

Université de Genève

pour le séminaire concernant

La révision totale des constitutions

auprès du

Professeur Michel HOTTELIER et

de son assistante Marie FONJALLAZ

Les rapports entre le pouvoir judiciaire
et la révision constitutionnelle

Mémoire

17 mai 2019

par

BRANCA Emile

197 route d'Hermance, 1245 Collonge-Bellerive

Emile.Branca@etu.unige.ch

079.584.18.63

Table de Matières

Abréviations et expressions latines.....	III
Bibliographie.....	VI
Jurisprudence.....	XI
Textes officiels.....	XII
1 Introduction.....	1
2 Le pouvoir judiciaire.....	2
2.1 Définition.....	2
2.2 Le pouvoir du juge constitutionnel suisse.....	2
2.2.1 Contrôle.....	2
2.2.2 Application et interprétation.....	4
2.2.3 Création au sens strict.....	5
3 La révision constitutionnelle en Suisse.....	5
3.1 La révision.....	5
3.1.1 La distinction entre la révision totale et la révision partielle.....	7
3.1.2 Le processus de révision initié par le peuple.....	8
3.1.2.1 Initiative populaire tendant à la révision partielle de la Constitution.....	8
3.1.2.2 Initiative populaire tendant à la révision totale de la Constitution.....	10
4 Les rapports.....	10
4.1 Contexte politico-juridique suisse actuel.....	10
4.2 La révision pour « casser » les décisions judiciaires.....	12
4.2.1 Initiative « contre les juges étrangers ».....	12
4.2.1.1 ATF 101 Ia 67 - Diskont- und Handelsbank AG.....	13
4.2.1.2 ATF 125 II 417 - PKK.....	14
4.2.1.3 ATF 139 I 16.....	15
4.2.2 Bilan.....	16
4.3 La révision pour « ancrer » les décisions judiciaires.....	17
4.3.1 Droit constitutionnel non écrit.....	18
4.3.1.1 Arrêt Keller du 11 mai 1960 – Garantie de la propriété.....	19
4.3.1.2 ATF 91 I 480 – Liberté de la langue.....	20
4.3.1.3 ATF 121 I 367 – Droit à des conditions minimales d’existence.....	21
4.3.2 Bilan.....	22
5 Conclusion.....	23
Annexe : Entretien avec Marc FALQUET, député UDC au Grand Conseil de Genève.....	25

Abréviations et expressions latines

aCst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 29 mai 1874
AF	Assemblée fédérale
al.	alinéa
ALCP	Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, du 21 juin 1999 (RS 0.142.112.681)
art.	article
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral publié au recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BSK	Basler Kommentar
CC	Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (RS 210)
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
CF	Conseil fédéral
cf.	se reporter à, se référer à
CGSS	Cahiers genevois et romands de sécurité sociale
Consid.	considérant(s)
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CPC	Code de procédure civile, du 19 décembre 2008 (RS 272)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (RS 101)
Cst./GE	Constitution de la République et canton de Genève, du 14 octobre 2012 (RS/GE A 2 00)
CVDT	Convention de Vienne sur le droit des traités, du 23 mai 1969 (RS 0.111)
éd.	édition
édit.	éditeurs
<i>eo ipso</i>	naturellement, de soi-même
<i>erga omnes partes</i>	à l'égard de tous, opposable à tout le monde
etc.	et cetera
ex.	exemple
FF	Feuille fédérale

<i>Ibid.</i>	au même endroit
IDHEAP	Institut de hautes études en administration publique
<i>in</i>	dans
<i>in casu</i>	dans le cas d'espèce
<i>in concreto</i>	de façon concrète
<i>in fine</i>	à la fin
<i>infra</i>	ci-dessous
JdT	Journal des Tribunaux
JP	jurisprudence
LDP	Loi fédérale sur les droits politiques, du 17 décembre 1976 (RS 161.1)
LeGes	Législation & Evaluation
let.	lettre
<i>mutatis mutandis</i>	en écartant les différences pour rendre la comparaison possible
N	numéro marginal
ndbp	note de bas de page
<i>obiter dicta</i>	pluriel d' <i>obiter dictum</i>
<i>obiter dictum</i>	soit dit en passant. Juridiquement, il s'agit d'une remarque ou d'une observation faite par un juge qui, bien qu'elle se trouve à l'intérieur même d'un arrêt, ne constitue pas un élément justifiant le verdict rendu ¹ .
p.	page
<i>pacta sunt servanda</i>	Les conventions doivent être respectées.
Pacte II	Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du 16 décembre 1966 (RS 0.103.2)
PJA	Pratique juridique actuelle
PPUR	Presses polytechniques et universitaires romandes
<i>praetor peregrinus</i>	préteur pérégrin
<i>praetor urbanus</i>	préteur urbain
<i>quid</i>	qu'en est-il de ?
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDS	Revue de droit suisse

¹ BIAGGINI, Über die Auslegung der Bundesverfassung, p. 317 ; https://fr.wikipedia.org/wiki/Obiter_dictum.

RFSP	Revue française de science politique
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RS/GE	Recueil systématique genevois
SGK	St. Galler Kommentar
SIG	Services industriels de Genève
SJ	La Semaine judiciaire
SPMi	Service de protection des mineurs
SRIEL	Swiss Review of International and European Law
ss	et suivants
<i>stricto sensu</i>	au sens strict
<i>sui generis</i>	de son propre genre, de son espèce
<i>supra</i>	ci-dessus
TAF	Tribunal administratif fédéral
TF	Tribunal fédéral
TPAE	Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant
UDC	Union Démocratique du Centre
UIT	Union internationale des télécommunications
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (anciennement connu sous : Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung)
ZOR	Zeitschrift für öffentliches Recht

Bibliographie

AEMISEGGER Heinz, Probleme der Umsetzung der EMRK im schweizerischen Recht, *in* 40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK : Referate zur Jubiläumstagung vom 27. November 2014 [JAAG Tobias/KAUFMANN Christine, édit.], Zurich (Schulthess) 2015, p. 201-229.

AUER Andreas, La juridiction constitutionnelle en Suisse, Bâle et Francfort-sur-le-Main (Helbing Lichtenhahn) 1983 (cité : AUER, juridiction constitutionnelle).

AUER Andreas, Le droit à des conditions minimales d'existence : un nouveau droit social?, *in* Problèmes actuels de droit économique : mélanges en l'honneur du Professeur Charles-André Junod, Genève, 1997, p. 27-48 (Cité : AUER, Le droit).

AUER Andreas, Les institutions de la démocratie directe en Suisse : une lente dégradation, *in* LeGes, 2004/3, p. 35-47 (cité : AUER, Les institutions).

AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel, Droit constitutionnel suisse, Volume I : L'Etat, 3^e éd., Berne (Stämpfli) 2013 (cité : AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Volume I).

AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel, Droit constitutionnel suisse, Volume II : Les droits fondamentaux, 3^e éd., Berne (Stämpfli) 2013 (cité : AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Volume II).

AUBERT Jean-François, La Constitution, son contenu, son usage, *in* RDS, Volume 110 II, 1991, p. 9-141.

AUBERT Jean-François/MAHON Pascal, Petit Commentaire de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2003.

BAUMANN Robert, Völkerrechtliche Schranken der Verfassungsrevision, *in* ZBl, 2007/4, p. 181-210.

BIAGGINI Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Volume II, Zurich (Orell Füssli) 2017 (Cité : BIAGGINI, BV).

BIAGGINI Giovanni, Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK, *in* ZBl, 2013/114, p. 316-337 (Cité : BIAGGINI, Auslegung der Bundesverfassung).

BIAGGINI Giovanni, Verfassungsreform in der Schweiz – Die neue schweizerische Bundesverfassung vom 18. April 1999 im Zeichen von „Verfassungsnachführung“ und Verfassungspolitik, *in* ZOR, 1999, p. 433-474 (Cité : BIAGGINI, Verfassungsreform).

BIGLER Olivier, La révision totale de la Constitution fédérale du 29 mai 1874. Entre droit, politique et histoire, les enjeux de l'écriture constitutionnelle, thèse Neuchâtel, Neuchâtel (Université de Neuchâtel) 2013.

BIGLER Olivier/RENKENS Marc, L'écriture constitutionnelle : dispositions juridiques et réalisation politique, *in* LeGes, 2013/2, p. 297-311.

BOUCHAT Cléa, 82. ATF 139 I 16-31 (12.10.2012/a; 2C_828/2011), *in* RDAF, 2014/I, p. 426-430.

BRUNET Pierre, Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle, *in* La notion de justice constitutionnelle [JOUANJAN Olivier/GREWE Constance/MAULIN Eric/WACHSMANN Patrick, édité.], Paris (Daloz) 2005, p. 115-135 (en ligne : p. 1-23) [<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00009748/document>] (10.05.2019).

EHRENZELLER/SCHINDLER/SCHWEIZER/VALLENDER, St. Galler Kommentar zum Die schweizerische Bundesverfassung (Art. 1 – 80), 3^e éd., Zurich/Saint-Gall/Bâle/Genève (Dike/Schulthess) 2014 (cité : SGK BV-AUTEUR).

EHRENZELLER/SCHINDLER/SCHWEIZER/VALLENDER, St. Galler Kommentar zum Die schweizerische Bundesverfassung (Art. 81 – 197), 3^e éd., Zurich/Saint-Gall/Bâle/Genève (Dike/Schulthess) 2014 (cité : SGK BV-AUTEUR).

FERRERES COMELLA Victor, Justicia constitucional y democracia, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) 1997.

GÄCHTER Thomas, Rechtswendung, *in* Staatsrecht [BIAGGINI Giovanni/GÄCHTER Thomas/KIENER Regini, édité.], Zurich/Saint-Gall (Dike), p. 361-365.

GONIN Luc, Droit constitutionnel suisse – Fondements, institutions et défis, Genève/Zurich/Bâle (Schulthess) 2015 (Cité : GONIN, Droit constitutionnel suisse).

GONIN Luc, La révolution du « droit convenstitutionnel » : du droit constitutionnel à son dépassement, *in* RDS, Volume 134 I, 2015, p. 49-75 (Cité : GONIN, La révolution).

GONIN Luc, Le droit convenstitutionnel : une révolution, malgré tout, *in* PJA, 2016, p. 1036-1044 (Cité : GONIN, Le droit convenstitutionnel).

GONIN Luc, L'obsolescence de l'Etat moderne, Genève/Zurich/Bâle (Schulthess) 2011 (Cité : GONIN, L'obsolescence).

GRANDJEAN Yann, Le droit « convenstitutionnel » : un recommencement plutôt qu'une révolution, *in* PJA, 2016, p. 1024-1035.

GRISEL Etienne/HERTIG RANDALL Maya, «Les initiatives populaires doivent respecter la CEDH», *in* Plaidoyer 3/13, 2013, p. 6-9 [<https://www.plaidoyer.ch/article/f/les-initiatives-populaires-doivent-respecter-la-cedh/>] (26.04.2019).

HÄFELIN Ulrich/HALLER Walter/KELLER Helen/THURNHERR Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zurich (Schulthess) 2016.

HANGARTNER Yvo, Unklarheiten bei Volksinitiativen : Bemerkungen aus Anlass des neuen Art. 121 Abs. 3-6 BV (Ausschaffungsinitiative), *in* PJA, 2011, p. 471-478.

HERTIG RANDALL Maya, L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle : défis et perspectives, *in* RDS, Volume 129 II, 2010, p. 221-380.

HOTTELLIER Michel, La Constitution fédérale suisse et les droits sociaux, *in* CGSS, Volume 27, 2001, p. 9-29 (Cité : HOTTELLIER, La Constitution).

HOTTELLIER Michel, La convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence du Tribunal fédéral – Contribution à l'étude des droits fondamentaux, thèse Genève, Lausanne (Payot) 1985 (Cité : HOTTELLIER, La Convention).

HOTTELLIER Michel, La justice constitutionnelle en Suisse, *in* Fédéralisme Régionalisme, Volume 17, Les juridictions constitutionnelles suprêmes dans les États fédéraux : créatures et créateurs de fédéralisme, Liège 2017 [<https://popups.uliege.be:443/1374-3864/index.php?id=1718>] (05.03.2019) (Cité : HOTTELLIER, La justice constitutionnelle suisse).

IMBODEN Max/RHINOW René, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 1976.

KISSLING Christian, La Suisse, une belle Constitution, Genève (Labor et Fides) 1997.

KOLB Robert, L'initiative de l'UDC sur 'l'autodétermination' ('Juges étrangers') *in* SRIEL, Volume 4, 2016, p. 567-579.

KOLLY Gilbert, Le Tribunal fédéral suisse, *in* Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel - Le Conseil constitutionnel et l'innovation [COLIN Nicolas/DONNAT Francis/GEFFRAY Edouard/VALLÉE Laurent, édit.], Volume 52 (3), Issy-les-Moulineaux (Lextenso) 2016 [<https://www.cairn.info/revue-les-nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel-2016-3-page-47.htm>] (20.04.2019).

LAMMERS Guillaume, Initiative « Le droit suisse au lieu des juges étrangers » : Les incohérences de l'initiative pour l'autodétermination, *in* foraus-Policy Brief, 2016, p. 1-12 [<https://comitatodiberna.files.wordpress.com/2017/11/opsucolo-foraus.pdf>] (26.04.2019) (Cité : LAMMERS, Initiative).

LAMMERS Guillaume, La démocratie directe et le droit international : Prise en compte des obligations internationales de la Confédération et participation populaire à la politique extérieure, Berne (Stämpfli) 2015 (Cité : LAMMERS, La démocratie directe).

LAPRAZ Elisabeth, L'initiative populaire fédérale « Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination) » : analyse critique du contenu de l'initiative et de ses conséquences juridico-politiques, Lausanne (IDHEAP) 2017.

LESCAZE Bernard, Les livres de la Liberté, Genève (Éditions Slatkine) 2015.

MAHON Pascal, Droit constitutionnel - Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure, Volume I, 3^e éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2014 (Cité : MAHON, Volume I).

MAHON Pascal, Droit constitutionnel – Droits fondamentaux, Volume II, 3^e éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2015 (Cité : MAHON, Volume II).

MARQUIS Julien, La validité matérielle des initiatives populaires en droit fédéral: étude du droit actuel à la lumière de la pratique récente, perspectives et opinions, Mémoire de maîtrise Genève, Genève (Université de Genève), 2009 [<https://archive-ouverte.unige.ch/unige:6650>] (11.05.2019).

