



UNIL | Université de Lausanne
Centre de droit comparé, européen
et international
bâtiment Internef bureau NEF-313
CH-1015 Lausanne

Service juridique et législatif
Affaires juridiques
Place du Château 1
1014 Lausanne

Lausanne, le 3 octobre 2018

Procédure de consultation concernant l'avant-projet de référendum obligatoire pour les traités internationaux ayant un caractère constitutionnel

Madame, Monsieur,

La Faculté de droit, des sciences criminelles et de l'administration publique de l'Université de Lausanne remercie le Service juridique et législatif du Canton de Vaud de nous offrir la possibilité de prendre position sur l'avant-projet de référendum obligatoire pour les traités internationaux ayant un caractère constitutionnel (mise en œuvre de la motion Caroni 15.3557).

I. Généralités

Sur le principe, nous saluons les démarches visant à assurer la plus grande légitimité démocratique possible du droit international dans l'ordre juridique suisse. Nous sommes également favorables à l'idée de l'existence d'un parallélisme matériel entre les compétences pour légiférer au niveau national et au niveau international, tant au niveau de la conclusion de nouveaux traités que dans l'hypothèse d'un éventuel retrait ou d'une dénonciation.

Néanmoins, l'avant-projet de référendum obligatoire pour les traités internationaux ayant un caractère constitutionnel ne nous semble pas permettre d'atteindre l'objectif visant à augmenter la clarté et la sécurité du droit. Nous considérons qu'il y a un risque important de futurs conflits et un risque que la formulation proposée soit interprétée d'une façon allant au-delà d'une codification du droit constitutionnel non écrit concernant les traités internationaux. **L'opportunité d'une telle révision nous ne semble donc actuellement pas suffisamment établie.**

Si la formulation proposée devait néanmoins être retenue, nous attirons votre attention sur quelques aspects importants concernant **la structure et l'interprétation de la formulation proposée** qui ne nous semblent pas expliqués de façon suffisamment détaillée et convaincante dans le rapport explicatif.

Nous partageons l'avis selon lequel il est évident et nécessaire que le peuple et les cantons s'expriment sur la conclusion (ou la dénonciation) des traités internationaux qui sont d'une importance qui les élève au rang d'une norme constitutionnelle. Nous partageons également l'avis d'une partie de la doctrine et du Conseil fédéral selon lequel ce droit existe déjà de façon implicite dans notre Constitution. Néanmoins, le Conseil fédéral a eu raison, en 2015, de dire qu'il est difficile de définir quand un traité international a « un rang constitutionnel »¹ et les travaux pour la mise en œuvre de la motion Caroni le démontrent.

En pratique, nous avons l'impression que la motivation derrière la motion Caroni et l'avant-projet est notamment liée à la ratification de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) en 1974.² À l'époque, cette ratification se faisait sans référendum et ce traité a ensuite déclenché d'importants développements dans l'ordre juridique suisse.³ Entre-temps, la situation constitutionnelle n'est plus la même. Aujourd'hui, la ratification d'un traité d'importance similaire ne pourrait pas se faire sans être *au moins* soumis au référendum facultatif. Depuis 2003, l'élargissement du référendum facultatif en matière de traités internationaux contribue à assurer la légitimité démocratique des traités internationaux dans l'ordre juridique suisse.⁴ Nous ne sommes donc pas convaincus qu'une situation se présentera à l'avenir dans laquelle la légitimité démocratique d'un traité pourrait uniquement être assurée grâce à l'adoption de l'avant-projet proposé.

