

Philippe Nantermod

Master en droit, Université de Lausanne

Mémoire de master

Janvier 2009

**La validité matérielle de l'initiative
populaire fédérale « contre la construction
de minarets »**

Sous la direction du Professeur Etienne Grisel

Table des matières

TABLE DES MATIERES	2
1 INTRODUCTION	4
2 LES NORMES IMPERATIVES DU DROIT INTERNATIONAL	5
2.1 LA BASE LEGALE	5
2.2 LE JUS COGENS COMME PRINCIPE GENERAL DU DIP.....	7
2.2.1 <i>Le jus cogens et l'initiative contre la construction de minarets</i>	9
2.3 LE JUS COGENS COMME NOTION AUTONOME EN SUISSE	10
2.3.1 <i>Etendue de la notion autonome</i>	10
2.3.2 <i>Vers un jus cogens régional ?</i>	11
2.3.3 <i>Le jus cogens et l'initiative contre la construction de minarets</i>	13
2.3.3.1 La liberté de conscience et de croyance.....	13
2.3.3.2 L'interdiction des discriminations.....	14
2.3.3.3 L'élargissement du contenu du <i>jus cogens</i>	15
3 L'EXECUTABILITE DE L'INITIATIVE	15
3.1 L'ABSENCE DE BASE LEGALE.....	15
3.2 IMPOSSIBILITE MATERIELLE	17
3.3 IMPOSSIBILITE JURIDIQUE.....	18
3.3.1 <i>L'adoption de règles contraires au droit international non impératif</i>	20
3.3.2 <i>Le rapport entre droit international et droit interne</i>	20
3.3.2.1 L'arrêt Schubert	20
3.3.2.2 La primauté du droit international.....	22
3.3.2.3 L'initiative sur l'internement à vie : la volonté du législateur de respecter le droit international public	23
3.3.3 <i>Les réserves et déclarations aux traités internationaux</i>	25
3.3.4 <i>La modification et la dénonciation des traités internationaux</i>	25
3.3.4.1 Le Pacte II de l'ONU	25
3.3.4.2 La Convention européenne des droits de l'homme.....	26
3.4 L'INITIATIVE « CONTRE LA CONSTRUCTION DE MINARETS »	27
3.4.1 <i>L'initiative est-elle directement applicable ?</i>	27
3.4.2 <i>L'impossibilité matérielle</i>	28
3.4.3 <i>La conformité à la Convention européenne des droits de l'Homme</i>	29

3.4.3.1	Liberté de pensée, de conscience et de religion.....	29
3.4.3.2	Interdiction des discriminations	31
3.4.3.3	Les conséquences d’une violation de la CEDH.....	32
3.4.4	<i>La conformité avec le Pacte II de l’ONU.....</i>	<i>34</i>
3.4.4.1	L’article 18 du Pacte II de l’ONU.....	34
3.4.4.2	L’article 2 du Pacte II de l’ONU	34
3.4.4.3	Les conséquences d’une violation du Pacte	35
3.4.5	<i>Vers une impossibilité juridique ?.....</i>	<i>35</i>
4	CONCLUSION	37
	BIBLIOGRAPHIE.....	39

1 Introduction

L'initiative populaire est sans aucun doute le droit politique le plus abouti de la démocratie semi-directe suisse. Appuyé de 100'000 signatures valides, un comité de citoyens peut proposer une modification constitutionnelle qui sera soumise au verdict du peuple et des cantons. Cette possibilité naquit à la fin du XIXe siècle et reste très prisée, malgré les faibles chances de succès des initiatives au stade de la votation.

Les modifications constitutionnelles « ordinaires », soit celles initiées par le parlement, font l'objet d'une longue procédure pré-décisionnelle qui comprend la procédure de consultation et une large évaluation juridique des projets. A contrario, le texte d'une initiative ne fait l'objet que d'un bref contrôle préalable à la récolte de signatures portant sur le titre de l'initiative et la validité de la feuille de signatures. Seul le comité est responsable du contenu du texte d'initiative qui ne doit pas nécessairement être vérifié par un juriste. Le texte n'est traité par le Conseil fédéral et n'est déclaré valide par les Chambres qu'après la récolte de signatures. La Constitution et la force d'un projet munis de plus de cent milles signatures interdisent au Parlement un contrôle trop pointilleux des initiatives. Le peuple se prononce ainsi souvent sur des projets peu aboutis et dont les défauts apparaissent de manière plus évidente au moment de la votation. Parmi ces défauts, le non respect du droit international public revient périodiquement et les questions relatives restent souvent sans réponse.

Les restrictions au droit d'initiative sont volontairement très peu nombreuses. La Constitution fédérale prévoit à son article 139 alinéa 2 que l'initiative doit formellement respecter l'unité de forme et l'unité de matière. La question des limites matérielles des modifications constitutionnelles se pose de plus en plus. Le parlement a dû se prononcer sur l'éventualité des effets d'une violation des règles impératives du droit international et sur l'impossibilité d'exécuter une initiative. Comme nous le verrons, en conséquence de ces faits, deux initiatives ont été déclarées nulles.

La révision constitutionnelle de 1999 a abouti à la reconnaissance formelle de la limite matérielle qu'est le *jus cogens* ou norme impérative du droit internationale et à la reconnaissance implicite de la nécessité d'annuler une initiative impossible à réaliser.¹

¹ Art. 139 alinéa 2 Constitution fédérale

L'initiative populaire fédérale « contre la construction de minarets » a été déposée le 8 juillet 2008, munie de 113'540 signatures.² La teneur de l'initiative est la suivante :

La Constitution fédérale est modifiée comme suit :

Art. 72³ al. 3 (nouveau)

³La construction de minarets est interdite.

Cette initiative pose plusieurs problèmes quant aux engagements internationaux de la Suisse en matière de libertés fondamentales, notamment au regard de la liberté religieuse et de l'interdiction des discriminations. Il convient de réfléchir à la validité matérielle de cette initiative, la validité formelle, soit l'unité de forme et de matière, ne laissant que peu de place au doute, affirmation confirmée par le Conseil fédéral dans son message.⁴

Dans un premier temps, nous étudierons la compatibilité de l'initiative avec les règles impératives du droit international et les définitions possibles du *jus cogens*, en particulier la possibilité d'une définition autonome propre à la Suisse. Nous tenterons ensuite de répondre aux questions concernant "l'exécutabilité"⁵ de l'initiative et notamment de l'éventualité de la reconnaissance d'une impossibilité juridique.

Il peut sembler de prime abord surprenant que le contrôle juridique de l'initiative soit entrepris par un organe législatif. En effet, une stricte lecture de la Constitution de 1874 ou de celle de 1999 indique que la nature de ce contrôle se limite à la légalité et ne s'élargit en aucun cas à l'opportunité. Le caractère restrictif de ce contrôle conforte cette appréciation. Contrairement à la France, l'Allemagne, ou l'Italie notamment, la démocratie semi-directe helvétique ne connaît pas de juridiction constitutionnelle.

2 Les normes impératives du droit international

2.1 La base légale

Sous l'empire de l'ancienne Constitution, l'article 122 déléguait au législateur le soin d'édicter une loi réglant les dispositions formelles quant à la validité d'une initiative. Les questions de respect

² FF 2008 6928, message relatif à l'initiative populaire « contre la construction de minarets ».

³ L'article 72 de la Constitution a pour titre « Eglise et Etat » et traite des rapports entre les deux institutions.

⁴ FF 2008 6929, message relatif à l'initiative populaire « contre la construction de minarets ».

⁵ Ce néologisme est le fait du Conseil fédéral, nous parlerons désormais d'impossibilité de réaliser.

de l'unité de la matière et de la forme trouvaient ainsi leur source dans la Loi sur les droits politiques.⁶

En ce qui concerne les limites matérielles, la Constitution ne prévoyait rien. La question de l'incompatibilité d'une initiative avec le *jus cogens* s'est posée dans la doctrine sans jamais trouver de concrétisation dans les faits avant 1994. A cette époque l'Assemblée fédérale a dû se prononcer sur la validité de l'initiative « pour une politique d'asile raisonnable »⁷ qui réclamait l'expulsion de tous les réfugiés déboutés, sans tenir compte du principe de non refoulement des étrangers sujets à des traitements interdits par les traités humanitaires internationaux.

Dans son message, le Conseil fédéral a recommandé l'invalidation de l'initiative pour son incompatibilité avec les règles du *jus cogens*. Le gouvernement estimait que le principe de non refoulement relevait du *jus cogens*. L'Assemblée fédérale a suivi le Conseil fédéral sur ce point et a renoncé à soumettre l'initiative au vote du peuple et des cantons.

Par cette décision, les Chambres ont admis une nouvelle condition de validité des initiatives, le respect du *jus cogens*, qui ne figurait pas dans la Constitution. Cette règle sera reprise dans la nouvelle Constitution de 1999. Le Constituant s'est cependant bien gardé de donner une définition précise du concept de *jus cogens*.⁸ Il renvoie pour l'essentiel aux questions qui se sont posées avec l'initiative « pour une politique d'asile raisonnable ».

Le texte de la Constitution de 1999 ne reprend pas exactement les termes de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁹ qui parle des normes impératives de droit international général. Le terme « général » ne figure pas dans la Constitution qui laisse ouverte l'éventualité que soit admise une norme impérative du droit international non général, éventuellement régional.

Si la législation interne rencontre de manière générale une limite matérielle dans le droit international, les initiatives constitutionnelles qui ne le respectent pas ne doivent pas pour autant être annulées. Seul le *jus cogens* constitue une limite matérielle absolue qui conduit à la nullité totale ou partielle de l'initiative. Le Conseil fédéral manque de clarté dans son message : « Cette position correspond à la doctrine dominante selon laquelle il faut reconnaître comme limite matérielle à la révision au moins le droit international impératif ».¹⁰ On peut se demander ce que

⁶ RS 161.1

⁷ FF 1994 1471, message relatif à l'initiative populaire « pour une politique d'asile raisonnable ».

⁸ FF 1997 441, « message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996 ».

⁹ RS 0.111, art. 53

¹⁰ FF 1997 453, « message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996 ».

comprend le gouvernement par «au moins»; se contente-t-il de rappeler des positions divergentes au sein de la doctrine ou considère-t-il le droit international impératif comme une limite matérielle parmi d'autres? Jusqu'à présent, ni le Parlement, ni le gouvernement n'ont donné de réponse définitive à cette question. Les cas – rares – d'initiatives foncièrement contraires aux traités internationaux n'ont pas abouti à un élargissement des règles en matière de nullité des initiatives. Soulignons tout de même que les autorités se sont en général sorties de ce mauvais pas grâce au mécanisme d'interprétation conforme, solution qui a l'avantage de concilier le droit international et la volonté du souverain. Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution et de son article 5 alinéa 4 confirmant l'obligation de respecter le droit international, l'éventualité jusqu'à présent théorique d'une initiative absolument inconciliable avec le droit international non impératif ne s'est pas présentée et aucune réponse péremptoire ne saurait être donnée.

Les règles impératives du droit international ne peuvent être décrites en termes abstraits. Le Conseil fédéral rappelle que le contenu du *jus cogens* doit être défini dans la pratique. Il cite l'Assemblée fédérale et le Tribunal fédéral comme organes compétents pour délimiter la notion de *jus cogens*.

Les avis sont partagés sur l'étendue à accorder aux règles impératives du droit international définies dans l'article 139 alinéa 2 de la Constitution fédérale. Soit l'article 139 fait appel au *jus cogens* reconnu par l'ensemble de la communauté internationale, auquel cas il est particulièrement restreint, soit il fait appel à une notion autonome en droit Suisse, auquel cas il importe de définir son étendue.

2.2 Le jus cogens comme principe général du DIP

Comme nous l'avons vu, l'article 139 alinéa 2 peut être interprété en rapport avec la notion de *jus cogens* contenu à l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT). Une interprétation littérale ne saurait d'ailleurs s'en éloigner, hormis la question du terme « général ».

