



# Démocratie et droits de l'homme

**Paradoxes du système constitutionnel suisse**



Institut de hautes études en administration publique  
Swiss Graduate School of Public Administration  
Institut universitaire autonome

L'Université pour le service public



# Plan de séance

---

- Démocratie et droits de l'homme (DDH)
- La solution helvétique et ses paradoxes
- Le paradoxe au grand jour: l'initiative sur le renvoi



# Indissociabilité

---

- Historiquement indissociables – ex, Décl. 1789
  - *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’homme (art. 2)*
  - *Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation (art. 3)*
- Indissociables comme valeurs et critères de jugement
  - Préambule CEDH: *le maintien [des DDH] repose [...] sur un régime politique véritablement démocratique*
  - Constitution, art. 2 et 5: droits du peuple **et** Etat de droit
  - Loi coop. Europe Est, art. 4: *Le Conseil fédéral veille à ce que la coopération repose sur les principes de la démocratie et du respect des droits de l’homme.*



# Tension (1)

---

- Et pourtant (R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*)
  - *Das formale Grundrechtskonzept bringt ein **Kernproblem der Grundrechte im demokratischen Staat** zum Ausdruck.*
  - *Grundrechtsnormen, die, wie die des Grundgesetzes, den Gesetzgeber binden, legen fest, was der demokratisch legitimierte Gesetzgeber nicht entscheiden darf und was er entscheiden muss.*
  
- Caractère «anti-majoritaire» des DDH
  - Certes, atténué par le caractère «relatif» de plusieurs DDH
    - Ex: droit à la vie familiale
  - Néanmoins, les DDH adressent bien *Verbot* et *Gebot* au législateur démocratique



## Tension (2)

---

- Question qui mène tout droit aux craintes d' un «**gouvernement des juges**»
- R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*:
  - Die **notwendige Kollision** zwischen dem Prinzip der Demokratie und den Grundrechten impliziert, dass das Problem der Kompetenzverteilung zwischen dem unmittelbar demokratisch legitimierten (...) Gesetzgeber und dem nur mittelbar demokratisch legitimierten (...) Verfassungsgericht ein **unumgängliches und dauerndes** Problem ist.
  - Certes, atténué par les doctrines du *judicial self restraint*
  - Mais le dilemme demeure: vrai contrôle du respect des DDH  
→ contrôle judiciaire de décisions démocratiques



# En Suisse (1)

---

- Dans la Constitution fédérale l' équilibre penche pour le principe démocratique (→ démocratie directe)
- **Pas** dans les rapports entre législateur cantonal et droits fondamentaux reconnus aux plan fédéral
  - Art. 189(1), lettres (a) et (d)
- **Clairement** au plan fédéral
  - Art. 190: Immunité des lois fédérales
  - Révisions de la Constitution: art. 193(4) seule limite matérielle
  - A titre comparatif, *Grundgesetz*, art. 79(3):  
*Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die [Grundrechte] berührt werden, ist unzulässig*



## En Suisse (2)

---

- Le droit international change cet équilibre: droits fondamentaux «doublés» des DDH
  - CEDH, Pactes ONU, Convention contre la torture, etc.
  - A propos de la CEDH (Rome 1950; ratifiée par la Suisse, 1974)
    - **Garantie collective** des droits qui s’y trouvent consacrés (interdiction de la torture, vie privée, liberté d’expression...)
    - Mécanisme de contrôle: une **Cour** accessible aux individus
      - Juge: déclare si un Etat a enfreint les droits CEDH
      - Interprète: moteur du développement des DDH (de la vie privée à la reconnaissance officielle du changement de sexe...)
    - Double **subsidiarité**
      - Normative: la CEDH comme standard minimal
      - Juridictionnelle: règle de l’épuisement des recours internes



## En Suisse (3)

---

### ■ Principe de primauté du droit international

#### – Droit international et lois fédérales

- Jurisprudence *PKK* (ATF 125 II 417): *Une norme du droit interne qui ne serait, dans un cas déterminé, pas conforme au droit international public, ne doit pas être appliquée. Cette règle de conflit vaut d'autant plus quand la primauté est accordée à une norme de droit international public, qui tend à protéger les droits de l'homme.*

#### – Droit international et Constitution fédérale: même principe?

- Jurisprudence *Nada* (ATF 133 II 450): *le conflit entre le droit international et le droit constitutionnel (...) est expressément réglé à l'art. 190 Cst.: selon cette disposition, le TF et les autres autorités sont tenus d'appliquer (...) le droit international.*
- Le CF doute: 190 ≠ primauté dans tous les cas ... cas d'application des normes Cst, notamment si postérieures (FF 2010 2111, 2143)?





