



Le 12 juin 2015

---

# **Clarifier la relation entre le droit international et le droit interne**

Rapport du Conseil fédéral en exécution du postulat 13.3805

---

## Condensé

*Le postulat 13.3805 charge le Conseil fédéral d'un double mandat d'examen. Premièrement, il doit rendre un rapport sur la possibilité d'étendre le référendum obligatoire aux traités internationaux ayant un caractère constitutionnel. Deuxièmement, il est chargé d'examiner les conséquences d'une hiérarchisation des normes de droit international, dans leur application en droit interne, en fonction de leur légitimité démocratique. De la hiérarchie obtenue, on tirerait une règle de résolution des conflits de normes : en cas de contradiction entre une norme de droit international et une norme de droit fédéral, c'est celle ayant la plus forte légitimité démocratique qui l'emporterait.*

*Bien que la Constitution ne le prévoit pas explicitement, les autorités fédérales admettent la possibilité de soumettre au référendum les traités internationaux dont l'importance est telle qu'il faut les considérer comme étant de rang constitutionnel. En 2010, le Conseil fédéral a proposé au Parlement de faire figurer en toutes lettres ce cas de figure dans la Constitution (contre-projet direct à l'initiative populaire « accords internationaux : la parole au peuple ! »). L'Assemblée fédérale n'est pas entrée en matière sur ce contre-projet.*

*Les auteurs du postulat laissent entendre que la règle de primauté proposée serait transparente et facile à appliquer. Voilà qui risque de s'avérer illusoire dans bien des cas. La Suisse serait toujours tenue d'honorer ses engagements internationaux, quel que soit l'ordre de primauté établi. La règle proposée dans le postulat pourrait entraîner une augmentation du nombre des conflits de normes qui seraient résolus au profit du droit interne. Cela ne résoudrait pas le problème, mais ne ferait que le déplacer, essentiellement au niveau du droit international. La Suisse verrait sa crédibilité entamée. Sans compter que la règle de primauté dérivée de la hiérarchisation du droit international ne pourrait pas s'appliquer dans certains cas, par exemple lorsque le conflit de normes oppose des dispositions aussi légitimes l'une que l'autre, chose relativement fréquente. Tous ces arguments constituent, de l'avis du Conseil fédéral, autant de raisons d'abandonner l'idée d'une hiérarchisation des normes internationales en fonction de leur légitimité démocratique.*

## Table des matières

Condensé .....	2
1 Contexte.....	4
1.1 Mandat d'examen du Parlement: le postulat 13.3805 .....	4
1.2 Eléments déterminant la relation entre droit international et droit interne .....	4
1.3 La situation juridique actuelle.....	5
1.3.1 Pas de règles internationales pour l'approbation des traités internationaux .....	5
1.3.2 Référendum pour les traités internationaux .....	5
1.3.3 Le droit international ne propose pas de règles de hiérarchisation.....	6
1.3.4 Rang du droit international dans le droit suisse .....	6
1.4 Etat des discussions sur la relation entre droit international et droit interne.....	8
1.4.1 Un thème récurrent.....	8
1.4.2 Deux rapports du Conseil fédéral consacrés à la relation entre droit international et droit interne	8
1.4.3 Mise en consultation puis classement du projet par le Conseil fédéral .....	8
1.4.4 Délibérations au sein des commissions parlementaires compétentes.....	9
1.4.5 Interventions parlementaires liquidées ou en suspens .....	9
1.4.6 Initiative pour l'autodétermination .....	10
2 Référendum obligatoire pour les traités ayant un caractère constitutionnel .....	10
2.1 Le référendum obligatoire et le référendum facultatif dans la Constitution.....	10
2.2 Droit constitutionnel non écrit (référendum sui generis) .....	11
3 Règles de hiérarchisation dans le droit international.....	11
3.1 Aperçu des sources du droit international .....	11
3.2 Jus cogens (droit international impératif) .....	12
3.3 La relation entre les différentes normes du droit international.....	13
3.3.1 La relation entre les conventions internationales .....	13
3.3.2 La relation entre les autres normes du droit international .....	14
3.4 Le droit international comporte-t-il un début de hiérarchisation ?.....	14
4 Hiérarchisation interne des normes internationales en fonction de leur légitimité démocratique .....	16
4.1 Légitimité démocratique des traités internationaux et des normes de droit interne.....	16
4.2 Hiérarchisation par des critères formels ou matériels ? .....	17
4.3 Droit coutumier et principes généraux du droit.....	17
4.4 Conflit entre normes ayant une légitimité démocratique équivalente .....	17
4.5 Traités internationaux ayant un caractère constitutionnel .....	18
4.6 Les conséquences en droit international d'une primauté du droit interne .....	19
4.7 Conclusion .....	19
Bibliographie .....	21
Liste des documents .....	22

## 1 Contexte

### 1.1 Mandat d'examen du Parlement: le postulat 13.3805

Le présent rapport vaut exécution par le Conseil fédéral du postulat 13.3805 « Etablir un rapport clair entre le droit international et le droit suisse » déposé le 25 septembre 2013 par le Groupe libéral-radical et adopté par le Conseil national le 21 mars 2014. Ce postulat demande que le rapport entre droit international et droit interne soit examiné des points de vue, d'une part, de la *hiérarchisation de ces droits*, d'autre part, de la *légitimité démocratique* des traités internationaux ayant un caractère constitutionnel. Il a la teneur suivante :

«Le Conseil fédéral est chargé d'examiner les moyens de modifier la Constitution selon les exigences précisées ci-après et de présenter un rapport sur cette modification:

1. introduction du référendum obligatoire pour les traités internationaux ayant un caractère constitutionnel;
2. organisation des normes de droit international selon leur légitimité démocratique, dans leur application en droit interne, de façon à établir une hiérarchie claire - et donc des règles de résolution des conflits. Cette hiérarchie s'organisera de la façon suivante:
  - a. Constitution fédérale et normes de droit international qui ont été soumises au référendum obligatoire;
  - b. lois fédérales et normes de droit international qui ont été soumises au référendum facultatif;
  - c. normes de droit fédéral et normes de droit international qui n'ont été soumises ni au référendum obligatoire, ni au référendum facultatif;
  - d. droit cantonal.

Il serait bon de maintenir dans la première catégorie le droit international qui avait un caractère constitutionnel au moment de l'entrée en vigueur de cette modification (CEDH notamment).

Il faudra ensuite examiner s'il y a lieu, en cas de conflit entre des normes de même rang, de faire primer systématiquement, dans son application interne, la norme adoptée postérieurement (règle selon laquelle la loi postérieure déroge à la loi antérieure) ou de la faire primer uniquement dans des cas qualifiés (jurisprudence « Schubert », par ex).»

Dans sa réponse du 13 décembre 2013, le Conseil fédéral a proposé l'adoption du postulat 13.3805, tout en soulignant à propos du point 2 que le cadre posé par le droit international et la Constitution fédérale n'offre probablement que des possibilités très restreintes pour une hiérarchisation des normes. Rappelons que le Conseil fédéral a déjà examiné cette option en 2010 et qu'il l'a alors jugée peu praticable<sup>1</sup>.

### 1.2 Eléments déterminant la relation entre droit international et droit interne

De manière générale, l'examen de la relation entre droit international et droit interne s'effectue selon les trois critères suivants<sup>2</sup> :

- la *validité* du droit international en droit interne,
- l'*application* du droit international en droit interne,
- le *rang* du droit international par rapport au droit interne (voir le ch. 1.3.4 pour plus de détails).

Dans le système suisse, les normes de droit international deviennent dès leur entrée en vigueur *valables* en droit interne (monisme) ; leur reprise ne nécessite pas leur transformation

---

<sup>1</sup> Voir le « rapport droit international / droit interne », ch. 9.3.2.

<sup>2</sup> Voir à ce propos et pour la suite le rapport « Relation entre droit international et droit interne », ch. 5.1 à 5.4 (généralités) et ch. 8.1 à 8.4 (droit suisse).

par un acte interne (dualisme). La différence entre monisme et dualisme n'a toutefois qu'une portée limitée sur le plan pratique.

Les normes de droit international sont *directement applicables* lorsqu'elles sont suffisamment concrètes et précises pour que les personnes physiques ou morales en retirent des droits et des obligations sur lesquels ils pourront fonder une action devant les autorités administratives et judiciaires. Les normes de droit international qui ne sont pas directement applicables doivent être concrétisées par le législateur national pour pouvoir fonder des droits et obligations pour les particuliers.

### 1.3 La situation juridique actuelle

#### 1.3.1 Pas de règles internationales pour l'approbation des traités internationaux

Le droit international ne prévoit pas de règles sur la manière dont les Etats gèrent l'approbation des traités internationaux sur le plan interne. Il revient à chaque Etat de définir (au niveau constitutionnel) la procédure d'approbation et les organes habilités, en donnant le cas échéant la possibilité aux électeurs de se prononcer. Dans le cas de la Suisse, il reviendrait donc au peuple et aux cantons d'inscrire dans la Constitution le référendum obligatoire pour les traités internationaux ayant un caractère constitutionnel.

#### 1.3.2 Référendum pour les traités internationaux

L'Assemblée fédérale approuve les traités internationaux, à l'exception de ceux dont la conclusion relève de la seule compétence du Conseil fédéral en vertu d'une loi ou d'un traité international (art. 166, al. 2, Cst.). Les traités internationaux qui requièrent l'approbation du Parlement peuvent être subdivisés en deux catégories, selon qu'ils sont sujets ou soumis au référendum.

Sont sujets au référendum (*référendum facultatif*) (art. 141, al. 1, let. d, Cst.) les traités internationaux qui:

- sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables,
- prévoient l'adhésion à une organisation internationale ou
- contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales.