Dans son message relatif à l'initiative sur les minarets, le Conseil fédéral se réfère directement à la CVDT¹¹. Selon la Convention, le *jus cogens* se définit comme « une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même

¹¹ FF 2008 6929, message relatif à l'initiative « contre la construction de minarets ».

caractères. Cette définition est reconnue comme ayant un caractère universel. La Convention ne contient cependant pas de catalogue des règles qui entrent dans cette catégorie.

C'est la reconnaissance et l'acceptation par la communauté internationale des Etats dans leur ensemble qui constituent l'élément essentiel de la constitution de la règle de *jus cogens*. Une très large majorité des Etats suffit, il n'est pas nécessaire d'en réunir l'unanimité¹². C'est l'*opinio juris* qui définit la qualité de la norme. La règle impérative présente nécessairement un caractère absolu pour les parties. Selon le dictionnaire de droit international public¹³, le *jus cogens* a une caractéristique générale et ne peut donc être régional. Le dictionnaire cite un catalogue d'exemples de normes qui peuvent être admises comme impératives : l'emploi illicite de la force entre Etats, l'exécution d'actes constituant des crimes au regard du droit international, l'accomplissement d'actes tels que la traite des esclaves, la piraterie ou le génocide, ou encore la violation de principes fondamentaux du droit humanitaire.

Il n'existe pas de catalogue définitif du *jus cogens*. La Convention de Vienne sur le droit des traités mentionne le principe sans lui donner de délimitation. Idéalement, une autorité internationale devrait en définir clairement les contours et établir une liste exhaustive des normes qui en font partie. A l'occasion de litiges opposants deux Etats, on pourrait imaginer la Cour internationale de justice déclarer telle ou telle norme impérative. Ce cas de figure ne s'est cependant jamais produit, la Cour faisant généralement preuve d'une grande retenue dans la perspective de protéger au mieux la souveraineté des Etats.

Cette situation pousse Robert Kolb à considérer que le *jus cogens* ne constitue pas un catalogue déterminé de règles de droit, mais se définit comme le caractère impératif d'une règle de droit. Ainsi, le caractère de *jus cogens* devrait être déterminé au cas par cas, par n'importe quelle autorité amenée à rendre une décision en la matière. Pour être reconnue comme impérative, une norme peut être coutumière ou découler d'un traité. Le droit international ne connaît pas de hiérarchie formelle des sources. Le *jus cogens* serait ainsi le vecteur qui permet progressivement de développer une hiérarchie matérielle des sources.¹⁴

Cette conception ne peut cependant pas s'appliquer à l'article 139 de la Constitution fédérale. En tant qu'elle limite un droit politique fondamental, cette disposition doit s'interpréter de manière restrictive et se réfère à un corpus de normes définies ou à définir. On ne saurait d'ailleurs priver

¹² Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Première session, A/CONF.39/11, p. 514, § 12.

¹³ Jean SALOMON, Dictionnaire de droit international public, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 631 et 632.

¹⁴ Robert KOLB, Théorie du *jus cogens* international, in Revue belge de droit international, Bruylant, Bruxelles, vol. XXXVI, 2003, p. 22 et 23.

les citoyens qui entreprennent la difficile démarche qu'est le lancement d'une initiative d'une certaine sécurité quant aux dispositions à ne pas enfreindre. A ce propos et dans son message instituant une nouvelle Constitution, le Conseil fédéral propose quelques normes à titre d'exemple qui doivent être interprétées comme incluses dans le *jus cogens* : « [...] le noyau du droit international humanitaire et les interdictions en matière de violence, d'agression, de génocide ou de torture appartiennent sans conteste au droit impératif. »¹⁵

En tant qu'organe de contrôle de la validité des initiatives, l'Assemblée fédérale est seule habilitée à définir le catalogue des règles impératives selon l'article 139 alinéa 2 de la Constitution. Sur proposition du Conseil fédéral, les chambres ont décidé de suivre l'opinion du Tribunal fédéral en 1994 à propos de l'initiative « pour une politique d'asile raisonnable ». Etant donné l'absence d'une jurisprudence internationale définissant clairement le contenu du *jus cogens*, c'est le Tribunal fédéral qui a inclus l'article 3 CEDH dans le catalogue des règles impératives.¹⁶ On peut en conclure que les chambres ont le devoir de définir le *jus cogens* au sens de l'article 139 alinéa 2 dans la limite de l'opinion de la jurisprudence ou de la doctrine.

2.2.1 □ Le *jus cogens* et l'initiative contre la construction de minarets

Selon l'acception classique et restrictive des normes de *jus cogens*, la liberté de conscience et de croyance n'est pas incluse dans les catalogues d'exemples généralement donnés, de même que l'interdiction des discriminations.

La Convention européenne des droits de l'homme prévoit à son article 15 une liste de garanties qui ne peuvent être violées même en cas de nécessité. Ni les libertés religieuses, ni la protection contre les discriminations ne figurent parmi les règles ne souffrant aucune dérogation au sens de la CEDH. Dans son message sur la révision de l'article 139 alinéa 2, le Conseil fédéral présente d'ailleurs les règles impératives de la CEDH comme incluses dans le *jus cogens*¹⁷ et l'article 15 est interprété comme un indice d'appartenance au *jus cogens*.

De même, le pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte II de l'ONU)¹⁸ permet de déroger aux articles relatifs à la liberté religieuse et à l'égalité de traitement au sens de l'article 4 alinéa 2 du Pacte.

¹⁵ FF 1997 369, « message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996 ».

¹⁶ ATF 109 Ib 72, ATF 111 Ib 70.

¹⁷ FF 1997 454, « message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996 ».

¹⁸ RS 0.103.2

Dans son message, le Conseil fédéral estime que ces indices montrent que ni la liberté religieuse, ni l'interdiction des discriminations ne peuvent être estimées comme relevant du *jus cogens*.¹⁹ On ne peut que suivre le Conseil fédéral dans cette interprétation : contrairement à la question du non-refoulement qui avait justifié l'invalidité d'une initiative, ni la liberté de conscience et de croyance, ni l'interdiction des discriminations n'ont été interprétées comme impératives par le Tribunal fédéral ou par la doctrine majoritaire.

2.3 Le jus cogens comme notion autonome en Suisse

2.3.1 □ Etendue de la notion autonome

La formulation de l'article 139 alinéa 2 – légèrement différente de celle de la Convention de Vienne sur les traités internationaux – peut nous conduire à imaginer une notion helvétique autonome du *jus cogens*. Dans son message sur la révision de l'article 139 alinéa 2, le Conseil fédéral donne quelques pistes pour définir les règles impératives du droit international. A la différence de nombreux auteurs, il y inclut une dimension régionale en faisant une référence directe à la Convention européenne des droits de l'homme. Si la formulation de l'article 139 alinéa 2 nous pousse à considérer que le législateur voulait développer une notion autonome du concept de *jus cogens*, encore faut-il le délimiter et lui donner un contenu.

Selon le Conseil fédéral, le pacte II de l'ONU ne peut pas être dénoncé et la CEDH ne peut politiquement l'être. Il ne reconnaît pas pour autant aux règles protégées par ces traités le rang de normes impératives du droit international.²⁰ Dans son message à propos de l'initiative « contre la construction de minarets », le gouvernement recommande à l'Assemblée fédérale de déclarer l'initiative valide. La possibilité de sortir ou non d'une convention ne pourrait être dès lors considérée comme une preuve d'impérativité des règles en question, tout au plus comme un indice.

Dans le message relatif à l'initiative « pour des naturalisations démocratiques », le Conseil fédéral classe dans le *jus cogens* les garanties de la CEDH et du Pacte II de l'ONU. Pour lui, « lorsque de telles normes sont consacrées dans un traité de droit international, leur caractère contraignant exclut qu'un Etat puisse s'y soustraire, même en cas de dénonciation »²¹. Le Conseil fédéral

¹⁹ FF 2008 6931 et 6932, relatif à l'initiative « contre la construction des minarets ».

²⁰ FF 2004 3077 à propos de l'initiative populaire : « Pour une conception moderne de la protection des animaux (Oui à la protection des animaux!) » : « Selon la doctrine dominante, le Pacte II des Nations Unies ne peut pas être dénoncé. »

²¹ FF 2006 8489 et 8490 : « Dans différents messages, le Conseil fédéral a cité des exemples de normes impératives

semble ici élargir la restriction de l'article 139 alinéa 2 de la Constitution à la totalité des garanties des deux traités. Cette interprétation doit cependant être tempérée par la lecture de la version allemande de la Feuille fédérale qui ne parle que des garanties « existantes même en état d'urgence »²². Les normes en question sont énumérées exhaustivement à l'article 15 CEDH : il s'agit du droit à la vie, de l'interdiction de la torture, de l'interdiction de l'esclavage et de la servitude et du principe de la légalité des sanctions pénales.²³

Dans la doctrine, concernant l'initiative « contre l'abattage rituel des animaux sans étourdissement préalable »,²⁴ Yvo Hangartner expose une interprétation différente de la notion des règles impératives du droit international et considère que le caractère non dénonçable des conventions leur confère un statut de *jus cogens*. Il constate que l'initiative viole non seulement les droits fondamentaux reconnus par les traités internationaux, mais en plus certains accords de libre-échange. Selon lui, ces violations auraient dû pousser l'Assemblée fédérale à déclarer l'initiative nulle.²⁵ Cette interprétation revient à ignorer complètement le terme « impératif » de l'article 139 alinéa 2 Constitution et ne respecte pas la volonté du constituant.

2.3.2 □ Vers un *jus cogens* régional ?

On l'a vu, le Conseil fédéral se réfère directement à la Convention européenne des droits de l'homme pour établir le catalogue des règles impératives du droit international. On peut interpréter l'exclusion du terme « général » comme une volonté de permettre au parlement de développer un nouveau genre de *jus cogens*, régional. Andreas R. Ziegler constate d'ailleurs la disparition du terme « général » et rappelle que l'idée d'un *jus cogens* régional se répand²⁶. Dans un arrêt²⁷, le Tribunal fédéral constate qu'une règle de la CEDH est hiérarchiquement supérieure à d'autres règles établies par conventions internationales. Ce constat est peut-être le signe de l'admission d'un *jus cogens* régional. L'interprétation du principe de non-refoulement à propos de

du droit international, à savoir les interdictions de la torture, du génocide, de l'esclavage ainsi que les garanties de la CEDH et du Pacte II. », à propos de l'initiative « pour des naturalisations démocratiques ».

²² BB 2006 8962 : « notstandsfesten Garantien des EMRK ».

²³ Avis plus nuancé: Jérôme CANDRIAN, L'immunité des Etats face aux Droits de l'Homme et à la protection des Biens culturels, Schulthess, Zürich, 2005, p. 436. « En revanche, bien qu'il soit interdit de déroger à certains droits de l'homme (ainsi, en vertu de l'art. 15, par. 2, de la CEDH, ou de l'art. 4, par. 2, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques), cela n'en fait pas nécessairement des règles de *jus cogens* ».

²⁴ FF 2003 5947, l'initiative a échoué au stade de la récolte de signatures.

²⁵ Yvo HANGARTNER, Rechtsprobleme des Sächterverbots, in AJP 2002/7 p. 1022ss

²⁶ Andreas R. ZIEGLER, Introduction au droit international public, Précis de droit Stämpfli, Stämpfli Editions, Berne, p. 74, 75 et 76.

²⁷ TF 2A.51/2006 : l'article 3 CEDH constitue une règle impérative du droit international public.

l'initiative « pour une politique d'asile raisonnable » s'appuie pour l'essentiel sur l'article 3 de la CEDH, bien que d'autres Conventions internationales plus universalistes tiennent aussi compte de ce principe. On ne saurait d'ailleurs affirmer que les pays extraeuropéens appliquent ce principe, sachant qu'il n'est même pas évident qu'il soit appliqué de manière tatillonne et systématique en Europe.

