

**Zeitschrift:** Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 105 (1986)

**Artikel:** Les principes et les règles constitutionnels de la politique étrangère suisse

**Autor:** Monnier, Jean

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-896409>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 07.01.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# Les principes et les règles constitutionnels de la politique étrangère suisse

Rapport présenté par JEAN MONNIER

Jurisconsulte du Département fédéral des affaires étrangères  
Professeur à l'Université de Neuchâtel





## Table des matières

Liste des abréviations . . . . .	110
Bibliographie sommaire . . . . .	111
Introduction . . . . .	113
Chapitre I: Existe-t-il au niveau constitutionnel des principes directeurs de la politique étrangère? . . . . .	121
Section 1: L'indépendance et la neutralité . . . . .	121
Section 2: De quelques maximes de politique étrangère . . . . .	126
Chapitre II: Répartition des compétences entre la Confédération et les cantons en matière de politique étrangère . . . . .	135
Section 1: De l'Etat fédéral et des compétences de ses membres sur le plan extérieur . . . . .	135
Section 2: Les compétences de la Confédération . . . . .	144
I. Conclusion des traités . . . . .	144
II. Compétence générale de la Confédération en matière de relations étrangères . . . . .	150
§ 1 Champ d'application . . . . .	150
§ 2 Politique étrangère et base légale . . . . .	154
Section 3: Les compétences des cantons . . . . .	160
I. Compétences des cantons en matière de traités . . . . .	162
§ 1 Conclusion des traités . . . . .	162
§ 2 Dénonciation des traités . . . . .	173
II. Les cantons ont-ils d'autres compétences en matière extérieure? . . . . .	177
III. Les cantons ont-ils la personnalité internationale? . . . . .	180
Chapitre III: Distribution des compétences entre les organes de la Confédération en matière de politique étrangère . . . . .	189
Section 1: Rôles de l'exécutif et du législatif dans le domaine extérieur . . . . .	189
Section 2: Les compétences du Conseil fédéral . . . . .	194
I. Reconnaissance d'Etats et relations diplomatiques . . . . .	195
II. Négociation, signature, ratification et dénonciation des traités internationaux . . . . .	199
III. Maintien de la sûreté extérieure, de l'indépendance et de la neutralité . . . . .	201
Section 3: Les compétences de l'Assemblée fédérale . . . . .	204
I. Compétences législative et budgétaire et haute surveillance . . . . .	204
II. Création de missions diplomatiques . . . . .	209

III. Approbation des traités internationaux . . . . .	212
§ 1 Champ matériel, nature et portée de l'approbation . . .	213
§ 2 Traités non soumis à l'approbation parlementaire. . . .	221
IV. Sûreté extérieure; guerre et paix . . . . .	231
Section 4: Les pouvoirs du peuple et des cantons. . . . .	234
Conclusions . . . . .	245

## Liste des abréviations

ACF	Arrêté du Conseil fédéral
ASDI	Annuaire suisse de droit international
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral
BO	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
CE	Conseil des Etats
CN	Conseil national
FF	Feuille fédérale
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
RBDI	Revue belge de droit international
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
RDS	Revue de droit suisse
RG	Rapport de gestion
RGDIP	Revue générale de droit international public
RO	Recueil officiel des lois et ordonnances de la Confédération suisse
RS	Recueil systématique des lois et ordonnances 1848–1947 et Recueil systématique du droit fédéral
RSDIP	Répertoire suisse de droit international public
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (Schweizerische Juristenzeitung)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung

## Bibliographie sommaire

Ces indications bibliographiques ne concernent que les principaux ouvrages consultés lors de l'élaboration du rapport. D'autres études sont citées dans le texte.

- JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, deux volumes, Paris et Neuchâtel 1967 (ci-après: *Traité*); supplément 1967–1982, Neuchâtel 1982 (ci-après: *Traité III*).
- Rubrique «Etat», *Encyclopédie juridique Dalloz. Répertoire de droit international*, tome I, Paris 1968 (ci-après: *Dalloz*).
- MARCEL BRIDEL, *Précis de droit constitutionnel et public suisse*, deux volumes, Lausanne 1959 et 1965 (ci-après: *M. BRIDEL*).
- WALTHER BURCKHARDT, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, 3. Aufl., Bern 1931 (ci-après: *W. BURCKHARDT*).
- KURT EICHENBERGER, *Die oberste Gewalt im Bunde*, Zürich 1949 (ci-après: *K. EICHENBERGER*).
- ANTOINE FAVRE, *Droit constitutionnel suisse*, 2<sup>e</sup> éd., Fribourg 1970 (ci-après: *A. FAVRE*).
- FRITZ FLEINER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Tübingen 1923 (ci-après: *F. FLEINER*).
- ZACCARIA GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Neubearbeitung der ersten Hälfte des gleichnamigen Werkes von F. FLEINER, Zürich 1949 (ci-après: *F. FLEINER/Z. GIACOMETTI*).
- PAUL GUGGENHEIM, *Traité de droit international public*, tomes I et II, Genève 1953 et 1954; tome I, 2<sup>e</sup> éd., Genève 1967 (ci-après: *Traité*).
- Organisations économiques supranationales, indépendance et neutralité de la Suisse, *Revue de droit suisse* 1963 II, pp. 221 à 343.
- ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich 1984 (ci-après: *U. HÄFELIN/W. HALLER*).
- YVO HANGARTNER, *Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts*, Band I: *Organisation*, Zürich 1980 (ci-après: *Grundzüge*).
- Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, Bern und Frankfurt/M. 1974 (ci-après: *Kompetenzverteilung*).
- OLIVIER JACOT-GUILLARMOD, La primauté du droit international face à quelques principes directeurs de l'Etat fédéral suisse, *Revue de droit suisse* 1985 I, pp. 383 à 428 (ci-après: *O. JACOT-GUILLARMOD*).
- YVES LEJEUNE, *Le statut international des collectivités fédérées à la lumière de l'expérience suisse*, Paris 1984 (ci-après: *Le statut international des collectivités fédérées*).
- Recueil des accords internationaux conclus par les Cantons suisses, Berne et Francfort/M. 1982 (ci-après: *Recueil*).
- JÖRG P. MÜLLER, Völkerrecht und schweizerische Rechtsordnung, *in*: *Handbuch der schweizerischen Außenpolitik*, herausg. von A. Riklin, H. Haug, H. C. Binswanger, Bern und Stuttgart 1975, pp. 223 à 236 (ci-après: *J. P. MÜLLER*).
- ALOIS RIKLIN, Ziele, Mittel und Strategien der schweizerischen Außenpolitik, *in*: *Handbuch der schweizerischen Außenpolitik*, pp. 21 à 56 (ci-après: *A. RIKLIN*).
- LUZIUS WILDHABER, Legalitätsprinzip und Außenpolitik – eine Problem-skizze, *in*: *Einblick in die schweizerische Außenpolitik*, Festschrift für

- Staatssekretär Raymond Probst, Zürich 1984, pp.443 à 460 (ci-après: Legalitätsprinzip).
- Menschenrechte – Föderalismus – Demokratie und die verfassungsrechtliche Verankerung der Außenpolitik, *in*: Menschenrechte, Föderalismus, Demokratie, Festschrift zum 70. Geburtstag von Werner Kägi, Zürich 1979, pp.423 à 441 (ci-après: Festschrift Kägi).
  - Bundesstaatliche Kompetenzausscheidung, *in*: Handbuch der schweizerischen Außenpolitik, pp.237 à 251 (ci-après: Kompetenzausscheidung).
  - Kompetenzverteilung innerhalb der Bundesorgane, *in*: Handbuch der schweizerischen Außenpolitik, pp.253 à 273 (ci-après: Kompetenzverteilung).
  - Treaty-Making Power and Constitution, Basel und Stuttgart 1971 (ci-après: Treaty-Making Power).

# Introduction

1. En dehors du praticien, la politique étrangère intéresse l'historien et le politologue, voire le sociologue. L'analyse mettra alors en évidence les phases successives de l'action de l'Etat au-dehors de ses frontières, en fixera les articulations principales dans le temps et en cherchera les causes profondes au-delà des accidents et des péripéties. Ou elle s'attachera à déterminer les éléments qui façonnent cette action et les acteurs qui la portent en évaluant leur influence respective; elle signalera aussi les contraintes que l'histoire et la géographie, les structures internes et le régime politique imposent à la conduite des activités de l'Etat sur le plan extérieur <sup>1</sup>.