Ces dernières années, les règles de la démocratie directe ont été progressivement étendues à la conclusion des traités internationaux. Il existe donc un parallélisme entre le droit interne et les traités internationaux dans l'application des droits populaires. Ce n'est pas la forme de l'acte (loi ou traité) qui est déterminante, mais son contenu. « Ce qui, au niveau national, est « important » et doit donc être édicté sous la forme d'une loi sujette à référendum (art. 164 Cst.) est également « important » dans le cas d'un traité international, qui est donc lui aussi sujet au référendum facultatif (art. 141 Cst.) »<sup>3</sup>.

Le principe du parallélisme entre les traités internationaux et les lois fédérales ne se retrouve pas entièrement dans la pratique de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral, selon laquelle des traités fixant des règles de droit importantes mais dont la teneur est largement identique à celle de traités conclus précédemment ne sont pas sujets au référendum (voir la question des « accords standard », ch. 2.1 et 4.5).

Les compétences du Conseil fédéral d'édicter des ordonnances et de conclure des traités internationaux tiennent compte du principe du parallélisme. Les traités internationaux que le Conseil fédéral est seul habilité à conclure sont également légitimés démocratiquement, car la compétence du Conseil fédéral repose sur une loi fédérale ou sur un traité international approuvé par l'Assemblée fédérale.

---

<sup>3</sup> Tiré de la motion de la CIP-CN **04.3203** du 22 avril 2004 « Référendum facultatif s'appliquant aux traités internationaux. Parallélisme des règles de droit internationales et nationales ». Pour le développement, voir aussi le message « Accords internationaux : la parole au peuple ! », ch. 2.

Sont soumis au référendum (*référendum obligatoire*) (art. 140, al. 1, let. b, Cst.) les traités internationaux qui prévoient :

- l'adhésion à des organisations de sécurité collective ou
- l'adhésion à des communautés supranationales.

Les autorités fédérales et une partie de la doctrine admettent en outre l'existence (non écrite) d'un référendum obligatoire sui generis. Il s'agit du cas particulier des traités internationaux « qui revêtent une importance extraordinaire à tel point qu'ils doivent être considérés comme étant de rang constitutionnel »<sup>4</sup>.

### 1.3.3 Le droit international ne propose pas de règles de hiérarchisation

Il est possible de définir le rang d'un traité international dans le droit national et, à partir de là, d'élaborer des règles de primauté. Si le droit international ne contient pas de règles explicites à ce sujet<sup>5</sup>, la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités<sup>6</sup> (Convention de Vienne) codifie deux règles fondamentales, étroitement liées entre elles, du droit international conventionnel qui ont une influence au moins indirecte sur la hiérarchisation des normes. L'art. 26 de la Convention de Vienne dispose qu'un traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi (principe *pacta sunt servanda*). Selon l'art. 27 de cette même convention, une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne (constitution, lois ou ordonnances) pour justifier la non-observation d'une obligation internationale. Ces deux règles ont valeur de droit coutumier<sup>7</sup>. Un Etat peut tout à fait édicter des dispositions contraires au droit international et faire passer leur application avant ses engagements internationaux. Toute violation de sa part du droit international engage cependant sa responsabilité<sup>8</sup> ; une violation substantielle d'un traité par l'une des parties autorise les autres parties à invoquer la violation pour mettre fin au traité ou suspendre son application en totalité ou en partie (art. 60 de la Convention de Vienne).

### 1.3.4 Rang du droit international dans le droit suisse

La question du rang du droit international se pose chaque fois que, dans le cadre de l'application du droit, une norme de droit international directement applicable risque d'entrer en conflit avec une norme de droit interne. De tels conflits sont cependant relativement rares dans la pratique<sup>9</sup>. On s'efforce de les éviter en interprétant la norme interne de manière conforme au droit international. Si cela n'est pas possible, on ne peut pas pour autant appliquer les règles de résolution du conflit développées en droit interne ; cela est incompatible avec le droit international. Voici ce qu'en disent la Constitution et la jurisprudence du Tribunal fédéral :

L'art. 5, al. 4, Cst. dispose que la Confédération et les cantons *respectent* le droit international. Cette formulation est un compromis entre une mention explicite de la primauté du droit international et des termes moins contraignants, tels que « tient compte » ou « prend en considération », qu'on trouve ailleurs dans la Constitution. L'obligation de respecter le droit international implique que les normes issues de ce droit priment les dispositions du droit national contraires<sup>10</sup>. La primauté de principe du droit international découle des art. 26 et 27 de la Convention de Vienne (voir ch. 1.3.3).

---

<sup>4</sup> Voir le message sur les Accords bilatéraux II), ch. 6.4.1.; voir aussi le message « Accords internationaux : la parole au peuple ! », ch. 2.1.3.

<sup>5</sup> Cf. *Häfelin / Haller / Keller*, note marg. 1917. Le droit de l'UE connaît toutefois une exception, fondée sur l'arrêt du 15 juillet 1964 Flaminio Costa contre ENEL de la Cour de justice des Communautés européennes, consacrant le principe de la primauté des traités fondateurs de la CEE sur les législations nationales ; affaire 6-64, recueil 1964, p. 1253, et jurisprudence liée.

<sup>6</sup> Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (RS 0.111); entrée en vigueur pour la Suisse le 6 juin 1990.

<sup>7</sup> Voir *Müller / Wildhaber*, p. 148 s.

<sup>8</sup> Voir le rapport « Relation entre droit international et droit interne », ch. 5.4.

<sup>9</sup> Voir l'analyse de *Schürer* réalisée à partir de différentes catégories de cas.

<sup>10</sup> Voir le message nCst., p. 137, et la prise de position OFJ / DDIP (en allemand), p. 404 s.

On ne saurait toutefois déduire de l'art. 5, al. 4, Cst. une reconnaissance sans réserve de la primauté du droit international, analogue à celle du droit fédéral sur le droit cantonal (voir art. 49, al. 1, Cst.). De même, cette disposition ne livre pas d'indications qui permettraient de définir une règle pour résoudre les conflits entre droit international et droit interne. Le même constat vaut pour le droit applicable au sens de l'art. 190 Cst., qui dispose que le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer *les lois fédérales et le droit international*. Cette disposition ne règle pas la question du rang du droit international et ne propose pas de règle de résolution des conflits. Les art. 139, al. 3, 193, al. 4 et 194, al. 2, Cst. (et l'art. 53 de la Convention de Vienne) placent toutefois les règles impératives du droit international au sommet de la hiérarchie des normes, tant en droit interne qu'en droit international.

Le Tribunal fédéral reconnaît donc en principe la primauté du droit international, tout en admettant certaines exceptions. Voici dans les grandes lignes ce qui ressort de sa jurisprudence<sup>11</sup> : en principe, le droit international l'emporte sur les *normes de loi*. Sauf si l'Assemblée fédérale a sciemment adopté un texte contraire au droit international ; dans ce cas, c'est cette disposition (ultérieure) qui s'applique (« jurisprudence Schubert »). Les droits de l'homme garantis par le droit international (tels qu'en contient notamment la CEDH) l'emportent cependant systématiquement sur les lois fédérales (« jurisprudence PKK »<sup>12</sup>). Selon le Tribunal fédéral, pour qu'on puisse qualifier de consciente, voire de délibérée une décision contraire à un traité international, il faut que l'Assemblée fédérale ait, lors de ses délibérations, abordé de manière détaillée les implications de la loi fédérale sur le plan du droit international ou les éléments risquant d'entrer en contradiction avec ce dernier<sup>13</sup>. Cette pratique a été progressivement consolidée, même si les questions soulevées n'ont pas toutes été résolues<sup>14</sup>. Lorsqu'on mentionne aujourd'hui la « jurisprudence Schubert » (fondée en 1973), c'est probablement plutôt à la « jurisprudence PKK » (1999) qu'on fait allusion. Cette « jurisprudence PKK » peut aussi être qualifiée de « jurisprudence Schubert relativisée ».

La « jurisprudence PKK » n'aboutit que rarement à l'application du traité international plutôt qu'à celle de la *loi fédérale*<sup>15</sup>. A l'inverse, lorsque le Tribunal fédéral défend l'application de la loi dérogeant sciemment au traité, la responsabilité internationale de la Suisse est engagée, à moins que la décision du législateur ne soit interprétée comme un mandat de renégocier le traité ou de le dénoncer<sup>16</sup>.

La problématique est similaire lorsque l'adoption d'une initiative populaire crée une contradiction entre le *droit constitutionnel* et le *droit international*. Lorsque la nouvelle norme constitutionnelle ne laisse aucune latitude au législateur pour la mettre en œuvre conformément au droit international, il ne reste que les options suivantes<sup>17</sup> : on peut renégocier le traité pour l'adapter à la nouvelle norme constitutionnelle, ou le dénoncer. On peut aussi soumettre au peuple et aux cantons un projet de modification ou d'abrogation de la norme adoptée (l'art. 192, al. 1, Cst. permet de réviser la Constitution en tout temps). Enfin, il n'est pas exclu que la Suisse assume (dans un premier temps) le conflit de normes et ses conséquences, qui peuvent varier grandement selon la nature du traité et l'ampleur de la violation concrète (suspension ou dénonciation par une autre partie, mesures de rétorsion, mesures de représ-

---

<sup>11</sup> ATF 125 II 417 consid. 4d; confirmé notamment dans l'ATF 139 I 16 consid. 5.1. Voir *Baumann*, pp. 1010 ss, pour une vue d'ensemble de la jurisprudence développée par le Tribunal fédéral à propos du rang du droit international.

<sup>12</sup> Cette jurisprudence remonte à l'ATF 125 II 417, rendu sur un recours déposé contre la décision du Conseil fédéral d'ordonner la confiscation de matériel de propagande du Parti des travailleurs du Kurdistan (PKK).

