

TABLE RONDE
GUERRE ET CONSTITUTION

SUISSE

*Michel Hottelier**

*Camille Vallier***

INTRODUCTION

1. La notion de guerre en tant que « lutte armée entre États »¹ paraît, d'un point de vue théorique tout au moins, s'opposer frontalement à la notion même de constitution, au point de lui sembler intrinsèquement antagonique. La constitution ne se définit-elle pas, en effet, comme un instrument destiné à organiser, aménager et gérer l'État et les rapports sur une base civile et pacifique², une sorte d'expression normative du contrat social, au point d'exclure précisément l'hypothèse d'une organisation ou d'une participation à toute espèce de conflit armé ?

2. Les apparences sont trompeuses et l'hypothèse mérite assurément d'être nuancée, sous un triple point de vue au moins. Les constitutions se présentent bien souvent, en premier lieu, justement comme le point d'aboutissement et de règlement de conflits armés. L'histoire regorge d'exemples célèbres, à l'image de la Constitution italienne de 1947, de la *Grundgesetz* Allemande de 1949 ou encore de la Constitution française de la V^e République de 1958. La Suisse ne fait pas exception. La Constitution fédérale de 1848, première loi fondamentale de la Suisse moderne, apparaît en effet comme le fruit d'une lutte armée qui, pour être certes interne, peut être considérée comme une guerre civile.

3. En deuxième lieu, un conflit armé international peut concerner un État, quand bien même celui-ci ne nourrit pas d'ambition particulière à entrer en guerre. La constitution peut et, sans doute, doit envisager la guerre comme une fatalité susceptible d'appeler, à tout le moins, l'organisation préventive d'une force armée ou d'une participation collective au maintien de la sécurité nationale ou internationale. Dans cette mesure, la constitution ne saurait répudier la guerre, bien au contraire. *Si vis pacem...*

4. La guerre ne s'épuise pas, en troisième lieu, dans les seuls conflits armés internationaux. Considéré d'un point de vue juridique, le vocable est suffisamment indéterminé pour ne pas limiter son envergure à la survenance exclusive de conflits entre États. Il peut au contraire recouvrir des spectres d'autres formes de calamité, à l'exemple récent de la lutte contre la pandémie de coronavirus ou du combat contre le terrorisme.

5. Voilà pourquoi l'examen de la notion de guerre au regard du droit et de la justice constitutionnelle permet d'appréhender la notion de constitution sous un jour inédit, certes largement inexploré, mais non moins porteur d'intérêt et d'enseignements.

* Professeur honoraire de la Faculté de droit de l'Université de Genève.

** Chargée de cours à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

¹ Larousse en ligne.

² Jean-François AUBERT, « La Constitution, son contenu, son usage », *Revue de droit suisse* 1991 II, p. 20 sq.

I – LES INTERACTIONS ENTRE GUERRE ET CONSTITUTION

A. Le rôle de la guerre dans l'avènement des constitutions en Suisse

6. Comme indiqué en introduction, la guerre n'a pas été étrangère à l'avènement du constitutionnalisme en Suisse. La naissance de la Confédération elle-même procède déjà, en 1291, de la volonté de nouer une alliance militaire contre l'empereur autrichien appartenant à la dynastie des Habsbourg. Des trois cantons d'Uri, Schwyz et Unterwald, l'alliance a rallié en quelque cinquante ans huit, puis treize cantons³. Dans l'histoire plus récente, le déroulement des conflits qui ont eu cours en Europe au début du 19^e siècle a également profondément influencé l'histoire et l'avènement de la vision moderne du système constitutionnel helvétique.

7. C'est, d'abord, l'invasion française de la fin de l'hiver 1798 qui marque la fin de l'Ancien Régime en Suisse et va de pair avec l'imposition, par la force et la brutalité, des préceptes de la Révolution, en particulier le principe d'égalité et la séparation des pouvoirs. Cette période dite de la République helvétique, fondée sur la pensée du Directoire français, a duré jusqu'en 1803. On lui doit du reste l'apparition, en Suisse, de l'idée moderne de constitution écrite⁴. Cette période extrêmement conflictuelle a été suivie de celle dite de l'Acte de Médiation, dicté par Bonaparte, qui a fondé la Suisse fédérale qui s'est étendue jusqu'en 1813⁵.

8. La première constitution fédérale suisse remonte au 12 septembre 1848. L'époque marque le terme d'un conflit armé qui, pour relever d'une guerre civile interne (guerre dite du *Sonderbund*), opposa à l'époque les cantons de montagne, agricoles, catholiques et conservateurs aux cantons libéraux, généralement industrialisés et protestants, qui affichaient des ambitions progressistes, le tout sous la menace d'une intervention armée de la France, de l'Autriche et de la Prusse. Cette période a marqué la fin du système du Pacte fédéral de 1815 et du régime de la Diète qui le caractérisait pour faire basculer la Suisse dans la modernité avec la fin de l'ancienne Confédération, la création d'un État résolument nouveau au regard du droit international et la perte corrélative, par les cantons, de leur souveraineté historique⁶.

9. De même, l'adoption de la Constitution fédérale du 29 mai 1847 a marqué l'épilogue d'une querelle, religieuse elle aussi, entre catholiques et protestants. La révision totale de la Constitution de 1848 s'est ainsi inscrite dans le courant qui tendait à développer l'État fédéral et tentait de résoudre les antagonismes confessionnels (période dite du *Kulturkampf*)⁷.