- MARTENET Vincent, *Architecture des pouvoirs : Enjeux et perspectives pour un État, une union d'États et les Nations Unies*, Zurich (Schulthess) 2016.
- MASMEJAN Denis, *Démocratie directe contre droit international*, Lausanne (PPUR) 2017.
- MAZILLE Clémentine, *L'institutionnalisation de la relation entre l'Union européenne et la Suisse : Recherche sur une construction européenne*, Zurich (Schulthess) 2018.
- MAZZOLENI Oscar/RAYNER Hervé, *Les partis politiques suisses : traditions et renouvellements*, Paris (Michel Houdiard) 2009 (cité : *Les partis politiques suisses-AUTEUR*).
- MISIC Alexander/TÖPPERWIEN Nicole, *Constitutional Law in Switzerland*, 2^e éd., Berne (Wolters Kluwer & Stämpfli) 2018.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Volume I, Genève (Barillot et Fils) 1748 [https://books.google.fr/books?id=5nAHAAAAQAAJ&printsec=frontcover&hl=fr&source=gs_bse_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false] (11.05.2019).
- MÜLLER Jörg Paul, *Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung*, 2^e éd., Berne (Stämpfli) 1991.
- MUSLIU Nagihan, *Schweizer Recht statt fremder Richter? Eine Analyse zur möglichen Umsetzungsproblematik bei Annahme der Selbstbestimmungsinitiative in Risiko und Verantwortlichkeit* [MARSCHNER Laura/MARTIN ZUMSTEG Patrice, éd.], Zurich/Saint-Gall (Dike) 2016.
- PORTALIS Jean-Etienne-Marie, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil - Motifs et discours prononcés lors de la publication du code civil*, Bordeaux (Éditions Confluences) 2004 [http://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf] (10.05.2019).
- RAYNER Hervé/VOUTAT Bernard, *La judiciarisation à l'épreuve de la démocratie directe. L'interdiction de construire des minarets en Suisse*, in *RFSP*, Volume 64, 2014/4, p. 689-709.
- RHINOW René, *Recht im politischen Prozess*, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2017.
- RONZANI Éric, *L'interprétation créatrice de la Constitution par le juge constitutionnel en France et en Suisse*, thèse Dijon, Dijon (Université de Bourgogne) 1999 [<https://nuxeo.u-bourgogne.fr/nuxeo/site/esupversions/fe8efbd5-ea8e-4f19-822d-6fb93aca387a>] (11.05.2019).
- ROSSINELLI Michel, *Les libertés non écrites – Contribution à l'étude du pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Lausanne (Payot) 1987.
- ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social*, Amsterdam (Marc-Michel Rey) 1762 [https://fr.wikisource.org/wiki/Du_contrat_social/Édition_1762/Texte_entier] (11.05.2019).
- SCHMIDLIN Bruno, *Droit privé romain I : Origines et sources – Famille, Biens, Successions*, 2^e éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2012.
- SEILER Hansjörg, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Verfassungsrecht, Richterrecht und Politik*, in *RDS*, Volume 129 II, 2010, p. 381-547.
- TANQUEREL Thierry, *Manuel de droit administratif*, Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2011.

THÜRER Daniel/AUBERT Jean-François/MÜLLER Jörg Paul (édit.), *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, Zurich (Schulthess) 2001 (Cité : Verfassungsrecht-AUTEUR).

TOPHINKE Esther, *Die Gerichte und die Rechtsprechung in Handbuch der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz*, [LADNER Andreas, CHAPPELET Jean-Loup, EMERY Yves, KNOEPFEL Peter, MADER Luzius, SOGUEL Nils, VARONE Frédéric, édit.], Zurich (Neue Zürcher Zeitung) 2013, p. 269-284.

TORNAY Bénédicte, *La démocratie directe saisie par le juge : L’empreinte de la jurisprudence sur les droits populaires en Suisse*, thèse Genève, Zurich (Schulthess) 2008.

VOUTAT Bernard, *A propos de la démocratie directe. L’expérience helvétique*, in *Gestion de proximité et démocratie participative – Une perspective comparative* [BACQUÉ Marie-Hélène/REY Henry/SINTOMER Yves, édit.], Paris (La Découverte) 2005, p. 197-216.

WALDMANN Bernhard/BELSER Eva Maria/EPINEY Astrid (édit.), *Kommentar zum Bundesverfassung (BV)*, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2015 (cité : BSK BV-AUTEUR).

ZIEGLER Andreas R., *Introduction au droit international public*, 3^e éd., Berne (Stämpfli) 2015.

ZIMMERMANN Tristan, *Quelles normes impératives du droit international comme limite à l’exercice du droit d’initiative par le peuple ?*, in *PJA*, 2007, p. 748-760.

Jurisprudence

Arrêt Keller, du 11 mai 1960, *in* ZBl 1961.

ATF 91 I 480, *in* JdT 1967 I 112

ATF 96 I 104, *in* JdT 1971 I 94.

ATF 99 Ib 39

ATF 100 Ia 392, *in* JdT 1976 I 202

ATF 101 Ia 67, *in* JdT 1976 I 546

ATF 103 Ia 369

ATF 105 Ib 94

ATF 121 I 367, *in* JdT 1997 I 278

ATF 122 II 485

ATF 125 II 417, *in* SJ 2000 I 202

ATF 128 I 34

ATF 128 I 190

ATF 128 I 288

ATF 131 V 66

ATF 133 II 450, *in* JdT 2008 I 567

ATF 134 V 208

ATF 136 II 149

ATF 136 I 149

ATF 138 II 1

ATF 138 II 440, *in* JdT 2013 I 135

ATF 138 II 524

ATF 139 I 16, *in* JdT 2013 I 167

ATF 142 II 35, *in* JdT 2016 I 35

Textes officiels

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant l'insertion d'articles 22ter et 22quater dans la constitution, du 15 août 1967, FF 1967 II 137.

Arrêté fédéral relatif au résultat de la rotation populaire du 14 septembre 1969 complétant la constitution par des article 22ter et 22quater, du 24 octobre 1969, FF 1969 II 1106.

Message du Conseil fédéral concernant les initiatives populaires «pour une politique d'asile raisonnable» et «contre l'immigration clandestine», du 22 juin 1994, FF 1994 III 1471.

Arrêté fédéral concernant l'initiative populaire «pour une politique d'asile raisonnable», du 14 mars 1996, FF 1996 I 1305.

Message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle Constitution fédérale, du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1.

Arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 18 avril 1999 – (Nouvelle Constitution fédérale), du 11 août 1999, FF 1999 5306.

Message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire fédérale «pour des naturalisations démocratiques», du 25 octobre 2006, FF 2006 8481.

Arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 29 novembre 2009 – (Financement spécial en faveur du trafic aérien; initiative populaire «Contre la construction de minarets»; initiative populaire «Pour l'interdiction d'exporter du matériel de guerre»), du 5 mai 2010, FF 2010 3117.

Arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 28 novembre 2010 – («Initiative sur le renvoi» et contre-projet de l'Assemblée fédérale; «Initiative pour des impôts équitables»), du 17 mars 2011, FF 2011 2593.

Rapport additionnel du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne, du 30 mars 2011, FF 2011 3401.

Avis de droit de CAFLISCH Lucius pour la Direction du droit international public DDIP, sur la pratique suisse en matière de droit international public 2011, Berne, avril 2013.

Document de fond de l'Union démocratique du centre (UDC), Le droit suisse avant le droit international et étranger, Berne, août 2013.

Arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 28 février 2016 – (Initiative populaire «Pour le couple et la famille – Non à la pénalisation du mariage»; initiative populaire «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels [initiative de mise en œuvre]»; initiative populaire «Pas de spéculation sur les denrées alimentaires»; modification de la loi fédérale sur le transit routier dans la région alpine [LTRA] [Réfection du tunnel routier du Gothard]), du 19 avril 2016, FF 2016 3557.

Message du Conseil fédéral relatif à l’initiative populaire «Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l’autodétermination)», du 5 juillet 2017, FF 2017 5027.

Département des affaires étrangères (DFAE) – Rapport entre le droit interne et le droit international en Suisse, 2^e éd., Berne, 2018.

1 Introduction

« Le pouvoir judiciaire grandit chaque fois que le pouvoir politique renonce ou tergiverse »². Cette phrase de GRANDJEAN exprime, à notre sens, bien l'idée que le pouvoir du juge s'amplifie dans les failles législatives dues à une rédaction imparfaite, incomplète voire inexistante de la loi par le pouvoir législatif. La Constitution fédérale suisse, texte juridique suprême de la Confédération est le texte fondateur et directeur de l'Etat de droit. Cet écrit est substantiellement rédigé de façon à ce qu'il soit précisé, interprété, complété et mis en œuvre par des lois et des ordonnances ainsi que par le juge constitutionnel lui-même. En exerçant son mandat, ce dernier n'est pas uniquement la « bouche »³ de la Constitution et n'est pas exclusivement lié par la lettre de celle-ci. Afin de résoudre des affaires souvent inédites et complexes, l'application pure et simple (la bouche selon MONTESQUIEU) de dispositions constitutionnelles existantes ne suffit pas. Une palette de moyens d'interprétation (littérale, historique, téléologique, systématique) s'ouvre donc au magistrat dans le dessein de dégager la solution la plus satisfaisante au vu de tous les intérêts en présence. Néanmoins, ces méthodes d'interprétation ne donnent pas toujours de réponse aux questions litigieuses et c'est dans ce cas précis que le droit prétorien *stricto sensu* prend vie. En effet, le juge, par son pouvoir de décision, va combler ces lacunes en créant un droit nouveau : le droit constitutionnel non écrit. Ces décisions jurisprudentielles auront par la suite un écho populaire. Echo populaire qui peut refléter une volonté du législateur de concrétiser ces décisions ou à l'inverse de les contester. L'effet de concrétisation est une écriture législative d'ancrage dans la Constitution, du droit nouvellement créé ou de la nouvelle interprétation jurisprudentielle. L'effet contestataire quant à lui peut s'exprimer par une initiative populaire visant à réduire à néant les décisions du Tribunal fédéral. Dans les deux cas, le processus se fait par une révision constitutionnelle visant à modifier la Constitution, afin de prendre en compte la nouvelle réalité juridique.

Ce mémoire tentera de répondre à la problématique de l'influence qu'exerce le pouvoir judiciaire sur la révision constitutionnelle et inversement. Nous essaierons de mettre en lumière la relation entretenue entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir constituant via l'exercice de la démocratie directe. A cette fin, nous ferons en premier lieu une brève partie explicative sur le pouvoir judiciaire (2) comprenant une définition ainsi que l'étendue de l'activité du juge constitutionnel. Dans un deuxième temps, nous nous pencherons sur la notion de révision constitutionnelle en Suisse (3) en y dégageant les caractéristiques essentielles. Finalement, nous tenterons de répondre à la problématique principale du mémoire dans la partie du texte nommée « Les rapports » (4) en analysant les liens entretenus entre la jurisprudence et la révision constitutionnelle. Dans cette section du texte, trois approches seront menées, l'approche casuistique, historique et actuelle. Les démarches casuistique et historique se feront par l'analyse d'une brève de la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral. L'actualité se fera par

² GRANDJEAN, p. 1033.

³ MONTESQUIEU, p. 256. Le penseur politique du siècle des Lumières considérait les juges comme des êtres inanimés ne pouvant pondérer la force et la rigueur de la loi.

l'examen du contexte ayant entraîné l'initiative « contre les juges étrangers » soumise par l'UDC. La composante politique sera donc intrinsèquement présente au fil du mémoire étant donné la frontière ténue entre le droit et la politique.

2 Le pouvoir judiciaire

2.1 Définition

Le pouvoir judiciaire est la faculté donnée aux tribunaux de trancher des litiges qui lui sont soumis⁴. Les tribunaux peuvent se définir comme étant des autorités étatiques statuant par voie décisionnelle, sur des différends concrets conformément à la loi matérielle et procédurale en vigueur, d'une manière autonome et contraignante⁵. Dans un Etat de droit où la séparation des pouvoirs est présente, le pouvoir judiciaire représente le troisième pouvoir⁶. Les pouvoirs législatifs et exécutifs sont respectivement le premier et deuxième pouvoir⁷. Le pouvoir du juge date de fort longtemps. Les Romains avaient confié la juridiction à deux préteurs (le *praetor urbanus* et le *praetor peregrinus*) qui déjà à cette époque ne se mêlaient pas du pouvoir politique exercé par les consuls⁸. Du pouvoir judiciaire découle la jurisprudence que BIAGGINI définit comme le mode de création d'une décision liante dans le contexte d'un différend, par un tiers indépendant (le juge) n'étant pas rattaché directement au conflit⁹. Dans le cadre de notre mémoire, nous nous pencherons uniquement sur la jurisprudence du Tribunal fédéral en lien avec des dispositions constitutionnelles et particulièrement des droits fondamentaux. Avant d'analyser certaines décisions, il est nécessaire de contextualiser l'activité judiciaire et son rôle dans le domaine constitutionnel.

2.2 Le pouvoir du juge constitutionnel suisse

2.2.1 Contrôle

Le pouvoir du juge constitutionnel suisse¹⁰ s'exerce dans le cadre procédural de la juridiction constitutionnelle qui se définit selon AUER de cette façon : « [...] toute procédure judiciaire de contrôle de la constitutionnalité des actes étatiques »¹¹. Ce contrôle est donc caractérisé par une analyse de conformité constitutionnelle des actes émanant de l'Etat. Une partie de la doctrine

⁴ TOPHINKE, p. 269.

⁵ *Ibid.*, p. 269.

⁶ *Ibid.*, p. 269.

⁷ *Ibid.*, p. 269.

⁸ SCHMIDLIN, p. 39.

⁹ Verfassungsrecht-BIAGGINI, Rechtsprechung, N 1.

¹⁰ L'art. 188 al. 1 Cst. stipule que « [l]e Tribunal fédéral est l'autorité judiciaire suprême de la Confédération ». Le TF remplit la double fonction d'autorité judiciaire de dernière instance et de juridiction constitutionnelle. A ce propos, voir KOLLY, N 1.

¹¹ AUER, juridiction constitutionnelle, N 1.

préconise une définition large de la constitutionnalité englobant à la fois la Constitution formelle et matérielle ainsi que le droit international¹² faisant partie du droit suisse par voie de ratification de traités internationaux (« hard law » en opposition à la « soft-law », non contraignante juridiquement). Il est logique juridiquement, lors de l'analyse de la constitutionnalité, de prendre en compte le droit international, car la Suisse fait partie des pays ayant un système moniste¹³. Les actes étatiques sujets à vérification par le juge peuvent découler de la totalité des organes de l'Etat opérants en vertu de la puissance publique¹⁴. Sans exhaustivité, il peut s'agir de lois, d'ordonnances, de plans, de décisions ainsi que de jugements¹⁵. Enfin, la juridiction constitutionnelle suisse se construit essentiellement sur trois piliers¹⁶. Le premier pilier qui repose sur l'art. 190 Cst. obligeant le TF et les autorités concernées à appliquer les lois fédérales et le droit international¹⁷. Le deuxième pilier qui instaure un contrôle préjudiciel général¹⁸. Le troisième pilier qui fonde la juridiction constitutionnelle du Tribunal fédéral, s'exerçant dans le cadre de recours permettant aux particuliers et à certaines autorités de contester des décisions ou des actes normatifs, qui dérogeraient au droit fédéral (lois fédérales, Constitution fédérale suisse) et/ou au droit international¹⁹.

Les deux formes d'examen sont le contrôle abstrait qui vérifie si la loi elle-même est constitutionnelle et le contrôle concret qui s'exerce sur des actes d'applications de la loi (décisions)²⁰. L'ex-président du Tribunal fédéral, Gilbert KOLLY indique que : « [t]ous les actes normatifs cantonaux sont susceptibles d'un contrôle constitutionnel par le Tribunal fédéral. Seule la Constitution cantonale en est exclue, au motif que le Parlement fédéral lui a accordé la garantie fédérale »²¹.