<sup>13</sup> ATF 138 II 524 consid. 5.3.2.

<sup>14</sup> Dans l'ATF 136 II 241 consid. 16.1, le Tribunal fédéral constate que certaines normes du droit international qui ne contiennent pas des droits de l'homme garantis par le droit international sont elles aussi susceptibles de l'emporter sur une loi fédérale contraire que le législateur a adoptée en connaissance de cause. Voir à l'inverse la relativisation qu'il fait de la primauté des droits de l'homme garantis par le droit international dans l'ATF 136 III 168 consid. 3.3.4.

<sup>15</sup> Par ex. ATF 133 II 450 consid. 2.2 et 133 V 367 consid. 11. Voir aussi *Schürer*, pp. 122 et 124 ss., qui parvient à la conclusion que le Tribunal fédéral a tenu compte tout autant des éléments particuliers du cas (p. ex. traité international légitimé par la démocratie directe) que de la règle de primauté au sens de la jurisprudence PKK.

<sup>16</sup> Voir le rapport « Relation entre droit international et droit interne », ch. 8.6.2.

<sup>17</sup> Sur la problématique générale, voir le rapport « Relation entre droit international et droit interne », ch. 9.6.

sion, etc.)<sup>18</sup>. Le Tribunal fédéral n'a pas encore établi de marche à suivre définitive sur la manière de traiter les conflits entre le droit constitutionnel et le droit international, et la doctrine est partagée sur cette question<sup>19</sup>.

## 1.4 Etat des discussions sur la relation entre droit international et droit interne

### 1.4.1 Un thème récurrent

Le Conseil fédéral et l'administration fédérale se sont penchés à plusieurs reprises sur la relation entre droit international et droit interne en général et sur le problème des initiatives populaires contraires au droit international en particulier<sup>20</sup>. Ils l'ont fait notamment dans le cadre de la mise à jour de la Constitution fédérale et de la réforme des droits populaires. Cette question a été reprise en 2006 dans un rapport de l'Office fédéral de la justice (OFJ) destiné à la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N)<sup>21</sup>.

### 1.4.2 Deux rapports du Conseil fédéral consacrés à la relation entre droit international et droit interne

En 2010, le Conseil fédéral a procédé à une analyse approfondie de la relation entre droit international et droit interne et en a publié les résultats dans un rapport<sup>22</sup>. Il en ressort que la Suisse ne se distingue pas foncièrement des autres Etats dans la manière dont elle aborde la question du droit international sur le plan interne, notamment pour ce qui est de la question du rang du droit international sur le plan interne et de son éventuelle primauté en cas de conflit. Le Conseil fédéral a principalement analysé les problèmes qui se posent lorsqu'une initiative populaire ne respecte pas les règles non impératives du droit international ; il a examiné les solutions applicables au stade de l'invalidation et de l'examen préliminaire des initiatives populaires<sup>23</sup>.

Il a ensuite soumis trois options à un examen plus approfondi, dont il a publié les résultats en 2011, dans un rapport complémentaire<sup>24</sup>. Il y recommande, *premièrement*, de renforcer la procédure actuelle d'examen préliminaire des initiatives, au moyen d'une prise de position commune de l'OFJ et de la Direction du droit international public (DDIP) avant la collecte des signatures, qui indique si le projet est compatible avec le droit international. Cette prise de position n'aurait pas de valeur contraignante pour le comité d'initiative. Le Conseil fédéral recommande, *deuxièmement*, de fixer de nouvelles limites matérielles à la validité des initiatives populaires, en sus des règles impératives du droit international. Des deux principes constitutionnels examinés, à savoir le respect de l'essence des droits fondamentaux et le respect de la non-discrimination, il n'a retenu que le premier, qu'il jugeait équilibré et adapté. Le rapport additionnel explore une *troisième* mesure, l'inscription dans la Constitution d'une règle de conflit qui fixerait lequel, du droit constitutionnel ou du droit international, l'emporte en cas d'incompatibilité. Le Conseil fédéral a recommandé le rejet de cette option, qu'il juge trop rigide.

### 1.4.3 Mise en consultation puis classement du projet par le Conseil fédéral

Suite à l'examen du rapport par les Chambres fédérales, les Commissions des affaires juridiques du Conseil national et du Conseil des Etats ont, au travers de deux motions (CAJ-N : 11.3468, CAJ-E : 11.3751), chargé le Conseil fédéral d'élaborer, à partir de ses deux re-

---

<sup>18</sup> Pour plus de détails, voir le rapport « Relation entre droit international et droit interne », ch. 6.2.

<sup>19</sup> Voir l'ATF 139 I 16, consid. 5.2 et 5.3; voir le rapport « Relation entre droit international et droit interne », ch. 8.6.1 et 9.3.3 pour une vue d'ensemble des avis de la doctrine et la position du Conseil fédéral.

<sup>20</sup> Tel a été le cas par ex. en 1989 dans une prise de position commune de l'OFJ et de la DDIP. *Kley* donne aussi une vue d'ensemble des précédents débats concernant la relation entre droit international et droit interne (pp. 331, 352).

<sup>21</sup> Voir le rapport de l'OFJ.

<sup>22</sup> Voir le rapport « Relation entre droit international et droit interne », réalisé en réponse aux po. **07.3764** CAJ-E « Rapport entre droit international et droit national » et **08.3765** CAJ-N « Initiatives populaires et droit national ».

<sup>23</sup> Voir le rapport « Relation entre droit international et droit interne », ch. 8.6.1, 8.7 et 9.6.

<sup>24</sup> Voir le rapport additionnel « Relation entre droit international et droit interne ».



commandations, un projet concret de modification de la Constitution et des lois pertinentes. Mis en consultation, le projet a essuyé une majorité de critiques<sup>25</sup>, qui ont porté notamment sur l'efficacité des mesures proposées et sur leur compatibilité avec la liberté de vote. Le Conseil fédéral a décidé de ne pas poursuivre le projet et a demandé en février 2014 au Parlement de classer les deux motions<sup>26</sup>.

#### 1.4.4 Délibérations au sein des commissions parlementaires compétentes

Le 12 août 2014, la Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP-N) a décidé de suspendre le traitement de la demande de classement du Conseil fédéral jusqu'à la parution du présent rapport relatif au postulat 13.3805, mais au plus tard pour un an. Une majorité de la commission partage l'avis exprimé par plusieurs participants à la consultation selon lequel le rejet des solutions proposées n'enlève rien à la nécessité d'agir. La commission estime donc prématuré un classement des motions et demande que l'on recherche au préalable de meilleures solutions. Le présent rapport, établi en réponse au postulat doit servir de point de départ à d'autres discussions au sein de la CIP-N<sup>27</sup>.

La Commission des institutions politiques du Conseil des Etats (CIP-E) s'est également penchée sur cette question lors de son examen de l'initiative populaire « Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre) » et de l'initiative populaire « Imposer les successions de plusieurs millions pour financer notre AVS (réforme de la fiscalité successorale) ». Elle estime que la multiplication des initiatives populaires qui entrent en conflit avec les droits fondamentaux et les principes de l'Etat de droit rend nécessaire une révision des critères d'invalidation des initiatives populaires<sup>28</sup>.

#### 1.4.5 Interventions parlementaires liquidées ou en suspens

Des interventions parlementaires soulevant des questions sur ce sujet ou demandant des mesures concrètes ont été régulièrement déposées ces dernières années<sup>29</sup>. Au cours de la session d'automne 2014, le Conseil national a décidé de ne pas donner suite à trois initiatives parlementaires qui pour l'essentiel visaient un renforcement du droit interne par rapport au droit international<sup>30</sup>. Enfin, au moment de l'adoption du présent rapport, trois interpellations sont encore pendantes devant les Chambres : la motion Reimann 14.3221 du 21 mars 2014 « Remplacer le système moniste par un système dualiste », la motion du Groupe des Verts 14.3510 du 19 juin 2014 « Critères plus détaillés pour l'examen de validité d'une initiative populaire » et le postulat Schneider-Schneiter 14.4250 du 12 décembre 2014 « Protéger le droit international et la démocratie directe. Pour davantage de clarté lors des votations populaires ».

---

<sup>25</sup> Le dossier mis en consultation, les prises de position et le rapport sur les résultats de la consultation sont consultables à l'adresse <<http://www.bj.admin.ch>> (« Etat et citoyens » / « Droit international et initiatives populaires »).

<sup>26</sup> Voir le rapport sur le classement des motions.

<sup>27</sup> Voir la note de synthèse concernant notamment le point de presse de la CIP-N du 12 août 2014, consultable sous: [http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/legislaturueckblick.aspx?rb\\_id=20140024](http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/legislaturueckblick.aspx?rb_id=20140024)

<sup>28</sup> Communiqué de presse de la CIP-E du 22 août 2014, consultable sous: <http://www.parlament.ch/f/mm/2014/Seiten/mm-sp-k-s-2014-08-22.aspx>

<sup>29</sup> Voir les interventions parlementaires liquidées suivantes: iv. pa. **07.477** Vischer « Validité des initiatives populaires » (laissée sans suite le 20 septembre 2011); mo. **08.3249** Reimann « Base constitutionnelle pour la pratique Schubert » (rejetée le 3 mars 2010); iv. pa. **09.414** Groupe UDC « Le droit international ne doit pas primer le droit national » (laissée sans suite le 14 septembre 2010); iv. pa. **09.466** Groupe UDC « Règles impératives du droit international. Définition » (laissée sans suite le 28 septembre 2010); iv. pa. **09.521** Moret « Validité des initiatives populaires. Décision juridique avant la récolte des signatures » (laissée sans suite le 3 avril 2011); po. **09.3118** Heim « Accroître la transparence dans le domaine des droits populaires » (classée le 18 mars 2011); po. **09.3676** Groupe UDC « Droit international et droit national. Passage d'un système moniste à un système dualiste » (classé le 12 juin 2013); iv. pa. **10.494** Amherd « Initiatives populaires et droit international » (retirée le 20 mai 2011); po. **10.3885** CIP-N « Décision concernant la validité d'une initiative populaire avant la récolte des signatures » (classée le 12 juin 2013); question **12.1031** Caroni « Compatibilité des droits populaires avec le droit international. Affiner le modèle d'examen préliminaire non contraignant » (réponse du Conseil fédéral donnée le 16 mai 2012). Voir aussi les renvois de la note de bas de page 22.

