif concernant les *Communautés gréco-bulgares* du 31.7.1930, Série B n° 17 p. 4/32.

486 CIJ, aff. des *Essais nucléaires* du 20.12.1974, Rec. CIJ 1974 p. 253, par. 46.

487 CPJI, aff. du *Vapeur Wimbledon* du 17.8.1923, Série A n° 1 p. 15/29.

488 CIJ, avis consultatif sur l'*applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, Rec. CIJ 1988 p. 12, par. 57.

- En cas de conflit entre le droit international et les **lois nationales**, la primauté du premier est largement respectée en pratique. Certaines constitutions nationales confèrent même aux traités internationaux une valeur supra législative. Lorsque le droit international n'a qu'un rang législatif sans autre règle de conflit, il arrive toutefois que la primauté connaisse des exceptions selon le principe de *lex posterior*, autrement dit uniquement lorsque la loi nationale est ultérieure à la norme de droit international avec laquelle elle est en conflit.
- En cas de conflit entre le droit international et **d'autres actes juridiques nationaux** (p. ex. les décisions administratives ou les actes d'entités régionales ou fédérées dans un Etat fédéral), la primauté du droit international est généralement acquise.

162 Concrètement, la primauté du droit international se traduit en diverses **obligations** de droit international pour les autorités nationales:

- l'obligation, de manière à prévenir les conflits de normes, d'**interpréter** le droit interne **conformément** au droit international contraire (dans les limites de l'interprétation *contra legem*, cependant);
- l'obligation, en cas de conflit avéré, de laisser le droit interne contraire **inappliqué** (la contrariété au droit international, même dans un ordre juridique moniste, n'entraîne donc pas l'invalidité du droit interne *ex officio*);
- l'obligation de remédier à la violation du droit international et de **modifier** le droit interne contraire; ou encore
- l'interdiction pour le législateur national d'**adopter une loi postérieure** contraire au droit international.

3. L'invocabilité par les particuliers en droit interne

- 163** La question de l'**effet direct** d'une norme de droit international concerne son invocabilité directe par et contre les particuliers devant une autorité nationale d'application (administrative ou judiciaire). Un particulier peut-il tirer du droit international des droits et des obligations directement invocables et applicables devant une administration ou un juge interne?
- 164** L'effet direct d'une norme de droit international implique qu'elle puisse faire directement naître, dans l'ordre juridique interne d'un Etat, des droits ou obligations à l'intention des personnes privées physiques ou morales, et ce **sans concrétisation** préalable de la norme par le législateur national. Ces dernières peuvent dès lors demander à ce que ces droits leur soient appliqués directement soit par les autorités exécutives soit par les juridictions nationales (p. ex. en matière de droit international des droits de l'homme). Ces autorités peuvent aussi les faire répondre directement d'une violation de leurs obligations de droit international (p. ex. en matière de droit international pénal).
- 165** La terminologie est parfois fluctuante: on parle ainsi également de normes **d'applicabilité directe**. Par ailleurs, si l'effet direct peut impliquer la **justiciabilité** lorsqu'il s'applique à l'invocation directe du droit international devant les tribunaux nationaux, il ne se limite pas à elle. En effet, les tribunaux ne sont pas les seules autorités d'exécution du droit international et leur place dans l'ordre juridique national peut être, selon les traditions juridiques, plus ou moins importante.
- 166** En principe, l'effet direct est **relatif**. L'existence de cet effet se décide donc **de norme en norme**, et non pas de manière générale en fonction de la source de cette norme en droit international. On ne peut pas partir, par exemple, de l'idée qu'un traité dans son ensemble contiendrait des normes d'effet direct. A l'inverse, même s'il est souvent difficile de considérer qu'une norme de droit international coutumier, par définition non écrite et dès lors de contenu souvent indéterminé, puisse être d'effet direct, il y a des exceptions en pratique.
- 167** Concrètement, l'invocabilité directe d'une norme de droit international se déduit de l'énoncé et du contenu de la norme en cause. Elle est donc un effet de son interprétation. Sans surprise,

dès lors, la question de savoir quand une norme de droit international est d'effet direct est souvent controversée.

L'analyse du droit international comparé révèle que la pratique pour déterminer l'effet direct d'une norme internationale est la suivante: **168**

- Il est parfois possible de le déterminer sur la base du **droit international** lui-même. C'est le cas notamment si un traité en dispose ainsi, ou, plus généralement, si la volonté des Etats ou organisations internationales parties à cet égard ressort clairement de la norme internationale en cause⁴⁸⁹.
- Dans les autres cas (la plupart), la question de l'effet direct des dispositions d'un traité international est réglée par le **droit interne**⁴⁹⁰.

En bref, trois conditions pour l'effet direct d'une norme de droit international se dégagent de la pratique interne des Etats: **169**

- Premièrement, les normes en cause doivent établir **des droits ou des obligations pour les personnes physiques et morales**.
- Deuxièmement, ces normes doivent être **suffisamment claires, précises et inconditionnelles**, de façon à ne nécessiter, pour leur mise en œuvre, aucune mesure de concrétisation interne.
- Finalement, ces normes doivent s'adresser à des **autorités d'application**, et non pas au législateur national.

B. Les relations entre le droit international et le droit suisse

Les relations entre le droit international et le droit interne en Suisse sont, elles aussi, articulées autour des trois questions détaillées dans la section précédente. **170**

Les solutions retenues en Suisse à cet égard ne diffèrent donc pas fondamentalement de la pratique dominante des Etats: il s'agit de la validité immédiate (1.), la primauté (2.) et l'effet direct (3.) du droit international dans l'ordre juridique suisse. La pratique suisse présente néanmoins certaines particularités liées au régime de **démocratie directe**, et notamment au respect de la souveraineté populaire et à l'institution de l'initiative populaire⁴⁹¹. **171**

Quelle que soit la pratique suisse en la matière, le principe de primauté du droit international ne perd pas de sa vigueur **du point de vue du droit international**. Au contraire, en vertu de l'art. 27 CVDI, les autorités suisses ne peuvent pas se prévaloir du droit interne (et de sa conception de ses relations au droit international) pour justifier le non-respect du droit international, même lorsque ce non-respect est intentionnel. Elles encourent donc une responsabilité internationale pour fait internationalement illicite. C'est d'ailleurs déjà ce que reconnaissait le TF en 1973 dans son arrêt *Schubert*⁴⁹² et ce que confirme régulièrement le CF depuis⁴⁹³. **172**

1. La validité immédiate

De tradition **moniste**, l'ordre juridique suisse reconnaît au droit international une validité immédiate sur le plan interne. **173**

489 CII, aff. *LaGrand* du 27.6.2001, Rec. CII 2001 p. 466, par. 77.

490 cf. Avis de droit de la Direction du droit international public du 4.3.1998 relatif aux rapports entre le droit international et l'ordre juridique suisse, JAAC 64.20 p. 272.

491 Rapport du CF du 5.3.2010 sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2010 2067, 2068.

492 ATF 99 Ib 39, Pra 62 (1973) n° 106, c. 3.

493 cf. p. ex. Rapport sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2010 2067, 2112.