Par là se trouve posée la question des rapports entre la politique étrangère et la politique intérieure. S'il est vrai qu'il existe des actes de politique intérieure pure et que les actes de politique extérieure, par contre, ont tous une dimension intérieure (par les répercussions financières, économiques ou autres qu'ils impliquent) <sup>2</sup>, il est non moins vrai que l'intérieur et l'extérieur s'entrecroisent sans cesse et se conditionnent mutuellement; l'un et l'autre représentent deux faces, deux aspects complémentaires de l'action gouvernementale.

2. Mais la politique étrangère intéresse aussi le juriste. En tant qu'elle amène l'Etat à entrer en relations avec d'autres Etats ou avec d'autres membres de la société internationale, elle relève du droit des gens, quelles que soient la nature – pacifique ou belliqueuse, pour ne prendre que les pointes extrêmes de l'éventail – et l'intensité de ces relations. Aucun Etat ne vit entièrement isolé du monde extérieur. Celui qui voudrait l'ignorer ne peut pas

<sup>1</sup> Voir notamment MARCEL MERLE, *La politique étrangère*, Paris 1984, not. pp. 72 ss; A. RIKLIN, pp. 21 ss.

<sup>2</sup> JEAN-BAPTISTE DUROSELLE, *Tout Empire périra. Une vision théorique des relations internationales*, Paris 1982, p. 43; MARCEL MERLE, *Sociologie des relations internationales*, 3<sup>e</sup> éd., Paris 1982, pp. 325 ss.

pour autant le rejeter et entretient avec lui un minimum de rapports nécessairement régis par le droit des gens.

Si elle déploie naturellement ses effets dans l'ordre juridique international, la politique étrangère a sa source dans l'ordre juridique étatique, dont les normes ne l'appréhendent toutefois pas totalement. Sa formulation même, comme la manière de la conduire, échappe à leur emprise; la première relève du processus décisionnel, la seconde de l'art de la diplomatie. En revanche le point de savoir à quels principes directeurs doit éventuellement répondre cette branche de l'activité étatique, comment se répartissent dans un Etat fédéral les compétences en la matière entre les unités composantes et le pouvoir central, quels organes de l'Etat entrent en jeu dans son exercice, quelle procédure s'applique aux diverses phases du processus par lequel l'Etat exprime son consentement à être lié par un traité international, instrument traditionnel de la politique étrangère, toutes ces questions ont retenu généralement l'attention du constituant, parfois aussi du législateur.

Les dispositions constitutionnelles ayant trait aux relations extérieures sont, dans la plupart des cas, rudimentaires. Elles règlent principalement des procédures et répartissent des attributions<sup>3</sup>. Ce trait n'est pas pour surprendre. Conçues pour régler le mode de fonctionnement de l'Etat et définir les rapports des citoyens avec lui, les constitutions sont tournées vers l'intérieur.

Sans doute plusieurs constitutions élaborées au cours de la période suivant la deuxième guerre mondiale ont-elles rompu avec l'indifférence à l'égard du fait international, qui marque les constitutions plus anciennes. Provoqué par les profonds bouleversements politiques qui ont affecté au cours de cette période un grand nombre d'Etats, notamment en Europe, et par un vaste mouvement d'organisation internationale impliquant limitations et délégations de souveraineté, ce courant s'est concrétisé pour l'essentiel dans l'adoption de quelques grands principes visant la conduite des relations extérieures<sup>4</sup>, ainsi que

<sup>3</sup> «Im Bereiche der auswärtigen Beziehungen zeigen freilich die meisten Verfassungen eine auffallende Übereinstimmung. Sie sind nämlich aller Regel nach offen, instrumental, karg, ja sibyllinisch gehalten» (L. WILDHABER, Festschrift Kägi, p. 424).