10. La Constitution fédérale actuelle a été adoptée par le peuple et les cantons le 18 avril 1999 et elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000⁸. À l'inverse des deux précédentes, aucun conflit particulier ne se trouve à l'origine de son élaboration. La mise en route du chantier de révision totale remonte au milieu des années 1960, avec le souci d'adapter les structures étatiques à l'évolution du monde moderne. Après de nombreuses péripéties, la révision totale s'est finalement limitée à une clarification, une adaptation et uniformisation législative du texte de la loi

³ Michel FROMONT, Thomas PERROUD, *Grands systèmes de droit étrangers*, Paris 2023, p. 97.

⁴ AUBERT (note 2), p. 27.

⁵ Sur le sujet, v. en particulier Victor MONNIER, *L'Acte de médiation (1803) de Napoléon Bonaparte. Essai historique sur l'évolution du corps helvétique de l'ancien régime à la Suisse moderne*, 4 volumes, Lausanne 2023. V. également Jean-François AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, vol. I, Neuchâtel 1967, p. 4 sq.

⁶ Alfred KÖLZ, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne. Ses fondements idéologiques et son évolution institutionnelle dans le contexte européen, de la fin de l'Ancien Régime à 1848*, Berne 2006, p. 597 sq.

⁷ Alfred KÖLZ, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne. L'évolution institutionnelle de la Confédération et des cantons depuis 1848*, Berne 2013, p. 565 sq.

⁸ Ci-après : Cst. ; *Recueil systématique du droit fédéral suisse* (ci-après : RS) 101. Le RS peut être consulté en ligne sur le site www.admin.ch.

fondamentale. Comme l'ont finement relevé deux auteurs, on peut parler d'une codification à droit constant et d'un toilettage très poussé⁹.

11. Le même processus peut s'observer sur le terrain des constitutions cantonales. Ces dernières, originellement adoptées à l'époque de la régénération, dans le courant de modernisation des structures étatiques locales qui s'est produit entre les années 1830 et 1848, ont souvent été le fruit de sévères conflits internes. La révision totale de ces constitutions est elle aussi apparue durant les années 1960 dans des contextes résolument différents de périodes de guerres civiles¹⁰.

B. Le contenu de la Constitution en lien avec la guerre

12. La notion de guerre n'est pas absente du texte de la Constitution fédérale suisse. Deux types de dispositions permettent de l'appréhender : il y a d'abord quelques dispositions qui la mentionnent de manière explicite. Certaines autres normes intègrent implicitement la lutte contre la guerre.

13. S'agissant des premières, la lutte contre la guerre figure naturellement dans le chapitre consacré à la sécurité, à la défense nationale et à la protection civile. Parmi les six dispositions que comprend ce chapitre, l'article 57 alinéa 1 Cst. précise que la Confédération et les cantons pourvoient à la sécurité du pays et à la protection de la population dans les limites de leurs compétences respectives. L'article 58 Cst. pose en particulier le principe de l'armée de milice, tout en ajoutant que celle-ci contribue à prévenir la guerre et à maintenir la paix, tout en assurant la défense du pays et de sa population. L'armée possède ainsi une assise constitutionnelle et le statut de la défense nationale est pleinement encadré par la loi fondamentale¹¹.

14. La compétence dont bénéficie la Confédération en matière de défense nationale présente un caractère global et exclusif. Le fédéralisme militaire, qui était encore une réalité jusque dans la seconde moitié du 19^e siècle, procède d'une conception aujourd'hui révolue. Dans ce contexte, les cantons se présentent de nos jours pour l'essentiel comme des organes d'exécution de la politique fédérale¹².

15. La question d'éventuels conflits de compétence entre la Confédération et les cantons n'a pas souvent eu l'occasion d'être examinée par le Tribunal fédéral dans le domaine de la défense nationale. Dans un arrêt prononcé le 21 avril 1999¹³, la Haute Cour a cependant jugé que les cantons ne sauraient valablement renoncer à faire appel à la troupe pour assurer le service d'ordre sur leur territoire ou la sécurité des conférences internationales au titre de service d'appui. Cette partie d'une initiative populaire genevoise de rang constitutionnel a en conséquence été annulée par le Tribunal fédéral au motif qu'elle contrevient au droit de la Confédération. En revanche, l'encouragement du canton à la réduction des dépenses militaires, à la restitution à des usages civils des terrains affectés à l'armée, à la conversion civile des activités économiques en relation avec le domaine militaire ou encore à l'accueil des victimes de la violence ont été considéré comme compatibles avec le droit fédéral.

16. L'armée suisse présente ainsi, à teneur de l'article 58 Cst., un caractère unique et exclusif. La conception et la rédaction de la disposition impliquent que la création de milices cantonales ou de corps spéciaux tels que des unités militaires privées ou des corps de mercenaires est formellement proscrite. Le principe de l'armée de milice que pose l'article 58 alinéa 1 Cst. interdit

⁹ FROMONT, PERROUD (note 3), p. 99.

¹⁰ Andreas KLEY, « Geschichte des schweizerischen Verfassungsrechts von 1798 bis in die Gegenwart », in Oliver DIGGELMANN, Maya HERTIG RANDALL, Benjamin SCHINDLER (éd.), *Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse*, vol. I, Zurich 2020, p. 81.

¹¹ Kastriot LUBISHTANI, Vincent MARTENET, « Article 58 », in Vincent MARTENET, Jacques DUBEY (éd.), *Constitution fédérale. Commentaire*, Bâle 2021, p. 1415 sq.

¹² FF 1997 I, p. 237.