<sup>30</sup> Iv. pa. **13.452** Brand « Primauté du droit constitutionnel sur le droit international » (laissée sans suite le 18 septembre 2014); iv. pa. **13.456** Rutz « Adaptation du droit suisse à des normes étrangères par les autorités fédérales. Respecter les processus démocratiques » (laissée sans suite le 18 septembre 2014); iv. pa. **13.458** Stamm « Relation entre droit international et droit interne. Clarification » (laissée sans suite le 18 septembre 2014).

## 1.4.6 Initiative pour l'autodétermination

Le 10 mars 2015 a été marqué par le lancement de l'initiative populaire « Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination) ». Cette initiative a pour but principal de compléter la Constitution d'une règle de conflit disposant que le droit constitutionnel prime sur le droit international (sous réserve des dispositions impératives du droit international).<sup>31</sup>

## 2 Référendum obligatoire pour les traités ayant un caractère constitutionnel

### 2.1 Le référendum obligatoire et le référendum facultatif dans la Constitution

L'art. 140, al. 1, let. b de la Constitution fédérale prévoit que les traités impliquant l'adhésion de la Suisse à des organisations de sécurité collective ou à des communautés supranationales sont soumis au référendum. Le référendum facultatif est prévu selon l'art. 141, al. 1, let. d, Cst. pour les traités internationaux qui sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables, qui prévoient l'adhésion à une organisation internationale ou qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales (voir ch. 1.3.2).

Le référendum facultatif a été adopté en 1921 en votation populaire pour les traités internationaux conclus pour une durée indéterminée ou supérieure à quinze ans. En 1977, des interventions parlementaires et une initiative populaire ont entraîné une refonte des dispositions en la matière et l'instauration d'une obligation de soumettre à référendum l'adhésion de la Suisse à des communautés supranationales ou à des organisations de sécurité collective<sup>32</sup>. Enfin, la révision totale de la Constitution a été l'occasion de réexaminer d'un œil critique le référendum en matière de traités internationaux. A l'époque, le Conseil fédéral avait constaté la nécessité de corriger notamment les règles du référendum facultatif. Dans le cadre de la réforme des droits populaires, il proposa de nuancer ces règles, chose qui fut faite au terme d'un traitement laborieux de ce projet<sup>33</sup> : selon le principe du parallélisme, le référendum facultatif devait s'appliquer aux traités internationaux contenant des dispositions importantes fixant des règles de droit (soit les traités qui, du point de vue matériel, peuvent être assimilés à une loi fédérale) ou dont la mise en œuvre exige l'adoption (ou la modification) de lois fédérales. Les autres critères (adhésion à une organisation internationale, durée indéterminée et caractère non dénonçable du traité) ont été maintenus, de même que la règle du référendum obligatoire.

Même si elle ne constituait pas un changement fondamental et qu'elle n'était guère contestée politiquement, la nouvelle disposition constitutionnelle allait bientôt soulever des questions d'interprétation. L'application qu'en firent le Conseil fédéral et le Parlement permit d'en préciser les contours. Un point qui reste à régler est de savoir s'il faut exclure du référendum facultatif les « accords standards » (accords aux contenus similaires, voire identiques, que la Suisse conclut avec un grand nombre d'Etats) qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit. L'Assemblée fédérale a renoncé à assujettir au référendum ce genre d'accords, caractéristiques des domaines du libre-échange, de la protection des investissements, de la sécurité sociale et de la fiscalité. Le Conseil fédéral a manifesté sa volonté de charger le DFJP de vérifier la conformité constitutionnelle de cette pratique, maintes fois critiquée par le monde politique et les milieux scientifiques. Les discussions menées au sein de l'administration, qui ont débouché sur un projet de rapport de l'OFJ, indiquent qu'il devrait être possible de créer, pour les domaines en question, des normes légales de délégation, qui seraient sujettes au référendum. Une telle solution pourrait satisfaire aux exigences constitutionnelles et recueillir le soutien du monde politique. Le peuple pourrait habiliter le Conseil fédéral ou l'Assemblée fédérale à conclure seuls d'autres accords de même teneur avec d'autres partenaires, sans qu'ils ne faille plus les soumettre au référendum facultatif. De

---

<sup>31</sup> Voir FF 2015 1831.

<sup>32</sup> Message « Accords internationaux: la parole au peuple! », ch. 2.1.1.

<sup>33</sup> Message « Accords internationaux: la parole au peuple! », ch. 2.1.2.

telles clauses de délégation sont en cours d'élaboration, en coopération avec les services fédéraux compétents. Le Conseil fédéral devrait présenter le résultat de ces travaux cette année encore.

Le dernier grand débat sur le référendum en matière de traités internationaux a également été lancé par une initiative populaire. En 2009, l'ASIN (Action pour une Suisse indépendante et neutre) a déposé l'initiative populaire « Pour le renforcement des droits populaires dans la politique étrangère (accords internationaux : la parole au peuple ! ) », qui visait une extension substantielle du référendum obligatoire. Le Conseil fédéral a recommandé le rejet de l'initiative et présenté à l'Assemblée fédérale un contre-projet direct, qui confirmait et clarifiait des règles de droit constitutionnel non écrites (voir ch. 2.2). Les Chambres fédérales ne sont pas entrées en matière et ont recommandé le rejet de l'initiative. Le 17 juin 2012, cette dernière a été enterrée par 75,2 % des votants et la totalité des cantons<sup>34</sup>.

## 2.2 Droit constitutionnel non écrit (référendum sui generis)

Les autorités fédérales et une partie de la doctrine admettent l'existence non écrite d'un référendum obligatoire pour les « traités internationaux qui revêtent une importance extraordinaire à tel point qu'ils doivent être considérés comme étant de rang constitutionnel »<sup>35</sup>. Cela a amené le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale à examiner si les accords d'association à Schengen et à Dublin étaient de rang constitutionnel. Ils sont arrivés à la conclusion qu'un référendum sui generis ne s'imposait pas pour ces accords parce qu'ils « n'entraînent pas de modification politique fondamentale et ne touchent pas à notre ordre constitutionnel »<sup>36</sup>. Aucun autre cas n'a depuis soulevé la question de l'application de cette règle non écrite pour les traités susceptibles d'être considérés comme de rang constitutionnel. Le Conseil fédéral a toutefois précisé, s'agissant de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), qu'en cas de dénonciation de ce traité, une éventuelle nouvelle adhésion de la Suisse « serait soumise à référendum, car la CEDH est à placer au même niveau que la Constitution »<sup>37</sup>.

Le droit non écrit, qu'il soit national ou international, constitue une source établie du droit. Les normes développées par la pratique judiciaire ou politique qui ne sont pas reproduites dans des textes (Constitution par exemple) n'offrent toutefois pas, contrairement à ces derniers, toutes les garanties nécessaires en matière de sécurité du droit. Le droit non écrit est davantage sujet à interprétation, et donc souvent beaucoup plus difficile à appliquer, notamment lorsqu'il ne peut s'appuyer que sur un petit nombre de décisions judiciaires, comme c'est le cas dans le domaine des droits politiques au niveau fédéral. Les principes de la sécurité juridique et de la transparence recommanderaient l'intégration explicite du référendum obligatoire sui generis dans la Constitution.

## 3 Règles de hiérarchisation dans le droit international

### 3.1 Aperçu des sources du droit international

Les trois principales sources du droit international sont établies à l'art. 38 du Statut de la Cour internationale de Justice<sup>38</sup>. Selon ce dernier, le droit international naît

- des conventions internationales,
- de la coutume internationale (droit coutumier) et

---

<sup>34</sup> Arrêté du Conseil fédéral du 24 juillet 2012 constatant le résultat de la votation populaire du 17 juin 2012, FF 2012, p. 7159.

<sup>35</sup> Message « Accords bilatéraux II », ch. 6.4.1, avec d'autres renvois vers les auteurs de doctrine et la jurisprudence. Plusieurs cantons (BL, BS, GL, GR, JU, NE, VD, SG, SH, SO, SZ, ZH) disposent d'instruments similaires. Citons l'art. 61, al. 1, let c de la constitution du Canton de Berne du 6 juin 1993 (RS 131.212), qui dispose que « les traités intercantonaux et les traités internationaux qui dérogent à la Constitution » sont obligatoirement soumis au vote populaire.

<sup>36</sup> Message « Accords bilatéraux II », ch. 6.4.1.

<sup>37</sup> Rapport CEDH, ch. 7.5.

<sup>38</sup> Statut de la Cour internationale de Justice du 26 juin 1945 (RS 0.193.501); entré en vigueur pour la Suisse le 28 juillet 1948.

- des principes généraux qui fondent les ordres juridiques nationaux (qui sont « reconnus par les nations civilisées »).

Les conventions internationales contiennent l'essentiel des normes juridiques internationales, d'où leur importance primordiale.

*A propos des conventions internationales* : une convention internationale est un accord obtenu par consensus au terme d'une négociation entre au moins deux sujets de droit international<sup>39</sup>. Sauf accord contraire entre les parties, la Convention de Vienne règle entre autres la conclusion, l'entrée en vigueur, l'interprétation, la modification et l'extinction des conventions internationales<sup>40</sup>.