<sup>4</sup> Par exemple, rejet du colonialisme (constitution française du 27 octobre 1946, préambule), libre détermination des peuples (constitution française du 4 octobre 1958, préambule), répudiation des guerres d'agression (constitution italienne du 27 décembre 1947, art. 11; loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne, du 23 mai 1949, art. 26), affermissement de la

dans l'agencement des rapports entre le droit international et le droit interne, sans d'ailleurs que la supériorité proclamée de celui-là soit toujours assurée ou garantie dans l'ordre interne<sup>5</sup>. Mais, en dépit de l'intérêt qu'il a manifesté pour les rapports internationaux, le constituant n'a pas cherché à donner à l'Etat un mandat détaillé et impératif en matière de politique étrangère, ni à enserrer son action dans un corset rigide. Seules quelques orientations sont indiquées; si elle est moins sommaire, la réglementation demeure élémentaire et souple.

La raison en est évidente. S'il est vrai qu'il n'existe pas de critère matériel permettant de différencier, quant à la nature, l'activité de l'Etat sur le plan international et sur le plan interne, la direction qui lui est imprimée étant seule décisive<sup>6</sup>, il faut bien voir que l'action gouvernementale au-dehors ne s'exerce pas dans les mêmes conditions qu'au-dedans: ici ordonnées, prévisibles, elles sont là mal assurées, incertaines<sup>7</sup>. L'ordre interna-

paix et de la justice, développement des relations amicales entre les peuples et les Etats (constitutions de la Grèce, du 11 juin 1975, art. 2, du Portugal, du 2 avril 1976, art. 7, et de l'Espagne, du 29 décembre 1978, préambule). Les dispositions les plus détaillées concernant la politique extérieure se trouvent dans les constitutions d'Etats socialistes; elles se bornent le plus souvent à reproduire les éléments du programme du parti communiste, dont le rôle dirigeant est par ailleurs affirmé. Voir en particulier la constitution de l'Union soviétique du 7 octobre 1977, dont le chapitre IV consacré à la politique extérieure énonce trois séries de principes: ceux qui fondent cette politique (art. 28), ceux qui déterminent les rapports de l'URSS avec les autres Etats (art. 29) et ceux qui gouvernent ses relations avec les autres «pays du socialisme» (art. 30). A ce sujet voir notamment THEODOR SCHWEISFURTH, Außenpolitik, in: Handbuch der Sowjetverfassung, redigiert von Martin Fincke (Veröffentlichungen des Osteuropa-Institutes München), I, Berlin 1983, pp. 376 ss.

<sup>5</sup> PAUL DE VISSCHER, Les tendances internationales des constitutions modernes, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI) 1952 I, pp. 515 ss; CHARLES VALLÉE, Notes sur les dispositions relatives au droit international dans quelques constitutions récentes, Annuaire français de droit international 1979, pp. 255 ss.

<sup>6</sup> L. WILDHABER, Kompetenzausscheidung, p. 239.

<sup>7</sup> J.-B. DUROSELLE oppose dans une formule frappante le caractère imprévisible de l'étranger à l'ordre intérieur hiérarchisé. «... pour une autorité donnée, l'étranger, c'est l'aléatoire. Tandis qu'elle possède des moyens d'action constitutionnels, légaux, réglementaires sur l'intérieur, c'est-à-dire sur ce qui dépend d'elle, elle n'en a aucun de ce type sur l'étranger». Elle ne peut connaître à coup sûr quelle sera sa réaction» (op. cit. [note 2], p. 45). Voir aussi MARCEL MERLE, Forces et enjeux dans les relations internationales, Paris 1981: «L'interne désigne un espace délimité, homogène et structuré, qui peut être assimilé à un système relativement intégré et clos sur lui-même. Par opposition, l'externe désigne un espace ouvert, hétérogène et non structuré, dans lequel entrent en action une multitude de forces difficiles



tional, qui juxtapose des entités politiques souveraines, est un ordre consensuel où l'injonction étatique individuelle n'a pas prise. De plus, à l'égalité juridique des Etats se superposent des rapports de puissance dissemblables, qui la contredisent ou la nient; et les plus forts en tirent seuls avantage. Le concert des nations n'existe que pour celles qui le dirigent. La norme et le fait conjuguent ainsi leurs effets pour restreindre l'emprise de l'Etat sur les acteurs du champ extérieur et sur les événements qui s'y déroulent.