I. La tentative de répondre à un malaise concernant l'entrelacement normatif par une modification du référendum obligatoire n'est pas prometteuse

Il y a actuellement un certain malaise concernant le fait indéniable que la complexité normative et l'entrelacement entre le droit national suisse et le droit international a considérablement augmenté durant les dernières décennies. La supervision par des tribunaux ou des mécanismes quasi-juridiques est également plus développée aujourd'hui qu'il y a une centaine d'années. Mais nous ne pensons pas que la modification proposée est une réponse adéquate à ces développements – un ancrage plus proéminent du référendum obligatoire pour des traités de rang constitutionnel ne changera rien à cette situation. De plus, le peuple et tous les cantons ont rejeté l'initiative populaire fédérale « Pour le renforcement des droits populaires dans la politique étrangère ». La possibilité du référendum facultatif pour les traités internationaux est utilisée sporadiquement tandis que beaucoup de traités internationaux ne sont pas contestés.

¹ Réponse du Conseil fédéral du 2 septembre 2015

<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20153557> (consulté le 3 octobre 2018).

² Débat de la motion Caroni au Conseil des États, 29 février 2015 (Intervention d'A. Caroni) : «Ich denke, wenn diese Regel schon Gültigkeit gehabt hätte, als die Schweiz der EMRK beitrug, müssten wir heute einige Diskussionen weniger über deren Legitimität führen. Das können wir uns in Zukunft vielleicht etwas ersparen.»

³ FF 2015 353.

⁴ Y compris indirectement de la CEDH à travers l'approbation des protocoles no 14 et 15 qui étaient sujets au référendum, suite à la révision de la Constitution (et à travers la reprise des garanties matérielles dans l'actuelle Constitution), FF 2015 353, 369.

L'entrelacement normatif résulte des intérêts de la Suisse et de ses partenaires d'augmenter la coordination et la coopération au niveau économique, sociétal ou politique pour saisir des opportunités ou pour répondre à des défis qui ne se limitent pas à une seule juridiction. À notre avis, le sentiment d'une certaine érosion de la marge de manœuvre politique au niveau national ne résulte pas de l'absence de possibilités démocratiques de s'opposer à la conclusion de nouveaux traités par le biais d'un référendum obligatoire. Il ne peut donc pas non plus être résolu à ce niveau-là.

II. Les effets pratiques de la formulation proposée devraient être très limités mais l'interprétation sera contestée

Nous sommes d'avis que l'interprétation correcte de la formulation proposée aurait l'effet modeste de codifier le droit constitutionnel non écrit au référendum obligatoire en matière de traités internationaux ayant un caractère constitutionnel (le *référendum sui generis*). Selon le Conseil fédéral, la modification constitutionnelle proposée vise à inscrire de façon explicite dans la Constitution l'idée que les traités internationaux qui ont matériellement un caractère constitutionnel seront soumis au référendum obligatoire. En principe, nous soutenons cette idée et c'est uniquement de cette manière que la formulation proposée doit être interprétée.⁵

A. La formulation proposée et son interprétation :

La structure de la formulation proposée est la suivante : l'art. 140 al. 1 let. b^{bis} contient deux critères qui délimitent le champ d'application de la disposition. Ces deux critères sont alternatifs. Un traité international tombe dans le champ d'application du référendum obligatoire soit (1) parce que sa mise en œuvre exige une modification de la Constitution ou (2) parce qu'il comporte des « dispositions de rang constitutionnel » dans l'un des quatre domaines mentionnés de façon exhaustive.

1 Des traités « dont la mise en œuvre exige une modification de la Constitution »

Très hypothétiquement, il pourrait s'agir, par exemple, d'un traité qui interdirait à la Suisse d'avoir une armée (et qui nécessiterait donc une modification de l'art. 58 Cst.). On pourrait également penser à un accord international qui contient des dispositions exigeant une modification des buts de la politique extérieure de la Suisse consacrés par l'art. 54, al. 2 Cst.