La problématique principale qui se pose au sujet du contrôle est l'examen des lois fédérales. En effet, l'art. 190 Cst. contraint le Tribunal fédéral à appliquer les lois fédérales votées par l'Assemblée fédérale et passibles de référendum populaire, alors même que celles-ci s'avèreraient contraires à la Constitution²². Néanmoins, la rigidité de cette clause s'est assouplie au fil du temps car le TF peut désormais se livrer à une interprétation de la loi fédérale de façon conforme à la Constitution²³. Il peut également constater qu'une loi fédérale viole effectivement

¹² AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Volume I, N 1884.

¹³ KOLLY, N 15. L'ex-président du TF rappelle le principe moniste et explique que « [l]es traités internationaux auxquels la Confédération suisse a valablement adhéré s'incorporent *eo ipso* au droit fédéral [...] ».

¹⁴ AUER, juridiction constitutionnelle, p. 11.

¹⁵ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Volume I, N 1886.

¹⁶ *Ibid.*, N 1915.

¹⁷ *Ibid.*, N 1916.

¹⁸ *Ibid.*, N 1917.

¹⁹ *Ibid.*, N 1918.

²⁰ *Ibid.*, N 1906, 1908.

²¹ KOLLY, N 20. L'art. 172 al. 2 Cst. prévoit que l'Assemblée fédérale a la compétence pour garantir les constitutions cantonales.

²² HOTTELIER, La justice constitutionnelle suisse, § 3.1.3.

²³ *Ibid.*, § 3.1.3.

la Constitution afin d'inviter le législateur à faire les modifications nécessaires²⁴. Enfin, les lois fédérales doivent respecter le droit international et si une interprétation conforme au droit international n'arrive pas être entreprise, le juge refusera leur application²⁵. La primauté du droit international sur le droit interne réaffirmée par notre Haute Cour²⁶ est souvent remise en cause par des initiatives populaires à motif souverainiste. Cette tendance sera examinée plus en détail dans les parties 4.1 et 4.2 de ce mémoire²⁷.

2.2.2 Application et interprétation

Les normes juridiques dont font partie les dispositions constitutionnelles sont généralement rédigées de manière abstraite et ouverte,²⁸ afin de couvrir un maximum de situations. L'expression générale et indéfinie du texte constitutionnel est encore plus marquée, en comparaison avec les autres normes²⁹. Par voie de conséquence, celui-ci est difficilement applicable sans interprétation. Le juge est donc confronté à un travail d'interprétation qui peut se réaliser à travers plusieurs procédés. Le tribunal de Mon-Repos définit ce mode de travail de « pluralisme méthodologique »³⁰. Les méthodes d'interprétation sont les suivantes : l'interprétation littérale (lettre de la disposition), téléologique (but et raison d'être de la disposition), systématique (lien avec les autres dispositions légales) et historique (travaux préparatifs de la loi, mémoriaux parlementaires)³¹. De surcroît, la méthode du droit comparatif commence à prendre de l'ampleur³² au vu de l'internationalisation du droit. Le Tribunal fédéral précise que la formulation sans équivoque d'une disposition ne doit être dérogée que s'il y a des raisons évidentes que celle-ci ne reflète pas le sens véritable de la disposition³³. En outre, notre Haute Cour a refusé de créer une hiérarchie des valeurs concernant les différentes règles d'interprétation³⁴.

L'autre élément important que le juge constitutionnel doit prendre en compte est ce que l'on nomme l'interprétation en conformité à la Constitution. Avant de juger l'inconstitutionnalité d'une décision ou d'une norme cantonale, le Tribunal fédéral doit s'efforcer d'interpréter celles-ci de façon conforme à la Constitution³⁵. En imaginant que plusieurs interprétations sont concevables, celle correspondant davantage à la finalité constitutionnelle sera privilégiée³⁶. Dans ce cas, le Tribunal fédéral contraindra le canton à adopter son modèle de lecture, afin que

²⁴ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Volume I, N 1941.

²⁵ *Ibid.*, N 1944 ; KOLLY, N 33 .

²⁶ En guise d'exemples : ATF 131 V 66, consid. 3.2 et ATF 122 II 485, consid. 3a.

²⁷ Cf. *infra*, p. 10ss.

²⁸ TOPHINKE, p. 270.

²⁹ MAHON, Volume I, p. 67.

³⁰ ATF 136 II 149, consid. 3.

³¹ TANQUEREL, N 429.

³² MISIC/TÖPPERWIEN, N 87.

³³ GÄCHTER, N 19 ; ATF 134 V 208, consid. 2.2.

³⁴ ATF 128 I 34, consid. 3b.

³⁵ AUER, juridiction constitutionnelle, N 148.

³⁶ MAHON, Volume I, p. 66 ; ATF 138 II 440, consid. 13, *in* JdT 2013 I 135, 145, 146.

l'acte litigieux puisse continuer à vivre³⁷. Vie qui sera encadrée par la décision de notre Haute Cour. Concernant l'interprétation des lois fédérales, nous vous invitons à vous référer à ce que l'on a évoqué au sous-chapitre 2.2.1.

2.2.3 Création au sens strict

Le droit prétorien au sens strict se distingue de la jurisprudence classique dans le sens que le juge ne se contente pas d'appliquer ou d'interpréter une disposition, mais la crée³⁸. Selon l'art. 1 al. 2 *in fine* CC, le juge résout le litige, « [...] selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur ». Malgré le fait que cette règle est inscrite dans une loi de droit privé, la jurisprudence et la doctrine considèrent qu'elle est applicable *mutatis mutandis* en droit public³⁹. Il faut réellement que le juge n'arrive pas à un résultat juridiquement satisfaisant via l'interprétation d'une disposition existante, pour que celui-ci s'éloigne de la législation en vigueur, afin de créer un droit nouveau résolvant d'une meilleure façon la problématique juridique. En d'autres termes, quand le législateur n'a pas pressenti au moment de la rédaction législative, une situation entraînant des nouvelles questions juridiques, le droit créateur du juge prend le relais⁴⁰. En jargon juridique, on appelle cela une lacune proprement dite qu'il faut distinguer du silence qualifié ; ce dernier étant un choix du législateur de ne pas légiférer en la matière (vide juridique volontaire)⁴¹. Dans le domaine des droits fondamentaux, le pouvoir créateur du juge a été utilisé à plusieurs reprises car l'écrit constitutionnel comportait un grand nombre de lacunes⁴², ce qui est inévitable dans une société en constante évolution. GONIN appelle « jugislateur », le magistrat exerçant un rôle cardinal dans la création directe ou indirecte de règles de droit⁴³. L'analyse de ce procédé se fera dans la partie 4.3.

3 La révision constitutionnelle en Suisse

3.1 La révision

Selon l'art. 192 al. 1 Cst., « [l]a constitution peut être révisée en tout temps, totalement ou partiellement ». Cette disposition permet de garantir un processus de modification de la constitution au fil des suggestions des autorités fédérales ou des initiatives populaires⁴⁴.

³⁷ HOTTELIER, La justice constitutionnelle, § 4.3.

³⁸ Nous précisons « au sens strict », car nous ne pouvons réduire l'activité créatrice du juge à la création d'un droit uniquement. En effet, le travail d'interprétation du juge tombe également sous la définition du droit prétorien. Cette précision se rapporte à une discussion interne au séminaire que nous avons eu avec le Professeur HOTTELIER. ; Voir, RONZANI, p. 8, 9 pour un même constat.

³⁹ ROSSINELLI, p. 58 ; IMBODEN/RHINOW, N 23 ; ATF 105 Ib 94, consid. 6bb.

⁴⁰ TOPHINKE, p. 270.

⁴¹ *Ibid.*, p. 270 ; ATF 138 II 1, consid. 4.2.

⁴² RONZANI, p. 13.

⁴³ GONIN, Droit constitutionnel suisse, p. 159.

⁴⁴ Verfassungsrecht-BELLANGER, Révision totale et partielle de la Constitution fédérale, N 1.

L'article implique qu'il n'y a pas de limite temporelle ni, hormis le droit international impératif, de limitation substantielle de la révision constitution au sens formel (document écrit)⁴⁵. Selon AUBERT, l'expression « en tout temps » signifie l'interdiction d'opposition d'un délai d'attente aux soumissions successives de révision portant sur un objet identique⁴⁶. Il importe peu que l'amendement constitutionnel sur un objet ait été approuvé ou non⁴⁷. Dans les deux cas, les débats peuvent être réouverts sur le même sujet⁴⁸. Par conséquent, les initiants peuvent s'entêter sur leur sujet de prédilection, autant de fois qu'ils le souhaitent⁴⁹. Nous constatons régulièrement que certains partis politiques tels que l'UDC utilisent l'initiative populaire à outrance sur des objets similaires voire même identiques. Par exemple, l'initiative populaire « pour le renvoi des étrangers criminels »⁵⁰ a été suivi d'une initiative de mise en œuvre⁵¹ sur le même objet.

La notion de limites à la révision a été clarifiée à la suite de l'adoption de la nouvelle Constitution du 18 avril 1999⁵². Cette dernière admet l'existence d'une limite hétéronome et une exclusion d'autres limites⁵³. Par limite hétéronome, on entend une restriction imposée par un ordre juridique supérieur à la constitution fédérale⁵⁴. Le droit international et le droit communautaire sont les sources juridiques supérieures qui s'imposent potentiellement au constituant⁵⁵. L'exclusion d'autres limites fait référence à la non-présence de limites (supérieures et inférieures) autonomes à la révision de la constitution⁵⁶. Cette absence de limites autonomes peut se justifier du fait de la légitimité du processus démocratique prévu pour la révision constitutionnelle⁵⁷.

Malgré, cette relative souplesse de révision que laisse entrevoir à première vue l'art. 192 al. 1 Cst., la difficulté première de la procédure de révision est « [l]a garantie de stabilité de la constitution »⁵⁸. En effet, la constitution ne peut être modifiée que par le biais d'une procédure plus lourde que celle prévue pour les autres normes juridiques⁵⁹. Les formalités procédurales

⁴⁵ BSK BV-EPINEY/DIEZIG, BV 192 N 3.

⁴⁶ AUBERT/MAHON, Cst. 192 N 4.

⁴⁷ SGK-HANGARTNER/EHRENZELLER, BV 192 N 11.

⁴⁸ *Ibid.*, N 11.

⁴⁹ AUBERT/MAHON, Cst. 192 N 4. Dans le respect des 100'000 signatures et du délai de 18 mois pour la récolte (art. 138 et 139 Cst.)

⁵⁰ FF 2011 2593. Initiative entrée en vigueur le 28 novembre 2010.

⁵¹ FF 2016 3557. Initiative rejetée en votation le 28 février 2016.

⁵² Verfassungsrecht-BELLANGER, Révision totale et partielle de la Constitution fédérale, N 9.

⁵³ *Ibid.*, N 9.

⁵⁴ *Ibid.*, N 10.

⁵⁵ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Volume I, N 1452.

⁵⁶ Verfassungsrecht-BELLANGER, Révision totale et partielle de la Constitution fédérale, N 9.

⁵⁷ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Volume I, N 1456. Les auteurs mentionnent que l'absence de limites matérielles autonomes peut s'expliquer par le fait que la légitimité du constituant dérivé est « supérieure » à tout organe de l'Etat, ainsi qu'au constituant originaire.

⁵⁸ MAHON, Volume I, N 51.

⁵⁹ *Ibid.*, N 51.

sont le référendum obligatoire et la double majorité du peuple et des cantons (douze cantons) contrairement aux lois ordinaires (référendum facultatif et majorité du peuple uniquement)⁶⁰.

3.1.1 La distinction entre la révision totale et la révision partielle

La constitution peut être révisée, soit totalement (art. 193 Cst.), soit partiellement (art. 194 Cst.). Cette distinction est reconnue dans les constitutions cantonales, en revanche, cette différenciation est peu commune en comparaison internationale⁶¹. La différenciation est importante dans le contexte de notre mémoire. En effet, les liens entre le pouvoir du juge constitutionnel et le constituant peuvent se nouer à travers une révision partielle ou à travers une révision totale. Nous verrons que l’ancrage de certains droits fondamentaux (créés par le droit prétorien) s’est fait via la révision totale de 1999⁶² alors que la contestation politique de certaines décisions du Tribunal fédéral s’est faite via des initiatives populaires visant à réviser partiellement la Constitution.

D’un point de vue juridique, quatre différences formelles ressortent entre les deux modes de révision⁶³. Premièrement, le renouvellement des Chambres du Parlement fédéral ne se fait qu’en cas de révision totale⁶⁴. Deuxièmement, l’initiative tendant à une révision totale n’est envisageable qu’en termes généraux⁶⁵. Troisièmement, l’initiative tendant à une révision partielle doit respecter l’unité de la matière⁶⁶. Finalement, contrairement à la révision totale, la révision partielle maintient la constitution actuelle en vigueur et ne l’abroge pas⁶⁷.

Politiquement, le fait d’avoir distingué ces deux processus a entraîné un essor de l’écriture constitutionnelle⁶⁸. En effet, le corps politique ne s’est pas fait prier pour user régulièrement de la révision partielle. Cette dernière est donc devenue un : « instrument ordinaire de la politique »⁶⁹. En près d’une centaine d’années, le peuple suisse a procédé à environ 150 révisions partielles⁷⁰, ce qui a selon BIAGGINI, adapté la réalité sociétale et politique vis-à-vis de la Constitution mais également contribué à un désordre textuel (clarté et cohérence)⁷¹. Il n’en va pas de même pour la révision totale car celle-ci est difficile à réaliser d’un point de vue politique⁷². Effectivement, en soumettant au débat parlementaire, tous les articles

⁶⁰ MAHON, N 51.

⁶¹ BIAGGINI, BV 192 N 2.

⁶² FF 1997 I 1, p. 139.

⁶³ BIGLER/RENKENS, p. 299-300.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 300 ; BIGLER, N 133.

⁶⁵ BIGLER/RENKENS, p. 299 ; BIGLER, N 133.

⁶⁶ BIGLER/RENKENS, p. 299 ; BIGLER, N 133.

⁶⁷ BIGLER/RENKENS, p. 300 ; BIGLER, N 133.

⁶⁸ BIGLER/RENKENS, p. 300.

⁶⁹ AUBERT, p. 47. Dans sa ndbp n° 81, l’auteur explique que le peuple suisse ne semble guère prêt à renoncer à utiliser la révision partielle. Il explique qu’au vu du nombre régulier de révisions partielles, une révision totale si elle a lieu, n’aura du point de vue formel (clarté, systématique, « beauté ») qu’un effet temporaire. A force de rajouter des éléments par le biais de la révision partielle, la clarté du texte constitutionnel y est affectée.

⁷⁰ BIGLER/RENKENS, p. 300. Voir également BIGLER, p. 82, ndbp n° 225, pour des exemples de révisions partielles importantes.

⁷¹ BIAGGINI, Verfassungsreform, p. 436.