# Paradoxes (1)

---

- Paradoxe classique: le respect du droit international est mieux assuré que le respect de la Constitution
  - Pas de contrôle judiciaire sur la **constitutionnalité** des lois
    - Elimination radicale du risque de «gouvernement des juges»
    - Respect des droits fondamentaux remis au législateur
  - Double contrôle de **conventionnalité** sur le droit interne (quelle que soit sa légitimation démocratique)
    - Le TF, appelé à statuer sur le respect du droit international
    - La Cour européenne des droits de l’homme (Cour EDH), gardienne du respect de la CEDH

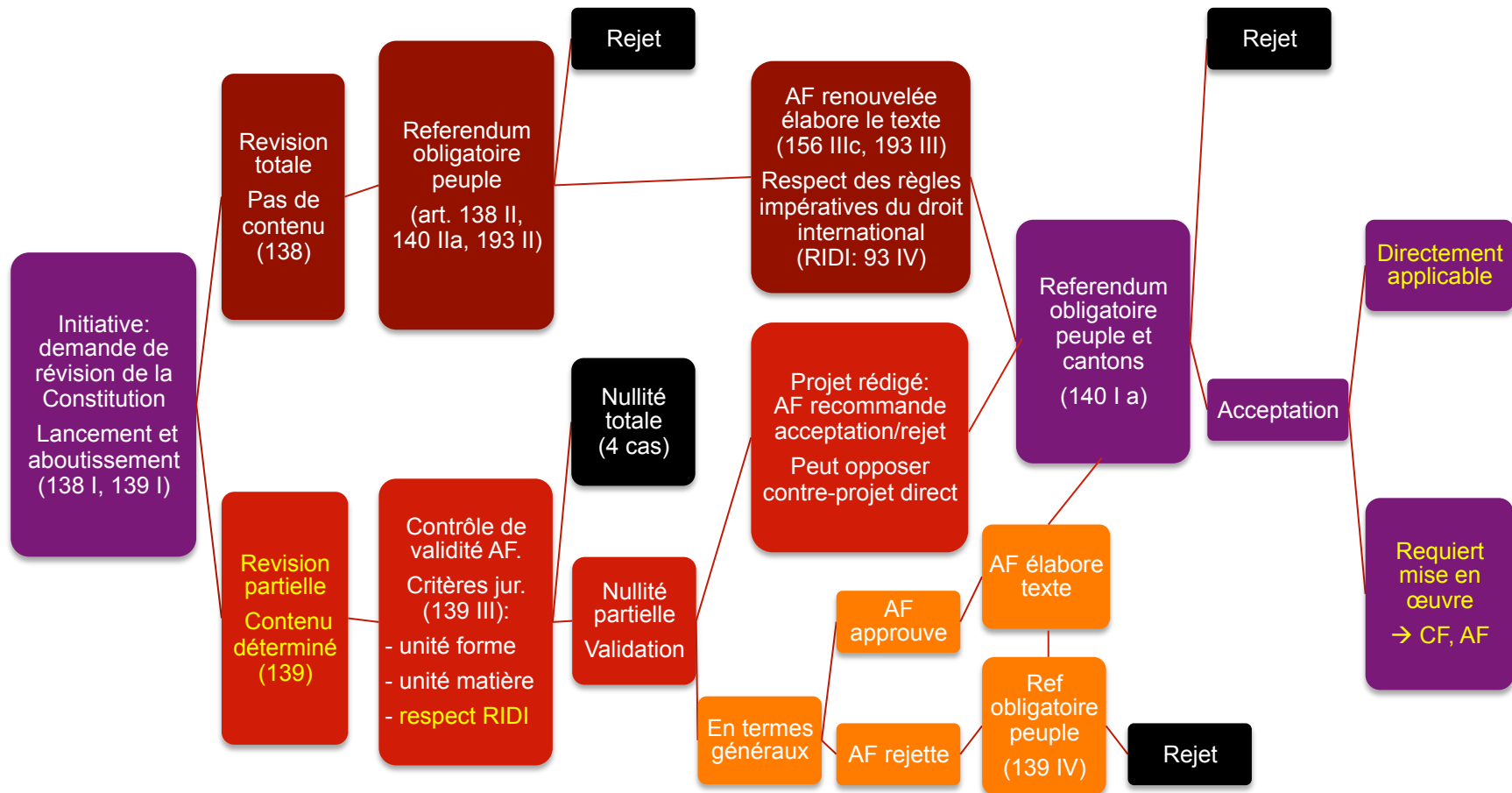


## Paradoxes (2.1)

---

- Paradoxe de plus en plus évident: le système autorise des réformes constitutionnelles contraires aux DDH, et donc potentiellement **inapplicables**