¹³ *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse* (ci-après : ATF) 125 I 227. Le texte des arrêts du Tribunal fédéral suisse peut être consulté en ligne sur le site www.bger.ch.

en outre la présence de troupes permanentes, de même que l'armée de métier. La disposition ne fait toutefois pas obstacle à la présence d'unités spécialisées requérant des compétences techniques particulières, de même que celle d'un corps d'instruction et d'encadrement professionnalisé. L'armée de milice, qui repose historiquement sur le mythe du citoyen soldat armé au service constant de la patrie et mobilisable à tout instant, demeure néanmoins la règle¹⁴.

17. Dans cette perspective, l'article 59 alinéa 1 Cst. pose quant à lui le principe que tout homme de nationalité suisse est astreint au service militaire. La disposition pose deux conditions cumulatives : la possession de la nationalité suisse et l'appartenance au sexe masculin¹⁵. L'appartenance au sexe féminin exclut toute obligation de servir de la part des femmes. L'obligation de servir remonte à l'époque de la première Constitution fédérale, en 1848¹⁶. L'article 59 alinéa 2 Cst. indique toutefois que les Suissesses peuvent servir dans l'armée sur une base volontaire.

18. L'article 59 alinéa 3 Cst. ajoute que tout homme de nationalité suisse qui n'accomplit pas le service militaire ou son service de remplacement – ou, depuis plus récemment, le service civil – est tenu de s'acquitter d'une taxe. De jurisprudence constante, cette taxe constitue une contribution de remplacement, qui poursuit le but de garantir une égalité de traitement entre les personnes soumises à l'obligation de servir qui effectuent le service militaire ou le service civil, et celles qui en sont exemptées. Le régime juridique propre à cette dernière a pu alimenter une casuistique originale du Tribunal fédéral¹⁷ comme de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁸.

19. Dans le sillage de ces dispositions, l'article 61 Cst. aménage le statut de la protection civile, en indiquant en particulier que cette dernière a pour tâche la protection des personnes et des biens en cas de conflit armé. Par ailleurs, dans le chapitre des compétences fédérales consacrées à l'économie, la Constitution prévoit notamment des mesures relatives à la sécurité alimentaire en temps de crise. L'article 102 Cst. indique en particulier que la Confédération assure l'approvisionnement du pays en biens et services de première nécessité afin de pouvoir faire face à une menace de guerre, à une autre manifestation de force ou à une grave pénurie à laquelle l'économie n'est pas en mesure de remédier par ses propres moyens. La disposition ajoute que la Confédération peut, au besoin, déroger au principe de la liberté économique au sens de l'article 94 Cst.

20. Cette disposition constitutionnelle a été adoptée à la sortie de la Deuxième Guerre mondiale, jusqu'au début de laquelle la Suisse importait 40 % de ses céréales et s'est donc vue soudainement prise de court par l'impossibilité de s'approvisionner à l'étranger¹⁹. La constitution de réserves obligatoires de céréales, ainsi que l'encouragement de la production végétale nationale par le biais de subventions, ont notamment été adoptées en vertu de cette disposition²⁰.

21. Dans le message qu'il a présenté aux Chambres fédérales le 20 novembre 1996 à l'appui de son projet de nouvelle constitution, le Conseil fédéral a relevé qu'il avait à dessein renoncé à proposer une définition trop exclusive et précise du mandat de l'armée dans le souci de permettre

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Sur les délicats problèmes d'interprétation que pose l'exigence de masculinité en lien avec les questions de genre, v. les intéressants développements de Kastriot LUBISHTANI, Vincent MARTENET, « Article 59 », in MARTENET, DUBEY (note 11), p. 1426 et 1429 s.

¹⁶ LUBISHTANI, MARTENET, (note 15), p. 1425.

¹⁷ V. par exemple l'arrêt 9C_677/2022, du 17 juillet 2023 : exonération de la taxe militaire d'un citoyen suisse membre de la fonction publique de l'ONU.

¹⁸ CourEDH, arrêt *Glor c. Suisse*, du 30 avril 2009 : violation de l'article 14 CEDH lu en relation avec l'article 8 CEDH dans le cas d'un ressortissant suisse déclaré inapte au service militaire en raison d'une incapacité physique partielle et soumis à l'obligation d'acquitter la taxe militaire, alors même que ce dernier était disposé à accomplir un service civil. V. également CourEDH, arrêt *Ryser c. Suisse*, du 12 janvier 2021 : violation de l'article 14 CEDH lu en lien avec l'article 8 CEDH à propos de l'assujettissement du requérant à la taxe d'exemption de l'obligation de servir, alors même qu'il avait été déclaré inapte au service militaire.

¹⁹ Hans POPP, *Le Siècle de la révolution agricole – L'agriculture et la politique agricole suisse au 20^e siècle*, Berne (2000) p. 41 sq ; Andreas ZIEGLER, « Article 102 », in MARTENET, DUBEY (note 11), p. 2106.

²⁰ Pierre MOOR, *Agriculture*, Lausanne, 1985, p. 28.

de nouvelles adaptations à l'avenir²¹. La promotion de la paix à l'étranger et la coopération militaire internationale sont en conséquence possibles d'un point de vue constitutionnel²². L'article 107 Cst. indique pour sa part que la Confédération légifère sur la fabrication, l'acquisition, la distribution, l'importation, l'exportation et le transit de matériel de guerre. La politique d'exportation de matériel militaire de la Suisse obéit en particulier à la nécessité de préserver la neutralité en matière de politique extérieure²³.