⁷² BIGLER/RENKENS, p. 300.

constitutionnels, on ouvre la porte à une multitude d'observations et de propositions, ce qui rend complexe la réalisation d'un consensus politique⁷³.

3.1.2 Le processus de révision initié par le peuple

Le système politique suisse accorde une grande importance à la liberté d'action populaire. Celle-ci s'exprime principalement au travers de la démocratie directe (référendum et initiative)⁷⁴. L'initiative populaire demandant une révision totale de la Constitution fédérale, est prévue depuis 1848, tandis que la révision partielle est disponible comme outil politique depuis 1891⁷⁵. Nous analyserons essentiellement et sommairement, les conditions à respecter des initiatives tendant à la révision (partielle et totale) initiée par le peuple. Les propositions de révision par l'AF seront donc exclues de l'analyse.

3.1.2.1 Initiative populaire tendant à la révision partielle de la Constitution

L'art. 139 al. 3 Cst. prévoit trois conditions explicites à la révision partielle de la Constitution fédérale : l'unité de la forme, l'unité de la matière et le respect des règles impératives du droit international. L'unité de la forme se comprend en lisant l'art. 139 al. 2 Cst. prévoyant que la proposition de révision partielle se conçoit soit en terme généraux soit en projet rédigé. Les initiants ont donc un choix de forme à faire et ne peuvent pas les fusionner⁷⁶. L'unité de la matière quant à elle est précisée à l'art. 79 al. 2 LDP exigeant qu'« [...] il existe un rapport intrinsèque entre les différentes parties d'une initiative ». En effet, il n'est pas permis de mettre, dans une initiative, des sujets n'ayant aucuns liens entre eux. L'exigence de l'unité de matière est une concrétisation du droit des électeurs à « [...] la libre formation de l'opinion [...] » (art. 34 al. 2 Cst.). Les votants doivent pouvoir se prononcer sur une initiative dans son ensemble sans être confrontés au dilemme de devoir se déterminer sur une proposition comportant des thèmes sans relation les uns aux autres⁷⁷.

Last but not least, les règles impératives du droit international ne doivent pas être déroguées. Cette obligation constitue un véritable obstacle matériel au droit d'initiative pour la révision partielle de la Constitution⁷⁸. Cette disposition, introduite par la révision constitutionnelle totale de 1999, est probablement due à l'annulation de l'initiative populaire intitulée "Pour une politique d'asile raisonnable"⁷⁹. Les règles impératives en question font références à la notion

⁷³ BIGLER/RENKENS, p. 300.

⁷⁴ LAPRAZ, p. 2.

⁷⁵ VOUTAT, N 6.

⁷⁶ SGK-EHRENZELLER/GERTSCH, BV 139 N 36. Voir également l'art. 75 al. 3 LDP qui précise que : « [l']unité de la forme est respectée lorsque l'initiative est déposée exclusivement sous la forme d'une proposition conçue en termes généraux ou exclusivement sous celle d'un projet rédigé de toutes pièces ».

⁷⁷ *Ibid.*, N 40.

⁷⁸ BSK BV-EPINEY/DIEZIG, BV 139 N 33.

⁷⁹ *Ibid.*, N 33 ; FF 1996 I 1305. Voir également, FF 1994 III 1471, p. 1479, 1480. Dans son message, le Conseil fédéral déclarait que l'initiative était contraire au droit international public contraignant. Il soulignait que si l'initiative était acceptée « [...] les conséquences seraient si graves que la Suisse se trouverait isolée sur le plan de la politique étrangère dans le domaine du droit des réfugiés et des droits de l'homme [...] ».

de *jus cogens*⁸⁰. La problématique est qu'il n'existe pas de liste exhaustive des règles tombant dans la notion de *jus cogens*⁸¹. Néanmoins, la doctrine, la jurisprudence et un certain nombre d'Etats (malgré qu'ils ne soient de loin pas unanimes)⁸² ont dégagé certaines règles impératives telles que le noyau du droit international humanitaire de la guerre, l'interdiction du recours à la force, du génocide, de l'esclavage, de la traite des êtres humains et de la torture, ainsi que la protection contre les traitements dégradants et inhumains⁸³. Selon nous, le *jus cogens* se comprend comme un ensemble de règles fondamentales, qui si elles n'étaient pas respectées par les Etats, choquerait l'opinion publique globale. La difficulté de définir une telle notion se comprend, à notre sens, par le fait que les différents Etats de la communauté internationale peuvent avoir des visions différentes (dues aux différentes traditions, valeurs, conceptions étatiques) sur le caractère désobligeant du non-respect de certaines normes internationales⁸⁴.

Quelques mots encore sur une dernière condition à la révision constitutionnelle : l'exécutabilité. Admise par le TF, cette condition, certes non écrite⁸⁵ dans la Constitution relève du pragmatisme⁸⁶. En effet, il n'est pas souhaitable que le peuple se prononce sur une initiative non-réalisable matériellement ou juridiquement⁸⁷. Un des obstacles juridiques qui pourrait exister est l'impossibilité de dénoncer un traité (tel que le Pacte II de l'ONU)⁸⁸. Néanmoins, le CF ne semble pas considérer le fait de ne pas pouvoir dénoncer un traité, comme une barrière insurmontable pouvant entraîner une invalidation d'une initiative populaire⁸⁹. Au vu de ce qui a été énoncé précédemment, nous partageons en partie, l'opinion de ZIMMERMANN sur l'adoption d'une attitude politique future plus pragmatique, qui consisterait en une inclusion du *jus cogens* régional et des traités internationaux non dénonçables au sein de la notion des règles impératives du droit international⁹⁰. De plus, avec cette démarche nous serons en phase avec la tendance jurisprudentielle du TF dégageant une volonté de faire primer les conventions

⁸⁰ ZIEGLER, N 160-164. Le *jus cogens* peut se définir comme un groupe de normes, ayant une valeur universelle, ne pouvant être modifié par la volonté seule des Etats. Voir également l'art. 53 CDVT pour une tentative de définition légale.

⁸¹ MARQUIS, N 22.

⁸² *Ibid.*, N 28-34. L'auteur met en lumière les différentes approches doctrinales en la matière. Sur le même sujet, voir également BAUMANN, p. 189 et LAMMERS, La démocratie directe, p. 205.

⁸³ SGK BV-EHRENZELLER/GERTSCH, BV 139 N 43 ; ATF 133 II 450, consid. 7.3, in JdT 2008 I 567, 578 ; ZIEGLER, N 163 (pour une liste non exhaustive dégagée par la doctrine et par la conférence de Vienne sur le droit des traités).

⁸⁴ En effet, nous ne pouvons réduire la réalité juridico-politique internationale à une vision uniforme. Si même la doctrine et les différentes autorités étatiques d'un seul Etat ne sont pas toujours unanimes sur ce concept, nous ne pouvons point espérer l'inverse d'un point de vue international.

⁸⁵ FF 1997 I 1, p. 441.

⁸⁶ ZIMMERMANN, p. 751.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 751 ; ATF 128 I 190, consid. 5. Le TF explique que la réalisation de l'initiative doit être insurmontable et ce même après interprétation du texte.

⁸⁸ ZIMMERMANN, p. 754.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 754 ; FF 2006 8481, p. 8490.

⁹⁰ ZIMMERMANN, p. 757, 758. Le *jus cogens* régional pourrait contenir la CEDH en intégralité et d'autres traités importants. Ce qui a néanmoins comme inconvénient de limiter drastiquement le droit d'initiative populaire. ; GRISEL/HERTIG RANDALL, p. 8. Etienne GRISEL explique que politiquement, faciliter l'invalidation des initiatives populaires n'est pas souhaitable et que dans la pratique, les choses s'arrangent, en général. Maya HERTIG RANDALL, quant à elle, souhaiterait plutôt un contrôle judiciaire de validité des initiatives. ; Pour une solution proposée par le CF, voir FF 2011 3401, p. 3401ss.

internationales sur le droit suisse qui leur est contraire⁹¹. A notre sens, il est préférable de réduire la possibilité aux initiants de lancer une initiative qui serait contraire au droit international, plutôt que de déléguer la responsabilité aux juges fédéraux de la rendre caduque en faisant primer le droit international dans les cas concrets⁹².

3.1.2.2 Initiative populaire tendant à la révision totale de la Constitution

L'art. 193 al. 4 Cst. stipule une seule condition matérielle à la révision totale : la non-violation des règles impératives du droit international. Les principes de l'unité de la matière et de la forme ne s'appliquent pas, étant donné qu'une initiative demandant la révision totale de la Constitution fédérale ne peut que revêtir la forme d'une proposition (art. 138 Cst.)⁹³. La violation des règles impératives du droit international n'est pas réellement envisageable en cas de révision totale car le travail de fond est confié à l'Assemblée fédérale⁹⁴.

4 Les rapports

4.1 Contexte politico-juridique suisse actuel

Le contexte politico-juridique suisse actuel n'échappe pas à l'intensification des échanges internationaux et à la globalisation économique⁹⁵. De cette amplification résulte une internationalisation du droit⁹⁶. Par cette dynamique de mondialisation, une partie de la classe politique et du peuple suisse ressentent le risque d'une limitation forte de la souveraineté étatique et de l'emprise démocratique sur le droit interne⁹⁷. Pour contrecarrer cette internationalisation juridique, une tendance se dessine à l'augmentation d'initiatives adoptées ou non qui sont contraires au droit international⁹⁸. Avec l'adoption d'initiatives contraire au droit international, de nouvelles questions juridiques viennent à se poser. Dès lors, les juges enfilent leurs robes et se mettent au travail afin de tenter de résoudre les divers conflits pouvant survenir dans la pratique, entre le droit international et le droit suisse. TORNAY relève la difficulté pour ces derniers d'interpréter les dispositions constitutionnelles étant contraires au droit international, en particulier dans le domaine des droits de l'homme⁹⁹. En effet, les magistrats sont souvent confrontés à un choix compliqué à appréhender : le respect de la volonté populaire suisse versus le respect des engagements internationaux. La controverse se situe donc

⁹¹ ZIMMERMANN, p. 757 ; en guise d'exemple : ATF 122 II 485, consid. 3. Cf., *infra*, p. 11ss.

⁹² Notre Haute Cour rend caduque l'initiative approuvée par le peuple via des décisions ne reflétant pas sa volonté. Cette dernière ne respecte pas toujours la motivation profonde des initiants et s'éloigne du texte de l'initiative.

⁹³ MARQUIS, N 7.

⁹⁴ *Ibid.*, N 8.

⁹⁵ LAPRAZ, p. 1.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 1. ; DFAE, Rapport, p. 6-7. En 2018, le DFAE a recensé la conclusion d'environ 4'000 traités bilatéraux et 1'000 traités multilatéraux par la Suisse.

⁹⁷ LAPRAZ, p. 2.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 18 ; Voir LAMMERS, p. 195ss pour une liste non exhaustive d'initiatives populaires contraires au droit international.

⁹⁹ TORNAY, p. 139.

sur le rang hiérarchique que doivent occuper les normes internationales vis-à-vis des normes internes suisses¹⁰⁰. Le TF s'efforce de contourner cette problématique en interprétant les normes internes en accord avec le droit international¹⁰¹. Néanmoins, en agissant de la sorte, le pouvoir judiciaire risque de dénaturer le sens véritable que voulait conférer le peuple aux normes constitutionnelles et leur concrétisation légale. De plus, une partie de la classe politique suisse ne voit pas du bon œil, cette ingérence judiciaire (qu'elle considère forte) à l'encontre de la volonté populaire¹⁰². HERTIG RANDALL et TORNAY mentionnent qu'une fraction du peuple suisse a une défiance envers l'élite judiciaire qu'elle considère trop influente, surtout concernant des thématiques sur lesquelles, le souverain s'est prononcé¹⁰³. On comprend donc que celle-ci souhaiterait un comportement inverse du Tribunal fédéral : interpréter le droit international en accord avec les normes constitutionnelles et si ce n'est pas possible, faire primer ces dernières.

L'évolution du droit international a également un effet sur l'activité du juge sous un angle institutionnel¹⁰⁴. Le TF est appelé à exercer un contrôle de constitutionnalité puis également un contrôle de conventionnalité à l'encontre des actes étatiques¹⁰⁵. En matière de droits fondamentaux, notre Haute Cour est aujourd'hui appelée à appliquer un «amas de fondamentalité» ayant des éléments qui se trouvent tant dans des normes nationales qu'internationales¹⁰⁶. Il est important de remémorer que dans ce contexte, le juge constitutionnel suisse n'a pas le monopole du contrôle ; en effet, ce dernier est mis en « rivalité » avec des instances internationales, telles que la CourEDH¹⁰⁷. Par ailleurs, les juges fédéraux n'hésitent pas à prendre en compte supérieurement la partie du « bloc de fondamentalité » de nature conventionnelle¹⁰⁸. Nous ne pouvons remettre juridiquement en question ce fonctionnement, car notre Haute Cour cherche à instaurer une pratique uniforme de primauté du droit international (particulièrement dans le domaine des droits fondamentaux), afin d'éviter de se retrouver dans une position de violation régulière de la CEDH, ce qui entraînerait des jugements contraignants à l'encontre de la Suisse¹⁰⁹. Selon l'UDC, la CourEDH exerce une pression excessivement forte sur le droit interne suisse et serait en quelque sorte un

¹⁰⁰ ZIEGLER, N 282.

¹⁰¹ *Ibid.*, N 282. En droit national suisse, nous voyons que le concept apparenté est l'interprétation en conformité avec la Constitution. cf., *supra*, p. 4.

¹⁰² RAYNER/VOUTAT, N 4. Les auteurs mentionnent la résistance populaire en Suisse face à l'influence judiciaire, en mettant l'accent sur l'initiative visant l'interdiction de la construction de minarets. Celle-ci avait été lancée afin de contrer une décision du TF autorisant la construction d'un minaret. Ils expliquent que cette initiative tente à instaurer une muselière vis-à-vis de notre Haute Cour. ; FF 2010 3117. Initiative entrée en vigueur le 29 novembre 2009.

¹⁰³ HERTIG RANDALL, p. 333. ; TORNAY, p. 371. Cette élite vue comme un « gouvernement de juges ».

¹⁰⁴ LAMMERS, La démocratie directe, p. 117.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 117.

¹⁰⁶ HERTIG RANDALL, p. 244, 245. En effet, l'auteure explique que le Tribunal fédéral doit également « protéger les droits et libertés garantis au niveau supranational, l'intervention des instances internationales étant subsidiaire ». Le juge constitutionnel suisse doit veiller à sauvegarder une harmonie de l'organisation constitutionnelle dans sa totalité.

¹⁰⁷ LAMMERS, La démocratie directe, p. 119.

¹⁰⁸ LAPRAZ, p. 13 ; HERTIG RANDALL, p. 244, 245.

¹⁰⁹ LAPRAZ, p. 13.

« super-TF », dans certains domaines du droit¹¹⁰. De plus, l'interprétation des dispositions de la CEDH faite par Strasbourg se veut évolutive et dynamique, entraînant un changement en continu de la portée du texte conventionnel¹¹¹. Cette interprétation mouvante et pas toujours prévisible peut se révéler problématique, car une norme suisse qui était conforme à la CEDH hier, peut ne plus le devenir demain dans son application concrète¹¹².

