

## **„Droit constitutionnel et droit international. Prévention et contrôle institutionnel (juridiction constitutionnelle)“**

### **Compte rendu du colloque annuel 2010 de l'association „Notre Droit“**

Le 24 juin 2010 à Berne a eu lieu le colloque annuel de l'association „Notre Droit“ sur le sujet: „Droit constitutionnel et droit international. Prévention et contrôle institutionnel (juridiction constitutionnelle)“. Des personnalités du monde politique et de la recherche ont présenté des exposés et ont débattu de questions actuelles se posant dans ce domaine. Dans son allocution introductive, le président *Ulrich E. Gut* a souligné combien il importe de réunir ces deux groupes sociaux pour discuter ensemble de questions juridiques.

Dans son introduction, *Kurt Fluri*, conseiller national radical (SO), a fait le point sur les principales questions traitées au niveau fédéral et relatives à l'Etat de droit et au droit international, lorsqu'il en résulte des conflits entre droit national et droit international. Ce problème s'est déjà posé à propos de l'initiative pour l'abolition de la prescription, de celle sur l'internement et de celle contre l'érection de minarets. L'initiative pour l'expulsion de délinquants étrangers crée à nouveau un conflit, à savoir entre son contenu et un droit supérieur. Certes, ce dernier ne relève point du droit contraignant, car la perte du droit de séjour, en elle-même, ne viole ni la norme de non-refoulement, ni l'interdiction de pratiquer la torture. L'initiative „des moutons noirs“ n'a donc point été invalidée. Néanmoins, son acceptation pourrait poser de gros problèmes d'application; c'est pourquoi l'on envisage de lui opposer un contre-projet. Mais une telle possibilité ne pourrait pas toujours empêcher le succès d'initiatives problématiques. C'est pourquoi on leur cherche une riposte sur le plan fédéral, soit par initiative parlementaire (09.402, 07.477, 07.476), par motion (07.3764, 07.3360, 06.3249), par un projet d'article constitutionnel pour l'intégration, ou par une initiative populaire reprenant l'alinéa 6 de la Déclaration de Soleure.

Le premier exposé, celui de la professeure *Maya Hertig*, a montré la complexité des rapports entre droit international et droit constitutionnel, qu'on ne saurait réduire au problème d'initiatives populaires violant les droits de l'homme. Il peut arriver, par exemple, que le droit international se heurte à des droits fondamentaux de la personne (cf. sentence 133 II 450 du Tribunal fédéral, cause „Nada“). Néanmoins, on peut le plus souvent régler de tels conflits au niveau du droit international lui-même. Dans le cas d'initiatives populaires se pose notamment la question de savoir (i) quelle autorité devrait être chargée de leur contrôle, (ii) à quel moment, et (iii) en vertu de quelles normes de référence. Un contrôle *obligatoire* préventif, avant même la récolte des signatures, restreindrait excessivement la fonction des droits populaires, en particulier leur fonction discursive, de mobilisation et d'exutoire (Ventilfunktion). En outre, il est loin de certain qu'on parviendrait ainsi à dépolitiser le débat. Un contrôle effectué par le Tribunal fédéral (TF) *a posteriori*, une fois acceptée l'initiative, est problématique, car les citoyens ne comprendraient guère qu'on n'applique point une initiative déclarée valable avant la votation. Un contrôle subséquent, qui interviendrait uniquement suite à un constat de violation par la Cour européenne des droits de l'homme, pourrait léser gravement la renommée de la Suisse et attiser la crainte de „juges étrangers“. On pourrait affiner le système en vigueur en permettant à l'Assemblée fédérale et, en dernier ressort, au TF de juger avant une votation si l'initiative en question est applicable; mais sur quelles normes de référence pourrait s'appuyer une telle appréciation? L'on pourrait examiner si l'initiative est compatible avec tous les droits de l'homme liant la Suisse, tout en limitant cette appréciation à des violations manifestes, ou en réservant l'invalidation aux initiatives violant des droits faisant partie de „l'ordre public européen“.

Le professeur *Andreas Auer* a considéré les aspects de la question relevant de la théorie constitutionnelle. Il a expliqué avec quels arguments le TF pourrait parer à une initiative violant les droits de la personne. L'idéologie à la mode place les décisions du peuple au-dessus de tout. Or, depuis une dizaine d'années, ces décisions se révèlent de plus en plus souvent incompatibles avec la protection des droits de la personne. La démocratie suisse est nationale, mais „l'idéal de l'Etat de droit“ est de plus en plus supranational. L'horizon des droits de la personne n'est plus borné par le TF. A cet égard, la Suisse n'est plus souveraine, et cela en vertu d'une décision démocratique. Il en résulte que nous devons changer notre façon de penser, mais les conséquences ne sont pas étrangères au système suisse. Après tout, l'on peut d'ores et déjà annuler des décisions cantonales, et celles-ci ne peuvent pas toujours résulter d'une votation à l'urne; cela pourrait s'appliquer aussi au niveau de la Confédération. Si le TF est saisi d'une initiative populaire problématique, doit-il vraiment attendre que la Cour ait constaté une violation de la Convention européenne correspondante et déposé une demande de révision en vertu de l'art. 122 de la Loi sur le TF. Pour éviter de tels efforts inutiles, le TF pourrait se référer à l'art. 46 de ladite Convention et à l'indépendance du pouvoir judiciaire établie par l'art. 191c CF pour déclarer inapplicable une norme constitutionnelle contraire au droit. On pourrait alors conserver le système actuel, d'autant plus que l'interprétation de l'art. 190 CF est contestée. Le cas échéant, l'on pourrait amender l'art. 190 CF de façon à ce qu'il établisse tout simplement l'obligation d'examen général accessoire („Le Tribunal n'applique point les normes contrevenant à une règle juridique supérieure“). Il serait alors inutile et superflu de restreindre l'exercice de la démocratie, de subordonner tous les droits de la personne aux motifs d'invalidité ou de prendre des mesures semblables. La Cour, de son côté, pourrait néanmoins déclarer qu'une norme suisse contrevient à la convention.