2 Des traités « qui comportent des dispositions de rang constitutionnel dans l'un des q domaines suivants »

Ce deuxième critère contient deux volets séparés. Tout d'abord, il s'agit d'identifier si un traité comporte « des dispositions de rang constitutionnel ». Si tel est le cas, et uniquement dans cette hypothèse, le référendum obligatoire est déclenché si ces dispositions font partie d'un des quatre domaines mentionnés dans l'avant-projet. Par contre, **la seule appartenance à un**

⁵ À notre avis, il ne s'agit pas du « but premier », mais du but unique de l'avant-projet. (Rapport explicatif de l'avant-projet, p. 10.)

des domaines mentionnés à l'art. 140 al. 1 lettre b^{bis} chiffres 1 à 4 ne suffit pas pour déclencher un référendum obligatoire.

Les deux volets du deuxième critère ressortent clairement du sens grammatical de la formulation proposée. Malheureusement, la séparation analytique de ces deux volets ne ressort pas de façon suffisamment claire dans le rapport explicatif, qui semble mélanger de façon erronée l'appartenance à un domaine mentionné avec la définition du rang constitutionnel.⁶

Nous partageons l'avis selon lequel « [u]n traité international doit être soumis au référendum [obligatoire] a) s'il porte atteinte à l'ordre constitutionnel, b) s'il entraîne une profonde modification de la politique extérieure de la Suisse ou c) que des raisons matérielles ou politiques significatives l'imposent ». ⁷ Mais des dispositions ressortissantes du domaine du « catalogue des droits fondamentaux » (ou d'un des autres domaines mentionnés) ne remplissent pas automatiquement un de ces trois critères et ne sont donc pas nécessairement des « dispositions de rang constitutionnel ». Selon notre appréciation, les traités mentionnés durant le débat de la motion Caroni au Conseil des États, comme p.ex. la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées ou la Convention relative aux droits des personnes handicapées (ICRPD),⁸ ne contiennent pas de dispositions de rang constitutionnel même dans l'hypothèse où l'on admettrait qu'ils modifient le catalogue des droits fondamentaux.⁹

Selon nous, la notion de « rang constitutionnel » n'est donc pas opérationnalisée dans le texte proposé et la liste des domaines mentionnés fournit uniquement une indication des traités potentiellement concernés.

Il s'y ajoute une deuxième difficulté. Non seulement le terme de « rang constitutionnel » est difficile à définir, mais également celui de « catalogue des droits fondamentaux ». À notre avis, la ICRPD, par exemple, constitue une *concrétisation* des droits existants dans notre Constitution et non pas une modification du catalogue (ou du « Bestand » an allemand) des droits fondamentaux. Est-ce que cela veut dire qu'un tel traité n'appartient pas à un des domaines mentionnés ? En tout cas, la question de savoir si un traité contient des dispositions dans le domaine du catalogue des droits fondamentaux dépend de l'interprétation de la *lex lata* et il est donc possible qu'elle soit contestée. Chaque droit fondamental inscrit dans notre Constitution comporte plusieurs aspects ou couches normatives et il ne suffit pas de comparer

⁶ Rapport explicatif de l'avant-projet, p. 11. « Un traité international devra également être soumis au référendum obligatoire quand il touche aux < rapports entre la Confédération et les cantons ou (aux) compétences de la Confédération >. » Cette assertion ne correspond pas au sens grammatical de la formulation proposée – il faudrait encore examiner si ce traité contient des « dispositions de rang constitutionnel ».

⁷ Rapport explicatif de l'avant-projet, p. 8.

⁸ Débat de la motion Caroni au Conseil des États, 29 février 2015 (Intervention de P. Rechsteiner).

⁹ Nous sommes également d'accord avec l'appréciation que la ratification du Protocole n° 15 à la CEDH et la ratification du troisième Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant ne sont pas des cas de figure qui seraient tombés dans le champ d'application de la disposition proposée. (Rapport explicatif de l'avant-projet, p. 12 s.)

le texte d'un traité international avec le texte de la Constitution pour répondre à la question de savoir si le catalogue des droits fondamentaux est affecté ou non.