3. Comme les autres constitutions du XIX<sup>e</sup> siècle, la constitution fédérale de 1874 n'est guère prolixe au sujet des relations étrangères. Sans doute cette circonstance tient-elle pour une part au fait que les problèmes internationaux trouvaient alors souvent leur solution spontanée dans le simple jeu de l'équilibre des forces en présence<sup>8</sup>. Mais on peut y voir aussi, s'agissant de la Suisse, le signe de la sagesse du constituant, conscient des limites du pouvoir de l'Etat dans le domaine extérieur. Cette conscience s'imposait d'autant plus dans le cas d'un petit Etat, neutre de surcroît, qui, dans ce domaine, agit moins qu'il ne réagit aux forces du dehors.

Les dispositions de la constitution fédérale relatives aux affaires étrangères se limitent aux articles 8, 9 et 10, à l'article 85, chiffres 5 et 6, et à l'article 102, chiffres 8 et 9.

L'article 8 attribue à la Confédération le pouvoir de déclarer la guerre, de conclure la paix et de faire des traités, notamment des traités de commerce, avec les Etats étrangers. Il s'agit là des domaines classiques de la politique extérieure<sup>9</sup>. L'article 9 traite de la compétence concurrente mais limitée des cantons de conclure des traités internationaux; l'article 10 règle la question des

à identifier et à isoler» (p. 162). «... il faut se garder de chercher dans la politique internationale l'application d'une rationalité cohérente. Sauf dans le domaine très particulier de la stratégie nucléaire, où les partenaires sont contraints, par l'importance de l'enjeu, de respecter strictement le code qui préside à leur dialogue, la rationalité des comportements ne peut s'apprécier en fonction de la seule position des acteurs gouvernementaux dans leurs rapports mutuels» (p. 172).

<sup>8</sup> P. DE VISSCHER, op. cit. (note 5), p. 572.

<sup>9</sup> L'ambassadeur extraordinaire du Grand Turc en France sous la Régence notait: «Les Français ont plusieurs vizirs; ils les appellent ministres... L'archevêque de Cambrai était ministre des Affaires étrangères. Son emploi est d'examiner s'il convient de faire la paix ou la guerre, d'avoir soin des affaires du commerce, de terminer les négociations dont les Ambassadeurs des princes étrangers sont chargés et de rappeler ou de nommer les Ambassa-

rapports que les cantons peuvent entretenir avec les gouvernements étrangers. L'article 85 place dans les attributions de l'Assemblée fédérale les traités (chiffre 5), les mesures visant la sûreté extérieure, le maintien de l'indépendance et de la neutralité de la Suisse, ainsi que les déclarations de guerre et la conclusion de la paix (chiffre 6). L'article 102 confie au Conseil fédéral la conduite des relations étrangères en général, y compris le soin de veiller aux intérêts de la Confédération au-dehors et à l'observation de ses rapports internationaux (chiffre 8); le Conseil fédéral est en outre responsable de la sûreté extérieure de la Suisse, du maintien de son indépendance et de sa neutralité (chiffre 9).

D'autres dispositions de la constitution attribuent au peuple et au Tribunal fédéral certaines compétences touchant, directement ou indirectement, le domaine de la politique étrangère: article 89, alinéas 3, 4 et 5 (référéndum en matière de traités internationaux), article 112, chiffre 2 (crimes et délits contre le droit des gens), article 113, alinéa 1, chiffre 3 (réclamations pour violation de traités), articles 113, alinéa 3, et 114<sup>bis</sup>, alinéa 3 (application des traités approuvés par l'Assemblée fédérale).

Enfin plusieurs dispositions de la constitution prévoient la compétence de la Confédération de prendre des mesures de politique intérieure ayant à des degrés divers une incidence sur les rapports extérieurs. Tels sont les articles 28 (douanes), 41<sup>bis</sup>, alinéa 1, lettre d (impôts spéciaux destinés à parer à des mesures fiscales prises par les Etats étrangers), 45<sup>bis</sup> (Suisse de l'étranger), 63 (abolition de la traite foraine à l'égard des pays étrangers), 69<sup>ter</sup> (entrée et sortie, séjour et établissement des étrangers), 70 (expulsion d'étrangers), ainsi que les articles 17 et 18 des dispositions transitoires (redevance sur le trafic des poids lourds et vignette autoroutière).