L'avis de plusieurs auteurs spéculant sur une adhésion de la Suisse à l'Union européenne est à ce titre révélateur. En adhérant à l'Union, la Suisse serait tenue de respecter les règles impératives de l'UE et d'invalider les initiatives qui violeraient ces normes. En cas d'adhésion, l'ensemble du droit communautaire occuperait non seulement une place hiérarchiquement supérieure à celle du droit fédéral, mais constituerait aussi une limite matérielle aux droits populaires.²⁸ Le Conseil fédéral le confirme dans son rapport sur l'intégration de 1988.²⁹ Sans constituer une règle de *jus cogens* à proprement parler, les règles de l'UE constitueraient une limite matérielle aux droits populaires, sans pour autant nécessiter de modification de l'article 139 alinéa 2 de la Constitution fédérale.

Un *jus cogens* régional et plus large que ce qui existe pourrait être admis, du moins au sens de l'article 139 alinéa 2 de la Constitution fédérale. En poussant le raisonnement à l'extrême, on peut se demander pourquoi l'adhésion à la CEDH n'a pas impliqué les mêmes exigences que celles qu'impliqueraient une adhésion à l'Union européenne. Ses violations sont sanctionnées par une autorité juridique supérieure, la Cour européenne des droits de l'homme à laquelle la Suisse a adhéré.

L'hypothèse peu probable d'une initiative proposant la réintroduction de la peine de mort pose des problèmes évidents quant au respect du droit international. La sentence capitale ne peut être considérée comme interdite par le *jus cogens*, ne serait-ce que du fait que plusieurs Etats parmi les plus grands du monde la pratiquent encore quotidiennement. La Suisse a pourtant ratifié le protocole n°13 à la CEDH interdisant la peine de mort en temps de paix et il paraît vraisemblable que les Chambres déclareraient nulle une demande de réintroduction, au nom de l'article 139 alinéa 2 de la Constitution. Il convient ici de rappeler que le contrôle de validité des initiatives est

²⁸ Andreas AUER, Giorgio MALINVERNI et Michel HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, volume 1, l'Etat, Deuxième édition, précis de droit Stämpfli, Berne, 2006, 1400 / Yvo HANGARTNER, Andreas KLEY, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Schulthess, Zürich, 2000, 552.

²⁹ FF 1988 III 233ss, 357, « Rapport sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne du 24 août 1988 ».

le fait d'un organe davantage politique que judiciaire. Or, s'il était reconnu comme *jus cogens*, ce ne serait que dans une optique d'un droit impératif régional, en l'espèce européen.³⁰

On ne saurait néanmoins inclure dans le *jus cogens* l'ensemble du droit international. La distinction instaurée dans la Constitution et dans les traités internationaux montrent en tous cas une volonté nette de distinguer le droit international conventionnel du droit international impératif qui repose sur une forme d'éthique générale à prétention universelle. Si cette notion peut être élargie par rapport au *jus cogens* tel que définit par la Convention de Vienne sur le droit des traités, elle ne peut inclure tous les engagements internationaux de la Confédération. Une solution intermédiaire devrait être trouvée. Le Tribunal fédéral donne peut-être une piste dans ses arrêts postérieurs au fameux arrêt Schubert : les traités protégeant les droits de l'homme s'érigeraient au dessus du droit interne en toutes circonstances et pourraient en l'espèce représenter une notion autonome de *jus cogens*.³¹ Une telle solution ne pourrait trouver de réalité qu'avec l'accord des Chambres fédérales qui semblent peu enclines à se prononcer clairement sur cette question. Ce n'est cependant pas en tant que « garantie fondamentale » que la CEDH dans son ensemble pourrait être considérée comme une limite matérielle au droit d'initiative, mais seulement en tant que règle impérative du droit international. Affirmer le contraire revient à nier purement et simplement la volonté du Constituant : l'article 139 alinéa 2 de la Constitution doit incontestablement être interprété comme *lex specialis* relativement à l'article 5. Tout au plus, la distinction qu'opère le Tribunal fédéral ouvre la porte à un éventuel élargissement du concept de *jus cogens* mais ne permet pas d'ignorer le terme « impératif » de l'article 139.

2.3.3 □ Le *jus cogens* et l'initiative contre la construction de minarets

2.3.3.1 La liberté de conscience et de croyance

La liberté de conscience et de croyance, en plus d'être garantie par la Constitution fédérale, est notamment protégée par la Convention européenne des droits de l'homme et par le Pacte II de l'ONU.

Les articles 9 CEDH et 18 du Pacte fixent des conditions de validité des restrictions de la liberté de conscience et de croyance. Elle ne figure pas dans les dispositions protégées en cas d'état d'urgence. Nous avons vu aussi que le Conseil fédéral ne l'incluait pas dans la liste des règles

³⁰ Tristan ZIMMERMANN, Quelles normes impératives du droit international comme limite à l'exercice du droit d'initiative par le peuple, PJA 2007, p. 758.

³¹ ATF 125 II 417 : « En cas de conflit, le droit international prime par principe le droit national, en particulier quand la règle internationale tend à la protection des droits de l'homme. »

impératives du droit international quand il avait l'occasion de les rappeler. Le Tribunal fédéral n'a pas laissé entendre que la norme faisait partie des règles impératives du droit international. Au sens de la Convention de Vienne sur le droit des traités, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère. Il ne peut être nié que la liberté de conscience et de croyance n'est pas reconnue dans de nombreux Etats, parmi lesquels la Chine, l'Arabie Saoudite, la Corée du Nord, l'Iran ou encore le Soudan. De plus, la plupart des Etats connaissent des restrictions plus ou moins importantes à la liberté religieuse.³² Dans ces conditions, il paraît peu envisageable de considérer que la liberté de conscience et de croyance fasse partie du *jus cogens*.

Dans son message, le Conseil fédéral constate que l'initiative pour l'interdiction des minarets viole plusieurs dispositions de droit international, parmi lesquelles l'article 9 CEDH à propos de la liberté de pensée, de croyance et de religion, ainsi que l'article 18 du Pacte II de l'ONU et que l'initiative ne remplit pas les conditions de validité d'une restriction du droit fondamental qu'est la liberté religieuse.³³ Ce constat est sans pertinence au regard de l'article 139 alinéa 2 de la Constitution qui ne sanctionne que les initiatives populaires violant le *jus cogens* et non le droit international public en général.

La règle en question n'entre pas dans le champ des règles impératives selon la doctrine classique. A moins de reconnaître l'ensemble de la CEDH comme du *jus cogens*, ce qui paraît contraire à la volonté du souverain, l'initiative contre l'interdiction des minarets ne peut être annulée au regard de l'article 139 alinéa 2 de la Constitution et de la liberté de conscience et de croyance.

2.3.3.2 L'interdiction des discriminations

A son article 14, la Convention européenne des droits de l'homme prévoit la protection des individus contre certaines discriminations. Cette protection est accessoire et n'est traditionnellement pas considérée comme une norme impérative du droit international. Le fait que l'interdiction des discriminations doive être rattachée à une autre garantie pour être invoquée nous conforte dans cette appréciation. Pour les mêmes raisons que celles mentionnées à propos

³² 2008 Report on International Religious Freedom, Département d'Etat américain, <http://www.state.gov/g/drl/rls/irf/2008/> consulté le 19 janvier 2009. Des restrictions à la liberté religieuse sont constatées dans l'ensemble des pays étudiés, y compris dans les pays européens.

³³ FF 2008 6950, relatif à l'initiative « contre la construction de minarets ».

de l'article 9 CEDH, l'initiative « contre la construction de minarets » ne violerait pas les règles impératives du droit international en enfreignant l'interdiction des discriminations.

2.3.3.3 L'élargissement du contenu du *jus cogens*

Si l'existence du *jus cogens* n'est guère contestée, son contenu l'est considérablement. Certains le limitent à l'interdiction du génocide et de quelques crimes entre Etats alors que d'autres cherchent à y inclure l'ensemble des traités internationaux en matière de droit de l'homme. La Constitution fédérale ne donnant pas de définition claire du *jus cogens*, il appartient aux Chambres fédérales, de définir son étendue au gré des initiatives populaires.³⁴ Il est cependant peu probable que les Chambres s'écartent dans un avenir proche d'un concept déjà plusieurs fois énoncé dans les documents officiels du gouvernement et des départements fédéraux.

3 L'exécutabilité de l'initiative

3.1 L'absence de base légale

La Constitution de 1874 ne prévoyait aucune limite matérielle aux initiatives populaires, celle de 1999 introduit le principe du respect des règles impératives du droit international. Le Parlement a cependant considéré qu'il avait pour tâche de déclarer nulle des initiatives qui seraient matériellement irréalisables.

La question de l'impossibilité d'exécution s'est posée avec l'initiative dite "Chevallier"³⁵ qui demandait la division par deux du budget de l'armée de l'année qui suivait le dépôt de l'initiative, soit le budget pour 1956. Le Conseil des Etats qui devait se prononcer sur l'aboutissement de l'initiative a demandé au Conseil fédéral de rendre un message sur l'unité de la matière et sur l'exécutabilité de l'initiative.

Dans sa réponse, le gouvernement a estimé que l'initiative respectait l'unité de la matière. Il a cependant soulevé des questions quant à la possibilité de réaliser l'initiative. Le temps procédural que prenait le travail parlementaire qui précède une votation populaire impliquait que le souverain se serait vu contraint de voter pour un texte demandant un objectif impossible à réaliser : diviser par deux un budget déjà adopté et dépensé. Le Conseil fédéral, tout en rappelant la nécessité du

³⁴ Jean-François AUBERT, Pascal MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Schulthess, 2003, p. 1095.

³⁵ FF 1955 333ss, relatif à l'initiative dite "Chevallier".

respect de la volonté du peuple et des initiants, ainsi que l'absence de limitation d'ordre matériel aux droits populaires, a néanmoins demandé aux Chambres de constater la nullité de l'initiative pour le grief d'impossibilité.

L'argumentation du Conseil fédéral se trouve dans les conclusions du message : « *Ce serait pousser à l'absurde le respect des droits démocratiques et même aller à leur encontre que de soumettre à la votation du peuple et des cantons une initiative dont on sait d'avance qu'elle ne pourrait pas être exécutée au cas où elle serait acceptée.* »³⁶. Il ajoute que « *la confiance dans les institutions démocratiques subirait une grave atteinte si l'Assemblée fédérale — en cas d'acceptation de l'initiative par le peuple et les cantons, hypothèse d'ailleurs très invraisemblable — devait refuser d'exécuter le mandat reçu, parce qu'il est objectivement inexécutable. Des tâches impossibles ne rentrent pas dans l'activité de l'Etat. Il ne serait pas du tout raisonnable d'en faire l'objet d'une votation populaire.* »³⁷. Le Conseil fédéral contredit ainsi les avis précédents du collège invoquant une « immunité matérielle » aux droits populaires. Il semble important de relever ici qu'une des impossibilités relevées concerne les délais dont les Chambres ont besoin pour revoir les textes de loi concernant l'organisation militaire. Ces impossibilités tiennent plus d'une logique procédurale que d'un véritable problème matériel et ouvre la question d'une impossibilité pour des motifs juridiques.