De ce développement, GONIN en tire un concept qu'il nomme le « droit convenstitutionnel »¹¹³. L'auteur explique qu'une norme convenstitutionnelle relève matériellement du droit constitutionnel au vu de sa portée, mais que celle-ci « n'a pas été adoptée dans le cadre d'une procédure constitutionnelle classique »¹¹⁴. En d'autres termes, il s'agit de normes ayant un caractère constitutionnel sans avoir été approuvées par le peuple et les cantons. Les dispositions de la CEDH tombent sous cette définition¹¹⁵. GRANDJEAN, quant à lui, nuance cette non-participation du constituant à l'élaboration du « droit convenstitutionnel »¹¹⁶. En effet, l'auteur explique que les traités n'astreignent pas de l'extérieur la Suisse, car ceux-ci sont ratifiés selon la procédure inscrite dans la constitution elle-même¹¹⁷. Par conséquent, indirectement, le constituant n'est pas relégué en arrière-plan mais s'impose aux traités¹¹⁸.

4.2 La révision pour « casser » les décisions judiciaires

4.2.1 Initiative « contre les juges étrangers »

C'est dans le contexte mis en exergue précédemment qu'est née la volonté de l'UDC de vouloir instaurer des normes constitutionnelles cherchant à remettre de l'ordre dans cette complexité juridico-politique. L'UDC saute sur l'occasion pour mettre une nouvelle fois en avant certaines idéologies et valeurs politiques qui sont les siennes¹¹⁹. Nous n'allons pas analyser en détails les conséquences que cette initiative aurait pu engendrer car cela ne touche pas le cœur de notre sujet. Par ailleurs, l'initiative n'a pas eu un soutien suffisant par le peuple et les cantons¹²⁰.

¹¹⁰ Document de fond de l'UDC, p. 5, 6. Les arrêts de la CourEDH servent de fondement contraignant à l'interprétation de la CEDH en Suisse.

¹¹¹ CAFLISCH, p. 13, 14. ; AEMISEGGER, p. 209-213 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Volume II, N 98.

¹¹² CAFLISCH, p. 13, 14. L'ancien juge à la CourEDH explique que « [la CourEDH] joue donc le rôle de cour constitutionnelle pour la Suisse et peut exercer la juridiction constitutionnelle sur les lois fédérales, rôle que la Constitution refuse au Tribunal fédéral par le biais de l'article 190 Cst ».

¹¹³ GONIN, La révolution, p. 49ss. L'auteur a réussi à mettre des mots sur l'émergence d'un droit nouveau qu'il considère comme un droit *sui generis*.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 66. L'auteur indique que ces normes n'en demeurent pas moins des normes de droit international public.

¹¹⁵ GONIN, Le droit convenstitutionnel, p. 1037.

¹¹⁶ GRANDJEAN, p. 1025.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 1025.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 1025.

¹¹⁹ Les partis politiques suisses-SKENDEROVIC, p. 387. L'historien explique les différentes idéologies de l'UDC et son évolution depuis l'arrivée au pouvoir de Christoph BLOCHER. Il indique que le parti prône les valeurs suisses classiques telles que l'indépendance, la neutralité, la démocratie directe et la souveraineté populaire.

¹²⁰ L'initiative pour l'autodétermination a été rejetée le 25 novembre 2018. Voir : <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/abstimmungen/selbstbestimmungsinitiative.html> (22.04.2019).

D'autre part, celle-ci n'avait pas été bien accueillie par le Conseil fédéral¹²¹. Après un bref exposé de ce que l'initiative demandait, nous analyserons comment et pourquoi cette volonté de réviser la Constitution a sur ce point émergé, en examinant trois décisions importantes du Tribunal fédéral n'ayant pas eu un écho positif par ce parti. Nous soulignons le fait qu'il existe bien plus de trois décisions litigieuses en la matière.

L'initiative « contre les juges étrangers » ou « pour l'autodétermination » poursuivait un objectif simple qui était de vouloir faire primer la Constitution sur le droit international, avec une réserve concernant les règles impératives prévues par ce dernier¹²². LAPRAZ constate que : « [l]a tension entre droit international et démocratie directe n'a jamais été aussi forte et c'est pourquoi l'UDC cherche, par le biais d'une nouvelle initiative, une solution durable qui placerait l'avis du Peuple au-dessus des engagements internationaux pris par la Suisse »¹²³. Solution qui ne peut réellement être considérée comme durable, à nos yeux. En effet, comme le dit KOLB, les obligations internationales seraient réduites à néant, car l'engagement suisse serait dorénavant conclu « sous réserve » du droit constitutionnel contraire¹²⁴.

Passons désormais à l'analyse des décisions litigieuses de notre Haute Cour ayant entraîné au fur et à mesure l'élaboration de cette initiative tendant à la révision partielle de notre Constitution, afin de contrer le comportement « internationaliste » du Tribunal fédéral.

4.2.1.1 ATF 101 Ia 67 - Diskont- und Handelsbank AG

Le 4 décembre 1974, le tribunal de commerce du canton de Zurich rejeta une action intentée par *Diskont- und Handelsbank AG* et ses filiales contre *Fides Treuhand-Vereinigung* et *Tino AG*¹²⁵. Les recourants formèrent un recours en annulation contre cette décision devant la Cour de cassation du canton de Zurich ainsi qu'un recours au Tribunal fédéral alléguant une violation de l'art. 4 de la Cst. et des art. 6, al. 1, 13 et 17 de la CEDH¹²⁶. Cet arrêt de 1975, soit un an après l'adhésion de la Suisse à la CEDH, donne rang constitutionnel aux garanties fondamentales contenues dans cette dernière¹²⁷. En effet, le Tribunal de Mon-Repos explique que les dispositions de la CEDH sont, de par leur nature, des normes ayant un contenu

¹²¹ Le Conseiller fédéral Ignazio CASSIS déclarait que cette initiative a un « excellent titre pour semer le doute » et qu'il est « erroné de dire que le droit international est un droit étranger ; c'est du droit commun ». De plus « ces règles communes ne valent qu'après l'aboutissement du processus démocratique ». Conférence d'Ignazio CASSIS, "Une Suisse souveraine et engagée : l'équation impossible ?" [<https://www.unige.ch/gsi/fr/actualites/2018/une-suisse-souveraine-et-engagee-lequation-impossible-conference-de-ignazio-cassis-chef-du-departement-federal-des-affaires-etra/>] (22.04.2019).

¹²² FF 2017 5028 ; Pour le contenu de la réglementation proposée par l'initiative, voir FF 2017 5028, p. 5038, 5039. Pour une analyse de la réglementation proposée, voir LAPRAZ, p. 25ss. ; Pour les règles impératives du droit international, voir l'analyse *supra*, p. 8, 9.

¹²³ LAPRAZ, p. 23. Voir également, pour un même constat, LAMMERS, Initiative, p. 1, 2.

¹²⁴ KOLB, p. 568, 569. L'auteur explique également qu'« [i]l va de soi qu'aucune règle internationale ne peut, par sa nature même, présenter la même légitimité démocratique que certaines règles de droit interne. Il en est ainsi parce qu'il n'existe pas de corps politique international, qui pourrait assurer un vote des peuples du monde ».

¹²⁵ ATF 101 Ia 67, in JdT 1976 I 546.

¹²⁶ ATF 101 Ia 67, in JdT 1976 I 546.

¹²⁷ Document de fond de l'UDC, p. 8 ; ATF 101 Ia 67, consid. 2c, in JdT 1976 I 546, 548.

constitutionnel¹²⁸. En Suisse, les garanties de la Convention doivent donc être appliquées de concert avec les droits fondamentaux correspondants au droit constitutionnel écrit et non écrit¹²⁹. Ce lien exigü entre les droits constitutionnels et les droits protégés par la CEDH permet l'assimilation de la violation conventionnelle à un manquement constitutionnel¹³⁰. Néanmoins, HOTTELIER explique, dans sa thèse de 1985, que le TF tend à appliquer prioritairement les droits fondamentaux constitutionnels (fédéraux puis cantonaux) et accessoirement les normes conventionnelles, si celles-ci protègent à plus forte raison, les droits des particuliers¹³¹.

4.2.1.2 ATF 125 II 417 - PKK

Dans cet arrêt de 1999, les faits n'étant pas si relevant, nous n'allons pas nous y attarder. L'émergence, via cette décision, d'une nouvelle pratique du Tribunal fédéral, a mis en émoi les souverainistes de notre pays. En effet, cet arrêt symbolique indique qu'en cas de conflit de normes, le droit international prime par principe le droit national et particulièrement quand la règle internationale tend à la protection des droits de l'homme¹³². Les conventions internationales des droits de l'homme priment sur le droit interne sans prise en considération de « la postérité, l'antériorité ou la volonté de dérogation » du parlement fédéral lors de l'élaboration des normes internes¹³³.

Cet arrêt déroge à la pratique *Schubert*¹³⁴ instaurée par notre Haute Cour qui indique qu'une interprétation en faveur du droit international est à privilégier (la règle), à moins que le peuple ou l'AF dérogent consciemment à ses obligations internationales (l'exception)¹³⁵. Cet arrêt de 1973 portait sur l'acquisition d'immeubles en Suisse par des personnes domiciliées à l'étranger¹³⁶. *In casu*, le parlement avait considéré que les intérêts suisses étaient prioritaires sur les accords passés avec l'Autriche¹³⁷. L'AF était donc pleinement consciente qu'en affichant cette volonté de privilégier les intérêts nationaux, elle encourait le risque que la Suisse déroge à ses obligations internationales. Nous voyons donc la prudence qu'a pu avoir le pouvoir judiciaire vis-à-vis de l'Assemblée fédérale, en ne voulant pas aller à l'encontre de sa volonté souveraine¹³⁸. L'arrêt *PKK* est donc l'exception de l'exception¹³⁹, car dans le domaine des

¹²⁸ ATF 101 Ia 67, consid. 2c, in JdT 1976 I 546, 548.

¹²⁹ AEMISEGGER, p. 203 ; ATF 101 Ia 67, consid. 2c, in JdT 1976 I 546, 548.

¹³⁰ ATF 101 Ia 67, consid. 2c, in JdT 1976 I 546, 548.

¹³¹ HOTTELIER, La Convention, p. 37. Ce n'est que si la condition de la « meilleure protection » est remplie que les dispositions de la CEDH peuvent se faire attribuer une portée autonome.

¹³² ATF 125 II 417 consid. 4d, in SJ 2000 I 202, 205.

¹³³ LAPRAZ, p. 13. L'auteure signale (nbdp 21) « que cette pratique jurisprudentielle ne peut être considérée comme renforcée à l'égard des conflits de normes opposant droit constitutionnel et droits fondamentaux internationaux ».

¹³⁴ ATF 99 Ib 39.

¹³⁵ FF 2017 5027, p. 5043 ; ZIEGLER, N 283, 284 ; ATF 99 Ib 39, consid. 4 ; ATF 138 II 524, consid. 5.3.2. Dans ce dernier arrêt cité, le Tribunal fédéral explique que le caractère conscient de la dérogation est atteint lorsque l'AF a débattu en détails des risques et implications que peut engendrer la loi interne vis-à-vis du droit international.

¹³⁶ LAPRAZ, p. 12 ; ATF 99 Ib 39. Ernst Schubert, citoyen autrichien domicilié à Vienne s'est vu refuser l'achat de deux parcelles à Brissago (TI) par l'autorité de première instance du district de Locarno.

¹³⁷ LAPRAZ, p. 12.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 12.

¹³⁹ FF 2017 5027, p. 5043.

droits de l'homme, aucune dérogation à l'encontre de la primauté du droit international n'est admissible et ce même si le parlement a voulu sciemment l'instaurer (pratique *Schubert*)¹⁴⁰.

4.2.1.3 ATF 139 I 16

Selon l'UDC, l'apogée du développement du principe de la primauté du droit international a été réalisée dans l'arrêt du TF du 12 octobre 2012, rendu deux ans après l'acceptation de l'initiative sur le « renvoi des étrangers criminels »¹⁴¹. Cet arrêt portait sur le renvoi d'un étranger frappé d'une condamnation pénale¹⁴². La question intéressante pour notre mémoire, était la suivante : *quid* du rapport entre une norme de droit international (CEDH) et une disposition constitutionnelle adoptée postérieurement¹⁴³? On voit que notre Haute Cour a eu bien du mal à y répondre¹⁴⁴. En effet, concernant la hiérarchie entre le droit international et le droit constitutionnel promulgué ultérieurement, la situation juridique concrète n'est guère limpide¹⁴⁵. Mon-Repos en est arrivé à la conclusion qu'il faut prendre en compte les « [...] jugements de valeur exprimés par le constituant dans la mesure où cela n'entre pas en contradiction avec le droit supérieur ni en conflit avec la marge d'appréciation que confère la Cour de la CEDH aux Etats contractants dans la mise en œuvre de leur politique de contrôle de la migration et des étrangers »¹⁴⁶.

C'est par le biais d'*obiter dicta* que le Tribunal fédéral en est arrivé à cette conclusion, car le recours aurait pu être admis sans analyser cette question¹⁴⁷. Pour ce faire, le juge analyse si la situation serait différente en application de l'article 121 al. 3 à 6 Cst¹⁴⁸. Dans un premier *obiter dictum*, il indique que la norme constitutionnelle nouvellement adoptée doit être interprétée globalement vis-à-vis de l'entier du dispositif constitutionnel et pas uniquement selon la volonté

¹⁴⁰ HERTIG RANDALL, p. 250. L'auteure explique que selon son interprétation de l'arrêt *PKK*, le Tribunal fédéral n'appliquera pas la jurisprudence *Schubert* dans le contexte des droits de l'homme. En effet, cette dernière peut se concevoir dans d'autres domaines du droit international caractérisés par la réciprocité des Etats mais pas lorsqu'une convention déploie un effet *erga omnes partes*.

¹⁴¹ Document de fond de l'UDC, p. 8 ; FF 2011 2593. Voir les art. 121 al. 3-6 Cst.

¹⁴² ATF 139 I 16, in JdT 2013 I 167, 168. Les faits sont les suivants : « X, né en 1987, est originaire de Macédoine. Il est entré en Suisse en novembre 1994 dans le cadre d'un regroupement familial et il a par la suite bénéficié d'une autorisation d'établissement. Après la scolarité obligatoire, il a accompli un apprentissage de peintre. Le 18 juin 2010, X a été condamné à une peine privative de liberté de dix-huit mois avec sursis pour infraction qualifiée à la loi sur les stupéfiants. Le tribunal a retenu qu'il avait participé, sans être lui-même dans une situation de détresse, à un trafic de drogue et notamment à l'organisation planifiée d'un transport d'environ un kilo d'héroïne. Par décision du 30 mars 2011, l'Office des migrations du canton de Thurgovie a révoqué l'autorisation d'établissement et ordonné le renvoi de la Suisse. X a épuisé sans succès les voies de recours cantonales. Le TF a admis le recours en matière de droit public de X et il a annulé l'arrêt du Tribunal administratif cantonal du 14 septembre 2011 ».