- 174 Cette approche a été maintes fois affirmée par la jurisprudence fédérale⁴⁹⁴ et la pratique des autorités administratives de la Confédération⁴⁹⁵. C'est aussi ce qui ressort *a fortiori* de la pratique suisse en matière d'effet direct de certaines normes de droit international⁴⁹⁶.
- 175 Certes, l'art. 5 al. 4 Cst. n'est pas explicite quant au choix de l'approche moniste⁴⁹⁷. En se référant au respect du «droit international» en tant que tel, sans incorporation et sans transposition en droit suisse, il semble toutefois confirmer la validité immédiate du droit international dans l'ordre juridique interne. En outre, plusieurs dispositions constitutionnelles en offrent une confirmation implicite dans la mesure où elles aussi font référence au «droit international» en tant que tel⁴⁹⁸. Ainsi, l'art. 189 al. 1 let. b Cst. confère au TF la tâche de connaître des «contestations pour violation du droit international», et l'art. 190 Cst. indique que le TF et les autres autorités sont tenus d'appliquer le «droit international» (comp. art. 190 Cst. N 10).
- 176 Aux quelques interpellations et motions parlementaires visant à l'introduction de l'approche dualiste depuis 1999⁴⁹⁹, le CF a toujours réagi en soulignant la simplicité, l'efficacité et la flexibilité de la pratique suisse actuelle du monisme.
- 177 En réponse à l'argument selon lequel le dualisme et l'adoption de lois de transposition du droit international protégeraient mieux la démocratie suisse, ainsi que les droits du Parlement et du peuple, le CF souligne régulièrement le **parallélisme** qui existe désormais entre les procédures d'adoption du droit fédéral et celles qui régissent celle du droit international par la Suisse⁵⁰⁰. C'est notamment le cas, selon lui, si l'on compare la procédure référendaire législative à celle qui s'applique depuis 2003 aux traités internationaux (art. 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst.; art. 141a Cst.). Même dans les cas où l'AF délègue la compétence de conclure certains traités internationaux au CF, cette délégation de compétence doit être prévue dans une loi fédérale ou dans un traité lui-même fondé sur une loi fédérale (art. 166 al. 2 Cst.; art. 7a LOGA; art. 24 al. 2 LParl; art. 152 LParl; art. 5b OLOGA), toutes ces lois étant sujettes au référendum. Si l'on ajoute à cela la codification constitutionnelle prochaine de la pratique actuelle en matière de référendum obligatoire sur les traités internationaux ayant un caractère constitutionnel (projet d'art. 140 al. 1 let. b^{bis} Cst.)⁵⁰¹, le parallélisme sera complet.

494 cf. TF, arrêt du 11.8.2009, 4A_56/2009, c. 5.2; ATF 122 II 234, c. 4a; ATF 112 Ib 183, c. 2a.

495 cf. JAAC 40.60 p. 40 et 44; Publication commune de l'OFJ et de la Direction du droit international public du 26.4.1989 relative aux rapports entre le droit international et le droit interne au sein de l'ordre juridique suisse, JAAC 53.54 p. 437 et 446; Avis de droit de la Direction du droit international public relatif aux rapports entre le droit international et le droit interne au sein de l'ordre juridique suisse, JAAC 64.20 p. 272 et 273; Rapport sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2010 2067, 2068 s.

496 ATF 111 V 201, c. 2b; ATF 98 Ib 385, c. 2a; ATF 97 I 564, c. 4a.

497 Voir not. Petit Comm. Cst.-MAHON, art. 5 N 40; SGK BV-TSCHUMI/SCHINDLER, Art. 5 N 65; SGK BV-ZIEGLER/ODENDAHL, Intro., N 47; BSK BV-EPINEY, Art. 5 al. 4 N 82; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 5 N 28.

498 Voir not. Petit Comm. Cst.-MAHON, Art. 5 N 17; BSK BV-EPINEY, Art. 5 al. 4 N 77; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 5 N 28.

499 cf. p. ex. Interpellation SCHMID du 3.10.1996 «Droit international. Changement de système.», CN (96.3479), BO CN 1997/1, p. 586 et s.; motions BAUMANN du 3.10.1996 «Droit international. Changement de système.», CN (96.3482) et REIMANN du 21.4.2014 «Remplacer le système moniste par un système dualiste», CN (14.3221). Voir not. SGK BV-TSCHUMI/SCHINDLER, Art. 5 N 95; SGK BV-ZIEGLER/ODENDAHL, Intro., N 48; BSK BV-EPINEY, Art. 5 al. 4 N 80; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 5 N 28.

500 Rapport sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2010 2067, 2123; Message du CF du 5.7.2017 relatif à l'initiative populaire fédérale «Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination)», FF 2017 5027, 5059 et 5066.

501 cf. OFJ, Rapport explicatif de l'avant-projet du 15.8.2018 relatif au référendum obligatoire pour les traités internationaux ayant un caractère constitutionnel. Mise en œuvre de la motion CARONI du 15.6.2015 «Référendum obligatoire pour les traités internationaux ayant un caractère constitutionnel», CN (15.3557).

2. La primauté

a. La primauté en général

Le **principe de primauté** du droit international sur le droit interne contraire est très bien reconnu dans la pratique suisse du droit international⁵⁰². 178

Comme le monisme, toutefois, le principe de **primauté** du droit international ne figure pas expressément à l'art. 5 al. 4 Cst. L'alinéa 4 ne fait que rappeler l'obligation de «respecter» le droit international et en fait une obligation de droit constitutionnel suisse. Il ne comprend donc pas, à dessein, de règle de conflit⁵⁰³ et réserve la possibilité d'aménager des nuances, voire même des exceptions au principe de la primauté du droit international dans certains cas. C'est aussi ce qui ressort indirectement de l'art. 190 Cst. Cette disposition a en effet été adoptée dans le but de protéger les actes adoptés par le législateur contre l'exercice de la juridiction constitutionnelle par les tribunaux, et non dans le but de résoudre les conflits entre lois fédérales et droit international⁵⁰⁴. 179

En d'autres termes, ni l'art. 5 al. 4 ni l'art. 190 Cst. ne précisent quel devrait être le **rang** du droit international dans l'ordre juridique suisse⁵⁰⁵ (comp. art. 190 Cst. N 73). 180

En amont, et afin d'éviter les conflits de normes, cependant, les autorités suisses recourent, dans la mesure du possible, à l'**interprétation conforme** du droit suisse au droit international⁵⁰⁶. Si le conflit de normes ne peut pas être évité par le biais de l'interprétation conforme, toutefois, et étant donné que la Constitution suisse ne contient **aucune règle explicite** quant au rang du droit international en droit suisse, c'est aux autorités d'application que revient la tâche de régler les conflits éventuels de normes et de décider si elles entendent accorder la primauté au droit international ou si elles entendent faire prévaloir le droit suisse dans certaines circonstances⁵⁰⁷. 181

Comme l'indiquait le CF en 2010, toutefois, «la jurisprudence du Tribunal fédéral dans ce domaine ne paraît pas encore bien fixée à l'heure actuelle, si bien qu'il est difficile d'en tirer des enseignements définitifs.»⁵⁰⁸. En 2017, le CF a légèrement révisé cette appréciation, mais conclut de la même façon: «[...] le Tribunal fédéral reconnaît en principe la primauté du droit international, tout en admettant certaines exceptions. On peut considérer sa jurisprudence comme constante, même si elle ne permet pas de clarifier définitivement toutes les questions qui s'y rapportent.»⁵⁰⁹. 182

Ce qui ressort clairement de la jurisprudence fédérale, c'est qu'un traité international a le même rang qu'une loi fédérale⁵¹⁰. Le TF accorde, par conséquent, aux traités internationaux (et au droit international, plus largement) un **rang hiérarchique au moins égal à celui des lois fédérales**. A cet égard, et par référence à l'analyse de droit international comparé de la section précédente, la Suisse ne se distingue pas foncièrement des autres Etats dans la manière dont elle aborde la question du rang du droit international sur le plan interne⁵¹¹. 183

502 cf. ATF 122 II 485, JdT 1998 IV 94.