Le 7 décembre 1955, le Conseil national débattait de la proposition de déclarer l'initiative Chevalier nulle. Les débats se sont cristallisés sur le respect de la Constitution, défendu par le gouvernement, contre le respect des droits populaires, défendu par une majorité de la commission et par le groupe socialiste. Au final, la Chambre basse décide par 83 voix contre 82 de ne pas soumettre le texte au vote du peuple et de déclarer l'initiative non valide. Au Conseil des Etats, le texte est approuvé à l'unanimité de 31 voix le 15 décembre 1955.³⁸

La nouvelle Constitution ne prévoit pas un contrôle de la possibilité de réaliser l'initiative demandée. Il en ressort de la doctrine quasi unanime qu'il serait déplacé de soumettre au vote du peuple un texte qui ne pourrait trouver d'application dans les faits. Le Conseil fédéral le précise lorsqu'il parle du droit international impératif³⁹: une initiative doit être annulée lorsqu'elle ne respecte pas le *jus cogens* pour la simple raison qu'elle ne pourrait être appliquée, un Etat ne pouvant se défaire de ses obligations liées aux règles impératives du droit international. Dans un

³⁶ FF 1955 348, relatif à l'initiative dite "Chevallier".

³⁷ FF 1955 349, relatif à l'initiative dite "Chevallier".

³⁸ Bulletin sténographié du Conseil national n° 65, p. 479, Bulletin sténographié du Conseil des Etats n°65, p. 270.

³⁹ FF 1997 442, à propos de la révision totale de la Constitution fédérale.

tel cas, les droits populaires seraient détournés et ne seraient que la représentation d'un simulacre de démocratie. La faisabilité juridique d'un projet trouve son pareil dans la faisabilité matérielle. On imaginerait mal un projet objectivement irréalisable soumis au peuple, l'initiative dite "Chevallier" en avait d'ailleurs constitué un exemple.

Dans son message, le Conseil fédéral considère que la question de l'exécutabilité doit être posée même si elle ne figure pas à l'article 139 alinéa 2 de la Constitution, mais que celle-ci ne se pose que du point de vue matériel.⁴⁰

Le Tribunal fédéral n'a pas eu à se prononcer directement sur cette question: le contrôle de validité relève exclusivement des Chambres fédérales. En 2000, il a néanmoins rappelé le problème du contrôle de validité d'une initiative populaire cantonale⁴¹ qui demandait l'arrêt des travaux d'un stade en cours d'achèvement dans le canton de Genève, l'initiative populaire cantonale « pour un projet de stade raisonnable ». Le Tribunal fédéral a constaté la nullité de l'initiative pour l'impossibilité matérielle de la réaliser en précisant que « l'impossibilité peut être matérielle ou juridique »⁴².

3.2 Impossibilité matérielle

Dans son message sur l'initiative « pour une réduction temporaire des dépenses militaires (initiative pour une trêve de l'armement) » dite "Chevallier", le Conseil fédéral apprécie le texte au regard de l'impossibilité matérielle. Une initiative qui n'aurait pas d'objet au moment de son vote et serait impossible à réaliser doit être annulée, au nom de la confiance dans les institutions démocratiques et du fait que des tâches impossibles à réaliser ne constituent pas une mission de l'Etat.⁴³ Le peuple et les cantons ne sauraient être invités à se prononcer lors d'un vote sur un objet qui serait nécessairement privé de tout effet, en droit et en fait. Le contraire reviendrait à tourner en dérision les institutions démocratiques.⁴⁴

Le Conseil fédéral ne traite pas cette question dans son message à propos de l'initiative « contre la construction de minarets ».

⁴⁰ FF 1997 441, à propos de la révision totale de la Constitution fédérale.

⁴¹ IN 118 du 7 mars 2000, canton de Genève

⁴² ATF 128 I 191 (292) cons. 5.

⁴³ FF 1955 II 347 à 349, à propos de l'initiative dite "Chevallier".

⁴⁴ Etienne GRISEL, Initiative et référendum populaires, Staempfli Editions SA, Berne, 2004, n° 649.

3.3 Impossibilité juridique

Dans un arrêt, le Tribunal fédéral a reconnu qu'une initiative pouvait être impossible à exécuter pour des motifs matériels ou juridiques.⁴⁵ Ces considérations ne concernent que le cas d'une initiative cantonale : le droit fédéral dans son ensemble est impératif à l'égard des Cantons et ceux-ci ne sauraient y déroger par des réserves ou une dénonciation comme le permet la plupart des traités internationaux. En l'espèce, la question ne se posait que pour des motifs matériels, mais la problématique d'une impossibilité juridique était évoquée par le Tribunal fédéral qui semblait y répondre par l'affirmative. A propos de l'impossibilité, le Conseil fédéral, dans son message, affirme ne pas vouloir changer de pratique⁴⁶. Il précise que l'impossibilité se définit comme *le fait qu'une initiative est inexécutable dans la pratique*. La conséquence d'une telle initiative réside dans son absence d'objet et sa nullité. L'article 139 de la Constitution a d'ailleurs été adopté aux Chambres sans discussion.⁴⁷

A l'exception de l'initiative dite "Chevallier", la notion d'impossibilité ne s'est imposée à ce jour qu'à des initiatives cantonales. Celles-ci sont strictement limitées par le droit fédéral et le Tribunal fédéral parle expressément d'impossibilité juridique et matérielle. La plus haute instance juridictionnelle du pays a la mission d'appliquer le droit fédéral, et le droit cantonal – y compris par l'intermédiaire d'une initiative populaire – ne saurait en aucun cas s'y soustraire.

L'impossibilité matérielle est autant rarissime que facile à concevoir. On ne saurait exiger que l'administration voyage dans le temps ou défie les lois de la physique. L'impossibilité juridique revient à proposer une norme qui ne serait pas applicable car contraire au droit supérieur. Cette exigence se confond avec l'obligation de respecter la hiérarchie des normes, la force dérogatoire du droit fédéral. Du point de vue cantonal, appliquer une initiative qui viole le droit fédéral est impossible puisqu'une contestation judiciaire de l'initiative aboutirait à la fin à une victoire du droit fédéral. Par exemple, le POP Vaudois en a fait l'expérience avec une initiative qui réclamait la mise sur pied d'une caisse maladie cantonale unique. Un tel projet violait la répartition des compétences imposée par la Constitution fédérale et le peuple vaudois ne saurait se soustraire au

⁴⁵ ATF 128 I 190

⁴⁶ FF 1997 453, à propos de la révision totale de la Constitution fédérale.

⁴⁷ Bulletin officiel du Conseil national, « Réforme de la Constitution fédérale », tiré à part, 1998 ; Bulletin officiel du Conseil des Etats, « Réforme de la Constitution fédérale », tiré à part, 1998.

droit fédéral. Le Grand conseil vaudois a ainsi constaté la nullité de l'initiative, décision confirmée par le Tribunal fédéral⁴⁸.

L'invalidité de l'initiative fédérale contraire aux règles impératives du droit international peut se comparer avec l'interdiction faite aux cantons de déroger au droit fédéral. Au même titre que les cantons ne peuvent changer unilatéralement le droit fédéral, la Confédération ne saurait se soustraire au *jus cogens* qui par définition ne relève pas de la volonté des Etats.

Tout comme l'impossibilité matérielle, l'impossibilité juridique n'est pas prévue dans la Constitution. On peut néanmoins se demander si, par analogie, elle saurait être envisagée comme cause de nullité d'une initiative. Si elle était admise, l'impossibilité juridique signifierait qu'un texte qui viole le droit international devrait être déclaré nul si toutes les options possibles n'aboutissaient pas à une compatibilité avec les normes du droit international, y compris la modification du droit international lui-même. Les mesures envisageables pour y parvenir ont été à plusieurs reprises évoquées par le Conseil fédéral. L'impossibilité de modifier unilatéralement le *jus cogens* et de s'y soustraire a notamment été une des raisons de le considérer comme une limite aux droits populaires.

Le Tribunal fédéral applique le droit fédéral et international, mais il se peut qu'en cas de conflit, le droit interne prime. La notion d'impossibilité juridique était donc jusqu'ici une vue de l'esprit puisque le Constituant était libre de contredire ouvertement les engagements internationaux de la Suisse.

L'évolution de la pratique des Chambres et des tribunaux montre cependant que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est de plus en plus considérée comme ayant autorité de chose jugée en Suisse. Les effets de l'arrêt Burghartz qui ont conduit les chambres à modifier le droit en vigueur illustre bien cette évolution.⁴⁹ La question d'une impossibilité juridique gagne en pertinence avec cette évolution : si le Tribunal fédéral s'estime lié par la jurisprudence internationale, et notamment celle de la Cour européenne des droits de l'homme, il n'est plus possible pour le parlement d'éluder la question du respect des conventions internationales dans les cas de modifications constitutionnelles. L'argument du Conseil fédéral pour justifier le critère de l'impossibilité pour annuler une initiative peut être repris ici : il ne convient pas de soumettre au peuple un texte qui ne saurait être appliqué.

⁴⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 1P.383/2004

⁴⁹ Résolution DH (94) 61 relative à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 22 février 1994 dans l'affaire Burghartz c/ Suisse ; Denis Masméjan, La victoire des Burghartz à Strasbourg, un séisme pour la Suisse, in Le Temps, Genève, jeudi 6 septembre 2001.

3.3.1 □ L'adoption de règles contraires au droit international non impératif

Dans son message concernant la nouvelle Constitution, le Conseil fédéral affirme que les seules restrictions juridiques aux modifications constitutionnelles se limitent au *jus cogens*. Pour distinguer le droit international impératif du droit international conventionnel, le Conseil fédéral précise dans son message sur l'initiative « pour une politique d'asile raisonnable »⁵⁰ que la Suisse peut se défaire de ses obligations internationales non impératives moyennant la résiliation de traités ou quelques déclarations unilatérales.

Ainsi, en acceptant une initiative contraire au droit international non impératif, le souverain décide sciemment de violer le droit international et confie aux autorités la mission de se départir de ses obligations internationales, quitte à dénoncer des traités internationaux. Le Tribunal fédéral des assurances a confirmé l'arrêt Schubert.⁵¹ Selon lui, les Chambres restent compétentes pour trancher entre la volonté interne et le respect des engagements internationaux de la Suisse.⁵²

Les contradictions constatées entre plusieurs arrêts du Tribunal fédéral illustrent le problème de la hiérarchisation entre les traités internationaux et les lois fédérales, problème auquel la jurisprudence ne donne pas de réponse arrêtée.⁵³

3.3.2 □ Le rapport entre droit international et droit interne

3.3.2.1 L'arrêt Schubert

En 1973, Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de s'exprimer sur le traitement à accorder à une loi violant postérieurement un traité international. Le célèbre arrêt Schubert⁵⁴ précise que les Chambres sont libres de violer le droit international : la responsabilité que la Suisse engage vis-à-vis des autres Etats n'est pas directement liée au fonctionnement interne des institutions. Les effets d'une loi fédérale ou d'un article constitutionnel s'observent sur deux niveaux. Sur le plan interne, la loi prend tous ses effets et l'administration et les tribunaux sont obligés d'appliquer le

⁵⁰ FF 1994 1481, à propos de l'initiative populaire « pour une politique d'asile raisonnable ».

⁵¹ ATF 111 V 201

⁵² ATF 99 Ib 44

⁵³ Publication commune de l'Office fédéral de la justice et de la Direction du droit international public, Rapports entre le droit international et le droit interne au sein de l'ordre juridique suisse, VPB 53.54, 26 avril 1999, p. 37.

⁵⁴ ATF 99 Ib 39

droit fédéral. Sur le plan international, les autorités prennent les responsabilités qui découlent d'une application de règles internes non conformes au droit international.

Dans cette affaire, M. Schubert souhaitait acquérir un terrain en Suisse malgré l'arrêté fédéral concernant l'acquisition d'immeubles par des étrangers. Cet arrêté contredisait ouvertement l'article 2 du traité austro suisse de 1875. Le Tribunal fédéral présume que le législateur a voulu des lois conformes au droit fédéral et qu'il convient de les appliquer comme tel, à moins que le Parlement ait accepté en connaissance de cause un texte contraire au droit international. Dès lors, la décision des Chambres lie le Tribunal fédéral qui doit appliquer le droit fédéral. La juridiction fédérale confirme ainsi l'immunité dont jouissent la Constitution et les lois fédérales.