¹⁴³ ATF 139 I 16, consid. 5.2.1, in JdT 2013 I 167, 178.

¹⁴⁴ ATF 139 I 16, consid. 5.2.1, in JdT 2013 I 167, 178. Le TF mentionne qu'« [il] ne sait guère comment procéder en présence d'un conflit de règles concret ».

¹⁴⁵ MUSLIU, p. 49 ; ATF 139 I 16, consid. 5.2.1, in JdT 2013 I 167, 178.

¹⁴⁶ LAPRAZ, p. 29 ; LAMMERS, Initiative, p. 2, 3 ; ATF 139 I 16, consid. 5. 3, in JdT 2013 I 167, 180.

¹⁴⁷ BOUCHAT, p. 429, 430. Dans sa note, l'auteure explique que « [...] le Tribunal fédéral se penche sur la révocation du permis d'établissement d'un étranger à la suite d'une condamnation pénale. Il conclut que cette révocation est disproportionnée et contraire à l'article 8 CEDH ». ; BIAGGINI, Auslegung der Bundesverfassung, p. 316 ; MUSLIU, p. 49.

¹⁴⁸ BOUCHAT, p. 430 ; ATF 139 I 16, consid. 4.1ss, in JdT 2013 I 167, 172ss.

des initiants¹⁴⁹. Dans un second *obiter dictum*, notre Haute Cour explique que même si les nouvelles dispositions constitutionnelles étaient directement applicables, la solution serait similaire, car les modifications constitutionnelles ne doivent pas violer les règles impératives du droit international¹⁵⁰. De plus, la CourEDH interprète l'article 8 CEDH de manière contraignante, ce qui exige une pesée des intérêts, nécessitant un examen particulier du cas d'espèce¹⁵¹. BIAGGINI explique que l'analyse faite par le TF est mitigée, en partie à cause de l'utilisation d'*obiter dicta* sur une question aussi complexe que la relation droit international-droit constitutionnel, alors que celle-ci ne se posait pas *in concreto*¹⁵². Nous ne sommes également pas entièrement convaincu par l'analyse juridique du TF, car en réalité, il est très sévère en déclarant que le jugement de valeur du constituant doit être pris en compte uniquement si celui-ci n'entraîne pas d'opposition avec le droit de rang supérieur. En effet, cette affirmation va au-delà du simple respect des normes internationales protégeant les droits de l'homme.

L'UDC est également très critique à l'encontre de ces *obiter dicta*, qui selon elle, n'étaient pas nécessaires et n'avaient pas d'influence sur le résultat du litige¹⁵³. Elle signale que ces considérations avaient uniquement pour but de lancer un signal sans équivoque aux autorités, à l'administration ainsi qu'à la science juridique¹⁵⁴. En 2015, le TF embrasse une position identique concernant l'ALCP et proclame une nouvelle fois la primauté du droit international¹⁵⁵.

4.2.2 Bilan

« Il est évident que le droit international est aujourd'hui considéré par de larges milieux de Suisse comme une autorité bienvenue pour museler le peuple. En plaçant le droit international d'une manière générale au-dessus du droit national, le Tribunal fédéral [a] rendu cette autorité inattaquable »¹⁵⁶. Triste est de constater qu'une partie de la classe politique considère indirectement notre Haute Cour comme un bâillon de la voix du peuple. Les citoyens mécontents usent donc de la possibilité de réviser la Constitution pour aspirer « à se réapproprier des processus de décision dont ils peuvent croire, à tort ou à raison, qu'ils leur échappent toujours d'avantage »¹⁵⁷. Le rapport conflictuel que nous traitons fait ressortir une

¹⁴⁹ BOUCHAT, p. 430 ; ATF 139 I 16, consid. 4.2.1, in JdT 2013 I 167, 173, 174.

¹⁵⁰ BOUCHAT, p. 430 ; ATF 139 I 16, consid. 5, 5.2.1, in JdT 2013 I 167, 177-179. Le TF nuance son propos : « Une partie de la doctrine est d'avis qu'une disposition constitutionnelle plus récente et directement applicable doit prévaloir sur un traité international plus ancien ; d'autres auteurs rejettent cette opinion » (consid. 5.2.1).

¹⁵¹ BOUCHAT, p. 430 ; ATF 139 I 16, consid. 5.2.2, 5.2.3, in JdT 2013 I 167, 179, 180.

¹⁵² BIAGGINI, *Auslegung der Bundesverfassung*, p. 335, 336. Le Professeur a fait une analyse critique de l'arrêt.

¹⁵³ Document de fond de l'UDC, p. 9.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 9 ; BIAGGINI, *Über die Auslegung der Bundesverfassung*, p. 316. Giovanni BIAGGINI explique que la formulation d'*obiter dicta* est un moyen de communication important entre une juridiction et son environnement (autres juridictions, parties à la procédure, experts, etc.).

¹⁵⁵ LAMMERS, Initiative, p. 3 ; ATF 142 II 35, in JdT 2016 I 35.

¹⁵⁶ Document de fond de l'UDC, p. 11.

¹⁵⁷ MASMEJAN, p. 137.

lutte entre des élites juridiques faisant primer les droits de l'homme et une classe politique désirant que la souveraineté populaire soit respectée coûte que coûte¹⁵⁸.

Au fil de nos recherches, nous avons pu constater un plaidoyer doctrinal en faveur de la juridiction constitutionnelle suisse. Pour plusieurs raisons, nous partageons la bienveillance des auteurs envers le Tribunal fédéral et dans un contexte plus large, pour le droit. En effet, dans un Etat de droit, il n'y a pas de politique sans droit¹⁵⁹. C'est donc le droit lui-même qui permet la création et la légitimation des procédures démocratiques laissant au peuple le pouvoir de s'exprimer¹⁶⁰. Néanmoins, ce pouvoir ne doit pas être sans limites, car contrairement à ce que pensait ROUSSEAU, la volonté majoritaire ne tend pas toujours à ce qui est juste moralement et juridiquement¹⁶¹. En effet, celle-ci peut entraîner une tyrannie de la majorité ainsi que des défauts de conception juridique¹⁶². Le juge vient donc à la rescousse afin de protéger les minorités¹⁶³. Plus actuel, l'internationalisation du droit et son influence sur la démocratie directe suisse entraînent une plus grande présence du juge constitutionnel¹⁶⁴. Assurément, il y a régulièrement des conflits de normes dans des cas concrets. Le juge constitutionnel est donc contraint de trouver un juste équilibre entre le principe *pacta sunt servanda* et la volonté du souverain souhaitant déroger à certaines obligations internationales. Toutefois, les intérêts de la Suisse ne vont pas être renforcés en diabolisant les traités internationaux, car de nombreuses problématiques (respect des droits de l'homme, environnement, migrations, crime organisé, montée en puissance inquiétante de certains Etats) ne peuvent se résoudre uniquement par la voie nationale¹⁶⁵. Il est donc important que le juge puisse contrôler de manière juste et adéquate le respect de ces traités vitaux pour notre pays. Traités qui nous donnent des obligations certes, mais également des droits. Pour toutes ces raisons, nous plaidons pour une démocratie directe moins hostile envers le pouvoir judiciaire. Dans ce sens, TORNAY exprime la relation complémentaire qui doit continuer à perdurer entre ces deux entités, en déclarant que « si le juge sert de garde-fou aux éventuelles dérives de la démocratie majoritaire, la démocratie directe est un antidote aux velléités d'impérialisme du juge constitutionnel »¹⁶⁶.

4.3 La révision pour « ancrer » les décisions judiciaires

Dans ce chapitre, nous allons analyser trois décisions du Tribunal fédéral ayant eu une bonne réception populaire¹⁶⁷. En effet, notre Haute Cour a créé au fur et à mesure de sa jurisprudence, un certain nombre de droits constitutionnels non écrits, afin de combler certaines lacunes du

¹⁵⁸ MASMEJAN, p. 138 ; GONIN, Droit constitutionnel suisse, p. 161. Ce dernier parle de tensions majeures.

¹⁵⁹ RHINOW, p. 17. Voir aussi l'art. 5 al. 1 Cst. : « Le droit est la base et la limite de l'activité de l'Etat ».

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 17.

¹⁶¹ ROUSSEAU, p. 56. « [L]a volonté générale est toujours droite & tend toujours à l'utilité publique ».

¹⁶² TORNAY, p. 368.

¹⁶³ HERTIG RANDALL, p. 318.

¹⁶⁴ LAMMERS, La démocratie directe, p. 377.

¹⁶⁵ KISSLING, p. 40.

¹⁶⁶ TORNAY, p. 374.

¹⁶⁷ ROSSINELLI, p. 3. L'auteur mentionne que l'adhésion à ce processus créateur par le TF fut générale.

système juridique¹⁶⁸. Dans un même temps, nous verrons que le législateur a eu la volonté d'ancrer constitutionnellement ces décisions, par le biais du processus de révision¹⁶⁹.

4.3.1 Droit constitutionnel non écrit

Dans les années trente, les garanties fédérales constitutionnelles en matière de droits fondamentaux, ont été jugées comme lacunaires et insuffisantes¹⁷⁰. Cette incomplétude vient du fait que la Suisse, à cette époque, était entourée de pays totalitaires ayant des courants anti-libéraux¹⁷¹. Courants qui n'ont pas manqué de se propager dans notre pays¹⁷². Le constituant cantonal ou fédéral aurait pu entreprendre de réviser les constitutions, afin de garantir une meilleure protection des droits fondamentaux, néanmoins les cantons étaient trop isolés et les autorités fédérales trop exposées politiquement¹⁷³. C'est donc le Tribunal fédéral, afin de suppléer à l'inactivité du constituant, qui par voie prétorienne, a progressivement élaborer les garanties fondamentales manquantes¹⁷⁴.

Cette élaboration a été faite durant plusieurs années (de 1959 à 1970) sans que le Tribunal fédéral explique concrètement les critères de reconnaissance d'un droit constitutionnel non écrit¹⁷⁵. C'est en 1970, dans un arrêt¹⁷⁶ où notre Haute Cour va refuser de reconnaître l'aménagement libre d'un monument funéraire comme droit constitutionnel non écrit, que cette dernière va énoncer enfin les premières conditions de reconnaissance¹⁷⁷. Par la suite, il y a eu diverses clarifications et adjonctions jurisprudentielles concernant la reconnaissance¹⁷⁸. Actuellement, les éléments de légitimation sont les suivants : le droit doit être considéré comme indispensable dans une société démocratique et libérale ou une condition d'exercice d'un autre droit fondamental reconnu (I) ; le droit doit être légitimé par un large consensus doctrinal et cantonal (II) ; le droit doit être justiciable, c'est-à-dire qu'il peut être porté devant un juge sans concrétisation du législateur (III)¹⁷⁹.

¹⁶⁸ AEMISEGGER, p. 210, 211. L'auteur explique que l'élaboration de droit constitutionnel non écrit par le juge est une tradition de longue date.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 210, 211.

¹⁷⁰ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Volume II, N 74. Les auteurs font références à la crise des années trente.

¹⁷¹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Volume II, N 74.

¹⁷² *Ibid.*, N 74.

¹⁷³ *Ibid.*, N 74.

¹⁷⁴ *Ibid.*, N 74. Nous voyons donc le rapport d'entraide qui existe entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir constituant. Le juge a joué en partie le rôle du constituant, car ce dernier n'a pu fonctionné correctement, au vu du contexte politique tendu de l'époque.

¹⁷⁵ ROSSINELLI, p. 171 ; RONZANI, p. 15.

¹⁷⁶ ATF 96 I 104, JdT 1971 I 94.

¹⁷⁷ ROSSINELLI, p. 172 ; ATF 96 I 104, consid. 1, *in* JdT 1971 I 94, 95. Le TF formule de la manière suivante la reconnaissance d'un droit constitutionnel non écrit : « droits qui sont nécessaires à l'exercice d'autres libertés reconnues ou qui apparaissent comme des éléments indispensables du régime démocratique de la Confédération, Etat fondé sur le droit ». Ce sont donc deux conditions alternatives.

¹⁷⁸ ROSSINELLI, p. 174-176 ; ATF 100 Ia 392, consid. 4c, *in* JdT 1976 I 202, 209, 210 (Arrêt instaurant le critère du consensus) ; ATF 103 Ia 369, consid. 4a (Arrêt instaurant implicitement le critère de la justiciabilité).

¹⁷⁹ MAHON, Volume II, N 16 ; Voir notamment pour un rappel des différents critères : ATF 121 I 367, consid. 2, *in* JdT 1997 I 278, 281ss.

4.3.1.1 Arrêt Keller du 11 mai 1960 – Garantie de la propriété

L'arrêt Keller est la décision qui marque le début d'une ère de création de droits fondamentaux par voie prétorienne¹⁸⁰. Dans cet arrêt, il est question d'une limitation sévère du droit de construire sur deux parcelles, celles de Messieurs Keller et Meier, à cause d'un plan d'urbanisation de la commune de Zurzach, en Argovie, qui prévoyait une délimitation de zones à des utilisations précises¹⁸¹. Suite à l'échec du recours devant le Conseil d'Etat argovien, les plaignants saisirent le TF d'un recours de droit public motivant la violation de la garantie de la propriété¹⁸². En réponse à ce grief, notre Haute Cour utilisa l'expression célèbre : « d'après la doctrine aujourd'hui dominante, la garantie de la propriété appartient au droit constitutionnel non écrit de la Confédération »¹⁸³. Toutefois, après cette affirmation audacieuse, cette dernière rejeta le cours en rappelant qu'une restriction à la propriété est possible, si celle-ci repose sur un fondement légal, un intérêt public, et est suivie d'une indemnisation en cas d'expropriation¹⁸⁴. Ces conditions étaient remplies en l'espèce¹⁸⁵. Dans cette affaire, Mon-Repos aurait pu se contenter de se baser sur d'autres assises normatives telles que la Constitution d'Argovie qui garantissait déjà la propriété ou encore l'art. 4 al. 1 aCst. que les recourants invoquaient¹⁸⁶. Néanmoins, le Tribunal fédéral, selon ROSSINELLI, avait des raisons politiques de garantir explicitement la propriété¹⁸⁷. En effet, cet auteur explique que cette consécration « avait nécessairement une signification et des conséquences politiques »¹⁸⁸ dans le contexte menaçant de l'époque à l'encontre de la propriété¹⁸⁹. Dans son message de 1967, le Conseil fédéral expliqua que « [l]a garantie dresse ainsi une barrière contre l'action de l'Etat [...] »¹⁹⁰. Le propriétaire doit pouvoir aménager de manière libre ses relations juridiques avec autrui et doit également garder un pouvoir de décision sur sa propriété (conférée par le droit privé)¹⁹¹.

Le 14 septembre 1969, soit 9 ans après l'arrêt Keller, le peuple et les cantons approuvèrent la révision constitutionnelle partielle visant à introduire la règle écrite garantissant la propriété¹⁹². Le CF déclarait dans son message que la Constitution « présupposait » la

¹⁸⁰ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Volume II, N 75 ; RONZANI, p. 15.

¹⁸¹ RONZANI, p. 16 ; Arrêt Keller, du 11 mai 1960, *in* ZBl 1961, p. 69-71.