503 Message Cst., FF 1997 I 1, 136 s.

504 Rapport sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2010 2067, 2112.

505 ATF 136 II 241, c. 16.1.

506 ATF 94 I 669, JdT 1970 I 316, c. 6a (Frigerio). Voir not. Petit Comm. Cst.-MAHON, art. 5 N 56; SGK BV-TSCHUMI/SCHINDLER, Art. 5 N 84 et 90; SGK BV-ZIEGLER/ODENDAHL, Intro., N 57; BSK BV-EPINEY, Art. 5 al. 4 N 76; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 5 N 29-30.

507 Rapport sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2010 2067, 2112.

508 Rapport sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2010 2067, 2112.

509 Message du CF relatif à l'initiative pour l'autodétermination, FF 2017 5027, 5042.

510 ATF 94 I 669, JdT 1970 I 316, c. 3b. cf. aussi ATF 120 Ib 360, JdT 1996 I 311; ATF 96 II 4, JdT 1971 I 534, c. 3b.

511 Rapport sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2010 2067, 2068.

- 184 Ce qu'on peut en déduire pour le reste, c'est que le rang du droit international dans l'ordre juridique suisse varie et dépend des **sources** des normes de droit suisse en question⁵¹²:
- Le TF reconnaît clairement la primauté du droit international sur le **droit cantonal**. C'est une conséquence du principe de la force dérogatoire du droit fédéral de l'art. 49 al. 1 Cst.
 - Le droit international a aussi la primauté sur les **ordonnances fédérales**, même postérieures⁵¹³.
 - De même, il est unanimement admis qu'une norme de droit international prend le pas sur une **loi fédérale antérieure** contraire, et ce en vertu du principe *lex posterior*.
 - En revanche, la jurisprudence du TF a été moins constante en cas de conflit entre une norme de droit international et une **loi fédérale postérieure**. Cet aspect sera analysé plus précisément ci-dessous (b.).
 - Finalement, se pose aussi la question de savoir si le droit international doit primer la **Constitution fédérale**, notamment lorsque cette dernière fait l'objet d'une révision sur initiative populaire. Cette question sera abordée en détail plus loin (c.).
- 185 Ce qui transparaît clairement de la pratique suisse en matière de rang du droit international dans l'ordre juridique suisse, notamment par rapport aux normes contraires issues de sources éminemment démocratiques que sont les lois fédérales postérieures et le droit constitutionnel, c'est que les **exceptions** à la primauté du droit international sont aménagées pour respecter soit la souveraineté parlementaire (en matière législative), soit la souveraineté populaire qui s'exprime en Suisse par la révision constitutionnelle, et plus particulièrement le droit d'initiative populaire. Comme l'a confirmé le CF, si et lorsque la pratique suisse se distingue de la pratique dominante des Etats en matière de primauté du droit international, c'est donc pour des **raisons démocratiques** et notamment de respect des droits parlementaires et populaires⁵¹⁴.
- 186 Il ne faut, cependant, pas y voir trop rapidement une priorité donnée à la forme ou la procédure (garantie de l'autodétermination populaire) sur le contenu (garantie de l'égalité individuelle et des droits fondamentaux). Les deux vont de pair dans un Etat de droit démocratique au sens de l'art. 5 al. 1 Cst. S'il est possible de considérer que les normes issues de ces sources à haute légitimité démocratique ne devraient **pas nécessairement** se voir opposer la primauté du droit international, dès lors, c'est que les principes de droit constituant la base et la limite de l'activité de l'Etat au sens de l'art. 5 al. 1 Cst. se trouvent généralement protégés, en droit suisse, par des normes issues des sources spécifiques que sont les lois fédérales et le droit constitutionnel, et vice-versa. Le simple «pedigree» formel ou procédural⁵¹⁵ ne suffirait toutefois pas à justifier la primauté des lois fédérales ou du droit constitutionnel suisse sur le droit international dans un cas concret. Preuve en soit que la pratique suisse actuelle en matière de primauté ne tranche, de manière systématique, ni en faveur du droit fédéral supérieur ni en faveur du droit international. Il faut encore, et à chaque fois, évaluer le contenu des normes nationales et internationales en cause, notamment au regard du respect des droits de l'homme ou du droit impératif (*jus cogens*).
- 187 A l'inverse, toutefois, la jurisprudence fédérale ne distingue pas, et à raison, entre les **sources des normes internationales** en vue de résoudre les conflits éventuels entre droit international et droit suisse et afin d'établir un rang entre eux. En effet, la correspondance générale entre la qualité procédurale d'une norme et l'importance normative de son contenu, caractéristique des ordres constitutionnels démocratiques comme le nôtre, ne se retrouve pas en droit international. Contrairement au droit interne, ce dernier ne connaît pas dès lors de hiérarchie des sources dont on pourrait déduire des règles de conflit en cas de contrariété au droit interne.

512 cf. Message CF relatif à l'initiative pour l'autodétermination, FF 2017 5027, 5040-5046.

513 ATF 109 V 224.

514 Rapport sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2010 2067, 2068.

515 cf. Postulat CARONI du 25.9.2013 «Etablir un rapport clair entre le droit international et le droit suisse.», CN (13.3805) et Rapport du CF du 12.6.2015 en exécution du postulat 13.3805.

Il existe bien quelques rares **règles de conflits entre normes internationales**, tant formelles que matérielles, en droit international. L'exemple principal de règle de conflit **formelle** est celle qu'établit l'art. 103 de la Charte des Nations Unies en faveur du droit onusien. C'est d'ailleurs une règle de conflit que la pratique suisse respecte, y compris en cas de contrariété non seulement avec le droit fédéral supérieur, mais aussi avec d'autres obligations de droit international⁵¹⁶. Parmi les règles de conflit **matérielles**, on mentionnera le caractère absolu et, dès lors, prioritaire des normes impératives du droit international sur d'autres normes de droit international (art. 53 et 64 CVDT). Le TF en tire d'ailleurs aussi une règle de priorité sur toute autre norme de droit international contraire (y compris le droit onusien et donc un droit au bénéfice de la priorité établie par l'art. 103 de la Charte), mais aussi de droit suisse contraire et ce peu importe sa source⁵¹⁷ (cf. art. 139 al. 3, 193 al. 4 et 194 al. 2 Cst. *a fortiori*).