Bien que critiquée par une partie importante de la doctrine, cette jurisprudence a été confirmée. L'article 5 alinéa 4 de la nouvelle Constitution fédérale stipule que les cantons et la Confédération sont tenus de respecter le droit international. C'est le principe « pacta sunt servanda » qui trouve désormais sa source dans la Constitution.⁵⁵ L'arrêt Schubert constate que les éventuelles contradictions entre le droit interne et le droit international ont déjà été examinées par le législateur et qu'il n'appartient plus au Tribunal fédéral de vérifier s'il y a contradiction entre les deux normes concurrentes. Contrairement à ce qui a souvent été affirmé, cet arrêt ne nie pas la primauté du droit international, il rappelle simplement la compétence du Parlement pour interpréter le droit international lors de la rédaction des lois. « Il faut présumer que le législateur fédéral a entendu respecter les dispositions des traités internationaux régulièrement conclus, à moins qu'il ait en pleine connaissance de cause décidé d'édicter une règle interne contraire au droit international. En cas de doute, le droit interne doit s'interpréter conformément au droit international »⁵⁶

Suite à une affaire semblable avec l'Italie, la péninsule entreprit des mesures contre des citoyens suisses et le Conseil fédéral encouragea le canton des Grisons à ne pas appliquer la décision du Tribunal fédéral. M. Jean-Pascal Delamuraz, alors Conseiller fédéral, a même déclaré devant les Chambres en 1992 que le respect des obligations internationales primait le principe de la séparation des pouvoirs.⁵⁷ Pour beaucoup, le gouvernement semble ici en désaccord avec le Tribunal fédéral en insistant sur la primauté du droit international.

⁵⁵ Andreas AUER, Giorgio MALINVERNI et Michel HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, volume 1, l'Etat, Deuxième édition, précis de droit Stämpfli, Berne, 2006, 1304.

⁵⁶ ATF 99 Ib 39.

⁵⁷ Alexandre BERENSTEIN, L'autorité du droit international, in « La Tolérance ou la Liberté ?, les leçons de Voltaire et de Condorcet », Editions Complexe, Paris, 1997, p. 265ss.

En 1985 avec l'arrêt Curtet⁵⁸ dans une question d'application de conventions du Bureau international du travail, le Tribunal fédéral des assurances confirme la jurisprudence Schubert. Le Tribunal fédéral des assurances est revenu sur cette position le 24 août 1993 en contestant avoir suivi à la lettre le principe de l'arrêt Schubert. Il a par la suite reconnu que la jurisprudence internationale primait les règles internes de l'Assurance invalidité et donc le droit fédéral.⁵⁹

3.3.2.2 La primauté du droit international

La loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale offrait à un ressortissant italien dont l'extradition avait été demandée, un régime plus clément que l'accord bilatéral sur l'entraide pénale signé avec l'Allemagne. Malgré le fait que la loi fédérale soit postérieure à l'accord international, le Tribunal fédéral⁶⁰ rappelle le principe de la primauté du droit international sur le droit interne et décide d'appliquer le texte bilatéral, moins favorable au requérant.

Si le Tribunal fédéral ne revient pas à proprement parler sur les principes de l'arrêt Schubert, il le relativise quelque peu en rappelant la primauté du droit international. Il termine son arrêt en reconnaissant que seule une règle de même rang international peut permettre de ne pas appliquer la convention conclue avec l'Allemagne, expression internationale du parallélisme des formes. Sans revenir sur la compétence du parlement pour interpréter le droit international lors de la rédaction des lois, le Tribunal fédéral affirme que toute règle interne contraire au droit international est inapplicable⁶¹.

Dans un arrêt récent,⁶² le Tribunal fédéral affirme le principe de la primauté du droit international et exclut la pratique *Schubert* lorsque la loi est contraire à une norme internationale destinée à la protection des droits de l'homme.⁶³

L'évolution temporelle montre un fléchissement des autorités fédérales en faveur de la reconnaissance du droit international comme hiérarchiquement supérieur au droit suisse, même en concurrence avec une norme dérogeant sciemment aux engagements internationaux de la Suisse. Si les conclusions de l'arrêt Schubert ne sont pas explicitement dénoncées, le

⁵⁸ ATF 111 V 201

⁵⁹ Alexandre BERENSTEIN, op. cit., p. 267 et 268.

⁶⁰ ATF 122 II 485

⁶¹ ATF 122 II 485

⁶² ATF 125 II 417ss (425)

⁶³ Nicolas MICHEL, L'imprégnation du droit étatique par l'ordre juridique international, in Droit constitutionnel suisse, Edité par Daniel Thürer, Jean-François Aubert et Jörg Paul Müller, Schulthess, Zürich, 2001, p. 70.

gouvernement a pris ses distances et le Tribunal fédéral s'est montré plus enclin à reconnaître une portée supra légale aux obligations internationales de la Suisse. Les Chambres restent néanmoins libres d'interpréter les traités internationaux et d'engager la responsabilité internationale de la Suisse en cas de violation de ses engagements.

3.3.2.3 L'initiative sur l'internement à vie : la volonté du législateur de respecter le droit international public

En acceptant de soumettre au peuple des initiatives contraires au droit international non impératif, l'Assemblée fédérale a exprimé clairement sa volonté de placer la volonté populaire au-dessus du droit international public. L'attitude des Chambres est cohérente et défendable, une attitude différente ne serait d'ailleurs pas acceptable au regard de la Constitution. Si le peuple acceptait une initiative contraire au droit international, le Parlement se montrerait prêt à prendre ses responsabilités, à accepter d'éventuelles mesures internationales contre la Suisse ou à dénoncer les traités en jeu. Cette pratique serait conforme à la volonté du peuple et à la Constitution fédérale à laquelle le législatif ne saurait se soustraire.

Cette pratique a conduit à penser que l'impossibilité juridique n'est pas opportune. Dans un article de la Pratique juridique actuelle⁶⁴, Andreas Auer explore plusieurs pistes pour établir une impossibilité juridique autour de l'initiative « pour des naturalisations démocratiques ». Constatant notamment que le législateur se montre prêt à transgresser les obligations internationales, il conclut que la pratique des Chambres ne peut les conduire à élargir la notion d'impossibilité, principe qui n'est même pas prévu par la Constitution. A contrario, dans un entretien accordé à l'Aargauer Zeitung⁶⁵, Giuseppe Nay se prononce pour l'annulation pure et simple de l'initiative contre la construction de minarets pour l'impossibilité juridique de respecter le droit international (*undurchführbar*). On peut regretter que l'ancien président du Tribunal fédéral n'éclaircisse pas son postulat par quelques arguments davantage juridiques que politiques.

Les suites de l'initiative populaire « internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés dangereux et non amendables » amènent peut-être de l'eau au moulin des défenseurs de l'impossibilité juridique. L'initiative acceptée le 8 février 2004⁶⁶ réclamait l'internement à vie de certains délinquants particulièrement dangereux et excluait d'office tout réexamen de

⁶⁴ Andreas AUER et Bénédicte TORNAY, Aux limites de la souveraineté du constituant, PJA 2007, p. 740 – 747.

⁶⁵ Daniel Friedli, « Die Initiative ist umsetzbar », Aargauer Zeitung, Arau, 3 mai 2007 : « *Meiner Meinung nach sollte die Bundesversammlung eine solche Initiative dem Volk gar nicht zur Abstimmung vorlegen, weil sie undurchführbar ist* ».

⁶⁶ FF 2004 2045, « Arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 8 février 2004 ».

l'incarcération sauf dans le cas exceptionnel de nouvelles découvertes scientifiques. Pour rester conforme au droit international, le Conseil fédéral reconnaît que l'interprétation doit dépasser les intentions des auteurs.⁶⁷ L'interprétation du texte proposée par les Chambres cherche un juste milieu entre le respect de la volonté populaire et le droit international. De longs débats et plusieurs renvois en commission ont précédé l'adoption de la révision du Code pénal. La gauche souhaitait abandonner le projet au nom du droit international, les partis bourgeois défendaient le respect de la décision populaire. Les initiants se sont plaints du manque de respect de leur texte en permettant un réexamen périodique de la légalité de la détention au regard de l'évolution scientifique. De leur côté, plusieurs organisations de défense des droits de l'homme⁶⁸ ont condamné la réforme. Elles la considèrent non conforme à la Convention européenne des droits de l'homme, l'étendue du réexamen étant trop limitée au regard des exigences des droits de l'homme.

La commission⁶⁹ avait proposé au Conseil national de refuser le texte soumis et de renoncer à légiférer. Le malaise du Parlement et des commissions concernées à adopter une loi d'application à la limite de l'acceptable au regard de la Convention européenne des droits de l'homme conduit à penser que l'opinion de l'Assemblée fédérale a bien évolué depuis l'époque de l'initiative Rheinau. Si une initiative absolument inconciliable avec les diverses obligations internationales – surtout en matière de droits de l'homme – devait être acceptée, il ne semble pas complètement illusoire de penser que les Chambres renonceraient à voter une loi d'application.

Il convient d'étudier les possibilités qui resteraient au Parlement pour rendre une telle initiative exécutable. Les Chambres ne peuvent pas modifier le texte d'une initiative, tout au plus peuvent-elles la déclarer partiellement invalide. Reste l'option de la modification des engagements internationaux de la Suisse par l'émission de réserves, la modification du droit international, voire la dénonciation des traités internationaux. En tout cas, l'acceptation d'une initiative populaire fédérale contredisant le droit international comporte implicitement un mandat au Conseil fédéral de dénoncer les traités qu'elle remet en cause.⁷⁰

⁶⁷ FF 2001 3288, « Message concernant l'initiative populaire "Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables" ».

⁶⁸ Notamment humanrights.ch, Amnesty International section Suisse, Association suisse pour les droits de la personne, tiré du résumé de la procédure de consultation du département fédéral de justice et police, http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/sicherheit/gesetzgebung/lebenslange_verwahrung.Par.0032.File.tmp/051123_vernehmml_verw_f.pdf, le 17 décembre 2008.

⁶⁹ BO-CN 2007 05.081

⁷⁰ Andreas AUER, Giorgio MALINVERNI et Michel HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, volume 1, l'Etat, Deuxième édition, précis de droit Stämpfli, Berne, 2006, n°749 et 750.

3.3.3 □ Les réserves et déclarations aux traités internationaux

Contrairement au droit interne, les traités internationaux sont de nature essentiellement conventionnelle. Les traités bilatéraux permettent à chacune des parties de négocier librement l'étendue de ses obligations. Les traités multilatéraux posent un problème de liberté conventionnelle dans le sens où les Etats ratifient un texte qui est souvent le fruit d'un consensus entre plusieurs Etats et ne correspond pas à l'exact volonté des parties. Cette situation constitue un frein au développement d'un droit international toujours plus multilatéral.

Il existe en droit international public le mécanisme de la « réserve » qui permet à un Etat de déclarer unilatéralement sa volonté de modifier pour lui-même les effets juridiques de certaines dispositions d'un traité.⁷¹ La Cour internationale de justice a eu l'occasion de rendre un avis à propos de la nécessité de soumettre les réserves à l'assentiment de tous les Etats parties : la Cour a reconnu qu'une telle condition n'était pas nécessaire et qu'un Etat pouvait unilatéralement émettre une réserve, à la condition que la réserve reste compatible avec l'objet et le but du traité.⁷²

La CVDT, à sa section deux, traite de cette question en particulier. Lorsqu'il ressort du nombre restreint des Etats ayant participé à la négociation, ainsi que de l'objet et du but d'un traité, que l'application du traité dans son intégralité entre toutes les parties est une condition essentielle du consentement de chacune d'elles à être liée par le traité, une réserve doit être acceptée par toutes les parties.⁷³ Toujours selon la Convention, une réserve est réputée acceptée par un Etat si celui-ci n'a pas formulé d'objection dans les douze mois qui suivent la notification de la réserve.