¹⁸² RONZANI, p. 16 ; Arrêt Keller, du 11 mai 1960, *in* ZBl 1961, p. 71.

¹⁸³ RONZANI, p. 16 ; Arrêt Keller, du 11 mai 1960, *in* ZBl 1961, p. 72. Consid. 2 : « Nach der heute herrschenden Lehre gehört die Eigentumsgarantie dem ungeschriebenen Verfassungsrecht der Bundes an ». Le représentant de la doctrine dominante qui a été cité dans l'arrêt est H. HUBER.

¹⁸⁴ RONZANI, p. 17 ; Arrêt Keller, du 11 mai 1960, *in* ZBl 1961, p. 72, consid. 2.

¹⁸⁵ RONZANI, p. 17 ; Arrêt Keller, du 11 mai 1960, *in* ZBl 1961, p. 72ss.

¹⁸⁶ RONZANI, p. 17 ; ROSSINELLI, p. 114. Art. 4 al. 1 aCst : « Tous les Suisses sont égaux devant la loi. Il n'y a en Suisse ni sujets, ni privilèges de lieu, de naissance, de personnes ou de familles ».

¹⁸⁷ ROSSINELLI, p. 115 ; RONZANI, p. 17.

¹⁸⁸ ROSSINELLI, p. 115-116.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 115-116 ; RONZANI, p. 17.

¹⁹⁰ FF 1967 II 137, p. 148. Le CF déclarait que « [l]a garantie de la propriété en tant qu'institution assure le maintien d'un régime libéral de la propriété [...]. Ce n'est pas seulement la propriété acquise par le particulier, qui est garantie, mais aussi la possibilité d'acquérir et d'aliéner librement la propriété ».

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 148.

¹⁹² FF 1969 II 1106.

reconnaissance de la garantie de la propriété mais ne la réglait pas expressément¹⁹³. L'art. 22ter aCst stipulait que « [l]a propriété est garantie ». Désormais, c'est l'art. 26 al. 1 Cst. qui consacre la même garantie avec une rédaction et un contenu identique¹⁹⁴.

4.3.1.2 ATF 91 I 480 – Liberté de la langue

Dans l'arrêt de 1965, nommé l'Association de l'école française¹⁹⁵, cette dernière avait formé un recours de droit public à l'encontre d'une décision du Conseil d'Etat zurichois qui encadrait et limitait son activité¹⁹⁶. La décision obligeait, dans les grandes lignes, les élèves de langue maternelle française qui étaient inscrits dans une école privée enseignant en français, à passer obligatoirement au bout de deux ans après la prise de séjour dans le canton (3 ans si justes motifs) dans une école enseignant uniquement en allemand¹⁹⁷. Le Tribunal fédéral rejeta le recours en motivant de manière claire la décision de l'exécutif zurichois¹⁹⁸. Au préalable, le juge expliqua que selon la doctrine, la liberté de la langue (droit d'user de sa langue maternelle) fait partie des libertés non écrites de la Constitution fédérale¹⁹⁹. En effet, « [d]e même que la liberté individuelle, elle est fondamentale et, jusqu'à un certain point, nécessaire à l'exercice d'autres droits constitutionnels, ainsi de la liberté d'opinion, principalement sous l'aspect de la liberté de la presse, de la liberté des cultes, d'association, d'enseignement »²⁰⁰. Malgré cette reconnaissance explicite de cette liberté par le droit prétorien, la portée de celle-ci est limitée par le principe de territorialité²⁰¹. Effectivement, cette garantie « [...] sert en même temps à fonder le maintien de la répartition territoriale des langues en Suisse, objet de l'art. 116 [a]Cst »²⁰². Notre Haute Cour conclut après une pesée d'intérêts, que malgré les inconvénients évidents engendrés par la décision du Conseil d'Etat sur les élèves de langue maternelle française, l'intérêt public à l'homogénéité linguistique a valeur prépondérante²⁰³.

C'est par la révision constitutionnelle totale de 1999²⁰⁴, que le peuple et les cantons ont décidé de consacrer formellement la liberté de langue en reprenant la « constitutionnalisation de la jurisprudence du Tribunal fédéral » relative à cette garantie²⁰⁵. L'art. 18 Cst. se formule comme suit : « La liberté de la langue est garantie ». Ce droit fondamental défend la possibilité, à

¹⁹³ FF 1967 II 137, p. 137.

¹⁹⁴ FF 1997 I 1, p. 174-176.

¹⁹⁵ ATF 91 I 480, *in* JdT 1967 I 112.

¹⁹⁶ RONZANI, p. 37 ; ATF 91 I 480, *in* JdT 1967 I 112.

¹⁹⁷ ATF 91 I 480, *in* JdT 1967 I 112, 113.

¹⁹⁸ RONZANI, p. 37.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 37 ; ATF 91 I 480, consid. 1, *in* JdT 1967 I 112, 113. La JP cite comme représentant de la doctrine dominante GIACOMETTI.

²⁰⁰ ATF 91 I 480, consid. 1, *in* JdT 1967 I 112, 113.

²⁰¹ RONZANI, p. 37.

²⁰² ATF 91 I 480, consid. 1 et 2, *in* JdT 1967 I 112, 113.

²⁰³ RONZANI, p. 38 ; ATF 91 I 480, consid. 3b, *in* JdT 1967 I 112, 116.

²⁰⁴ FF 1999 5306.

²⁰⁵ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Volume II, N 639.

chacune et à chacun, de s'exprimer oralement dans la langue de son choix, mais avant tout dans sa langue maternelle²⁰⁶.

4.3.1.3 ATF 121 I 367 – Droit à des conditions minimales d'existence

En 1995, le droit à des conditions minimales d'existence a été consacré par Mon-Repos comme droit constitutionnel non écrit²⁰⁷. Dans cet arrêt, il est question d'un recours à notre instance suprême par trois frères anciennement réfugiés puis devenus apatrides, qui s'étaient vu refusés une aide sociale par la commune d'Ostermundigen ainsi que par les autorités cantonales bernoises²⁰⁸. Le Tribunal fédéral parvient à cette consécration par le biais de la liste des critères de reconnaissance habituelle²⁰⁹ tout en la complétant par une nouvelle condition : l'exigence de justiciabilité²¹⁰. Notre Haute Cour commence son raisonnement créateur en citant MÜLLER qui explique que l'une des composantes d'un Etat démocratique fondé sur le droit, est l'assurance par ce dernier des besoins humains élémentaires (nourriture, habits, logement)²¹¹. C'est par l'assouvissement des besoins précités que l'être humain peut exister et se développer²¹². Par la suite, le juge constitutionnel fait une analyse du consensus doctrinal en la matière et relève une presque unanimité de la science juridique sur la reconnaissance d'un droit fondamental garantissant des conditions minimales d'existence²¹³. Nous laissons volontairement de côté l'analyse qu'a élaboré le juge sur le consensus des constitutions cantonales, car celle-ci se relève relativement floue et pas extrêmement convaincante²¹⁴. Finalement, il examine si ce nouveau droit constitutionnel peut être mis en œuvre judiciairement²¹⁵. Il y répond par l'affirmative en déclarant que « [c]e qui constitue la condition indispensable à une vie conforme à la dignité humaine est clairement reconnaissable et peut être obtenu dans une procédure judiciaire »²¹⁶. Le TF conclut à une violation du droit constitutionnel non écrit à des conditions minimales d'existence et admet le recours des trois frères²¹⁷. Il y a donc violation lorsque l'Etat refuse une quelconque aide ou lorsque l'aide présentée n'arrive pas à répondre aux besoins essentiels de l'être humain²¹⁸.

C'est une nouvelle fois par la révision totale de la Constitution de 1999 que le peuple et les cantons ont donné raison au Tribunal fédéral²¹⁹. En effet, la garantie à des conditions minimales d'existence a été ancrée par le constituant à l'art. 12 Cst., et son intitulé est le suivant : « Droit

²⁰⁶ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Volume II, N 628.

²⁰⁷ ATF 121 I 367, in JdT 1997 I 278.

²⁰⁸ RONZANI, p. 51 ; ATF 121 I 367, in JdT 1997 I 278, 279.

²⁰⁹ RONZANI, p. 51 ; ATF 121 I 367, consid. 2a-c, in JdT 1997 I 278, 281-284 ; cf. *supra*, p. 18.

²¹⁰ RONZANI, p. 51 ; ATF 121 I 367, consid. 2c, in JdT 1997 I 278, 283, 284., cf. *supra*, p. 18.

²¹¹ MÜLLER, p. 40 ; ATF 121 I 367, consid. 2a, in JdT 1997 I 278, 281.

²¹² MÜLLER, p. 40 ; ATF 121 I 367, consid. 2a, in JdT 1997 I 278, 281.

²¹³ RONZANI, p. 53 ; ATF 121 I 367, consid. 2b, in JdT 1997 I 278, 281-283. Le TF mentionne une palette d'auteurs : MÜLLER, GRISEL, SALADIN, AUBERT, ROSSINELLI, WOLFFERS, COULLERY et KIESER.

²¹⁴ RONZANI, p. 52, 53 ; ATF 121 I 367, consid. 2b, in JdT 1997 I 278, 281-283.

²¹⁵ RONZANI, p. 53 ; ATF 121 I 367, consid. 2c, in JdT 1997 I 278, 283, 284.

²¹⁶ RONZANI, p. 53 ; ATF 121 I 367, consid. 2c, in JdT 1997 I 278, 284.

²¹⁷ ATF 121 I 367, consid. 3d et 4, in JdT 1997 I 278, 287, 288.

²¹⁸ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Volume II, N 1556.

²¹⁹ FF 1999 5306, p. 5307. Nous soulignons la faible participation électorale à cette votation populaire : 35,89 %.

d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse »²²⁰. Il faut préciser que cette garantie n'est pas une liberté²²¹, mais un droit social fondamental²²².

4.3.2 Bilan

C'est par un constat positif que nous pouvons fonder ce bilan. En effet, la relation entre le juge constitutionnel et le constituant a permis à des droits fondamentaux de gravir le sommet de la pyramide des normes, par leurs inscriptions dans la Constitution. Cette écriture constitutionnelle garantit une certaine clarté et sécurité juridique²²³. Il est vraisemblable qu'une grande partie du peuple ne soit pas au courant des évolutions jurisprudentielles en matière de droits fondamentaux²²⁴. La Constitution écrite, quant à elle, est moins encline à l'ignorance populaire. Nous espérons que chaque citoyenne et citoyen jetteront, à tout le moins, un coup d'œil, dans leur vie, à la Constitution, afin de connaître les « règles du jeu »²²⁵.

Nous constatons également que le Tribunal fédéral, lors de son travail créateur, s'inspire pour l'essentiel d'une certaine acceptation populaire via la notion de consensus (doctrinal et cantonal)²²⁶. Notre Haute Cour ira, à notre sens, jamais à l'encontre de la science juridique, en reconnaissant un droit constitutionnel non écrit, n'ayant pas au préalable revêtu une grande légitimité²²⁷. La confirmation par le pouvoir constituant (via la révision constitutionnelle) permet d'accroître cette légitimité nécessaire au développement efficace des droits fondamentaux²²⁸. Le développement efficient des garanties ne peut se faire que si le peuple partage les valeurs intrinsèques de ces droits²²⁹. Une certaine conscience collective²³⁰ est donc, selon nous, nécessaire à l'émergence, la concrétisation et l'évolution des droits fondamentaux.

²²⁰ Art. 12 Cst. : « Quiconque est dans une situation de détresse et n'est pas en mesure de subvenir à son entretien a le droit d'être aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine ».

²²¹ AUER, *Le droit*, p. 41 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Volume II*, N 1545. Ces derniers mentionnent que la « [c]oncrétisation [de ce droit] traduit une responsabilité qui incombe à l'Etat et non à la société civile ».

²²² HOTTELIER, *La Constitution*, p. 14.

²²³ FF 1997 I 1, p. 122. Les droits fondamentaux sont désormais énumérés dans un catalogue détaillé et moderne. Ceux-ci se trouvent inscrits dans le Titre 2 et Chapitre 1 de la Cst. Ils sont consacrés aux art. 7 à 36 Cst.

²²⁴ *Ibid.*, p. 46. Dans son message le Conseil fédéral faisait le constat suivant : « Le fait de remodeler le droit constitutionnel en vigueur et de le rendre apparent permettra à de nombreux citoyens de prendre conscience pour la première fois de l'état du droit en vigueur et de la manière dont ce dernier se développe et dont il est interprété et manié par la doctrine et la pratique ».

²²⁵ Par règles du jeu, nous entendons les droits et devoirs que chacune et chacun doivent respecter dans notre Etat de droit.

²²⁶ RONZANI, p. 203. Dans ce sens, le « thésiste » explique que la création au sens strict, malgré qu'elle soit impressionnante, est rare et grandement influencée par des valeurs partagées à des « niveaux divers de l'ordre juridique, national ou international ».

²²⁷ ROSSINELLI, p. 273. Dans sa conclusion, l'auteur exprime le fait qu'il « [...] ne serait pas acceptable que le Tribunal fédéral s'autorise à consacrer sans frein et sans justification des droits non écrits indépendants ».

²²⁸ *Ibid.*, p. 273, 274.

²²⁹ *Ibid.*, p. 273, 274.

²³⁰ Concept utilisé par le sociologue Emile DURKHEIM désignant un ensemble de valeurs communes au sein d'un groupe social. [<https://www.letudiant.fr/boite-a-docs/document/la-conscience-collective-2902.html>].

5 Conclusion

Nos derniers mots essaieront de synthétiser la relation complexe mais ô combien intéressante entre le juge constitutionnel et le pouvoir constituant. Dans ce travail de mémoire, la révision constitutionnelle a été, en quelque sorte, un prétexte pour aborder une problématique plus large : les rapports entre le pouvoir judiciaire et la démocratie directe suisse. Comme le dit de manière fameuse, PORTALIS : il existe deux sciences différentes : la science des législateurs et la science des magistrats²³¹. La première consiste « à trouver dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun » et la seconde sert à « mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée[,] [...] d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue : et de ne pas s'exposer au risque d'être, tour à tour, esclave et rebelle, et de désobéir par esprit de servitude »²³². Par cette affirmation, nous observons que ces deux sciences ont des liens forts entre elles et ne peuvent fonctionner optimalement que par l'existence d'un objectif commun. Objectif commun qui devrait, selon nous, tendre à ce que le droit soit le plus juste, protecteur, fonctionnel et représentatif des valeurs collectives.