La question de savoir si le **droit international des droits de l'homme** doit être considéré comme un régime de droit international au bénéfice d'une autre règle de conflit **matérielle** est controversée en droit international. La jurisprudence fédérale y est sensible lorsqu'il existe une contrariété entre le droit international des droits de l'homme et une loi fédérale (b.). Elle ne semble pas cependant avoir transposé cette règle de conflit matérielle aux rapports entre normes contraires de droit international applicables par la Suisse⁵¹⁸ ou au conflit avec une norme constitutionnelle contraire (c.).

b. La primauté sur les lois fédérales postérieures

La pratique suisse réserve une **exception à la primauté** du droit international en cas de conflit avec une **loi fédérale postérieure**, bien qu'à certaines conditions seulement.

Cette exception a été développée par le TF dans sa jurisprudence *Schubert* d'où son nom⁵¹⁹. En bref, selon cette exception, l'AF peut déroger **intentionnellement** à des normes de droit international par une loi fédérale **postérieure**. Pour qu'on puisse qualifier d'intentionnelle une décision contraire à un traité international, il faut que l'AF ait, lors de ses débats, abordé de manière détaillée les implications de la loi fédérale sur le plan du droit international et les éléments risquant d'entrer en contradiction avec ce dernier. Dans un tel cas, le TF est lié par la décision de l'AF en vertu de la séparation des pouvoirs.

Depuis le début, toutefois, cette jurisprudence ne vaut que dans les limites du respect du **jus cogens**.

Comme l'a confirmé la jurisprudence fédérale ultérieure, en outre, et notamment l'arrêt *PKK*⁵²⁰, le **droit international des droits de l'homme**, dont notamment la CEDH, fait exception à l'exception *Schubert*. Cette **exception à l'exception** découle en particulier du mécanisme d'application de la CEDH: en adhérant à la CEDH, la Suisse s'est engagée à prendre, suite aux arrêts de la CourEDH, les mesures individuelles et générales nécessaires pour éviter toute violation analogue future de la convention, en modifiant le droit interne au besoin. Si le TF donnait la priorité à la loi fédérale tout en constatant une violation de la convention, il se verrait relégué au rang de simple instance intermédiaire, le recourant ayant encore la possibilité de s'adresser à la CourEDH. Les lois fédérales doivent en d'autres termes pouvoir être soumises à un contrôle de conventionalité.

516 cf. ATF 133 II 450, JdT 2008 I 567, c. 5.1. Voir cependant CourEDH, *Al-Dulimi c. Suisse* du 21.6.2016, 5809/08, c. 7.2 et CourEDH, *Nada c. Suisse* du 12.9.2012, 10593/08, par. 196 s.

517 ATF 133 II 450, JdT 2008 I 567, c. 5.1 et 5.2.

518 Notamment en cas de conflit entre les standards techniques de l'UE repris en vertu d'un accord bilatéral CH-UE et la CDPH: TAF, arrêt du 20.11.2018, A-359/2018.

519 ATF 99 Ib 39, Pra 62 (1973) n° 106, c. 3 et 4; confirmé depuis dans ATF 125 II 417, c. 4d; ATF 133 V 367 c. 11.1.1; ATF 136 III 168 c. 3.3.4; ATF 138 II 524 c. 5.1 et 5.3.2.

520 ATF 125 II 417, SJ 2000 I 202, c. 4d. Voir not. SGK BV-TSCHUMI/SCHINDLER, Art. 5 N 78; SGK BV-ZIEGLER/ODENDAHL, Intro., N 53; BSK BV-EPINEY, Art. 5 al. 4 N 97; BIAGINI, Komm. BV, Art. 5 N 31.

- 194 Cette exception à l'exception constituée par la jurisprudence *Schubert* a été confirmée à plusieurs reprises dans la jurisprudence ultérieure du TF⁵²¹, et ce malgré le silence du législateur sur ce point lors de la réforme de la justice en 2000. Le TF a aussi rappelé cependant que la question de la primauté de l'ensemble du droit international sur les lois fédérales postérieures demeurerait ouverte.
- 195 En 2012, toutefois, le TF a franchi ce pas et s'est prononcé en faveur de la primauté du droit international **dans son ensemble**, et non seulement du droit international des droits de l'homme, sur toutes les lois fédérales, y compris les lois fédérales postérieures⁵²². La question de savoir si ces considérations, prononcées hors de la partie opérationnelle de l'arrêt, doivent être considérées comme faisant jurisprudence en la matière est encore controversée à ce jour.
- 196 Certes, depuis lors, la possibilité d'une exception plus générale à la jurisprudence *Schubert* a été évoquée à quelques reprises dans des arrêts en lien avec la primauté des **accords bilatéraux CH-UE** sur les lois fédérales contraires.
- 197 Dans un premier arrêt très controversé, le TF a en effet reconnu la primauté des accords bilatéraux conclus par la Suisse et l'UE sur les lois fédérales postérieures⁵²³. Cette approche a été confirmée depuis dans deux arrêts du TAF⁵²⁴.
- 198 Ce faisant, le TF érige en règle de conflit interne absolue, et sans nuances possibles, un principe de droit international qui n'exige pourtant pas de l'être. Non seulement s'éloigne-t-il ainsi de la teneur de l'art. 5 al. 4 Cst., mais il rompt aussi avec une pratique **nuancée** qui a la vertu de permettre, par une analyse concrète, de distinguer, au sein du droit international, les normes qui «sont la base» de l'Etat, et qui doivent donc aussi constituer «la limite» de son activité au sens de l'art. 5 Cst., de celles qui n'en sont pas. C'est clairement le cas du droit international des droits de l'homme qui protège les droits des membres de la communauté politique constituée en Etat. On peut douter, en revanche, que la protection de la libre circulation des personnes au sein du marché intérieur européen ou d'autres aspects du droit international économique en fassent partie. Quant à la référence à la nature particulière du droit de l'UE et de ses rapports au droit interne des Etats membres de l'UE, elle n'est pas pertinente dans le contexte de relations entre le droit suisse et les traités (de droit international) qui régissent les rapports entre la Suisse et l'UE.
- 199 Il semblerait dès lors que la jurisprudence *Schubert* soit désormais écartée par certaines cours du TF et formations du TAF. Face à la nature jurisprudentielle et donc dynamique de l'exception *Schubert*, mais aussi à la lettre intentionnellement générale de l'art. 5 al. 4 Cst., toutefois, la question de son maintien demeure ouverte⁵²⁵, y compris dans la jurisprudence du TF⁵²⁶. C'est ce que confirme une prise de position récente du CF⁵²⁷, et ce même si ce dernier a refusé en 2017 d'entrer en matière sur une éventuelle garantie constitutionnelle du principe *Schubert*⁵²⁸.

521 ATF 136 II 241 c. 16.1 ; ATF 135 II 243 c. 3.1 ; ATF 131 II 352, JdT 2006 I 399, c. 1.3.1 ; ATF 128 IV 201, JdT 2005 IV 57, c. 1.3.