*Hansheiri Inderkum*, conseiller aux Etats (PDC, UR) a informé sur les réflexions du monde politique à propos de conflits entre verdicts populaires et droits de la personne. Il a précisé qu'on pourrait amender l'art. 139 § 3 (cf. initiative parlementaire 07.477), mais a relevé deux nouvelles possibilités de modifier la procédure actuelle en cas d'initiative populaire. L'on pourrait procéder à un examen préliminaire, purement consultatif, avant même de commencer à recueillir des signatures; l'on pourrait confier cet examen, par exemple, à un comité extérieur à l'administration, et il s'agirait de tirer au clair à quelles normes de droit international, contraignantes ou non, l'initiative contreviendrait éventuellement. D'autre part, on pourrait modifier la procédure de votation en cas d'initiatives ne contrevenant point à des normes contraignantes de droit international, mais violant d'autres normes supérieures et donc difficiles à appliquer. Avant la votation proprement dite sur l'initiative, on pourrait procéder à une votation à la majorité des suffrages exprimés, sur la question de savoir si le peuple soutient l'objet de l'initiative. S'il en est ainsi, et seulement dans ce cas, l'on poursuivrait la procédure, et l'Assemblée fédérale élaborerait un projet compatible avec le droit supérieur (cf. la procédure en cas de suggestion de révision partielle de la CF, art. 139, § 2 et 4).

*Raphaël Comte*, conseiller aux Etats libéral (NE), a contribué au débat par d'importantes remarques nouvelles. Il a relevé combien il importe de ne pas invalider simplement après coup les signatures soutenant l'initiative. Il recommande donc de maintenir en substance le système actuel. Dans le cas d'initiatives contestées, les politiciens s'expriment souvent en fonction de considérations partisans plutôt que juridiques. Comte s'est donc exprimé en faveur d'un organe aussi apolitique que possible contrôlant la validité des initiatives politiques. L'on pourrait s'imaginer une consultation préalable d'un conseil constitutionnel analogue au Conseil d'Etat français.

Les exposés ont été suivis d'une table ronde dirigée par le professeur *Thomas Pfisterer*, à laquelle participaient leurs auteurs ainsi que *Geri Müller*, conseiller national (Les Verts, AG). Les personnes intervenant ont exposé aux parlementaires leurs soucis dominants, commentant les ébauches de solutions et les chances d'un contrôle juridique préalable, ainsi que les perspectives d'une juridiction purement constitutionnelle en Suisse.

*Geri Müller* a relevé qu'il faudrait discuter au Parlement de la façon dont on pourrait contrecarrer la fonction de „défoulement“ qu'exercent souvent les initiatives populaires. Un contrôle préventif pourrait réduire cette fonction. Néanmoins, l'organe de contrôle devrait être le plus possible indépendant de la politique partisane; il faudrait donc se demander qui au juste devrait nommer ses membres. En outre, on a rappelé que la création d'un tribunal constitutionnel en Suisse serait un très grand pas. Il serait plus urgent, et faisable sans délai, de mieux informer le peuple avant toute votation importante sur une initiative.

Il s'en est suivi un débat avec le public. L'on a alors relevé combien il importe de prendre au sérieux et de bien informer le peuple souverain, au lieu de profiter de ses craintes à des fins populistes, ou de prendre des mesures préventives contre lui de crainte qu'il ne vote „mal“. S'il accepte néanmoins des initiatives difficilement applicables, il convient d'en tirer des leçons pour l'avenir.

*Alec von Graffenried*, conseiller national (Les Verts, BE), a prononcé l'allocution finale. Résumant les points principaux des exposés et des débats, il a souligné qu'il faut souvent se résigner à des verdicts populaires déplaisants au lieu de les disqualifier. La Suisse devient de plus en plus internationale, et ses marges de manoeuvre se réduisent de plus en plus; cela ne simplifiera point le conflit entre le droit national, c'est-à-dire la démocratie nationale, et le droit international. Il importe d'intervenir assez tôt, le plus possible avant la course aux signatures, et en tout cas de mettre en garde contre les éventuelles difficultés d'application, afin de ne point manquer plus tard à la bonne foi, si jamais l'initiative devait plus tard être annulée. Le plus simple serait certes de déléguer un tel examen à un organe externe, par exemple un tribunal constitutionnel. Mais cela se heurterait à une forte résistance. Il faudrait résoudre ce problème politique par des moyens eux aussi politiques. C'est le Parlement qui est responsable; c'est à lui qu'il faut rappeler les devoirs qui lui incombent. Il pourrait élaborer une décision préalable. L'on pourrait ainsi éviter de rénover complètement la procédure actuelle; dans la plupart des cas, il suffirait de bien utiliser l'actuelle marge de manoeuvre.

*Regina Meier, licenciée en droit, assistante de l'Institut de jurisprudence de l'Université de Zurich*

*Traduction en français: Guiu Sobiela-Caanitz, Dr. phil.*