# Initiative populaire (rappel)



Possibilité de retrait jusqu'à fixation de la date du vote → initiative comme instrument de «pression»  
 Option ouverte aux autorités: **contre-projet indirect** (CPI: loi, ordonnance donnant satisfaction aux initiants)  
 But: obtenir le retrait et éviter vote de peuple et cantons/modification Cst  
 79a LDP (possibilité de retrait conditionné à approbation de la loi/CPI) vise à renforcer cet instrument



## Paradoxes (2.2)

---

- Paradoxe de plus en plus évident: le système autorise des réformes constitutionnelles contraires aux DDH, et donc potentiellement **inapplicables**
  - Contrôle (politique) *ex ante*: droit international «impératif»  
*Comprend (...) notamment la prohibition du recours à la force entre Etats, la prohibition de la torture (...), du génocide, de l'esclavage, de la servitude et du travail forcé (...), la privation arbitraire de la vie (...), les principes nulla poena sine lege et ne bis in idem (...), la dimension intérieure de la liberté religieuse (...) et le noyau du droit international humanitaire.*
  - Contrôle (judiciaire) *ex post*: tout le droit international, et spécialement le droit international des DDH
  - Jadis un problème théorique, mais 2 des dernières 3 initiatives acceptées sont contraires aux DDH (minarets et renvois)



# Renvois: texte de l'initiative

---

- Art. 121 Cst (séjour et établissement des **étrangers**)

<sup>3</sup> Ils sont privés de leur titre de séjour, indépendamment de leur statut, et de tous leurs droits à séjourner en Suisse:

- a. s'ils ont été condamnés par un jugement entré en force pour meurtre, viol, ou tout autre délit sexuel grave, pour un acte de violence d'une autre nature tel que le brigandage, la traite d'êtres humains, le trafic de drogue ou l'effraction; ou
- b. s'ils ont perçu abusivement des prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale.<sup>53</sup>

<sup>4</sup> Le législateur précise les faits constitutifs des infractions visées à l'al. 3. Il peut les compléter par d'autres faits constitutifs.<sup>54</sup>

<sup>5</sup> Les étrangers qui, en vertu des al. 3 et 4, sont privés de leur titre de séjour et de tous leurs droits à séjourner en Suisse doivent être expulsés du pays par les autorités compétentes et frappés d'une interdiction d'entrer sur le territoire allant de 5 à 15 ans. En cas de récidive, l'interdiction d'entrer sur le territoire sera fixée à 20 ans.<sup>55</sup>

<sup>6</sup> Les étrangers qui contreviennent à l'interdiction d'entrer sur le territoire ou qui y entrent illégalement de quelque manière que ce soit sont punissables. Le législateur édicte les dispositions correspondantes.<sup>56</sup>

# Renvois: problème

Critère matériel de validité (139 III): **RIDI**  
Pratique des autorités: **FF 2011 3413-3415**  
Notion ouverte mais point clair:  
RIDI < DIP // RIDI < DDH  
Initiative renvois: **validée** malgré doutes  
(non refoulement)  
FF 2009 4567s, FF 2010 3853  
Donc: au vote

L'initiative est  
toutefois jugée  
**contraire à DDH et  
engagements  
primordiaux**  
FF 2009 4583 ss,  
concl. 4.1.1, 4.1.2  
et 4.1.3