522 ATF 139 I 16, JdT 2013 I 167, c. 5.1.

523 ATF 142 II 35, JdT 2016 I 35, c. 3.2.

524 TAF, arrêt du 20.11.2018, A-359/2018 ; TAF, arrêt du 4.4.2017, B-5372/2015, c. 5.4.

525 Message CF relatif à l'initiative pour l'autodétermination, FF 2017 5027, 5040-5046.

526 ATF 144 II 293, c. 6.3.

527 Prise de position du CF du 11.5.2016 relative à l'interpellation VOGT du 2.3.2016 «Garantir la capacité d'action du Parlement et du Conseil fédéral. Mettre en œuvre l'art. 121a de la Constitution. Maintenir la jurisprudence Schubert», CN (16.3043).

528 Intervention de S. SOMMARUGA, Conseillère fédérale, du 20.9.2017 relative à la motion REIMANN du 18.3.2016 «Garantir la sécurité du droit en inscrivant la pratique Schubert dans la Constitution», CN (16.3241), BO CN 2017, p. 1487 ; CAFLISCH, La pratique suisse, 551 s.

c. La primauté sur la Constitution fédérale

L'**absence de règle de conflit** en cas de violation du droit international par une loi fédérale est une difficulté que l'on retrouve de manière encore plus prononcée en cas de contradiction entre la Constitution fédérale et le droit international. 200

Contrairement à ce qui vaut avec la jurisprudence *Schubert* en matière de lois fédérales 201
contraires au droit international, en effet, la pratique administrative et judiciaire ne prévoit aucune exception générale au principe de primauté du droit international en cas de dérogation constitutionnelle postérieure au droit international. Elle n'y appose pas non plus d'exception à l'exception en cas de violation du droit international des droits de l'homme comme dans la jurisprudence *PKK*⁵²⁹. La primauté ne semble aller clairement ni dans un sens ni dans l'autre et la question est tranchée **de cas en cas** selon le contenu des normes constitutionnelles et internationales en cause.

La justification du rejet d'une primauté schématique du droit international sur le droit constitutionnel suisse est à trouver, comme en matière de lois fédérales, à la fois dans le contenu 202
fondamental et dans la procédure d'adoption à haute légitimité démocratique du droit constitutionnel suisse et, par conséquent, dans la protection des deux facettes matérielle et formelle de l'Etat de droit démocratique. La différence de pratique quant à l'exception à la primauté de *Schubert* et à l'exception à l'exception de *PKK*, cependant, tient au caractère d'autant plus fondamental à la fois du contenu et de la procédure d'adoption de la Constitution fédérale. Le droit international (notamment des droits de l'homme) n'a pas l'exclusivité de la garantie juridique des bases et limites de l'activité de l'Etat. A l'inverse, le fondement de certaines normes coutumières internationales dans la pratique convergente des Etats et donc des peuples (*jus gentium*) n'a rien à envier en termes de légitimité populaire à nos procédures de révision constitutionnelle.

Prôner un «essentialisme» schématique en faveur du droit international à cet égard serait tout 203
aussi erroné que de verser dans le «procéduralisme» inverse en faveur du droit constitutionnel national. La question ne peut donc être résolue que de cas en cas sans qu'il soit possible de prévoir des exceptions générales en lien ni avec l'autodétermination postérieure sur le plan de la procédure ni avec la protection des droits de l'homme au fond. La seule règle de conflit que connaisse la pratique suisse des relations entre droit constitutionnel et droit international est d'ailleurs celle du respect des **règles impératives du droit international** coutumier, c'est-à-dire des règles coutumières tant de droit suisse qu'international qui sont au fondement de la souveraineté de l'Etat moderne.

En pratique, il faut distinguer les cas dans lesquels la Constitution fédérale impose des limites 204
aux traités internationaux que la Suisse peut conclure (a)) et ceux dans lesquels les traités internationaux et, plus généralement, le droit international imposent des limites à la révision de la Constitution (b)).

a) La conclusion d'un traité international contraire à la Constitution

En l'absence de règle de conflit relative à la possibilité d'une ratification éventuelle d'un traité 205
international contraire à la Constitution, la pratique distingue entre :

- Les normes constitutionnelles auxquelles un traité conclu selon la procédure ordinaire **peut déroger**. Il s'agit principalement des normes qui se bornent à régler des problèmes internes.
- Les normes constitutionnelles auxquelles il **ne peut pas être dérogé** sans révision préalable ou sans référendum. Il s'agit notamment des normes qui visent la conclusion de certains accords internationaux et l'adhésion à des organisations internationales, ainsi que celles qui

529 Message CF relatif à l'initiative pour l'autodétermination, FF 2017 5027, 5040-5046.

protègent les droits de l'homme, la nationalité ou les droits politiques, mais aussi les compétences, l'organisation et les rapports entre autorités fédérales et cantonales.

- 206 Il n'est cependant pas possible d'établir une liste précise des dispositions constitutionnelles auxquelles un traité ne peut pas déroger. Pour le CF, il s'agit avant tout d'une question d'interprétation dans le cas concret et en tenant compte également du rôle du traité et du contexte politique⁵³⁰.
- 207 La discussion n'a qu'une faible portée toutefois puisque l'immense majorité des traités ne remet pas en cause les garanties constitutionnelles fédérales. Elle est pourtant d'une grande importance dans le débat concernant les rapports entre la Suisse et l'UE, que ce soit dans le cadre d'une adhésion à l'UE, d'une entrée dans l'Espace économique européen (EEE) ou de la conclusion d'un accord institutionnel avec l'UE, car des aménagements constitutionnels seraient alors nécessaires.
- 208 Certaines de ces modifications constitutionnelles peuvent d'ailleurs être couvertes aujourd'hui par la condition du référendum obligatoire prévu à l'art. 140 al. 1 let. b Cst., voire par celles du référendum facultatif de l'art. 141 al. 1 let. d Cst. La codification constitutionnelle prochaine de la pratique des autorités fédérales en matière de référendum obligatoire sur les traités internationaux ayant un caractère constitutionnel et la définition des domaines concernés (projet d'art. 140 al. 1 let. b^{bis} Cst.)⁵³¹ permettra de formaliser encore davantage la procédure d'évaluation en la matière.