Le système juridico-politique suisse est encore plus abscons, car le peuple a grandement son mot à dire dans le processus d'élaboration des normes constitutionnelles. Cet acteur a la possibilité de réviser la Constitution, afin de lancer un signal au juge constitutionnel que celui-ci a bien fait son travail ou inversement qu'il n'a pas donné satisfaction. La jurisprudence du pouvoir judiciaire et la révision constitutionnelle du pouvoir constituant sont par conséquent les moyens de communication réciproques entre ces deux entités. Comme nous l'avons déjà sous-entendu précédemment²³³, nous refusons de définir la relation entre ces deux pouvoirs comme un rapport uniquement antagonique ou conflictuel²³⁴. Au contraire, même si le peuple remet, régulièrement, en question, certaines décisions de notre Haute Cour, cette façon de procéder permet d'alimenter un débat vital pour le bon fonctionnement de notre ordre juridico-politique²³⁵. En effet, c'est par le débat et la confrontation des acteurs que l'on peut aboutir à des compromis réunissant l'intérêt du plus grand nombre. Cet intérêt du plus grand nombre ne doit, en revanche, pas mettre en danger les acquis juridiques comme les droits de l'homme qui devraient dans leur finalité protéger chaque être humain vivant sur cette planète. C'est dans ce domaine que le juge constitutionnel a un rôle d'une très grande beauté à jouer, en étant le garant des droits fondamentaux. Nous avons vu qu'en Suisse, ce sont également les magistrats qui ont fait élargir la palette des garanties fondamentales, par leur jurisprudence créatrice en la matière. Elaboration qui a été accueillie favorablement par le pouvoir constituant. Finalement, par la présence d'un juge constitutionnel, c'est la démocratie elle-même qui y est améliorée, car cette « contrainte » judiciaire permet une amélioration de l'argumentation politique²³⁶. En effet, le

²³¹ PORTALIS, p. 23.

²³² *Ibid.*, p. 23.

²³³ Cf. *supra*, p. 16, 17.

²³⁴ TORNAY, p. 374.

²³⁵ *Ibid.*, p. 374.

²³⁶ BRUNET, p. 21 ; FERRERES COMELLA, p. 139.

débat politique doit se tenir dans le cadre juridique constitutionnel, ce qui par conséquent, permet de contenir toutes sortes de dérives politiques²³⁷.

Nous sommes ravis d'avoir pu analyser, entreprendre des recherches poussées et rédiger sur un sujet aussi important et passionnant. Nous avons tenté d'en faire une synthèse la plus complète et fidèle, ce qui est en réalité contradictoire : un texte succinct ne recherchant pas, par définition, la complétude et l'exhaustivité. En définitive, nous espérons que les lectrices et lecteurs auront pris un plaisir identique à découvrir, redécouvrir cette thématique que nous leur avons proposée au fil de ce mémoire.

²³⁷ BRUNET, p. 21.

Annexe : Entretien avec Marc FALQUET, député UDC au Grand Conseil de Genève

Biographie :

Marc FALQUET est député UDC au Grand Conseil de Genève depuis 2009 et Conseiller municipal à Collonge-Bellerive. Au Grand Conseil, il siège aux commissions du logement, des droits de l'homme et de l'énergie + SIG. En outre, il a travaillé durant 25 ans à la police judiciaire genevoise.

But et contenu de l'entretien :

L'objectif recherché de ce bref entretien est d'avoir l'opinion d'un acteur politique membre du parti UDC sur diverses problématiques de notre mémoire. En effet, nous voulions sortir du cadre juridique doctrinal, afin d'avoir l'avis d'un politicien actif. De plus, au fil du mémoire, nous avons fait part d'un certain désaccord avec la position politique de ce parti sur le droit international et le pouvoir judiciaire. Il est donc, à notre sens, constructif d'alimenter le débat en laissant la parole à un député membre dudit parti.

L'entretien s'est déroulé le lendemain d'une séance de la commission du logement du Grand Conseil dont nous sommes hebdomadairement le procès-verbaliste. Nous nous sommes retrouvés le mardi 14 mai 2019 dans le bâtiment de l'UIT de 16h30 à 17h, juste avant la plénière du Grand Conseil. La discussion a tourné autour de plusieurs thématiques reflétant notre travail de recherche comme les causes profondes menant à l'initiative « contre les juges étrangers », la relation entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir constituant, les avantages et inconvénients de la CourEDH, les éventuelles défaillances du système judiciaire suisse concernant la protection des droits fondamentaux ainsi que la place du droit international dans l'ordre juridique suisse.

Entretien :

L'entretien débute à 16h30

LE RÉDACTEUR : Quels sont les principaux éléments déclencheurs de l'initiative de l'UDC « contre les juges étrangers » et « pour l'autodétermination », selon votre point de vue ?

M. FALQUET explique que la volonté de l'UDC était de placer la Constitution au sommet de la pyramide kelsenienne des normes. Il déclare que cette initiative souhaitait mettre en exergue le respect de la volonté populaire et les normes voulues par le peuple suisse. Il nous communique que l'élément déclencheur principal est un arrêt de la CourEDH de 2014 qui avait refusé à la Suisse l'expulsion d'un criminel étranger avéré. Il explique que c'est un exemple montrant que la CourEDH s'immisce trop fortement dans l'ordre juridique suisse. Il déclare que c'est la goutte d'eau qui a fait déborder le vase. Il nuance néanmoins son propos en indiquant que dans des affaires civiles où il y a une hypothétique violation des droits humains, la CourEDH est plus légitime et peut avoir son importance. En revanche dans les affaires de fond relevant du droit pénal, il déclare que la CourEDH devrait avoir plus de retenue.

LE RÉDACTEUR : Si on comprend bien vos propos, selon le type d'affaires en cause, la CourEDH a une existence bien fondée ?

M. FALQUET nous répond que dans les affaires civiles, la CourEDH peut s'avérer nécessaire. Il explique que la justice civile n'a pas les mêmes restrictions que la justice pénale en matière de procédure. Dans la justice civile, il y a plus facilement la parole de l'un contre l'autre et certains droits fondamentaux risquent d'être bafoués.

LE RÉDACTEUR : Il faut quand même argumenter un droit fondamental contenu dans la charte conventionnelle quand on veut agir à la CourEDH. S'il y a eu un arrêt de la CourEDH constatant une violation de la Suisse, c'est que le délinquant en question avait argumenté à raison le manquement suisse à une garantie fondamentale. Une violation d'un droit fondamental peut survenir dans n'importe quel domaine du droit et atteindre n'importe quel individu.

M. FALQUET nous répond que le droit oblige également à des devoirs. Le délinquant étranger avait violé le code pénal suisse. Il est d'avis que protéger cet individu à trop forte raison n'est pas forcément légitime moralement et politiquement parlant.

LE RÉDACTEUR : Si la CEDH dérange à ce point l'UDC, pourquoi elle ne tente pas de faire une initiative poussant le Conseil fédéral à dénoncer ce traité en totalité ou en partie ?

M. FALQUET nous répond que dans un grand nombre de cas, les décisions de la CourEDH sont bien fondées. Il répète que le réel problème est que le système tel qu'il existe aujourd'hui place la Constitution au-dessous des traités internationaux. Selon son opinion et l'opinion de l'UDC, il n'y a pas de principe plus élevé que la Constitution.

LE RÉDACTEUR : Il est quand même écrit noir sur blanc dans la Constitution que le droit international doit être respecté (art. 5 al. 4 Cst.). De plus, les juges fédéraux sont tenus d'appliquer les normes internationales faisant partie de notre ordre juridique selon l'art. 190 Cst. C'est donc la Constitution elle-même qui met sur un piédestal le droit international, en tout cas, dans son application judiciaire.

M. FALQUET déclare trouver cette remarque intéressante. Il nous répond que le juge devrait appliquer prioritairement la Constitution. Ce dernier devrait juger selon les normes constitutionnelles et leurs concrétisations légales principalement. Il déclare que ce n'est pas le juge suisse qui devrait vérifier si son jugement est conforme au droit international. Il rappelle que l'UDC conteste cette supériorité du droit international. Il mentionne que la plupart des pays dans le monde appliquent leurs constitutions sans se préoccuper réellement du droit international. Il explique que via les recours aux instances internationales ou communautaires, le droit international est suffisamment appliqué et sauvegardé.

LE RÉDACTEUR : On a l'impression que vous remettez indirectement en question le principe moniste de l'ordre juridique suisse. Est-ce le cas ?

M. FALQUET nous répond que ses propos peuvent être interprétés dans ce sens. Il réaffirme la position de l'UDC qui estime que le droit suisse devrait primer sur le droit international en Suisse. Il nuance son propos en indiquant qu'il y a des lois internationales qui peuvent être

intéressantes. La CourEDH est utile, car elle permet quand même de garantir les droits fondamentaux dans des situations qui méritent protection.

LE RÉDACTEUR : Vous avez une position plus nuancée que certains adhérents de l'UDC qui disent que le catalogue constitutionnel suisse des droits fondamentaux suffirait.

M. FALQUET déclare qu'il est nuancé car il remarque que dans la pratique, il y a des cas où des individus font recours jusqu'au Tribunal fédéral et ceux-ci n'arrivent pas à se faire entendre. Il s'accorde avec l'existence d'une instance supérieure qui analyse de manière détaillée les droits fondamentaux. Néanmoins, cette dernière devrait avoir plus de retenue dans certains domaines du droit, notamment afin de respecter la souveraineté des Etats. En outre, il estime que le Tribunal fédéral fait souvent un examen très procédural de l'affaire sans prendre en compte totalement les conséquences de telle ou telle condamnation. Il exemplifie son propos avec le cas des placements forcés qui continuent encore de nos jours. Il explique qu'il y a une forteresse dans ce domaine (SPMi, TP AE et les experts médicaux), forteresse dans laquelle certains individus n'arrivent pas à se faire rendre justice. En effet, par exemple, le SPMi peut avoir pris parti pour l'un ou l'autre des parents (parent qui a le plus de moyens financiers) sans que cela soit réellement fondé vis-à-vis du bien-être de l'enfant. De plus, un des parents peut s'être fait coller l'étiquette du « parent visiteur » alors qu'une garde partagée aurait été plus adéquate. Il déclare que dans ces cas-là, il est heureux qu'il existe la CourEDH. Néanmoins, dans la justice pénale, il ne trouve pas forcément justifier qu'un délinquant ou un criminel puisse recourir à la CourEDH. Il trouve que l'auteur de l'acte délictueux ou criminel cherche à se faire passer pour victime alors qu'il a été précédemment le bourreau.

LE RÉDACTEUR : Chaque individu mérite un procès équitable, qu'il soit un ange ou un démon. De plus, certaines garanties fondamentales doivent être respectées indépendamment du profil de l'individu. N'êtes-vous pas d'accord avec ces affirmations ?

M. FALQUET s'accorde avec l'idée d'un procès équitable en expliquant que la justice pénale est déjà très encadrée (procès-verbaux des débats, avocat commis d'office si le prévenu n'a pas les moyens suffisants, droit de parler, droit de se taire). Encadrement qui est, selon lui, encore plus présent autour des prévenus. De plus, il ne semble pas que la Suisse viole des garanties fondamentales comme l'interdiction de la violence ou de la torture. Il prend l'exemple de la police qui lors d'une intervention musclée peut recourir à la force uniquement si l'individu se débat. Il trouve un peu limite le fait qu'un délinquant ou criminel aille jusqu'à Strasbourg pour se plaindre du fait que sa cellule est trop petite, au vu de la gravité de son tort précédent.

LE RÉDACTEUR : Devrait-on introduire des conditions plus strictes à la validité des initiatives populaires ? En effet, nous constatons que certaines initiatives approuvées par le peuple sont souvent difficiles à mettre en œuvre et prises en compte partiellement par le TF ? On a l'impression qu'il y a une certaine hypocrisie des autorités sur ce sujet. Par exemple, l'initiative « contre le renvoi des criminels étrangers » et l'initiative « contre l'immigration de masse » ont posé et pose encore de nombreux problèmes de mise en œuvre.

M. FALQUET déclare que le véritable problème est qu'il n'y a pas de volonté politique tendant à appliquer certaines initiatives populaires approuvées par le peuple qui sont en conflits avec des normes internationales.

LE RÉDACTEUR : Que pensez-vous de la relation entre le pouvoir constituant et le juge constitutionnel ? La trouvez-vous conflictuelle, complémentaire, ou autres ?

M. FALQUET considère que la relation entre le constituant et le juge constitutionnel est plutôt conflictuelle dans le contexte de l'initiative « contre le renvoi des étrangers criminels ». Ils trouvent que si les juges, qui ne sortent pas de leurs bureaux, estiment qu'il faut être très tolérant et faire part de mansuétude, ceux-ci risquent au contraire de faire émerger des injustices graves en laissant sur le territoire suisse des étrangers représentant un danger pour la sécurité. Il déclare qu'en général laisser une marge d'appréciation au juge est bienvenue, mais que dans le cas des étrangers criminels, il faut que le tribunal compétent applique strictement la volonté populaire telle qu'énoncée dans la Constitution à son article 121.

LE RÉDACTEUR : Il faut également prendre en compte qu'un grand nombre de normes constitutionnelles ne sont pas directement applicables par le juge et doivent être mises en œuvre par une législation d'application.

M. FALQUET déclare que c'est justement ce qui est problématique. La législation d'application devrait retranscrire le plus fidèlement possible la volonté populaire telle qu'inscrite dans la Constitution et ne pas s'en éloigner.

LE RÉDACTEUR : A vous entendre, on comprend également que l'intérêt public à la sécurité est prépondérant sur le respect de certaines normes internationales tendant à protection des individualités.

M. FALQUET nous répond que l'intérêt public à la sécurité par l'expulsion des étrangers criminels devrait primer sur certains droits individuels que peuvent avoir ceux-ci.

LE RÉDACTEUR : Nous souhaitons rebondir sur votre phrase disant que les juges ne sortent pas de leurs bureaux. Doit-on comprendre que c'est une élite qui n'est pas assez confrontée à une certaine réalité pratique ?

M. FALQUET explique qu'il est humain qu'un juge régulièrement confronté à des délinquants puisse être tenté d'être plus tolérant. Il déclare que les juges ont peut-être de temps à autre tendance à oublier la volonté populaire ainsi que le bien-être de la victime également.

LE RÉDACTEUR : Vous m'avez fait part tout à l'heure du fait que les juges cantonaux et fédéraux ne protègent pas toujours optimalement les droits fondamentaux ? Pourriez-vous développer cette affirmation ?

M. FALQUET prend exemple sur l'art. 23 Cst./GE qui stipule des droits fondamentaux de l'enfant. Il explique que ceux-ci sont régulièrement bafoués dans les procédures concernant des enfants. Le droit de l'enfant à être entendu n'est pas souvent respecté, du fait d'une surcharge judiciaire ou à cause de la peur des juges concernant une éventuelle aliénation de l'enfant par

l'un des parents. Même quand l'enfant demande lui-même à être entendu, il y a des refus. Il déclare que c'est de la maltraitance institutionnelle.

LE RÉDACTEUR : En conclusion, ne seriez-vous pas en train de plaider pour que le législateur fasse des lois relativement denses afin que le juge ait moins de marge de manœuvre et de pouvoir d'appréciation ?

M. FALQUET nous répond que cela dépend des cas. Il y a des situations où une appréciation par le juge est nécessaire alors que dans d'autre cas, elle est moins souhaitable. Il déclare que ce n'est pas évident à définir. Néanmoins, il considère que le CPC pourrait être plus encadré, notamment par des auditions formellement plus exigeantes, afin d'éviter une justice des « ragots » ou une justice de la simple vraisemblance des faits.

L'entretien prend fin à 17h05