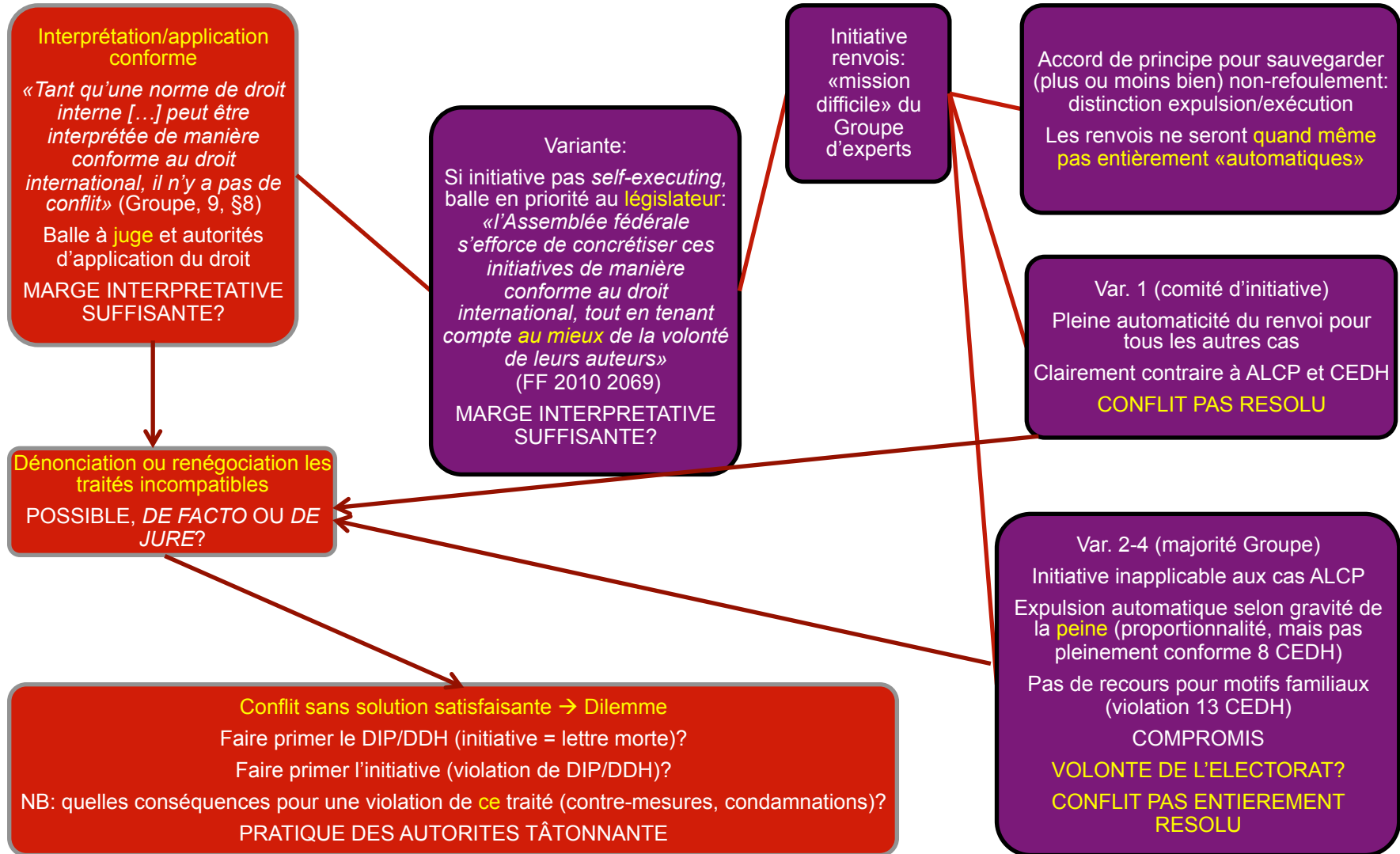
Le doute est permis:  
application au gré des  
circonstances politiques?  
Cfr. FF 1996 1483

Acceptable de la soumettre au vote?  
«*La démocratie directe doit elle aussi s'inscrire dans le cadre de l'Etat de droit, faute de quoi elle n'est plus qu'une forme de gouvernement qui menace les libertés et exclut les minorités*» (Groupe de travail «renvois»)  
*De lege ferenda*: renforcer le filtre préventif (moment, organe compétent, critère du contrôle)?  
Propositions (prudentes) du CF: FF 2011 3419ss

Acceptée au vote: **tension** entre Cst et DIP/DDH  
121 III-VI: condamnation pour certaines infractions → perte droit séjour, expulsion, interdiction d'entrée (**automatisme**)  
3+13 CEDH: interdiction absolue de «remise aux tortionnaires» + droit à un recours effectif  
8+13 CEDH: si séparation de la famille, appréciation au cas par cas (proportionnalité) + droit à un recours effectif  
[ALCP (UE/AELE): interdiction d'automatisme entre condamnation et expulsion]



# Renvois: solutions?





# Perspectives immédiates

---

- Le constituant devant la Cour EDH?
  - Minarets: partie remise (*Ouardiri*) mais **pas** close!
- *Mamma mia! Here we go again!* Initiative contre l'immigration de masse
  - En toute vraisemblance: valable, mais en violation de la CEDH
  - Par ailleurs, parfaitement incompatible avec l'ALCP...
- Solutions préventives? Le débat est (re)lancé
  - Critères de validité des initiatives plus exigeants?
    - Réinterpréter «droit international impératif» (Martenet)?
    - Réformer les art. 193 et 194? Si oui, comment («DDH»)?
  - Confier la tâche du contrôle préalable au Tribunal fédéral?





# Conclusions

---

- La question de fond est toujours la même:  
Comment éviter que la démocratie ne perde une de ses deux jambes – la souveraineté populaire, ou les droits de l'homme?
- La vertu principale dans ce débat: l'équilibre
  
- Merci pour votre attention