*A propos de la coutume internationale* : le droit coutumier international se compose, en règle générale, de normes de droit non écrites. Son émergence suppose la réalisation de deux conditions : une pratique générale, uniforme et durable (éléments objectifs) et la conviction d'être lié par une règle juridique (élément subjectif). Le droit coutumier international s'applique de manière globale, ce qui n'empêche pas la constitution de coutumes juridiques régionales<sup>41</sup>. Les normes du droit international coutumier lient en principe tout sujet de droit international concerné par son contenu. Pour pouvoir se soustraire à une norme, un Etat doit la contester dès son apparition, et ce de manière récurrente (« objecteur persistant »). Il ne peut toutefois pas empêcher son établissement<sup>42</sup>.

*A propos des principes généraux du droit* : on y trouve les règles fondamentales reconnues dans tous les systèmes juridiques et qui sont donc universellement valables. Ces principes s'appliquent lorsque ni le droit des traités, ni le droit coutumier ne permettent de régler un différend. Ils peuvent aussi servir de guide d'interprétation. Parmi les principes généraux du droit, on trouve le principe de la bonne foi, l'interdiction de l'abus de droit, le principe de la confiance légitime, le principe de force majeure, l'interdiction de l'enrichissement illicite et le principe de la proportionnalité<sup>43</sup>.

Ces sources primaires du droit international sont complétées de sources secondaires. Les *actes des organisations internationales* peuvent avoir force obligatoire pour leurs membres, pour autant que les parties l'aient prévu dans la charte fondamentale de l'organisation. Par exemple, les résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU sont contraignantes pour ses membres<sup>44</sup>, en vertu de l'art. 25 de la Charte de l'ONU<sup>45</sup>.

Le *soft law* constitue une autre catégorie du droit international. Il s'agit de règles qui, bien que juridiquement non contraignantes, n'en présentent pas moins une « juridicité atténuée ». Le *soft law* se situe à mi-chemin entre les normes juridiques et les directives purement politiques. En font partie les résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU, les recommandations de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) en matière fiscale et les codes de comportement conclus par les Etats et d'autres organes<sup>46</sup>. Le *soft law* peut se transformer en droit coutumier ou venir inspirer le droit conventionnel international.

### 3.2 Jus cogens (droit international impératif)

Selon l'art. 53, 2<sup>e</sup> phr. de la Convention de Vienne « [...] 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

<sup>39</sup> Aust, pp. 14 ss.

<sup>40</sup> Aust, pp. 6 et 10 s.

<sup>41</sup> Peters, chap. 4, n° 2 s. et 19; Akehurst, p. 279.

<sup>42</sup> Peters, chap. 4, n° 16 ss.

<sup>43</sup> Peters, chap. 4, n° 20.

<sup>44</sup> Peters, chap. 4, n° 26 s.

<sup>45</sup> Charte des Nations Unies du 26 juin 1945 (RS 0.120); entrée en vigueur pour la Suisse le 10 septembre 2002.

<sup>46</sup> Peters, chap. 4, n° 46 ss. Exemple: le Document de Montreux du 17 septembre 2008 propose des principes destinés à régir les relations entre les Etats et les entreprises militaires et de sécurité privées.

qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ». Ces normes ont pour la communauté internationale un caractère fondamental tel qu'elles s'imposent à tous les Etats. Aucun d'eux ne peut les violer, sous aucun prétexte. Toute disposition d'un traité international ou norme du droit coutumier international qui est contraire à une norme du droit international impératif est nulle, c'est-à-dire qu'à aucun moment elle ne déploie d'effet contraignant. Dans le domaine du droit des traités, cette nullité est codifiée à l'art. 53, 1<sup>re</sup> phr. de la Convention de Vienne (voir aussi l'art. 64 de cette dernière).

La Constitution fédérale reconnaît les règles impératives du droit international comme un obstacle matériel à toute révision constitutionnelle qui irait à leur rencontre. Les « règles impératives du droit international » au sens du droit national comprennent le droit international impératif tel que le décrit dans ses grandes lignes l'art. 53, 2<sup>e</sup> phr., de la Convention de Vienne. Il n'existe pas de liste exhaustive et contraignante de ces règles. Sont unanimement reconnus comme faisant partie du droit impératif les interdictions de la torture et de l'esclavage, le génocide, le principe de non-refoulement, l'interdiction de l'emploi de la force dans les relations internationales, l'égalité de droits des Etats et les bases du droit international humanitaire (« droit de la guerre »)<sup>47</sup>. Le Conseil fédéral a régulièrement précisé que les garanties de la CEDH qui ne souffrent aucune dérogation même en état de nécessité et certaines garanties du Pacte II de l'ONU également indérogeables font également partie des règles impératives du droit international<sup>48</sup>.

Une initiative populaire qui ne respecte pas les règles impératives du droit international doit être déclarée nulle (art. 139, al. 3, Cst. ; art. 193, al. 4, et art. 194, al. 2, Cst. pour les révisions constitutionnelles en général). En effet, du point de vue du droit interne comme de celui de la démocratie, il serait absurde de mettre en votation un projet de modification de la Constitution dont l'effet juridique serait nul<sup>49</sup>.

### 3.3 La relation entre les différentes normes du droit international

#### 3.3.1 La relation entre les conventions internationales

Généralement, les parties à un traité s'accordent sur des règles de conflit permettant de régler la relation entre le traité en question et d'autres conventions<sup>50</sup>. L'art. 103 de la Charte de l'ONU en fournit un exemple particulier. Selon celui-ci, « en cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront »<sup>51</sup>.

En l'absence d'une règle de conflit, les différents traités internationaux sont normalement de même rang, indépendamment de leur forme, de leur désignation et de la manière dont ils ont été conclus. Lorsque différentes obligations conventionnelles sont en contradiction, on applique les règles générales suivantes : on tente d'abord d'éviter ou de résoudre le conflit entre les traités en procédant à leur *interprétation harmonisante*. On part du principe qu'il

---

<sup>47</sup> Commentaire de l'ILC relatif à l'art. 40 de l'article ILC; *Peters*, chap. 4, n° 30 ; message nCst., p. 453; rapport additionnel « Relation entre droit international et droit interne », ch. 2.4.1; message « initiative de mise en œuvre », ch. 1.3.3.

<sup>48</sup> Voir le message nCst, p. 453 ; rapport « Relation entre droit international et droit interne », ch. 8.7.1.1 ; rapport additionnel « Relation entre droit international et droit interne », ch. 2.4.1 ; message « initiative de mise en œuvre », ch. 1.3.3. Les garanties de la CEDH sont le droit à la vie (art. 2), l'interdiction de la torture (art. 3), l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé (art. 4, al. 1), le principe « pas de peine sans loi » (art. 7) et l'interdiction de la double peine (art. 4 protocole n°7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés [RS 0.101.07]). Voir aussi la description donnée par le Tribunal fédéral dans l'ATF 133 II 450, consid. 7.1 et 7.3. A propos du Pacte II de l'ONU, voir le par. 11 de l'observation générale n° 29 du Comité des droits de l'homme de l'ONU (UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 [2001]).

<sup>49</sup> Voir message relatif à une nouvelle constitution, S. 433 f. rapport additionnel sur la relation entre droit international et droit interne, ch. 2.4.1; message concernant l'initiative de mise en œuvre, ch. 1.3.3.

<sup>50</sup> Par. ex. l'art. 311 de la Convention des Nations Unies du 10 décembre 1982 sur le droit de la mer (RS 0.747.305.15); l'art. 19, ch. 8 de la Constitution de l'Organisation internationale du travail du 28 juin 1919 (RS 0.820.1); l'art. XXIV de l'Accord général du 30 octobre 1947 sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT; RS 0.632.21).

<sup>51</sup> L'art. 25 de la charte de l'ONU dispose que les décisions du Conseil de sécurité l'emportent sur les autres normes. Voir à ce propos la Cour internationale de justice: *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, C.I.J. Recueil 1992, p. 114.

n'était pas dans l'intention des parties de violer d'autres traités (à moins que, par leurs déclarations ou leur comportement explicites, elles n'expriment le contraire). Par exemple, un traité est considéré comme éteint lorsque toutes les parties à celui-ci en concluent ultérieurement un nouveau sur la même matière, duquel il ressort que l'extinction du traité antérieur est l'intention des parties (art. 59 de la Convention de Vienne). Si le conflit entre normes de droit international n'est toujours pas résolu, on fait intervenir les règles du droit coutumier, en appliquant d'abord le principe selon lequel le traité ultérieur l'emporte sur le traité antérieur (*lex posterior derogat legi priori*)<sup>52</sup>, puis celui selon lequel le traité de portée spéciale déroge au traité de portée générale (*lex specialis derogat legi generali*)<sup>53</sup>.

### 3.3.2 La relation entre les autres normes du droit international

Les véritables conflits sont très rares entre les autres sources du droit international :

- Les Etats ont la possibilité de conclure un traité pour déroger aux normes du droit coutumier qui ne font pas partie du jus cogens. A l'inverse, le développement ultérieur d'une pratique entre les parties au traité (droit coutumier) peut invalider les termes d'une convention<sup>54</sup>. Voilà qui montre qu'il n'existe pas de primauté entre le droit international coutumier et le droit international conventionnel<sup>55</sup>.
- La genèse du droit coutumier fait qu'il y a très peu de risque que deux normes de ce droit se contredisent : lorsqu'une nouvelle norme naît, elle supplante progressivement les normes contraires existantes. Le risque n'en demeure pas moins que ces dernières puissent être enfreintes pendant une période transitoire<sup>56</sup>.
- Enfin, lorsque dans un litige ni le droit conventionnel, ni le droit coutumier ne permettent de régler une question particulière, les principes généraux du droit ne s'appliquent qu'à titre subsidiaire ou complémentaire ; un conflit entre ces derniers et les deux autres types de normes est donc hautement improbable<sup>57</sup>.