22. Outre ces normes topiques, plusieurs autres dispositions intègrent, de manière implicite, la notion de guerre. Parmi les dispositions générales placées en tête de la Constitution fédérale, l'article 2 alinéa 1 Cst. dispose par exemple que la Confédération suisse protège la liberté et les droits du peuple et assure l'indépendance et la sécurité du pays. Dans le domaine des droits fondamentaux, l'article 36 alinéa 2 Cst. précise que les motifs d'intérêt public sont de nature à limiter l'exercice de ces derniers. Il ne fait pas de doute que la survenance d'une guerre, d'une catastrophe ou d'une situation d'urgence est de nature à justifier des restrictions des droits fondamentaux, ce d'autant que la Constitution fédérale n'est pas dotée d'une disposition comparable aux articles 15 CEDH et 4 Pacte II, qui permettent de suspendre l'exercice de certains droits humains en période de guerre ou d'autre danger public exceptionnel menaçant l'existence de la nation. En soulignant que les réfugiés ne peuvent être refoulés sur le territoire d'un État dans lequel ils sont persécutés, l'article 25 alinéa 2 Cst. assure également une forme de protection dans le cas d'éloignement des personnes étrangères vers des pays frappés par la guerre comme l'a relevé le Conseil fédéral²⁴.

23. Les dispositions constitutionnelles qui traitent de la guerre affichent un contenu totalement neutre s'agissant de l'origine ou la nature des conflits. Elles ne répudient pas plus qu'elles n'encouragent aucune forme de guerre. Seule la finalité compte dans ce contexte : assurer la sécurité du pays au sens de l'article 2 alinéa 1 Cst.

C. L'impact des traités internationaux

24. Le Traité de Paris, signé le 20 novembre 1815 par les Puissances européennes, notamment l'Autriche, la France, la Grande-Bretagne, le Portugal, la Prusse et la Russie, reconnaît « formellement et juridiquement la neutralité perpétuelle de la Suisse ». Cet instrument a été conclu à l'époque où les vingt-deux cantons souverains s'étaient engagés à se regrouper dans un Pacte fédéral, le 7 août 1815²⁵. Il est admis depuis cette époque que le régime de la neutralité tel qu'il a cours en Suisse va de pair avec un système fondé sur l'autodéfense²⁶.

25. La neutralité de la Suisse est mentionnée à l'article 173 alinéa 1, lettre a Cst., parmi les tâches et compétences dont l'Assemblée fédérale se trouve nantie. La disposition prévoit que l'Assemblée fédérale prend les mesures nécessaires pour préserver la sécurité extérieure, l'indépendance et la neutralité de la Suisse. La même règle figure, en parallèle, à l'article 185 alinéa 1 Cst. au titre des compétences du Conseil fédéral. Le Conseil fédéral a précisé à ce sujet que la neutralité n'est pas en soi un but de la politique extérieure, mais qu'elle se présente comme l'un des instruments dont le gouvernement dispose pour atteindre ses objectifs, l'un de ces derniers étant la sauvegarde d'une indépendance nationale aussi étendue que possible. C'est pourquoi la Constitution fédérale, pas plus que celle qui l'a précédée ne mentionne la neutralité dans la disposition qui énonce les buts de la Confédération²⁷.

²¹ *Feuille fédérale de la Confédération suisse* (ci-après : FF) 1997 I, p. 240. La *Feuille fédérale* peut être consultée en ligne sur le site www.admin.ch/ch/f/ff/index.html.

²² LUBISHTANI, MARTENET (note 11), p. 1418.

²³ FF 1997 I, p. 322.

²⁴ Giorgio MALINVERNI, Michel HOTTELIER, Maya HERTIG RANDALL, Alexandre FLÜCKIGER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, *Les droits fondamentaux*, 4^e éd., Berne 2021, p. 652.

²⁵ FF 1988 II, p. 953.

²⁶ FF 1988 II, p. 956. Sur le sujet, v. Mark E. VILLIGER, *Handbuch der schweizerischen Neutralität*, Zurich 2023.

²⁷ FF 1997 I, p. 406.

26. Le statut de la guerre est également régi par un certain nombre d'engagements internationaux auxquels la Suisse est partie. Ces traités régissent de questions aussi variées et délicates que le statut des militaires, notamment dans le cas de personnes binationales²⁸, la coopération en matière d'instruction militaire ou de sûreté aérienne, les informations classifiées, la prévention de la guerre et la protection des victimes. On pense bien entendu, dans ce dernier cas, au statut du Comité international de la Croix Rouge et aux Conventions de Genève.

27. L'article 5 alinéa 4 Cst. précise de manière générale que la Confédération et les cantons respectent le droit international. Le principe de la primauté du droit international sur le droit d'origine interne trouve naturellement également application dans le domaine de la sécurité extérieure et des conflits armés. Selon la jurisprudence développée par le Tribunal fédéral, les normes du droit international qui lient la Suisse priment en principe celles du droit interne qui lui sont contraires²⁹.

D. Les types de guerre

28. La notion de guerre qu'emploie la Constitution fédérale ne fait pas l'objet d'une définition précise sur le plan juridique. Il faut déduire de cette indétermination que toute forme de conflit armé est susceptible d'être appréhendée, qu'il s'agisse d'un conflit international ou d'une guerre civile limitée à l'interne et quelles que puissent être ses causes.

II – LA GESTION DE LA GUERRE PAR LA CONSTITUTION

A. Les droits fondamentaux

29. Comme indiqué précédemment, le catalogue des droits fondamentaux de la Constitution fédérale ne connaît pas de statut particulier en lien avec la survenance d'un conflit armé. La question est régie par les dispositions générales relatives à leur mise en œuvre et les restrictions susceptibles d'affecter leur exercice au sens de l'article 36 Cst., à savoir l'existence d'une base légale (al. 1), la présence d'un motif légitime (motif d'intérêt public ou protection d'un droit fondamental d'autrui, al. 2) et le respect du principe de la proportionnalité (al. 3). La disposition ajoute (al. 4) que la restriction doit, en tout état, respecter l'essence du droit fondamental en cause.