Pour ces raisons, nous attirons votre attention sur le fait que le rapport explicatif du Conseil fédéral est peu détaillé sur ces points et il nous semble indispensable de **veiller à la séparation du critère d'appartenance au « catalogue des droits fondamentaux » (le domaine) et de celui d'appartenance aux « dispositions de rang constitutionnel »**.

B. Le risque d'introduire un « référendum droits de l'homme »

Le motionnaire souhaite soumettre au référendum obligatoire tous les traités « qui règlent des droits fondamentaux »¹⁰. Nous sommes d'avis que soumettre toutes les conventions qui touchent aux droits fondamentaux au référendum obligatoire est incompatible avec le but limité d'intégrer de façon explicite le référendum obligatoire pour des traités internationaux qui sont d'une importance qui les élève au rang de norme constitutionnelle. Si toutes les conventions qui touchent aux droits fondamentaux sont soumises au référendum obligatoire, nous n'introduisons pas un parallélisme matériel mais un « référendum extraordinaire pour les droits humains » - une idée qui ne s'inscrit pas dans notre système référendaire existant.

En bref, même si nous pensons qu'une interprétation correcte de la formulation proposée devrait avoir pour résultat uniquement la codification du droit constitutionnel non écrit relatif au référendum obligatoire en matière de traités internationaux ayant un caractère constitutionnel, nous anticipons des querelles quant à son interprétation. Il nous semble risqué et peu utile en pratique d'accepter l'avant-projet sur cette base et avec un rapport explicatif insuffisamment précis.

III. Lien entre l'avant-projet et l'art. 190 Cst.

Le rapport explicatif est silencieux sur la question de savoir si la modification pourrait avoir des conséquences au niveau d'une éventuelle hiérarchisation du droit international dans l'ordre juridique suisse. À notre avis tel ne devrait pas être le cas avec la formulation proposée, mais il serait utile de clarifier la question. Il nous semble important d'éviter que la formulation proposée soit comprise comme l'introduction d'une différenciation entre les traités internationaux soumis au référendum obligatoire et ceux soumis au référendum facultatif en cas de conflit normatif entre un traité international et une loi fédérale. Une telle hiérarchisation serait très problématique, notamment parce qu'elle nuirait à la sécurité juridique et la fiabilité de la Suisse et au respect de ses engagements internationaux. C'est un aspect qui pourrait encore soulever des questions complexes à l'avenir (*lex posterior*, « pratique Schubert »). Nous voyons donc ici aussi plutôt une complexification de la situation juridique qu'une clarification.

IV. Propositions

Nous approuvons et comprenons le principe sous-tendant l'avant-projet, mais l'opportunité d'une telle révision n'est pas encore suffisamment établie à l'heure

¹⁰ Débat de la motion Caroni au Conseil des États, 29 février 2015. A. Caroni : «Verträge, die die Grundrechte regeln», U. Schwaller cité par P. Rechsteiner: «Konventionen mit Grundrechtsbezug».

actuelle. En effet, les traités qui entrent véritablement en ligne de compte (notamment la CEDH) ont déjà été ratifiés par la Suisse. La portée de la révision n'est pas entièrement claire pour le surplus. Or il est préférable de clarifier ce point avant de lancer une procédure de révision de la Constitution fédérale, afin d'éviter de futurs conflits.

Au-delà de l'avant-projet, nous pensons qu'il serait utile de réfléchir à la question de savoir si la Constitution devrait être modifiée à l'avenir pour mieux tenir compte de la diversification normative du droit international dans les dispositions sur la participation de l'Assemblée fédérale, notamment en lien avec les décisions qui contiennent des règles de droit et qui émanent d'un organe ou d'une organisation internationale (comme cela a d'ailleurs déjà été fait dans la réforme de la Loi sur les publications officielles).¹¹

Avec nos meilleures salutations

Evelyne Schmid
Professeure à la Faculté de droit, des sciences criminelles et de l'administration publique

¹¹ FF 2013 6325, 6342 s.