### 3.4 Le droit international comporte-t-il un début de hiérarchisation ?

En raison de son importance fondamentale, le jus cogens prime toutes les autres normes. Pour le reste, le droit international ne connaît pas de hiérarchie et ne fait en particulier aucune distinction de rang entre les traités internationaux (voir ch. 3.3.1).

Le droit international repose sur le principe de l'égalité entre les Etats. Ses règles sont le fruit des consensus trouvés entre ces derniers. Il n'existe pas de législateur autonome qui chercherait à imposer des normes contre la volonté des Etats. Cette situation rend impossible la réalisation, à l'échelle du droit international, du principe de l'unité du droit tel qu'il s'applique en droit interne. La plupart du temps, les traités multilatéraux et les accords bilatéraux sont élaborés indépendamment les uns des autres, même lorsqu'ils se recoupent du point de vue de la matière ou des Etats qui en sont parties. Il peut en résulter des contradictions, par exemple lorsque la protection de la nature se trouve opposée aux intérêts du commerce mondial.

---

<sup>52</sup> Voir l'art. 30, al. 3 et 4, de la Convention de Vienne. Le principe selon lequel le traité ultérieur déroge au traité antérieur ne vaut cependant que dans les cas où les parties aux deux traités sont les mêmes. De même, l'art. 59 de la Convention de Vienne ne s'applique qu'aux textes auxquels les parties sont identiques. *Daillier / Forteau / Pellet*, § 173; *Aust*, p. 202 s. Lorsque les parties sont les mêmes mais que les deux traités ne portent pas sur les mêmes objets, la primauté du traité le plus récent n'est pas non plus automatique.

<sup>53</sup> On retrouve ce principe dans les ordres juridiques nationaux. Il ressort également de l'art. 30 de la Convention de Vienne sur les traités, qui se réfère « traités portant sur la même matière ». Selon cet article, une norme ultérieure à caractère général ne devrait pas déroger à une norme antérieure de nature plus spéciale. A l'inverse, il est généralement admis que la norme générale cède le pas à la norme spéciale (existante ou à venir).

<sup>54</sup> Ce sont là deux conséquences de l'application des règles de conflit « *lex posterior* » et « *lex specialis* » dans le cas concret. Voir à ce propos la Cour internationale de justice: *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3; *Daillier / Forteau / Pellet*, § 188 et 201; *Aust*, p. 12; *Akehurst*, p. 275 s.

<sup>55</sup> *Daillier / Forteau / Pellet*, § 220;

<sup>56</sup> *Ipsen*, § 21, n° 7; *Peters*, chap. 4, n° 15.

<sup>57</sup> *Ipsen*, § 21, n° 5.

Lorsque les parties ont approuvé le traité, elles doivent s'y conformer selon le principe de la bonne foi. Pour éviter les conflits, l'interprétation des normes doit se faire autant que possible selon la méthode harmonisante. Si une telle interprétation n'est pas possible, on peut avoir recours aux principes du droit précédemment mentionnés. Ceux-ci permettent normalement d'éliminer tous les conflits, mais ils ne donnent pas toujours des résultats satisfaisants. En effet, ils ne tiennent guère compte du contenu des normes. C'est pourquoi, souvent, la résolution du conflit passe par une mise en balance des intérêts en présence.

Les conventions concernant les droits de l'homme constituent un type particulier de traités. Ils contiennent des droits élémentaires qui visent à protéger les individus des atteintes injustifiées de l'Etat. Compte tenu de l'importance matérielle de ces conventions, il existe un intérêt particulier à ce que les obligations qu'elles font naître soient respectées<sup>58</sup>. La mise en place d'un organe chargé de surveiller leur application peut s'avérer nécessaire pour pallier l'impossibilité d'utiliser les moyens habituels pour imposer le respect des engagements (mesures de rétorsion ou de répression, dénonciation unilatérale du traité, etc.)<sup>59</sup>.

Vu l'importance de ces traités, il y a lieu de se demander si des règles spéciales ne devraient pas s'y appliquer en cas de conflit de normes. Les organes de surveillance affichent une certaine tendance à plutôt statuer en faveur du droit de l'homme touché. En témoignent les cas d'extradition et de transfèrement sur lesquels la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) a eu à se prononcer. Dans ces cas, le conflit opposait un traité d'extradition ou le traité de Dublin à l'art. 3 de la CEDH<sup>60</sup>. La CourEDH a toujours tranché en faveur de l'art. 3 CEDH. Elle a cependant chaque fois souligné que cet article constitue une garantie indérogable<sup>61</sup>. Il est probable que les biens touchés étaient dans la plupart des cas des droits fondamentaux garantis par le jus cogens et qui l'emportaient donc sur les autres dispositions pertinentes. Pour le reste, la CourEDH fait plutôt preuve de retenue lorsque les immunités des Etats ou des organisations internationales sont en cause. Tel peut être le cas lorsque l'immunité juridictionnelle d'un pays ou de l'ONU face à un tribunal national s'oppose au droit d'accès à un tribunal (art. 6 CEDH)<sup>62</sup>.

Bien qu'on relève une certaine tendance à une primauté des droits de l'homme fondamentaux, celle-ci se limite à certains domaines du droit, n'est pas encore solidement établie et comporte encore de nombreux points à éclaircir. On ne saurait lui reconnaître une primauté. Il y a lieu de mettre en balance dans chaque cas les biens juridiques concrètement touchés. La « jurisprudence PKK » développée par le Tribunal fédéral livre l'exemple d'une telle approche (voir ch. 1.3.4).

---

<sup>58</sup> Ces particularités fondent l'affirmation selon laquelle les traités sur les droits de l'homme contiendraient des règles spéciales, concernant par. ex. la possibilité de formuler des réserves, l'interprétation du contenu, la succession d'Etats ou la dénonciation en cas d'absence d'une clause de dénonciation. Voir *Simma*, pp. 735 ss.

<sup>59</sup> Cela vaut aussi pour d'autres traités qui portent non pas sur l'échange de prestations mais sur des intérêts collectifs, comme la protection de l'environnement, et qui demandent une certaine harmonisation du droit.

<sup>60</sup> *Affaire Soering c. Royaume-Uni*, requête no.14038/88, arrêt du 07 juillet 1989; *Affaire M.S.S. c. Belgique et Grèce*, requête no. 30696/09, arrêt 21 janvier 2011. Siehe auch BGE 126 II 324, p. 327: «Dans le domaine de l'extradition régie par la CEEextr. (qui présente, de ce point de vue, les mêmes traits que la CEEJ), la jurisprudence a établi le principe selon lequel les garanties de procédure offertes par la CEDH et le Pacte ONU II appartiennent à l'ordre public international et que la Suisse contreviendrait elle-même à ses obligations internationales en extradant une personne dans un Etat où il existe de sérieux motifs de penser qu'un risque de traitement contraire à la CEDH ou au Pacte ONU II menace la personne poursuivie».

<sup>61</sup> Voir l'*Affaire M.S.S. c. Belgique et Grèce*, requête no. 30696/09, arrêt du 21 janvier 2011, § 218.

<sup>62</sup> Voir par ex. l'*Affaire Al-Adsan c. Royaume-Uni*, requête no. 35763/97, arrêt du 21 novembre 2001; *Stichting Mothers of Srebrenica et autres c. Pays-Bas*, requête no. 65542/12, décision du 11 juin 2013.

## 4 Hiérarchisation interne des normes internationales en fonction de leur légitimité démocratique

### 4.1 Légitimité démocratique des traités internationaux et des normes de droit interne

Au ch. 2 du postulat 13.3805, il est demandé que les traités internationaux soient rangés (hiérarchisés) selon leur légitimité démocratique. Il en découlerait une règle permettant de résoudre les conflits entre normes : en cas de contradiction entre une norme internationale et une norme fédérale, la norme de rang supérieur s'imposerait. L'ensemble du droit international continuerait toutefois de primer le droit cantonal.

Il résulte de ce qui précède la répartition suivante entre le droit interne et le droit international :<sup>63</sup>

	Traité international	Norme de droit interne
<b>Référendum obligatoire</b>	Arrêté d'approbation des traités au sens de l'art. 140, al. 1, let. b, Cst. ; obligation non écrite (sui generis) pour les traités ayant un caractère constitutionnel	Modification de la Constitution fédérale (art. 140, al. 1, let. a, Cst.)
<b>Référendum facultatif</b>	Arrêté d'approbation des traités au sens de l'art. 141, al. 1, let. d, Cst.	Loi fédérale (art. 141, al. 1, let. a, Cst.)
<b>Acte de l'Assemblée fédérale non soumis ni sujet au référendum</b>	Arrêté d'approbation des autres traités (art. 166, al. 2, Cst. ; art. 24, al. 3, 2 <sup>e</sup> phr., LParl <sup>64</sup> )	Ordonnance de l'Assemblée fédérale (art. 163, al. 1, Cst. ; art. 22, al. 2, LParl)
<b>Acte du Conseil fédéral non soumis ni sujet au référendum</b>	Conclusion autonome des traités lorsqu'une loi ou un traité le prévoit (art. 166, al. 2, Cst. ; art. 7a LOGA <sup>65</sup> )	Ordonnance du Conseil fédéral (art. 182 Cst.)