30. Cette dernière clause s'inspire du régime de la *Grundgesetz* allemande. C'est l'histoire, en particulier les atrocités commises durant le régime nazi dans ce pays, qui a commandé l'inclusion d'une barrière ultime, liée au respect de la dignité humaine, dans le catalogue des conditions de restrictions des droits fondamentaux, à travers la consécration de leur noyau en tout état intangible (*Kerngehalt*, *Wesenskern*). La clause n'a toutefois pas, pour l'heure, joué de rôle dans le système suisse³⁰.

31. La notion de motif légitime dont la réalisation est requise pour limiter les droits fondamentaux au sens de l'article 36 alinéa 2 Cst. englobe en particulier l'ensemble des mesures visant à lutter contre la guerre. Comme l'a relevé le Conseil fédéral, l'existence d'une armée est indispensable pour faire prévaloir le pouvoir de l'État. Si ce pouvoir n'est pas garanti, des conflits internes sont susceptibles d'éclater entre groupuscules rivaux, conflits qui peuvent même dégénérer en guerre civile³¹. Dans ce contexte, l'existence même de l'État est évidemment de nature à justifier des limitations des droits fondamentaux³². Il est toutefois admis que des concepts fondateurs aussi

²⁸ LUBISHTANI, MARTENET (note 11), p. 1427.

²⁹ ATF 149 I 41, du 24 janvier 2023.

³⁰ MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL, FLÜCKIGER (note 24), p. 127.

³¹ FF 1988 II, p. 952.

³² MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL, FLÜCKIGER (note 24), p. 109.

centraux que le respect de la dignité humaine, l'interdiction de la peine de mort et l'interdiction de la torture ne sauraient être remis en cause en temps de guerre³³.

32. Si tous les droits fondamentaux sont potentiellement concernés par la notion de guerre, certains d'entre eux sont plus particulièrement susceptibles de trouver application en cas de conflit armé. La jurisprudence suisse et européenne disponible sur le sujet révèle que des dispositions telles que la liberté personnelle, le droit à la vie, la lutte contre la torture ou encore la liberté d'expression sont particulièrement pertinentes et ont pu être invoquées avec succès, en particulier dans le contexte lié à l'éloignement de personnes étrangères du territoire suisse. L'effet réflexe ou extraterritorial des droits fondamentaux joue en plein en ce domaine.

33. Deux affaires célèbres jugées au début des années 1980 ont par exemple conduit le Tribunal fédéral à fixer les contours du principe de non-refoulement au sens du droit international en matière d'extradition. Dans ces deux cas, qui portaient pour le premier sur l'extradition d'un ressortissant argentin vers son pays d'origine³⁴ et, pour le second, sur une extradition vers la Turquie³⁵, la Haute Cour a considéré que le respect de l'article 3 CEDH faisait obstacle à l'éloignement des intéressés en raison de la situation propre au respect des droits humains tels qu'elle avait alors cours dans ces États³⁶.

34. Plus récemment, plusieurs affaires jugées par la Cour européenne des droits de l'homme et par le Comité contre la torture des Nations Unies ont également permis de souligner l'importance que revêt le principe de non-refoulement dans le cas de l'éloignement de personnes vers des États frappés de guerre civile ou qui connaissant un régime dans lequel le respect le plus élémentaire de la dignité humaine n'est pas assuré³⁷. Le principe de non-refoulement est à présent inscrit à l'article 25 alinéas 2 et 3 Cst.

35. La guerre a également joué un rôle dans l'avènement de la liberté de réunion en cas de manifestation sur le domaine public. À l'origine, cette garantie ne figurait pas dans la Constitution fédérale de 1874. Elle a, dans un premier temps, été reconnue par le Tribunal fédéral comme liberté non écrite protégée par la Constitution fédérale dans le cas de la tenue d'une manifestation organisée à Zurich en vue de lutter contre le régime politique espagnol, à l'époque, du franquisme³⁸.

36. Dans une autre affaire de principe, examinée le 27 novembre 1974, les juges fédéraux ont précisé la portée que revêt la liberté de réunion en cas de manifestation sur le domaine public à propos d'un rassemblement qui concernait en l'occurrence la guerre du Vietnam. La Haute Cour a souligné en particulier que la liberté de réunion peut être accompagnée d'un régime d'autorisation préalable, les autorités cantonales et communales devant prendre en compte non seulement les intérêts publics mis en cause par des rassemblements sur le domaine public, mais également le caractère idéal que revêtent les libertés d'expression et de réunion.

37. La Cour européenne des droits de l'homme a par ailleurs eu l'occasion de se prononcer sur certaines affaires suisses en lien avec la lutte contre le terrorisme international. À la faveur d'une cause dont la Grande Chambre a connu le 12 septembre 2012, les juges européens ont conclu à la violation de l'article 8 CEDH dans le cas d'un homme d'affaires de nationalité italienne et égyptienne domicilié dans l'enclave de Campione d'Italia, sur les bords du lac de Lugano, entourée du canton du Tessin³⁹. L'intéressé s'était en l'espèce trouvé fiché sur la liste des personnes soupçonnées d'accointance avec les auteurs des attentats qui ont frappé les États-Unis le 11 septembre 2001. Bien que formellement mis hors de cause, l'accès au territoire helvétique lui fut

³³ FF 1997 I, p. 141, 148 s.

³⁴ ATF 108 Ib 408, du 3 novembre 1982.

³⁵ ATF 109 Ib 64, du 22 mars 1983.