Un Etat peut aussi émettre une déclaration interprétative par laquelle il indique la manière dont il comprend une disposition donnée ou interprète une situation. Contrairement aux réserves, les déclarations se bornent à préciser la position des Etats et n'ont pas pour objet d'écarter ou de modifier l'effet juridique d'un traité.

3.3.4 □ La modification et la dénonciation des traités internationaux

3.3.4.1 Le Pacte II de l'ONU

La Suisse a adhéré en 1992 aux deux Pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits de l'homme. Dans son message, le Conseil fédéral précise que les deux pactes ne contiennent pas de

⁷¹ Pierre-Marie DUPUY, Droit international public, 8^e édition, Dalloz, Paris, 2006, n° 254ss.

⁷² Avis consultatif de la Cour internationale de justice du 28 mai 1951 sur les « Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide », p. 29.

⁷³ Art. 20 alinéa 2 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, RS 0.111.

clause expresse de dénonciation.⁷⁴ Selon le gouvernement, l'impossibilité de la dénonciation tient au caractère fondamental et universel des droits qu'ils protègent, au fait qu'ils codifient des obligations qui découlent directement de la Charte des Nations Unies et à l'importance que la communauté internationale attribue de plus en plus à la protection des droits de l'homme.⁷⁵ Malgré ces affirmations, l'ensemble des garanties protégées ne sont pas considérées comme partie de l'ordre public international. Dans notre système moniste, un traité international est directement applicable et invocable par le citoyen s'il pose des règles de droit suffisamment précises et claires pour s'appliquer comme telles à un cas d'espèce et constituer le fondement d'une décision concrète.⁷⁶

De l'avis même du Conseil fédéral, une dénonciation du Pacte II de l'ONU n'est pas possible *de jure*. Les conséquences d'une violation du pacte par un article constitutionnel sont l'admission par les Chambres de cette incohérence entre une norme constitutionnelle et une norme de rang similaire, si ce n'est supérieure, et l'engagement de la responsabilité internationale de la Suisse. Cet état de droit n'est pas problématique en tant que les Chambres peuvent sciemment décider de déroger unilatéralement à certaines normes du droit international public. Dans son message sur l'initiative contre la construction de minarets, le Conseil fédéral précise une fois de plus que le Pacte ne peut être dénoncé unilatéralement et qu'il faut l'aval de l'ensemble des parties pour s'en départir ou pour le modifier.⁷⁷

3.3.4.2 La Convention européenne des droits de l'homme

En cas de violation de la Convention, le Conseil de l'Europe pourrait prendre des mesures à l'encontre de la Suisse. Le Conseil pourrait exiger de la Suisse qu'elle modifie sa Constitution ou sa législation pour la rendre conforme à la CEDH. Les moyens peuvent aller de la simple menace jusqu'à l'exclusion du Conseil de l'Europe⁷⁸.

Moyennant un préavis de six mois, la Convention européenne des droits de l'homme peut être dénoncée par la Suisse. S'il est juridiquement possible de dénoncer la Convention, il semble que l'option ne soit pas *de facto* envisageable.

⁷⁴ FF 1991 1129 : « Message sur l'adhésion de la Suisse aux deux Pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits de l'homme et une modification de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 30 janvier 1991 ».

⁷⁵ FF 1991 1147 : « Message sur l'adhésion de la Suisse aux deux Pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits de l'homme et une modification de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 30 janvier 1991 ».

⁷⁶ ATF 112 Ib 184

⁷⁷ FF 2008 6964, à propos de l'initiative « contre la construction de minarets ».

⁷⁸ FF 2008 6964, à propos de l'initiative « contre la construction de minarets ».

Le Tribunal fédéral a parfois déclaré des initiatives cantonales nulles pour le motif d'impossibilité matérielle, alors que d'autres raisons paraissaient davantage pertinentes, par exemple l'abus de droit⁷⁹. Si l'on admet l'impossibilité matérielle contre la destruction d'un ouvrage en cours de construction⁸⁰, on peut également défendre l'impossibilité de dénoncer une Convention telle que la CEDH. Une telle dénonciation serait politiquement très difficile à supporter. Si le Conseil de l'Europe condamnait la Suisse à revenir sur une modification constitutionnelle pour violation de la CEDH, on peut se demander si la première modification se justifiait. Ne serait-il pas contraire aux principes démocratiques que de proposer au peuple un texte tout en sachant qu'une proposition inverse lui serait faite en cas d'acceptation ?

3.4 L'initiative « contre la construction de minarets »

3.4.1 □ L'initiative est-elle directement applicable ?

La teneur de l'initiative « contre la construction de minarets » est simple : *la construction de minarets est interdite*. Une telle formulation pourrait a priori ne laisser subsister aucun doute sur l'interprétation du texte. Dans son message, le Conseil fédéral soulève cependant plusieurs difficultés d'interprétation qui le pousse à considérer que l'initiative acceptée nécessiterait une loi d'application.⁸¹

La définition architecturale d'un minaret n'est pas univoque. Plusieurs minarets, de forme et de taille différentes existent. Certains minarets ont une fonction religieuse en étant rattachés à un lieu de culte, d'autres constituent surtout des éléments esthétiques. L'usine Suchard sise à Serrières dans le canton de Neuchâtel présente même un minaret ne soutenant pas la moindre idée religieuse, mais un ornement lié à la passion du propriétaire de l'époque pour la culture orientale.

Un autre problème d'interprétation réside dans le terme « construction ». La réaffectation d'un bâtiment existant en minaret est-elle interdite ? Quid des trois minarets déjà construits en Suisse (Genève, Zürich, Winterthour) ? L'interprétation du texte ne peut permettre la réaffectation. Ce n'est pas la construction en tant que telle qui pose un problème aux initiants, mais le minaret lui-

⁷⁹ C'est par exemple le cas des initiants qui n'ont pas obtenu gain de cause en usant de moyens plus appropriés pour empêcher la réalisation d'un ouvrage (recours, droit de référendum).

⁸⁰ Comme ce fut le cas pour le stade de football de Genève.

⁸¹ FF 2008 6948ss, à propos de l'initiative « contre la construction de minarets ».

même. On pourrait imaginer que les minarets existants bénéficient de l'interdiction de la rétroactivité et du principe des droits acquis.

Dans son message, sous le titre « exécutabilité », le Conseil fédéral expose quelques difficultés d'interprétation qui pourraient se présenter lors de l'exécution de l'initiative. Il en ressort qu'une loi d'application serait probablement nécessaire pour définir clairement la portée du terme « minaret » : se limite-t-elle aux édifices religieux ou à une forme architecturale typique ? Ces questions devront peut-être trouver une réponse au Parlement.

3.4.2 □ L'impossibilité matérielle

Sous le titre « exécutabilité »⁸², le Conseil fédéral se pose la question de l'interprétation de l'initiative et non pas de l'éventuelle impossibilité matérielle. L'impossibilité matérielle est une condition de validité non écrite qui fut reconnue lors de l'invalidation de l'initiative dite "Chevallier". Dans son message sur l'initiative « contre la construction de minarets », le Conseil fédéral ne traite pas de la question de l'impossibilité matérielle.

Malgré toutes les difficultés d'interprétation qu'elle pose, l'initiative « contre la construction des minarets » n'est manifestement pas impossible à réaliser. De toute évidence, si le terme de minaret est complexe à délimiter, tout comme la portée du terme « construction » qui n'engloberait a priori pas la transformation, interdire la construction d'édifices n'est en soi pas impossible⁸³. Au contraire, il paraît toujours matériellement possible de ne pas réaliser quelque chose qui n'existe pas.

En cas d'acceptation de l'initiative, le législateur devrait peut-être transposer l'initiative dans une loi. Il aurait pour mission - peut-être impossible - d'interpréter l'initiative d'une manière conforme au droit international. Il convient par conséquent d'analyser si l'application de l'initiative constituerait une violation des règles du droit international et, les cas échéant, de réfléchir aux mesures à envisager, voire à la pertinence de l'éventuel constat d'impossibilité juridique.

⁸² "Durchführbarkeit" dans la version allemande.

⁸³ FF 2008 6948, à propos de l'initiative « contre la construction de minarets ».

3.4.3 □ La conformité à la Convention européenne des droits de l'Homme

3.4.3.1 Liberté de pensée, de conscience et de religion

L'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose que chacun a le droit de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.

La Cour affirme que la liberté de pensée, de conscience et de croyance est « l'une des assises d'une "société démocratique" ». ⁸⁴ Si la liberté religieuse relève d'abord du for intérieur, elle implique notamment la liberté de « manifester sa religion ». Dans son message, le Conseil fédéral présente la liberté de conscience et de croyance sous deux angles : l'un interne, l'autre externe. La construction d'un édifice religieux s'entend sur le plan « externe », elle est l'expression publique du *forum internum*. ⁸⁵ Le comité d'initiative prétend que le minaret n'est pas un édifice religieux mais exprime la volonté d'imposer un pouvoir politico-religieux. ⁸⁶ Dans son message, le Conseil fédéral se réfère à un arrêt de la Cour constitutionnelle de Bavière qui considère que « le minaret forme une "unité quasi indissoluble" avec la mosquée depuis la fin du 7^e siècle, [...] et qu'il possède une forte signification au regard de l'identité de la communauté musulmane locale. Le projet d'une communauté musulmane d'ériger un minaret dans l'enceinte d'une mosquée existante revêt une importance non négligeable en raison de sa haute valeur symbolique dans l'islam et de son importance pour l'identité de cette communauté ⁸⁷ ».

La construction et l'utilisation de locaux à des fins de culte joue un rôle important dans l'exercice de la liberté de conscience et de croyance. La construction de minarets est ainsi protégée par l'article 9 CEDH, au même titre que la construction d'autres édifices religieux. Selon l'article 9 alinéa 2 CEDH, une restriction à la liberté de pensée, de conscience et de religion est légale si elle est prévue par la loi, si elle poursuit un objectif de sécurité publique, de protection de l'ordre, de santé publique, de morale publique ou de protection des droits d'autrui et enfin si elle est

⁸⁴ Jurisprudence de la CEDH Kokkinakis c. Grèce, 25 mai 1993, GCEDH, n° 47.

⁸⁵ Mark E. WILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), Schulthess, Zürich, 1999, p. 382.

⁸⁶ Argumentaire du comité d'initiative, <http://www.minarets.ch/fileadmin/webfiles/images/flyer-f.pdf>, consulté le 18 décembre 2008.

⁸⁷ Arrêt de la Cour constitutionnelle de Bavière (Bayerischer Verwaltungsgerichtshof) du 29.8.1996, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1997, 1016ss, 1016.

nécessaire à une société démocratique.⁸⁸ Il convient d'étudier la restriction prévue par l'initiative à la lumière de ces trois conditions.

Premièrement, en cas d'acceptation de l'initiative, l'exigence de réserve de la loi sera naturellement remplie : la restriction trouvera sa source dans la Constitution fédérale.

Deuxièmement, l'interdiction de la construction de minarets remplit-elle un des objectifs prévus à l'article 9 CEDH ? Pour le comité d'initiative, la construction de minarets place la religion au dessus de l'Etat et constitue ainsi une menace pour l'ordre public et la sécurité publique. Par sécurité publique, on entend « la sécurité de l'Etat et de ses institutions, la protection de la vie et de la santé de la population et la sécurité des biens matériels⁸⁹ ». La sauvegarde de la paix religieuse peut être incluse dans ces objectifs. Selon le message du Conseil fédéral et son rapport annuel concernant l'appréciation de la menace et les activités des organes de sûreté de la Confédération⁹⁰, la menace de l'intégrisme islamiste – si elle existe – ne constitue pas un danger tel qu'il faudrait limiter l'exercice du culte religieux des plus de 310'000 musulmans résidant en Suisse.⁹¹ Trois minarets existent en Suisse depuis des décennies sans que ceux-ci n'aient posé de problème à l'ordre public jusqu'ici.