La hiérarchie des normes internes, qui obéit au principe *lex superior derogat legi inferiori* (la norme de rang supérieur déroge à la norme de rang inférieur) est liée à la nature de leur légitimation démocratique, qui ne leur confère pas la même importance. Toute modification du droit constitutionnel requiert l'approbation du peuple et des cantons. Lorsqu'un référendum est lancé contre une loi fédérale, il revient aux citoyens de décider de son sort. Les ordonnances sont édictées par les autorités compétentes (Assemblée fédérale et Conseil fédéral). On retrouve ce même concept de légitimation démocratique dans la distinction opérée entre les traités internationaux soumis ou sujets au référendum et ceux pour lesquels il n'y a pas de référendum prévu (voir l'art. 141, al. 1, let. d, Cst.).

A l'instar de l'auteur du postulat, le Conseil fédéral estime qu'il serait bon de faire figurer dans la Constitution fédérale la hiérarchie des normes présentée plus haut. Il faudrait en outre s'interroger sur la pertinence du texte de l'art. 5, al. 4, Cst. (respect du droit international) et de l'art. 190 Cst. (obligation pour le Tribunal fédéral et les autres autorités d'appliquer les lois fédérales et le droit international).

Nous examinons aux chiffres 4.2 à 4.6 différents aspects des mesures proposées et leur applicabilité.

<sup>63</sup> Voir le ch. 1.3.2 à propos du référendum pour les traités internationaux. Par souci de lisibilité, nous avons en effet omis de faire figurer les types de normes suivants dans le tableau: lois fédérales déclarées urgentes qui sont dépourvues de base constitutionnelle (référendum obligatoire; art. 140, al. 1, let. c, Cst.); lois fédérales déclarées urgentes ayant une base constitutionnelle et dont la durée de validité dépasse un an (référendum facultatif; art. 141, al. 1, let. b, Cst.) ou ne dépasse pas un an (pas de référendum; art. 141, al. 1, let. b, Cst., a contrario); ordonnances du Conseil fédéral (art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst.).

<sup>64</sup> Loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement (RS 171.10).

<sup>65</sup> Loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.010).



## 4.2 Hiérarchisation par des critères formels ou matériels ?

La hiérarchisation proposée repose en premier lieu sur une légitimité démocratique, sous la forme du référendum obligatoire ou facultatif. Il s'agit là d'un critère formel, à première vue facile à appliquer puisqu'il ne s'appuie pas en priorité sur des éléments d'appréciation. Mais l'obligation de soumettre une norme au référendum obligatoire ou facultatif doit faire l'objet d'une certaine appréciation, par exemple lorsqu'il s'agit de déterminer si un traité international contient des *dispositions importantes fixant des règles de droit* (art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst.). La hiérarchisation proposée se fonderait au final sur les critères qui déterminent si un référendum doit (pouvoir) avoir lieu ou non, qui sont des critères matériels<sup>66</sup>.

Par ailleurs, on a trop tendance à oublier que les traités internationaux conclus de manière autonome par le Conseil fédéral sont également légitimes d'un point de vue démocratique. En effet, le gouvernement ne peut conclure seul des traités que s'il y est habilité par une loi fédérale ou par un traité international approuvé par l'Assemblée fédérale (art. 7a, al. 1, LO-GA), à savoir par des normes qui sont sujettes au référendum<sup>67</sup>.

Encore une fois, le droit international ne connaît pas de hiérarchie de ses normes : au cas où la Suisse définirait ses propres critères pour les hiérarchiser, ceux-ci n'auraient de signification que pour notre pays et ne réduiraient en aucun cas la portée de certains de ses engagements internationaux.

Notons enfin que la hiérarchisation du droit international en droit suisse n'amènerait aucune amélioration dans les cas où deux dispositions de même rang (dont la légitimité démocratique est identique) se contredisent (par ex. une loi fédérale et un traité international sujets tous les deux au référendum). Un tel cas de figure étant relativement fréquent, la règle de primauté proposée ne pourrait pas s'appliquer dans de nombreux cas. Il faudrait développer d'autres règles pour ce type de conflits (voir commentaire détaillé au ch. 4.4.).

En droit interne non plus, il n'existe pas d'application stricte de la règle du rang entre les normes selon leur légitimité démocratique :

- Le droit fédéral prime systématiquement le droit cantonal qui lui est contraire (art. 49, al. 1, Cst.), indépendamment de la manière dont il a été adopté. Même une ordonnance du Conseil fédéral (voir d'un département ou d'un office) l'emporte sur une loi cantonale soumise ou sujette à référendum.
- Les lois fédérales ne doivent pas violer la Constitution, qui leur est supérieure. Il n'en demeure pas moins que si l'Assemblée fédérale adopte une loi inconstitutionnelle, le Tribunal fédéral est tenu de l'appliquer (art. 190 Cst.).

## 4.3 Droit coutumier et principes généraux du droit

Les traités internationaux sont la source principale du droit international, mais non la seule (voir le ch. 3.1). Le droit coutumier et les principes généraux du droit sont eux aussi déterminants. De par leur nature, ils se développent indépendamment du processus de formation des normes nationales et échappent donc au critère de la légitimité démocratique censé fonder la hiérarchie des normes<sup>68</sup>. La règle de primauté proposée ne permet donc pas de résoudre les contradictions entre le droit interne et les normes internationales non conventionnelles. Il faut cependant souligner que de tels conflits devraient être rares dans la pratique.

## 4.4 Conflit entre normes ayant une légitimité démocratique équivalente

Le postulat 13.3805 demande qu'on examine si, en cas de conflit entre une norme de droit international et une norme de droit interne qui sont aussi légitimes l'une que l'autre, la dispo-

---

<sup>66</sup> Concernant la question des critères de hiérarchisation matériels, voir le rapport « Relation entre droit international et droit interne »

<sup>67</sup> Il convient de relever, à cet égard, que, dans certains cas, la compétence législative du Conseil fédéral découle directement de la Constitution. Ainsi, le Conseil fédéral peut, conformément à l'art. 184, al. 3, et à l'art. 185, al. 3, Cst., édicter des ordonnances indépendantes.

<sup>68</sup> Voir le rapport « Relation entre droit international et droit interne », ch. 9.3.2.

sition la plus récente doit l'emporter de manière générale, ou seulement dans des cas particuliers (par ex. en application de la jurisprudence Schubert, citée dans le postulat).

Le critère de la primauté de la disposition la plus récente serait simple à appliquer et garantirait la prévisibilité du droit. Il conviendrait toutefois de privilégier un critère plus différencié : la primauté de principe du droit international ne devrait être remise en question que si cela correspond clairement à la volonté du législateur ou du constituant.

Aujourd'hui, les conflits entre normes internationales et normes de droit interne sont réglés en application d'une forme relativisée de la « jurisprudence Schubert » (« jurisprudence PKK » ; voir ch. 1.3.4 et 4.6). En d'autres termes, le droit international prime en principe le droit interne, mais si l'Assemblée fédérale adopte sciemment, voire délibérément une loi qui lui est contraire, cette loi (postérieure) l'emporte sur le droit international, à moins qu'elle ne viole des droits de l'homme garantis par le droit international. La proposition de faire primer la disposition de droit interne plus récente *dans des cas particuliers uniquement* est donc conforme à la pratique en vigueur. Notons qu'actuellement, lorsqu'une nouvelle disposition internationale risque de contrevenir à une loi fédérale plus ancienne, cette dernière l'emporte, ou alors elle est adaptée à l'occasion de la ratification du traité<sup>69</sup>.

L'application de la « jurisprudence Schubert » est compliquée par le fait qu'il est souvent impossible de déterminer si le Parlement a dérogé sciemment au droit international. Les avis des parlementaires sont souvent partagés lorsqu'il s'agit de déterminer si un projet de loi y est conforme ou non<sup>70</sup>. Dans le cas d'une initiative populaire, il serait sans doute encore plus difficile de déterminer une réelle intention du constituant de s'écarter d'une norme internationale. Si l'on voulait transposer la jurisprudence Schubert dans la loi, il serait souhaitable de définir ce qu'il faut entendre par « déroger sciemment » et la manière d'établir concrètement une telle intention. Cela pourrait passer par une mention explicite dans la norme de droit interne, précisant que cette dernière vaut dérogation de telle ou telle norme internationale.

#### 4.5 Traités internationaux ayant un caractère constitutionnel

L'une des questions soulevées par le postulat 13.3805 est de savoir s'il faudrait ranger un traité international ayant un caractère constitutionnel au sommet de la hiérarchie des normes, alors que son approbation était seulement sujette au référendum voire échappait à toute possibilité de référendum.

Le postulat cite la CEDH : conformément à la Constitution de l'époque, l'Assemblée fédérale l'a adoptée le 3 octobre 1974 sous la forme d'un arrêté fédéral portant sur un traité international non sujet à référendum<sup>71</sup>. Si l'on appliquait telle quelle la règle de hiérarchisation proposée dans le postulat, il en résulterait qu'en cas de conflit, l'ensemble du droit constitutionnel et de la législation de la Confédération l'emporteraient sur la CEDH. Pour éviter une telle conséquence, il faudrait sans doute prévoir, conformément à ce qui est suggéré dans le postulat, une mesure corrective tenant compte du « caractère constitutionnel » de la CEDH<sup>72</sup>, qui serait également à inscrire dans la Constitution.

Outre la CEDH, il faudrait examiner les autres traités internationaux dont la Suisse est partie pour déterminer s'ils ont aussi un caractère constitutionnel, ce qui impliquerait de les faire figurer eux aussi en haut de la hiérarchie. La liste des droits et des libertés garantis par la CEDH a été complétée notamment par deux protocoles : le protocole n° 6 du 28 avril 1983 concernant l'abolition de la peine de mort<sup>73</sup>, et le protocole n° 7 du 22 novembre 1984 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>74</sup>, qui contient des garanties procédurales dans le domaine du droit des étrangers, de l'égalité de trai-

---

<sup>69</sup> Voir aussi l'art. 141a, al. 2, Cst: L'Assemblée fédérale peut intégrer dans l'arrêté portant approbation du traité (sujet à référendum) les modifications de lois liées à sa mise en œuvre.