³⁶ Sur le sujet, v. Olivia LE FORT, *La preuve et le principe de non-refoulement : entre droit international des réfugiés, protection des droits humains et droit suisse des migrations*, Zurich 2018.

³⁷ Giorgio MALINVERNI, Michel HOTTELIER, Maya HERTIG RANDALL, Alexandre FLÜCKIGER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, *L'Etat*, 4^e éd., Berne 2021, p. 897 s.

³⁸ ATF 96 I 219, du 24 juin 1970.

³⁹ CourEDH, arrêt *Nada c. Suisse*.

refusé en application des mesures contre les talibans que le Conseil fédéral avait adoptées dans le sillage des résolutions édictées par le Conseil de sécurité des Nations Unies.

38. La Cour a commencé par retenir que l'affaire relevait bien de la juridiction suisse au sens des articles 1 et 19 CEDH et que le requérant, qui avait subi pendant au moins six ans des mesures restrictives au sens de l'article 8 CEDH, était légitimé à se prétendre victime d'une violation de la Convention selon l'article 34 CEDH. L'interdiction de l'entrée et du transit sur le territoire suisse des personnes figurant sur la liste des Nations Unies était de nature à entraver l'exercice du droit au respect de sa vie privée au sens de l'article 8 CEDH. Au final, la Grande Chambre a retenu que les restrictions imposées à la liberté de circulation du requérant pendant une durée considérable n'avaient pas ménagé un juste équilibre entre, d'une part, le droit de l'intéressé à la protection de sa vie privée et familiale et, d'autre part, les buts légitimes susceptibles de résulter de la prévention des infractions pénales, la protection de la sécurité nationale et de la sécurité publique de la Suisse. L'ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale du requérant n'est pas apparue proportionnée aux yeux de la Cour et, dès lors, non nécessaire dans une société démocratique.

39. Dans une autre affaire, jugée le 21 juin 2016 par sa Grande Chambre également, la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré que le système de confiscation des avoirs mis en œuvre par la Suisse sur la base des résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU liées à l'embargo contre l'Irak n'avait pas respecté le droit d'accéder à un tribunal au sens de l'article 6 paragraphe 1 CEDH⁴⁰. La Cour a précisé à cette occasion que lorsqu'une résolution de l'ONU ne contient pas de formule explicite excluant la possibilité d'un contrôle judiciaire des sanctions prises, elle doit être comprise comme autorisant les juridictions de l'État à effectuer un contrôle approprié. Ce contrôle peut se limiter à l'arbitraire, ce qui devrait suffire à garantir le juste équilibre entre le respect des droits de l'homme et les impératifs qui découlent de la protection de la paix et de la sécurité.

40. Dans l'arrêt de principe fort intéressant qu'il a rendu en procédure de révision le 31 mai 2018 suite à l'arrêt de la Cour de Strasbourg⁴¹, le Tribunal fédéral a indiqué que l'interprétation systémique et harmonisante qui prévaut en droit international public en cas de conflit apparent entre des obligations internationales issues de plusieurs sources conduit à la conclusion que le respect des droits de l'homme peut être coordonné, de manière générale, avec les obligations qui découlent des résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU.

41. Notons encore que dans une affaire de principe dont elle a connu le 15 octobre 2015, la Grande Chambre de la Cour a jugé que la condamnation, en application de la législation pénale suisse, d'un ressortissant turc qui avait publiquement exprimé l'opinion selon laquelle les déportations massives et les massacres subis par les Arméniens au sein de l'Empire ottoman en 1915 et durant les années suivantes ne constituaient pas un génocide contrevenait à la liberté d'expression au sens de l'article 10 CEDH⁴².

B. La gestion institutionnelle de la guerre

42. La répartition des compétences entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral est régie de manière stricte par la Constitution. Les art. 184 al. 3 et 185 al. 3 Cst. habilite le Conseil fédéral à adopter des ordonnances d'une durée limitée dans le temps et à prendre les décisions nécessaires, respectivement lorsque la sauvegarde des intérêts du pays l'exige ou lorsqu'il s'agit de parer à des troubles existants ou imminents menaçant gravement l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure. Le Conseil fédéral s'est fondé en particulier sur ces dispositions pour gérer la lutte contre le terrorisme générée par les attentats du 11 septembre 2001 aux États-Unis et, plus récemment, pour lutter contre la pandémie du coronavirus⁴³.

⁴⁰ CourEDH, arrêt *Al-Dulimi Khalaf, Montana Management Inc. c. Suisse*.

⁴¹ ATF 144 I 214.

⁴² CourEDH, arrêt *Perincek c. Suisse*.

⁴³ MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL, FLÜCKIGER (note 37), p. 570 et 603.

43. Dans le domaine normatif, en matière de traités internationaux, l'article 140 alinéa 1 lettre b Cst. soumet au référendum obligatoire, impliquant la double majorité des voix du peuple et des cantons, l'adhésion de la Suisse à des organisations de sécurité collective ou à des communautés supranationales.

44. La Constitution fédérale ne contient en revanche pas de dispositions topiques transitoires tendant à gérer d'éventuelles périodes conflictuelles.

45. L'article 184 Cst. règle la question des relations de la Suisse avec l'étranger. La disposition charge le Conseil fédéral de la conduite des affaires étrangères, sous réserve des droits de participation de l'Assemblée fédérale. Or, en cas de conflit, c'est à l'Assemblée fédérale que revient la charge d'ordonner le service actif (mobilisation) et de mettre à cet effet l'armée sur pied. La gestion du commandement des forces armées incombe au général, lequel est élu par l'Assemblée fédérale statuant en chambres réunies au sens de l'article 168 alinéa 1 Cst.