Enfin, pour être admise, la restriction doit être nécessaire dans une société démocratique (Art. 9 al. 2 CEDH). Comme tout projet de construction, la construction de minarets est déjà aujourd'hui fortement réglementée : non pas en tant que minaret mais en tant que bâtiment. Outre les exigences en matière d'aménagement du territoire, de police des constructions et de protection contre le bruit, une telle construction ne saurait être admise dans des zones sensibles au regard de la protection de la paix religieuse. Les Etats qui nous entourent ne connaissent pas de telle interdiction sans que cela remette en cause le caractère démocratique des sociétés française, allemande ou italienne.

Au vu de l'analyse qui précède, il est difficilement concevable de considérer l'initiative comme compatible avec la liberté de pensée, de conscience et de religion telle que prévue dans la Convention européenne des droits de l'homme. Dans son message, le gouvernement arrive à

⁸⁸ FF 2008 6952, à propos de l'initiative « contre la construction de minarets ».

⁸⁹ Christoph GRABENWARTER, *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, Cologne/Berlin/Bonn/Munich 1997, ad art. 9 CEDH n° 36 à 38 et 45.

⁹⁰ FF 2008 2441, à propos de l'initiative « contre la construction de minarets ».

⁹¹ Hans MAHNIG, « Suisse » in Brigitte MARECHAL (coord.), *L'islam et les musulmans dans l'Europe élargie : radioscopie. A Guidebook on Islam and Muslims in the Wide Contemporary Europe*, Bruylant-Academia, Louvain-La-Neuve, 2005.

cette conclusion et estime que la Suisse serait vraisemblablement condamnée si la Cour européenne était saisie d'une requête s'appuyant sur l'article 9 CEDH.⁹²

3.4.3.2 Interdiction des discriminations

L'article 14 CEDH interdit certaines discriminations. La protection contre les discriminations a un caractère accessoire : il n'est possible de la faire valoir qu'en relation avec un autre droit protégé par la CEDH ou de ses protocoles additionnels⁹³. La protection n'a pas de caractère indépendant et n'a qu'une portée négative : elle ne permet pas d'obtenir une prestation mais seulement d'empêcher une activité illicite de l'Etat. L'interdiction des discriminations prévue dans la Constitution fédérale à son article 8 n'offre pas non plus une protection ex nihilo contre les discriminations mais doit s'appuyer sur un critère « dépréciatif »⁹⁴.

Pour que l'article 14 CEDH puisse être invoqué, il suffit de faire valoir qu'un autre droit protégé par la Convention est touché. La discrimination religieuse est un motif de discrimination interdite.⁹⁵ Nous avons vu précédemment que l'article 9 CEDH était concerné – même violé – par le texte de l'initiative pour l'interdiction de la construction de minarets. L'article 14 CEDH est invocable en l'espèce.

L'article 14 CEDH suppose que deux situations identiques ou proches doivent être traitées de la même manière.⁹⁶ La Cour européenne des droits de l'homme considère qu'une différence de traitement entre des personnes se trouvant dans des situations analogues ou d'une similarité significative est discriminatoire lorsqu'elle se fonde sur des caractéristiques personnelles mais n'a pas de justification objective et raisonnable ou lorsque les moyens mis en œuvre sont disproportionnés par rapport à l'objectif visé⁹⁷.

Nous l'avons souligné, du point de vue de la sécurité publique, la religion musulmane n'atteint pas le degré de menace justifiant une mesure aussi grave que l'interdiction totale de l'érection d'un certain type de bâtiment voué au culte. Le Conseil fédéral, dans son message, rappelle que

⁹² FF 2008 6957, à propos de l'initiative « contre la construction de minarets ».

⁹³ Mark E. VILLIGER, op. cit., n°658 : « Art. 14 kommt nur zusammen (korrelierend) mit anderen in der Konvention un in den Zusatzprotokollen garantierten Rechten zur Anwendung ».

⁹⁴ Etienne GRISEL, *Egalité, Les garanties de la Constitution fédérale du 18 avril 1999*, Staempfli Editions SA, Berne, 2000, n°142, 143, 144.

⁹⁵ Mark. E. VILLIGER, op. cit., n° 659.

⁹⁶ Mark. E. VILLIGER, op. cit., n°663.

⁹⁷ FF 2008 6958, à propos de l'initiative « contre la construction de minarets ».

d'autres religions présentent aussi des fondamentalistes dont les méfaits en Europe ont été importants.⁹⁸

L'initiative sur les minarets impose une discrimination ne s'appuyant sur aucun autre motif que l'appartenance religieuse. L'interdiction ne se fonde d'ailleurs en rien sur des restrictions liées à des considérations d'aménagement du territoire ou de protection contre le bruit. Les clochers des églises présentent des similitudes frappantes avec les minarets et ne sont pas concernés par l'initiative. Le minaret en tant que tel ne peut être raisonnablement considéré comme un facteur de troubles. Son interdiction constitue une discrimination au sens de l'article 14 CEDH et la Suisse serait également condamnée en cas de saisie de la Cour européenne des droits de l'homme.

3.4.3.3 Les conséquences d'une violation de la CEDH

Contrairement à de nombreux traités de droit international public, la Convention européenne des droits de l'homme est appliquée par une juridiction supra étatique, la Cour européenne des droits de l'homme. Fait encore plus inhabituel en matière de droit international public, les citoyens peuvent saisir la Cour à condition que leur requête s'appuie sur un droit protégé par la Convention, qu'elle vise un Etat partie à la Convention⁹⁹ et que les voies de recours internes soient épuisées¹⁰⁰. Si l'initiative était acceptée, un citoyen qui se verrait interdire de construire un minaret sur la base du nouvel article constitutionnel pourrait faire valoir les violations précitées devant la Cour européenne des droits de l'homme. Il paraît vraisemblable que la Cour condamne la Suisse, le Conseil fédéral le reconnaît lui-même.¹⁰¹

Les effets d'un jugement de la Cour européenne des droits de l'homme sont discutés et évoluent dans la pratique. A plusieurs reprises, la Cour européenne a condamné la Suisse à payer un dédommagement financier.¹⁰² Les décisions de la Cour s'adressent aux exécutifs des Etats membres, en l'espèce, au Conseil fédéral. Dans le cas de législation contraire aux principes de la Convention, la Cour invite les gouvernements à revoir leur législation. L'article 46 CEDH précise les obligations des Hautes parties contractantes. La Confédération s'engage à appliquer les

⁹⁸ FF 2008 6958. Le Conseil fédéral rappelle les activistes protestants et catholiques en Irlande du Nord ou les mouvements extrémistes juifs qui ont assassiné le premier ministre israélien Yitzhak Rabin.

⁹⁹ Frédéric SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme, Que sais-je ?*, Presses Universitaires de France, 1990, p. 55.

¹⁰⁰ Art. 35 CEDH.

¹⁰¹ FF 2008 6957 et 6959, à propos de l'initiative « contre la construction de minarets ».

¹⁰² Mark E. VILLIGER, *op. cit.*, p. 155 à 157.

décisions de la Cour, décisions qui sont transférées au Comité des ministres¹⁰³ pour s'assurer de leur bonne application.¹⁰⁴

Ainsi, en cas d'acceptation de l'initiative, le Conseil fédéral serait invité à proposer au Parlement et au souverain de revenir sur leur décision concernant les minarets. A un autre niveau, la Cour ne pourrait pas modifier une décision de refus de permis de construire qui s'appuierait sur l'article constitutionnel contre la construction de minarets.¹⁰⁵ Les conséquences matérielles de la décision de la Cour ne pourraient prendre leurs effets que si le souverain acceptait de revenir sur sa décision. En dehors de quelques mesures imposées par le Comité des ministres, le pouvoir du Conseil de l'Europe reste très faible.

En cas d'acceptation de l'initiative, le Conseil fédéral pourrait-il émettre une réserve excluant l'application des articles 9 et 14 CEDH en relation avec l'interdiction de construire des minarets ? Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme ont toutes été formulées au moment de la ratification ou de la signature du traité.¹⁰⁶ Des mises à jour de ces réserves ont pu être constatées par la suite, ainsi que l'introduction de nouvelles déclarations. En cas d'acceptation de l'initiative contre la construction de minarets, la Suisse pourrait émettre une déclaration interprétative– voire une réserve nécessitant une éventuelle nouvelle ratification de la Convention – indiquant la non applicabilité des articles 9 et 14 CEDH à propos de la construction de minarets. Le Conseil fédéral n'étudie malheureusement pas cette possibilité permettant de s'assurer d'une application réglementaire au regard du droit international de l'initiative « contre la construction de minarets » en cas d'acceptation. Dans son message au sujet de l'initiative contre l'abattage rituel des animaux, le Conseil fédéral avait estimé qu'une dénonciation de la CEDH suivie d'une adhésion mentionnant la réserve constituerait un abus de droit.¹⁰⁷

Exclure la construction de minarets de la protection des articles 9 et 14 CEDH ne paraît pas constituer une restriction qui viderait la Convention de son objet et de son but. S'il constitue une discrimination interdite, le bannissement des minarets sur le territoire suisse n'empêche pas fondamentalement les musulmans de pratiquer leur culte et leur foi religieuse. Sauf opposition

¹⁰³ Le Comité des ministres est l'organe exécutif du Conseil de l'Europe.

¹⁰⁴ Idem, n°244 et 245.

¹⁰⁵ Idem, n°249 et 250.

¹⁰⁶ <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=005&CV=1&NA=&PO=999&CN=999&VL=0&CM=9&CL=FRE>, consulté le 19 janvier 2009.

¹⁰⁷ FF 2004 2087 à propos de l'initiative populaire « Pour une conception moderne de la protection des animaux (Oui à la protection des animaux!)».

formelle d'autres Etats membres, une réserve ne nécessiterait pas l'approbation des autres parties à la Convention et serait admise au regard de la section deux de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

La Suisse serait en mesure de dénoncer la CEDH, comme vu précédemment. Cette mesure paraît cependant peu envisageable au regard des intérêts de la Suisse et de ses relations avec les pays voisins.¹⁰⁸ Les autorités se trouveraient alors face à un cas de figure gênant. Soit elles reconnaissent la violation de la Convention sans en donner de suite. Soit elles proposent au souverain de revoter sur le principe de l'interdiction des minarets, méthode politiquement pour le moins antidémocratique et juridiquement douteuse.

3.4.4 □ La conformité avec le Pacte II de l'ONU

3.4.4.1 L'article 18 du Pacte II de l'ONU

L'article 18 du Pacte des Nations unies relatif aux droits civils et politiques concerne la liberté de pensée, de conscience et de religion. Il a déjà été établi que l'initiative en question enfreignait la garantie analogue de la Convention européenne des droits de l'homme.

Le chiffre 3 de l'article 18 permet des restrictions à la liberté religieuse à condition qu'elles soient prévues par la loi et « nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui ». Ces objectifs sont très proches de ceux énumérés à l'article 9 CEDH. On a vu que l'ordre public et la sécurité publique ne justifiaient pas une interdiction généralisée de la construction de minarets.

Dans son message, le Conseil fédéral rappelle qu'il y aurait violation de l'article 18 du Pacte II de l'ONU si l'initiative était acceptée.¹⁰⁹

3.4.4.2 L'article 2 du Pacte II de l'ONU

L'article 2 du Pacte offre certaines garanties de procédure aux citoyens des Etats signataires. Parmi ceux-ci, le droit de voir respectées les garanties qui y sont conférées de manière non discriminatoire. En interdisant la construction d'un lieu de culte à une seule religion à l'exclusion de toutes les autres, on viole clairement le principe de non discrimination. L'interdiction des

¹⁰⁸ FF 2008 6964, à propos de l'initiative « contre la construction de minarets ».