<sup>70</sup> Voir le rapport additionnel « Relation entre droit international et droit interne », ch. 5.6.

<sup>71</sup> Voir le rapport CEDH, ch. 3.4; RO 1974 2150 (arrêté fédéral).

<sup>72</sup> Voir le rapport CEDH, ch. 5.1.

<sup>73</sup> RS 0.101.06.

<sup>74</sup> RS 0.101.07.

tement des conjoints et du droit pénal. Ces deux protocoles étaient sujets au référendum<sup>75</sup>. Les mêmes questions se posent concernant les Pactes I et II de l'ONU<sup>76</sup>.

Le problème est le même pour les traités internationaux qui n'étaient à l'époque ni soumis, ni sujets au référendum, mais qui seraient aujourd'hui sujets au référendum aux termes de l'art. 141, al. 1, let d, Cst. Il serait juste d'élever ces traités au même rang que les lois fédérales. On pourrait procéder de manière similaire pour les traités dits « standards »<sup>77</sup>. De manière générale, l'Assemblée fédérale renonce à soumettre de tels accords au référendum facultatif. Le Conseil fédéral a chargé le DFJP d'examiner si cette pratique est conforme à l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst., qui prévoit que les dispositions importantes fixant des règles de droit sont sujettes au référendum<sup>78</sup>. Les services de l'administration examinent la possibilité de créer pour ces accords standards des normes légales de délégation au profit de l'Assemblée fédérale (voir ch. 2.1).

Pour un certain nombre d'accords internationaux, la détermination du rang hiérarchique d'une norme se ferait non pas d'après son assujettissement au référendum au moment de son acceptation (critère formel), mais selon son « caractère constitutionnel » (critère matériel).

#### 4.6 Les conséquences en droit international d'une primauté du droit interne

Même si le droit national comportait une règle permettant, en cas de conflit, de faire primer le droit interne et de déroger au droit international, le principe inscrit à l'art. 27 de la Convention de Vienne resterait valable : une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. Il en résulterait les implications suivantes (voir aussi les ch. 1.3.3 et 1.3.4) :

- Pour réellement résoudre un conflit de normes entre un traité international et une nouvelle norme de droit interne, il faut agir soit au niveau du traité international (modification ou dénonciation) soit à celui de la norme interne (modification ou abrogation).
- Si le législateur ou le constituant s'écarte en connaissance de cause de l'accord international et que la norme interne l'emporte ensuite sur ce dernier, il y a lieu d'examiner s'il était dans l'intention du législateur ou du constituant de renégocier ou de dénoncer le traité.
- Lorsqu'il accepte le conflit en connaissance de cause, le législateur ou le constituant ne se détermine généralement pas sur les conséquences à en tirer. Il faudrait donc expliquer au préalable la démarche envisagée pour résoudre le conflit de normes.
- L'on ne saurait exclure que le législateur ou le constituant accepte le conflit de norme, ainsi que d'en supporter les conséquences (au moins temporairement).

Un traité international contraire au droit interne reste valable, mais ne peut déployer ses effets à l'interne. Il convient d'éviter un tel écartèlement.

#### 4.7 Conclusion

Dans nombre de conflits opposant droit international et droit interne, une règle de primauté établie sur la base d'une hiérarchisation du droit international serait tout simplement inapplicable. Pour éviter des résultats aberrants, il faudrait la doter d'un mécanisme correctif dans certains types de situations. Voilà qui éloigne la perspective d'un système simple à appli-

---

<sup>75</sup> Voir RO 1987 1806 (Arrêté fédéral du 20 mars 1987 relatif au Protocole additionnel n° 6 à la CEDH) et RO 1988 1596 (Arrêté fédéral du 20 mars 1987 relatif au Protocole additionnel n° 7 complétant la CEDH).

<sup>76</sup> Le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte I de l'ONU ; RS 0.103.1) et le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte II de l'ONU ; RS 0.103.2) étaient *sujets* au référendum applicable aux traités internationaux (Voir RO 1993 724 et 1993 749).

<sup>77</sup> Les accords « standards » regroupent notamment les accords de libre-échange, les accords de protection des investissements et les accords en matière de sécurité sociale qui sont soumis à l'approbation du Parlement.

<sup>78</sup> Voir à titre d'exemple le message du 4 septembre 2014 relatif à l'approbation de l'accord de libre-échange entre la Suisse et la Chine et de l'accord sur la coopération en matière de travail et d'emploi entre la Suisse et la Chine, FF 2013 7325, ch. 7.4.

quer, tel qu'envisagé par les auteurs du postulat. Par ailleurs, quel que soit l'ordre de primauté obtenu, la Suisse resterait liée par ses engagements internationaux. L'augmentation attendue des cas de conflits qui se résoudraient au profit du droit interne aurait pour conséquence une augmentation des problèmes à régler sur le plan du droit international. La Suisse verrait son image ternie et sa crédibilité entamée. Tous ces éléments plaident pour l'abandon de l'idée de hiérarchiser le droit international.

Le Conseil fédéral décèle toutefois un potentiel d'améliorations pour faire face aux conséquences des futurs conflits entre droit international et droit interne. Il estime ainsi important que l'organe compétent ait connaissance, avant toute adoption d'une norme ou approbation d'un traité international, des éventuels conflits qui pourraient en résulter entre le droit international et le droit interne. L'application de la jurisprudence PKK serait mieux encadrée, tandis que les moyens disponibles pour éventuellement résoudre le conflit seraient déjà connus au moment d'adopter la norme. La démarche envisagée devrait ressortir de cette dernière.

Le Conseil fédéral reconnaît tout à fait les problèmes mentionnés dans le postulat, notamment pour ce qui est de la relation entre les initiatives populaires et le droit international. Bien des interrogations existent sur la manière de faire face aux conflits créés avec les engagements internationaux de la Suisse par plusieurs initiatives populaires acceptées récemment. Ces conflits sont à l'origine des interventions parlementaires en suspens mentionnées au ch. 1.4.5. Le Conseil fédéral soutient tous les efforts déployés pour les résoudre. Les débats en cours et à venir au Parlement lui donneront l'occasion de pousser plus loin ses réflexions.

## **Bibliographie**

*Akehurst Michael*, The hierarchy of the sources of international law, *British Yearbook of International Law* 1974/75, pp. 273–285

*Aust Anthony*, *Modern Treaty Law and Practice*, 3<sup>e</sup> édit., Cambridge 2013

*Daillier Patrick / Forteau Mathias / Pellet Alain*, *Droit international public*, 8<sup>e</sup> édit., Paris 2009

*Häfelin Ulrich / Haller Walter / Keller Helen*, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 8<sup>e</sup> édit., Zurich 2012

*Ipsen Knut*, *Völkerrecht*, 6<sup>e</sup> édit., Munich 2014

*Kley Andreas*, *Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz*, Zurich 2011

*Müller Jörg Paul / Wildhaber Luzius*, *Praxis des Völkerrechts*, 3<sup>e</sup> édit., Berne 2001

*Peters Anne*, *Völkerrecht. Allgemeiner Teil*, 3<sup>e</sup> édit., Zurich 2012

*Simma Bruno*, Der Einfluss der Menschenrechte auf das Völkerrecht: ein Entwurf, in: *International Law between Universalism and Fragmentation*, Festschrift in Honour of Gerhard Hafner, Leiden 2008, pp. 729 à 745

*Tschannen Pierre*, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 3<sup>e</sup> édit., Berne 2011

## Liste des documents

- Article sur la responsabilité des Etats face aux violations du droit international, avec commentaires, International Law Commission (ILC), résolution 56/83 du 12 décembre 2001 de l'Assemblée générale de l'ONU (article ILC)
- Rapport du Conseil fédéral du 19 février 2014 proposant le classement des motions 11.3468 et 11.3751 des Commissions des institutions politiques « Mesures visant à garantir une meilleure compatibilité des initiatives populaires avec les droits fondamentaux », FF 2014 2259 (rapport sur le classement des motions)
- Rapport du Conseil fédéral du 19 novembre 2014 en exécution du postulat Stöckli 13.4187 du 12 décembre 2013 (40 ans d'adhésion de la Suisse à la CEDH : Bilan et perspectives), FF 2015 353 (rapport CEDH)
- Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2010 2067 (rapport « Relation entre droit international et droit interne »)
- Rapport du 28 décembre 2006 de l'Office fédéral de la justice à l'intention de la Commission des affaires juridiques du Conseil national, JAAC 2012, n° 4 (rapport de l'OFJ)
- Message du 1<sup>er</sup> octobre 2004 relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne, y compris les actes législatifs relatifs à la transposition des accords (« accords bilatéraux II »), FF 2004 5593 (message « Accords bilatéraux II »)
- Message du 1<sup>er</sup> octobre 2010 relatif à l'initiative populaire « Pour le renforcement des droits populaires dans la politique étrangère (accords internationaux : la parole au peuple ! », FF 2010 6353 (message « Accords internationaux : la parole au peuple ! »)
- Message du 20 novembre 2013 concernant l'initiative populaire « pour le renvoi effectif des étrangers criminels « initiative de mise en oeuvre » », FF 2013 9459 (message « Initiative de mise en oeuvre »)
- Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1 (message nCst.)
- Gemeinsame Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz und der Direktion für Völkerrecht vom 26. April 1989 über das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht im Rahmen der schweizerischen Rechtsordnung (en allemand), VPB 1989, n° 54 (prise de position OFJ / DDIP)
- Rapport additionnel du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2011 3401 (rapport additionnel « Relation entre droit international et droit interne »)