46. Dans les cas d'urgence, le Conseil fédéral peut lui-même lever des troupes, ainsi que l'indique l'article 185 alinéa 4 Cst. S'il met sur pied plus de 4 000 militaires pour le service actif ou si cet engagement doit durer plus de trois semaines, l'Assemblée fédérale doit être convoquée sans délai.

47. Lors des deux conflits mondiaux de 1914 et 1939, la question institutionnelle majeure a concerné la répartition des pouvoirs entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral. Une habilitation constitutionnelle implicite, qualifiée d'état de grande nécessité, a vu la première déléguer au second les pleins pouvoirs au moyen d'arrêtés⁴⁴. C'est donc durant ces périodes le Conseil fédéral qui a exercé l'essentiel du pouvoir normatif par le biais d'ordonnances dépourvues de tout contrôle populaire puisque non soumises au référendum. À l'issue de la Seconde Guerre mondiale, le régime de l'urgence a conduit à l'introduction d'une nouvelle réglementation dans la Constitution fédérale. La matière est à présent régie par l'article 165 Cst.⁴⁵

48. La disposition prévoit que les lois fédérales dont l'entrée en vigueur ne souffre d'aucun retard peuvent être déclarées urgentes par un vote émanant de la majorité des membres du Conseil national (Chambre du peuple, 200 députés) et du Conseil des États (Chambre des cantons, 46 membres), soit 101 voix dans le premier et 24 dans le second. Si tel est le cas, la loi peut alors entrer en vigueur immédiatement après son adoption, sans possibilité de suspension par le déclenchement d'un référendum.

49. Les lois fédérales urgentes dont la durée est fixée à une année au plus échappent au référendum populaire. Lorsque cette durée dépasse en revanche une année, le référendum est obligatoire pour celles qui sont dépourvues de base constitutionnelle, la teneur de la loi équivalant en effet à une révision temporaire de la Constitution fédérale. Le référendum est facultatif pour les lois qui sont conformes à la Constitution et doit être sollicité par 50 000 citoyens ou huit cantons. En pareille hypothèse, la loi déjà en vigueur doit être approuvée en votation populaire dans le délai d'un an suivant son adoption. Celle qui est refusée ne peut pas être renouvelée. Rien ne s'oppose en revanche à la reconduction d'une loi urgente validée lors d'un référendum⁴⁶.

50. Combiné avec le régime des articles 184 et 185 Cst., qui comme indiqué précédemment ménagent également des pouvoirs étendus au Conseil fédéral, ce régime permet d'encadrer les situations d'urgence liées à ces crises d'envergure comme celle que la Suisse a récemment traversée durant la pandémie du coronavirus⁴⁷.

51. Une question originale et intéressante concerne le statut des dispositions de la Constitution fédérale relatives à la défense nationale. Que ces dispositions puissent subir des modifications par la voie de révisions partielles de la Constitution ne pose guère problème en soi. C'est ainsi que la disposition prévoyant l'obligation pour tout homme de nationalité suisse d'accomplir le service militaire a subi le 17 mai 1992 une révision partielle afin d'être complétée par

⁴⁴ AUBERT (note 5), p. 552 *sq.*

⁴⁵ MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL, FLÜCKIGER (note 37), p. 615 *sq.*

⁴⁶ Sur le sujet, v. MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL, FLÜCKIGER (note 37), p. 567 *sq.*

⁴⁷ MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL, FLÜCKIGER (note 37), p. 570 et 603.

une clause introduisant un service civil de remplacement en faveur des objecteurs de conscience⁴⁸. Qu'en est-il, en revanche, de propositions plus fondamentales ? Peut-on par exemple, par la voie d'une initiative populaire, proposer l'abrogation pure et simple de l'armée ou inscrire dans la Constitution le principe de l'interdiction de certains types de matériel militaire comme des avions de combat ? Ou encore, réduire de manière drastique le budget militaire ? La Constitution ouvre-t-elle un champ dépourvu de toute limite à l'exercice des droits populaires ou existe-t-il au contraire certaines limites matérielles à sa révision ? Une forme de normes intangibles ?

52. La question des limites matérielles à la révision de la Constitution fédérale est un sujet classique du droit constitutionnel suisse. Elle revêt une importance particulière dans un pays où les droits de participation directe du peuple à l'adoption des normes sont fortement développés et où, en particulier, cent mille citoyennes et citoyens disposent du droit de proposer directement des révisions formellement rédigées de la Constitution fédérale.

53. Sur le plan théorique, la réponse qui est traditionnellement apportée à cette problématique consiste à admettre qu'il n'existe aucune limite ni théorique, ni même concrète à la révision de la loi fondamentale, aucune des dispositions qu'elle incorpore ne présentant une forme de caractère sacré ou tabou⁴⁹. La question s'est posée sur le terrain pratique à la fin des années 1989 dans le cas d'une initiative populaire qui proposait rien moins que l'abrogation pure et simple de l'armée suisse.

54. Intitulée « *Pour une Suisse sans armée et pour une politique globale de paix* », l'initiative proposait d'inscrire dans la Constitution fédérale une disposition indiquant que la Suisse n'avait pas d'armée, tout en faisant interdiction à la Confédération, aux cantons, aux communes, ainsi qu'aux particuliers ou à des groupes privés d'instruire ou d'entretenir des forces armées. Un délai de dix ans était ménagé aux autorités pour mettre ce programme en œuvre. Dans le message qu'il a présenté le 25 mai 1988 au Parlement fédéral en vue de permettre à ce dernier de statuer sur la validité juridique de cette proposition, le Conseil fédéral s'est interrogé sur la question des limites matérielles autonomes à la révision de la Constitution fédérale⁵⁰.