¹⁰⁹ FF 2008 6960

minarets crée une discrimination entre les citoyens relative à leur appartenance religieuse et constitue une violation de l'article 2 du Pacte II de l'ONU.

3.4.4.3 Les conséquences d'une violation du Pacte

Contrairement à la Convention européenne des droits de l'homme, le Pacte II de l'ONU ne prévoit pas de juridiction supranationale. Le Tribunal fédéral a cependant reconnu son caractère directement applicable. Un citoyen pourrait faire valoir que l'interdiction de construire un minaret viole ses droits protégés par le traité, le Tribunal serait malgré tout tenu d'appliquer le droit fédéral, en vertu de l'immunité du droit fédéral de l'article 191 de la Constitution fédérale.

Le principe *pacta sunt servanda* veut que l'Etat respecte les engagements internationaux qu'il a pris. Le pacte II de l'ONU ne prévoit pas de clause de dénonciation et son retrait nécessite l'accord de toutes les parties. La Suisse a émis plusieurs réserves relatives au Pacte. Comme pour la CEDH, elle pourrait émettre une déclaration interprétative considérant que la construction de minaret n'entre pas dans le champ d'application de la liberté de culte. Cette option n'a malheureusement pas été étudiée par le Conseil fédéral.

En dehors de la violation du pacte en tant que telle et des dégâts politiques engendrés (image de la Suisse à l'étranger, conflits diplomatiques), cette transgression n'aurait sans doute pas d'autres conséquences juridiques.

3.4.5 □ Vers une impossibilité juridique ?

Nous sommes ici face à un dilemme qu'il appartient au Parlement de résoudre. Jusqu'à présent, les Chambres ont soumis au vote populaire des textes enfreignant le droit international non impératif en considérant que l'acceptation populaire revenait à accepter les conséquences pour la Suisse que cela impliquait, comme la résiliation du traité, des pressions internationales ou encore une condamnation par une Cour internationale.

L'intensité des débats parlementaires au sujet des articles pénaux appliquant l'initiative « pour l'internement à vie des délinquants sexuels jugés dangereux » constitue peut-être le signe d'une lente évolution de la volonté des Chambres et nous pousse à nous demander si celles-ci se montreront toujours aussi ouvertes à envisager la possibilité de voter des lois non conformes aux engagements internationaux de la Suisse.

Nous avons vu jusqu'ici que l'initiative contre la construction de minarets violait plusieurs dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et du Pacte II de l'ONU. Le

Conseil fédéral arrive d'ailleurs à la même conclusion dans son message et le confirme lors de sa conférence de presse du 27 août 2008.¹¹⁰

Si la Convention européenne peut formellement être dénoncée, cette option ne semble pas heureuse pour la Suisse. Interpréter un vote favorable de la population comme la volonté de quitter le Conseil de l'Europe et ses institutions semble assez audacieux. Le Pacte II de l'ONU quant à lui ne peut pas être dénoncé, mais les conséquences d'une violation sont moins graves pour la Suisse.

Se pose alors la question d'une éventuelle impossibilité juridique. Plusieurs auteurs évoquent – voire admettent – une impossibilité de fait consécutive à la violation de traités internationaux liés à la protection des droits de l'homme, traités non impératifs, mais néanmoins particuliers en ce qu'ils défendent des valeurs qui se veulent universelles.¹¹¹

C'est désormais le Parlement qui a les cartes en mains. Si celui-ci se montre prêt, comme il l'a été jusqu'à aujourd'hui, à adopter un texte contraire au droit international et accepte de subir les éventuelles pressions internationales et autres conséquences qui pourraient découler de l'application de l'initiative, celle-ci est entièrement réalisable et doit être soumise au peuple. Dans ce cas, et malgré tous les dommages internationaux qui pourraient se réaliser, la volonté populaire pourrait matériellement être respectée. Au regard de la Constitution fédérale et du fonctionnement de nos institutions, cette solution est clairement préférable à un changement de pratique. L'article 139 alinéa 2 de la Constitution est clair sur cette question.

Par contre, si le Parlement refuse de violer le droit international et n'est pas disposé à adopter un texte d'application de l'initiative sur les minarets, alors cette initiative risque de rester lettre morte en cas d'acceptation. La justification du Conseil fédéral pour déclarer nulle l'initiative dite "Chevallier" en 1955 se retrouve ici *mutatis mutandis* pour des motifs juridiques. Dans ce cas particulier, il serait bon d'évaluer l'opportunité de considérer l'initiative comme juridiquement irréalisable et de la déclarer nulle. Il paraîtrait incongru que le Parlement accepte de soumettre au vote populaire un texte dont il refuserait une loi d'application conforme. Ce cas de figure constituerait une réaction progressiste selon Andreas Auer.¹¹² Cela impliquerait un changement de la pratique des Chambres fédérales, changement qu'elles seules pourraient décider. Bien que cette

¹¹⁰ Valérie de Graffenried, «L'initiative antiminarets viole les droits de l'homme et menace la paix religieuse», le Temps, Genève, jeudi 28 août 2008, page 7.

¹¹¹ Andreas AUER, Giorgio MALINVERNI et Michel HOTTELIER, op. cit. 1301.

¹¹² Andreas AUER, Aux limites de la souveraineté du constituant : l'initiative « pour des naturalisations démocratiques », PJA 2007, p. 744.

attitude constituerait une grave atteinte aux droits populaires, c'est le Parlement fédéral qui décide de la validité d'une initiative et qui dispose du pouvoir de la déclarer invalide. De cette sorte, le jugement dépend de critères politiques plutôt que juridiques.¹¹³

4 Conclusion

Au vu de ce qui précède, il semble que la pratique actuelle et le respect des droits démocratiques impose de soumettre au peuple l'initiative populaire fédérale « contre la construction de minarets ». Le Conseil fédéral propose d'ailleurs cette solution aux Chambres tout en reconnaissant que son acceptation par le peuple exposerait la Suisse à des sanctions ou à des pressions internationales peu souhaitables.

Le Parlement fédéral a néanmoins les compétences pour décider que l'impossibilité peut être juridique et qu'il n'est pas acceptable de soumettre au peuple un texte qui viole le droit international en vigueur.

Sous l'angle du *jus cogens*, à moins de reconnaître un caractère de règles impératives du droit international à l'ensemble de la Convention européenne des droits de l'homme, on ne peut affirmer que l'initiative lui soit contraire. Un tel revirement n'est possible que par le Parlement fédéral qui doit néanmoins compter avec la démocratie semi-directe. De surcroît, la doctrine et le jurisprudence ne penchent pas pour un tel revirement.

Les limites matérielles aux droits populaires sont volontairement très restrictives. Bien que la tradition et la Constitution fédérale confère au peuple le rôle de véritable souverain, il est toutefois nécessaire de ne pas ignorer l'orientation générale que prend la conception du droit international et les effets de l'intégration européenne. Les limites matérielles imposées au peuple pourraient se voir renforcées en cas d'adhésion du pays à l'Union européenne. En effet, l'existence d'une Cour de justice supranationale dont les arrêts auraient un véritable effet contraignant imposerait sans doute le principe d'impossibilité juridique à de nombreux textes de loi.

Au même titre que le Parlement a reconnu sans base légale formelle la limite matérielle qu'est le *jus cogens* en 1995 avec l'initiative « pour une politique raisonnable en matière d'asile » et qu'il a estimé que les initiatives pouvaient être annulées pour cause d'impossibilité matérielle, le Conseil national et le Conseil des Etats pourraient aujourd'hui décider qu'il n'est pas acceptable de

¹¹³ Etienne GRISEL, Les droits populaires au niveau fédéral, in Droit constitutionnel suisse, Edité par Daniel Thürer, Jean-François Aubert et Jörg Paul Müller, Schulthess, Zürich, 2001, p. 387.

soumettre au vote du peuple des projets qui violent les engagements internationaux de la Suisse en matière de droits de l'homme, et ainsi déclarer invalide l'initiative « contre la construction de minarets ». Un tel revirement serait néanmoins malvenu au regard des droits populaires et de la confiance du peuple dans les institutions démocratiques.

Bibliographie

- Jean-François AUBERT, Pascal MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, 2003, p. 1091ss.
- Andreas AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, volume I, l'Etat, Staempfli 2006, N. 749, 750, 1296ss, 1400.
- Andreas AUER et Bénédicte TORNAY, *Aux limites de la souveraineté du constituant*, PJA 2007, p. 740 – 747.
- Alexandre BERENSTEIN, *L'autorité du droit international*, in « La Tolérance ou la Liberté ?, les leçons de Voltaire et de Condorcet », Editions Complexe, Paris, 1997, p. 259ss.
- Jérôme CANDRIAN, *L'immunité des Etats face aux Droits de l'Homme et à la protection des Biens culturels*, Schulthess, Zürich, 2005.
- Elisabeth CHIARIELLO, *Treu und Glauben als Grundrecht nach Art. 9 der schweizerischen Bundesverfassung*, , Stämpfli, Bern, 2004.
- Ivo CAVIEZEL, *Die Volksinitiative im allgemeinen und unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Graubünden*, Fribourg 1990, p. 152 Etienne GRISEL, *Initiative et référendum populaires : traité de la démocratie semi-directe en droit suisse*, Staempfli, Berne, 2004
- Pierre-Marie DUPUY, *Droit international public*, 8^e édition, Dalloz, Paris, 2006.
- Christoph GRABENWARTER, *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, Cologne/Berlin/Bonn/Munich 1997, ad art. 9 CEDH n° 36 à 38 et 45.
- Etienne GRISEL, *Egalité : les garanties de la Constitution fédérale du 18 avril 1999*, Staempfli, Berne, 2000.
- Yvo HANGARTNER / KLEY, *Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Staempfli 2000
- Yvo HANGARTNER, « *Rechtsprobleme des Sächterverbots* », in PJA 2002/9, p. 1022ss.
- Robert KOLB, *Théorie du ius cogens international*, in *Revue belge de droit international* vol. 36, 2003, p. 5, 22 (25).
- Géométrie de l'égalité*, Vincent MARTENET, Schulthess, Zürich, 2003
- Hans MAHNIG, « Suisse » in Brigitte MARECHAL (coord.), *L'islam et les musulmans dans l'Europe élargie : radioscopie. A Guidebook on Islam and Muslims in the Wide Contemporary Europe*, Bruylant-Academia, Louvain-La-Neuve, 2005.
- Nicolas MICHEL, *L'imprégnation du droit étatique par l'ordre juridique international*, in *Droit constitutionnel suisse*, Edité par Daniel Thürer, Jean-François Aubert et Jörg Paul Müller, Schulthess, Zürich, 2001, p. 70.
- Roger NOBS, *Volksinitiative und Völkerrecht : eine Studie zur Volksinitiative im Kontext der schweizerischen Aussenpolitik unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zum Völkerrecht*, Zurich/St-Gall 2006 p. 107ss (111).
- Fausto de QUADROS, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme: un cas de ius cogens régional?*, in Ulrich Beyerlin/Michael Bothe/Rainer Hoffmann/Ernst-Ulrich Petersmann (éd.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung*, Festschrift für Rudolf Bernhardt, Berlin et al. 1995, p. 555-562.

- Frédéric SUDRE, La Convention européenne des droits de l'homme, Que sais-je ?, Presses Universitaires de France, Paris, 1990.
- Daniel THURER / Jean-François AUBERT / Jörg Paul MULLER, Droit constitutionnel suisse, Schulthess, Berne, 2001.
- Mark E. VILLIGER, Handbuch des Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1999.
- Luzius WILDHABER: Neues zur Gültigkeit von Initiativen, in Piermarco Zen Ruffinen / Andreas Auer, de la Constitution : études en l'honneur de Jean-François Aubert, Bâle 1996, p. 293, 299.
- Tristan ZIMMERMANN, « Quelles normes impératives du droit international comme limite à l'exercice du droit d'initiative par le peuple ? », in PJA 2007, p. 748ss.