b) La révision constitutionnelle contraire au droit international

- 209 La question inverse, soit celle des limites matérielles éventuelles posées par le droit international à la révision constitutionnelle, est particulièrement épineuse. Le problème se pose surtout en relation avec les initiatives populaires qui proposeraient une modification constitutionnelle contraire aux obligations internationales de la Suisse.
- 210 Durant les années 1980 déjà, les autorités fédérales avaient esquissé une réponse nuancée à la question des limites de droit international aux révisions constitutionnelles⁵³²:
- Si le problème d'une contradiction avec le droit international se pose pour des initiatives rédigées **en termes généraux** ou pour des initiatives émanant de l'AF ou du CF – ce qui devrait être peu fréquent puisque leur conformité peut alors être contrôlée –, il est possible d'insérer dans le projet une disposition transitoire n'autorisant une entrée en vigueur de ce texte que si les obligations internationales peuvent être amendées et qu'à partir du moment où elles l'ont été.
 - Quant aux initiatives **rédigées de toutes pièces**, il est possible de prévoir une disposition permettant d'en retarder l'entrée en vigueur jusqu'à la dénonciation ou la modification du traité.
 - Enfin, la déclaration de nullité d'une initiative doit être considérée comme l'*ultima ratio*, c'est-à-dire qu'elle ne doit être envisagée que dans les cas très rares où une initiative contreviendrait à une norme du *jus cogens*, à un traité conclu pour une durée indéterminée ou à un autre traité non dénonçable (p. ex. en droit international des droits de l'homme).
- 211 On distingue aujourd'hui entre une révision constitutionnelle contraire au droit international **impératif**, pour laquelle il existe désormais une règle constitutionnelle de conflit (aa)), et une

530 Message du CF à l'AF du 23.11.1974 concernant de nouvelles dispositions sur le référendum en matière de traités internationaux, FF 1974 II 1133.

531 cf. OFJ, Rapport explicatif relatif au référendum obligatoire pour les traités internationaux ayant un caractère constitutionnel.

532 Publication commune de l'OFJ et de la Direction du droit international public relative aux rapports entre le droit international et le droit interne au sein de l'ordre juridique suisse, JAAC 53.54 p. 437-469 ss.

révision constitutionnelle contraire au droit international **non impératif**, autour de laquelle la controverse fait encore rage (bb)).

aa) La révision constitutionnelle contraire au droit international impératif

C'est d'abord à l'égard des normes impératives du droit international que la question des limites de droit international à la révision constitutionnelle a été clarifiée. En effet, le 16 mars 1995, les Chambres fédérales ont invalidé l'initiative populaire «Pour une politique d'asile raisonnable», notamment au motif qu'elle contrevient au principe de non refoulement considéré comme une norme de *jus cogens*⁵³³.

La Constitution fédérale de 1999 a codifié cette pratique en prévoyant que le respect des **règles impératives du droit international** constitue une limite matérielle à la révision constitutionnelle. Ainsi, l'art. 139 al. 3 Cst. contraint désormais l'AF à déclarer, totalement ou partiellement, nulle une initiative populaire qui ne respecterait pas les «règles impératives de droit international». De même, l'art. 194 Cst. impose leur respect lors d'une révision totale (art. 193 al. 4 Cst.) ou partielle (art. 194 al. 2 Cst.) de la Constitution.

L'interprétation à donner à la notion de «règles impératives du droit international» revêt dès lors une importance capitale. Force est cependant de constater que la notion de règles impératives du droit international de la pratique constitutionnelle suisse⁵³⁴ est plus large que celle de *jus cogens* consacrée par la Convention de Vienne (art. 53 CVDI) et surtout par la pratique de la communauté internationale des Etats⁵³⁵. Elle couvre notamment aussi les droits absolus de la CEDH, l'interdiction de l'inégalité de traitement, ainsi que le principe du caractère personnel et individuel de la responsabilité pénale⁵³⁶.

Le CF rappelle toutefois que l'invalidation d'une initiative doit demeurer une *ultima ratio*, et que les autorités fédérales doivent tout mettre en œuvre pour éviter le conflit autant que possible et respecter les droits populaires. Le processus parlementaire doit ainsi, lors de l'examen de validité de l'initiative, limiter son impact sur le droit international tant que faire se peut en choisissant une **interprétation conforme** au droit international qui permette de la

533 Message du CF concernant les initiatives populaires «Pour une politique d'asile raisonnable» et «contre l'immigration clandestine» du 22.6.1994, FF 1994 III 1471/1479 s.

534 Selon la pratique des autorités fédérales, cette notion comprend notamment le principe de l'égalité souveraine des Etats, la prohibition du recours à la force entre Etats, la prohibition de la torture (art. 3 CEDH et art. 7 Pacte II), du génocide, de l'esclavage, de la servitude et du travail forcé (art. 4 par. 1 CEDH et art. 8 par. 1 et 2 Pacte II), la privation arbitraire de la vie (art. 2 par. 1 CEDH et art. 6 par. 1 Pacte II), les principes *nulla poena sine lege* et *ne bis in idem* (art. 7 CEDH et art. 15 Pacte II), la dimension intérieure de la liberté religieuse (droit de développer sa propre pensée religieuse et de changer de conviction: *forum internum*, art. 18 par. 3 a *contrario* Pacte II), le principe de non refoulement (dans sa portée relative et absolue) et le noyau du droit international humanitaire (art. 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949) (Rapport sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2010 2067/2115 s.; cf. aussi Message du CF du 20.11.2013 concernant l'initiative populaire «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre)», FF 2013 8493/8052-3). Sur l'existence d'un *jus cogens* européen, voir cependant ATF 133 II 450, c. 7.3. Voir not. Petit Comm. Cst.-MAHON, art. 5 N 23; SGK BV- TSCHUMI/SCHINDLER, Art. 5 N 75; SGK BV-ZIEGLER/ODENDAHL, Intro. N 51; BSK BV-EPINEY, Art. 5 al. 4 N 100; BIAGINI, Komm. BV, Art. 5 N 30.

535 Selon une liste illustrative établie par la Commission du droit international, le *jus cogens* comprendrait l'interdiction de l'agression, l'interdiction du génocide, l'interdiction des crimes contre l'humanité, les règles fondamentales du droit international humanitaire, l'interdiction de la discrimination raciale et de l'apartheid, l'interdiction de l'esclavage, l'interdiction de la torture et le droit à l'autodétermination (Commission du droit international, Normes impératives du droit international général (*jus cogens*), Textes des projets de conclusion et du projet d'annexe provisoirement adoptés par le Comité de rédaction en première lecture, 24.5.2019, A/CN.4/L.936).

536 cf. la Déclaration faite par la Délégation suisse le 28.10.2019 devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies au sujet de la liste établie par la Commission du droit international.

déclarer valide et de la soumettre au vote populaire. Ce principe de l'interprétation conforme est donc complété par un deuxième principe constitutionnel, le principe *in dubio pro populo*⁵³⁷. Cette solution, très favorable aux droits populaires, a cependant pour défaut, en cas d'acceptation de l'initiative, de déplacer la difficulté au stade de la mise en œuvre.