55. L'Exécutif a relevé que maintenir ou supprimer son armée représente sans conteste un choix existentiel pour un État. La question se posait dès lors de déterminer si ce choix devait obéir à la procédure de la révision partielle de la Constitution fédérale, ainsi que l'y engageait l'initiative populaire ou plutôt à la procédure de la révision totale, nettement plus lourde. Le Conseil fédéral a conclu que l'initiative populaire était en l'occurrence valable juridiquement et que la procédure de la révision partielle de la Constitution pouvait être suivie. À l'issue d'une campagne référendaire particulièrement animée, le peuple et les cantons ont rejeté l'initiative lors du scrutin du 26 novembre 1989⁵¹.

56. Dans un esprit comparable, il en est allé de même avec une autre initiative populaire intitulée « *Pour une Suisse sans avions de combat* », rejetée par une majorité des voix du peuple et des cantons lors du scrutin du 6 juin 1993⁵². Et au mois de septembre de cette même année, le peuple et les cantons ont également rejeté une initiative populaire qui ambitionnait d'abroger le service militaire obligatoire⁵³.

57. L'Assemblée fédérale a en revanche invalidé une initiative populaire qui, intitulée « *Pour une politique d'asile raisonnable* », avait pour conséquence de conduire au renvoi immédiat, sans possibilité de former recours, les personnes dont la demande d'asile avait essuyé un refus définitif. Le renvoi pouvait avoir pour effet de conduire les personnes concernées dans des États en guerre où celles-ci auraient pu encourir un risque de traitement contraire à l'interdiction de la torture ou

⁴⁸ FF 1992 V, p. 443. Actuellement, art. 59 al. 1 Cst.

⁴⁹ Sur le sujet, v. Michel HOTTELIER, « La révision de la Constitution fédérale suisse », in Dave GUÉNETTE, Patrick TAILLON, Marc VERDUSSEN (dir.), *La révision totale dans tous ses états*, Montréal 2020, p. 386 sq.

⁵⁰ FF 1988 II, p. 946 sq.

⁵¹ FF 1990 I, p. 216. 35,6 % du corps électoral et deux cantons ont accepté l'initiative, 64,4 % du corps électoral et 21 cantons l'ont rejetée.

⁵² FF 1993 II 1325.

⁵³ FF 2013, p. 7879.

des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Ici, le Parlement fédéral a considéré que pareille mesure conduisait au principe de non-refoulement au sens du droit international impératif⁵⁴.

58. Dans un sens comparable, une initiative populaire déposée en 1954 demandait une réduction massive des dépenses militaires pour l'année 1955 ou 1956. Suivant l'avis exprimé par le Conseil fédéral, l'Assemblée fédérale considéra qu'il s'avérait pratiquement impossible d'organiser un scrutin populaire dans un délai aussi bref. L'initiative fut invalidée par l'Assemblée fédérale⁵⁵.

59. Une autre initiative populaire tendant à la révision partielle de la Constitution fédérale s'intitulait « *Pour moins de dépenses militaires et davantage de politique de paix* ». Ici, le texte exigeait une réduction des crédits alloués à la défense nationale et l'affectation corrélative des montants ainsi économisés à des efforts supplémentaires en faveur de la politique de paix que mène la Suisse sur le plan international. L'Assemblée fédérale a finalement retenu l'absence de lien intrinsèque entre la défense nationale, d'une part, et la promotion de la paix dans le monde, d'autre part. L'initiative a été invalidée au motif qu'elle contrevenait à l'exigence d'unité de la matière, qui prévoit qu'une initiative populaire ne peut pas viser plusieurs objectifs simultanés⁵⁶.

60. Comme on peut le constater, le statut de la défense nationale forme un champ privilégié d'exercice des droits démocratiques. Le rejet des initiatives constitutionnelles prémentionnées ne saurait occulter le vaste débat que l'exercice du droit de référendum ne manque pas d'ouvrir dans la classe politique ainsi que l'ensemble des strates de la société civile. La consultation populaire peut en outre s'avérer redoutable dans le cas de référendums dirigés contre des actes émanant non pas d'initiatives populaires tendant à la révision de la Constitution fédérale, mais de l'Assemblée fédérale.

61. C'est ainsi que lors du scrutin référendaire du 18 mai 2014, une majorité du corps électoral a rejeté une loi fédérale qui prévoyait l'achat d'avions de combat suédois⁵⁷. Et lors d'un scrutin identique, c'est à une majorité extrêmement ténue que l'achat d'avions de combat américains pour l'armée suisse a été accepté par le peuple le 27 septembre 2020⁵⁸.

C. L'appréhension de la guerre par la juridiction constitutionnelle

62. La notion de guerre et ses implications échappent largement au juge constitutionnel suisse. L'article 189 alinéa 4 Cst. soustrait en effet au contentieux judiciaire les actes qui émanent de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral. Comme nous l'avons vu, la question du maintien de la sécurité intérieure et extérieure comme l'engagement des forces armées relèvent des compétences de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral. Le principe de la séparation des pouvoirs trouve en la circonstance matière à s'appliquer de manière particulièrement stricte.

⁵⁴ FF 1991 I, p. 102.

⁵⁵ FF 1955 II, p. 333.

⁵⁶ FF 1994 III, p. 182 ; MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL, FLÜCKIGER (note 37), p. 279.

⁵⁷ FF 2014, p. 6121.

⁵⁸ FF 2020, p. 8449. La majorité des voix favorable à cet achat, évalué à quelque six milliards de francs, ne s'est élevée qu'à 50,1 % des votants.