- 216 Il faut souligner que la Constitution fédérale offre la possibilité de n'invalidier une initiative populaire que **partiellement** (art. 139 al. 3 Cst.). Suivant la teneur de l'initiative, l'invalidation partielle permet donc de respecter le droit international impératif tout en sauvegardant dans la mesure du possible les droits populaires.
- 217 A ce jour, l'art. 139 al. 3 Cst. n'a été appliqué qu'une seule fois : à l'invalidation partielle du texte de l'initiative «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre)». Ce texte définissait en effet le contenu des normes de *jus cogens* (d'une manière plus restrictive que la pratique internationale de la communauté des Etats et que la pratique suisse actuelle) et violait donc, ce faisant, le *jus cogens*⁵³⁸.

bb) La révision constitutionnelle contraire au droit non impératif

- 218 Si la limite matérielle des règles impératives de droit international est désormais reconnue, la question des limites à la révision constitutionnelle posées par d'**autres normes de droit international** demeure ouverte.
- 219 En cas de conflit, la pratique favorable aux droits populaires et au principe de l'autodétermination démocratique des bases et limites juridiques à l'activité de l'Etat a toujours été de soumettre de telles initiatives au vote populaire, puis, en cas d'acceptation, de recourir à l'interprétation conforme dans leur mise en œuvre. Lorsque cela n'est pas possible, par exemple parce que le texte proposé par l'initiative est rédigé clairement et d'effet direct, la pratique est alors de renégocier le traité international contraire, voire de le dénoncer.
- 220 Cette pratique trouve néanmoins ses limites en cas de violation de **traités internationaux de durée indéterminée ou non dénonçables**, mais aussi plus généralement en cas de non-respect du droit international coutumier⁵³⁹. Ces obligations internationales ne peuvent en effet ni être modifiées ni être dénoncées, ce qui pose problème en cas d'acceptation d'une initiative contraire et en cas d'échec de l'interprétation conforme au moment de sa mise en œuvre.
- 221 La difficulté est d'autant plus grande lorsque les traités non dénonçables ou les normes de droit international coutumier en cause protègent les **droits de l'homme** ou d'autres dimensions constitutives de l'Etat de droit démocratique.
- 222 Si cette dernière possibilité est longtemps demeurée théorique, les initiatives populaires contraires au droit international des droits de l'homme et rédigées de toutes pièces, voire contenant des dispositions d'effet direct, sont malheureusement en nombre croissant depuis une quinzaine d'années. Ces initiatives ont même été, pour la plupart, soumises au vote et, dans certains cas, approuvées par le peuple suisse et les cantons. Cela a été le cas de l'initiative sur l'enfermement à vie de certains délinquants sexuels⁵⁴⁰, l'initiative contre la construction des minarets⁵⁴¹, l'initiative pour le renvoi des criminels étrangers⁵⁴², l'initiative Eco-

Pop⁵⁴³, ou encore l'initiative populaire «Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage» déposée en 2017⁵⁴⁴.

Ces dernières années, plusieurs initiatives parlementaires ont été déposées afin de sortir de ce dilemme. D'aucuns ont suggéré d'étendre les limites matérielles à la révision constitutionnelle à l'entier du droit international des droits de l'homme, sur le modèle de la jurisprudence *PKK* en matière de lois fédérales postérieures, alors que d'autres ont proposé l'introduction d'une règle de primauté en fonction du degré de légitimité démocratique de la norme internationale en cause, ou encore un contrôle de conventionalité judiciaire des initiatives fédérales⁵⁴⁵.

En réponse, le CF a rendu un premier *Rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne*⁵⁴⁶, suivi d'un *Rapport additionnel du 30 mars 2011 au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne*, dans lequel il examine diverses solutions permettant de mieux concilier les projets de normes constitutionnelles avec le droit international contraire⁵⁴⁷. Il y propose notamment l'extension de la procédure d'examen préliminaire des initiatives et l'alerte explicite des citoyens, mais aussi l'introduction d'une nouvelle limite matérielle à la validité des initiatives en cas de violation de l'essence ou du noyau intangible des droits fondamentaux. Ces deux propositions ont été abandonnées suite à la consultation de 2013.

En 2012, le TF est intervenu dans ce débat en rendant un arrêt controversé sur la primauté de la **CEDH** sur le droit constitutionnel suisse. On peut y lire qu'en cas de conflit entre la Constitution fédérale et la CEDH, c'est en principe la CEDH qui doit avoir la priorité, y compris sur des dispositions constitutionnelles postérieures, et ce notamment du fait de l'autorité des arrêts de la CourEDH en droit suisse⁵⁴⁸.

La question de savoir si cet arrêt doit être considéré comme faisant jurisprudence en la matière est longtemps restée controversée, et le demeure encore pour certains. Dans un arrêt de 2015, le TF a encore étendu cette interprétation de la primauté du droit international des droits de l'homme sur le droit constitutionnel postérieur à la primauté des **accords bilatéraux CH-UE** (et ce en dépit de leur contenu principalement économique), en accordant en l'occurrence la primauté de ces accords sur l'art. 121a Cst.⁵⁴⁹. En 2018, le TAF a d'ailleurs confirmé ce raisonnement⁵⁵⁰.

C'est précisément en réaction à ce développement jurisprudentiel, considéré comme imminent, d'une règle de primauté du droit international sur le droit constitutionnel qu'a été déposée en 2016 l'initiative populaire «Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination)». Cette initiative proposait d'inscrire à l'art. 5 al. 4 Cst la primauté du droit constitutionnel suisse sur le droit international (à l'exception du *jus cogens*). Elle a été rejetée par le peuple et les cantons en novembre 2018.

543 Message du CF du 23.10.2013 relatif à l'initiative populaire «Halte à la surpopulation – Oui à la préservation durable des ressources naturelles», FF 2013 7783.

544 Message du CF relatif à l'initiative populaire «Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage» et au contre-projet indirect (loi fédérale sur la dissimulation du visage), FF 2019 2895.

545 Dans l'idée notamment d'éviter une condamnation par la CourEDH : cf. CourEDH, arrêt *Ouardiri c. Suisse* du 8.7.2011, 65840/09 et arrêt *Ligue des Musulmans de Suisse e.a. c. Suisse* du 8.7.2011, 66274/09.

546 Rapport sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2010 2067, 2128, 2135 et 2137.

547 Rapport additionnel du CF du 30.3.2011 au Rapport du 5.3.2010 sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2011 3401, 3402 s.

548 ATF 139 I 16, JdT 2013 I 167, c. 5.2 s.

549 ATF 142 II 35, JdT 2016 I 35, c. 3.2. Cf. aussi Révision de la loi fédérale sur les étrangers (gestion de l'immigration et amélioration de la mise en œuvre des accords sur la libre circulation des personnes), du 16.12.2016 (FF 2016 8651-8657), contre laquelle le référendum n'a pas abouti (cf. FF 2017 3022).

550 TAF, arrêt du 20.11.2018, A-359/2018, c. 7.3.7.

537 Rapport sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2010 2067, 2117.

538 Message du CF concernant l'initiative de mise en œuvre, FF 2013 8493, 8506.

539 Rapport sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2010 2067, 2118 s. et 2124 s.

540 Message du CF du 4.4.2001 relatif à l'initiative populaire fédérale «Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables», FF 2001 3265.

541 Message du CF du 27.8.2008 relatif à l'initiative populaire fédérale «Contre la construction des minarets», FF 2008 6923, 6930.

542 Message du CF du 24.6.2009 relatif à l'initiative populaire fédérale «Initiative sur le renvoi», FF 2009 4571.

- 228 Dans son message recommandant le rejet de l'initiative, le CF a souligné le danger d'inscrire clairement et de manière aussi rigide la primauté du droit constitutionnel suisse sur le droit international. Il a insisté sur les vertus de la flexibilité de l'approche actuelle et rejeté «une règle de primauté schématique»⁵⁵¹. On peut en déduire aussi dès lors un rejet de la règle de primauté schématique inverse en faveur du droit international et espérer que la jurisprudence fédérale en revienne à la pratique nuancée d'analyse normative au cas par cas, analyse qui devrait être la règle dans ce contexte (comp. toutefois art. 190 Cst. N 64-68).
- 229 En somme, et pour rappel, la vertu de la teneur de l'art. 5 al. 4 Cst. actuel, surtout lorsqu'il s'agit d'arbitrer un conflit entre une norme constitutionnelle et une norme internationale, est de ne pas trancher de manière absolue entre les deux dimensions constitutives de l'Etat et de l'ordre juridique suisse que sont le droit international et le droit interne. Il évite aussi d'entretenir une dichotomie et opposition dangereuses entre un procéduralisme démocratique (selon lequel l'autodétermination nationale devrait toujours l'emporter), d'une part, et un essentialisme des droits de l'homme (selon lequel le respect du droit international des droits de l'homme serait la norme ultime), d'autre part. Ce faisant, il maintient en tension les deux facettes procédurale et matérielle complémentaires de l'Etat de droit démocratique consacré par l'art. 5 Cst.

3. L'effet direct

- 230 La pratique suisse du droit international reconnaît l'**effet direct** de certaines normes de droit international (y compris coutumier⁵⁵²) dans l'ordre juridique suisse⁵⁵³.
- 231 Comme en matière de validité immédiate et de primauté, l'effet direct du droit international n'est pas une possibilité prévue explicitement à l'art. 5 al. 4 Cst. Il est toutefois possible de le déduire **indirectement** de la mention directe du «droit international» dans cet article et aux art. 189 al. 1 let. b et 190 Cst.
- 232 Il est vrai que, comme dans la plupart des autres Etats, le TF a durant longtemps appliqué de nombreux traités internationaux sans se soucier des conditions de leur effet direct. Il n'y a que depuis une quarantaine d'années qu'il permet qu'une norme soit directement applicable et puisse être invoquée en justice par un particulier⁵⁵⁴. Lorsqu'une norme internationale n'est pas d'effet direct, en revanche, elle doit être **concrétisée** en droit interne par l'adoption d'une norme de droit suisse. Cette norme précise son champ d'application personnel et matériel, ainsi que les voies de droit le cas échéant.
- 233 Afin de déterminer si une norme internationale bénéficie de l'effet direct en droit interne, les autorités suisses chargées d'appliquer le droit international recourent à l'**interprétation de la norme internationale** en cause⁵⁵⁵.
- 234 A l'instar de ce qui vaut dans la pratique majoritaire des Etats, la jurisprudence du TF a énoncé une série de **critères** propres à déterminer l'effet direct de normes internationales⁵⁵⁶:

551 Message CF relatif à l'initiative pour l'autodétermination, FF 2017 5027/5045 s.

552 ATF 117 IV 169, c. 4c.

553 ATF 142 II 161, c. 4.5.1. cf. aussi Rapport sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2010 2067/2094.

554 ATF 111 V 201, c. 2b; ATF 98 Ib 385, c. 2a; ATF 97 I 564, c. 4a.

555 Message du CF du 11.12.2015 portant approbation du Protocole facultatif du 19.12.2011 à la Convention relative aux droits de l'enfant du 20.11.1989 établissant une procédure de présentation de communications, FF 2016 179.

556 cf. ATF 133 I 286, JdT 2011 IV 79, c. 3.2; TF, arrêt du 11.8.2009, 4A_56/2009, c. 5.2; ATF 126 I 240, c. 2b; ATF 124 III 90, JdT 1998 I 272, c. 3a; ATF 122 II 234, c. 4a; ATF 121 V 246, c. 2b. Voir not. SGK BV-TSCHUMI/SCHINDLER, Art. 5 N 68-69; SGK BV-ZIEGLER/ODENDAHL, Intro., N 49; BSK BV-EPINEY, Art. 5 al. 4 N 78-79; BIAGINNI, Komm. BV, Art. 5 N 28a.

- Premièrement, les normes en cause doivent établir des **droits ou des obligations de personnes physiques et morales**.
- Deuxièmement, ces normes doivent être **suffisamment précises, claires et inconditionnelles**, de façon à ne nécessiter, pour leur mise en œuvre, aucune mesure d'application ou de concrétisation interne.
- Finalement, ces normes doivent s'adresser à des **autorités d'application** (exécutives ou judiciaires). Ce n'est pas le cas, par exemple, de normes dites programmatiques qui s'adressent au législateur.

S'il y a un domaine de la pratique suisse qui demeure controversé, c'est celui de l'effet direct des **droits de l'homme internationaux**, et notamment des droits sociaux, économiques et culturels. 235

En effet, si l'on suit la jurisprudence fédérale, l'effet direct des droits de la CEDH ou du Pacte II est considéré comme acquis. Ce n'est pas le cas en revanche de celui des droits du Pacte I. A l'origine, le TF refusait cet effet direct à l'ensemble du Pacte I **en bloc** et, contrairement à la pratique du droit international en matière d'effet direct, sans distinction entre les différents droits du Pacte. Selon lui, les droits du Pacte I n'avaient qu'une valeur programmatique⁵⁵⁷. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, en charge du contrôle du respect du Pacte I, a réagi et établi une liste des dispositions du Pacte I considérées d'effet direct. Il s'agit notamment des art. 3, 7, 8, 10, 13 et 15 Pacte I. Le TF a depuis lors revu son interprétation restrictive, du moins sur certains droits⁵⁵⁸. 236

Pour ce qui concerne l'effet direct des obligations de droit international des individus, on mentionnera aussi la pratique restrictive des autorités fédérales en matière d'effet direct des crimes du **droit international pénal**. C'est le cas lorsqu'il s'agit de faire appliquer directement les crimes issus du droit international pénal coutumier, du moins avant sa codification soit par un traité international, comme le Statut de Rome, soit en droit pénal suisse⁵⁵⁹. 237

Art. 5a*

Subsidiarité	L'attribution et l'accomplissement des tâches étatiques se fondent sur le principe de subsidiarité.
Subsidiarität	Bei der Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben ist der Grundsatz der Subsidiarität zu beachten.
Sussidiarietà	Nell'assegnazione e nell'adempimento dei compiti statali va osservato il principio della sussidiarietà.

Plan

	N
I. Introduction	1
A. Fonction	1
B. Origine	3
C. Contexte	9

557 cf. p. ex. ATF 121 V 246, c. 2c.

558 ATF 137 I 305, c. 3.1; ATF 133 I 156, JdT 2008 I 407, c. 3.6.4; ATF 130 I 113, c. 3.3 (art. 13); ATF 125 III 277, JdT 2000 I 240, c. 2d (art. 8).

559 cf. Message du CF du 23.4.2008 relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, FF 2008 3461, 3474-3475.

* L'auteur tient à remercier vivement Madame Alma Veuthey, assistante à la Faculté de droit de l'Université de Genève pour les recherches effectuées et la relecture du manuscrit.