Ces dernières dispositions mises à part, on constate que les règles constitutionnelles gouvernant la politique étrangère suisse sont des règles distributives de compétences: entre la Confédération et les cantons tout d'abord, entre les organes de l'Etat fédéral ensuite. Cet ordre dictera la succession des chapitres du présent rapport.

S'agissant de la répartition des compétences entre les organes de la Confédération, on ne s'étonnera pas de ne pas voir figurer

deurs qui viennent à la Porte de la Félicité» (cité par M. MERLE, La politique étrangère [note 1], pp. 19/20). Si le droit de légation n'est pas mentionné à l'article 8 *est.*, son exercice entre dans les attributions générales du Conseil fédéral dans le domaine des relations extérieures (art. 102, ch. 8, *est.*).

le peuple en tête de chapitre. La matière même ordonne les priorités. Le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale apparaissent comme les organes formateurs principaux, sinon exclusifs de la volonté étatique dans le domaine de la politique étrangère. Le peuple, qui exerçait dans l'ancienne Confédération un contrôle étendu sur les affaires extérieures<sup>10</sup>, n'est pas exclu aujourd'hui du processus. Il y participe directement, mais dans une mesure doublement limitée: la matière ne concerne que certains types de traités internationaux; d'autre part la compétence populaire qui entre en jeu au terme de la procédure d'approbation parlementaire se réduit à un pouvoir de censure (approbation ou rejet du traité). Le référendum en matière de traités internationaux, introduit en 1921 et étendu en 1977, est, parmi la centaine de modifications apportées à la constitution depuis 1874, la seule se rapportant à la politique étrangère. La «démocratisation» du processus décisionnel recherchée a abouti exactement à contenir l'action gouvernementale sur le plan extérieur<sup>11</sup>.

4. Nous analyserons les règles constitutionnelles applicables à la politique étrangère en tenant compte de leur mise en œuvre dans la pratique administrative et dans la pratique judiciaire, encore que la seconde joue ici, par la nature des choses, un rôle moins éminent que dans les autres matières régies par la constitution. Une approche purement textuelle ne permettrait guère de rendre compte de la réalité constitutionnelle<sup>12</sup>. Aussi convient-il d'examiner tout d'abord le point de savoir si notre loi fondamentale ne recèle pas des principes directeurs en matière

<sup>10</sup> Voir EDOUARD GEORG, *Le contrôle du peuple sur la politique extérieure*, Genève 1916, not. pp. 27 ss et 33 ss.

<sup>11</sup> Y. HANGARTNER, *Grundzüge*, p. 106; RUDOLF BINDSCHEDLER, cité par LUZIUS WILDHABER, *Das neue Staatsvertragsreferendum*, in: *Festschrift für Rudolf Bindschedler*, Bern 1980, pp. 201/202; RUDOLF BINDSCHEDLER, *Rechtsakte der internationalen Organisationen*, in: *Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979*, Bern und Stuttgart, pp. 376/377.

<sup>12</sup> «Es ist die Eigenschaft des Verfassungsrechts als politisches Recht, welche das Tor für das Gewohnheitsrecht und für das ungeschriebene Recht überhaupt so weit öffnet. (...) Als politisches Recht bezeichnen wir das Verfassungsrecht gerade auch deshalb, weil es außerstande ist, durchgehende Bindungen zu erzeugen, und sich mit partiellen Eingrenzungen begnügen muß.» HANS HUBER, *Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts*, in: *Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht. Ausgewählte Aufsätze 1950–1970 zum 70. Geburtstag des Verfassers*, Bern 1971, p. 335.

de politique étrangère ou si des maximes politiques ont pu acquérir avec le temps un caractère constitutionnel. Quant aux règles attributives de compétences, nous porterons plus spécialement notre attention sur un certain nombre de questions controversées.



# Chapitre I

## Existe-t-il au niveau constitutionnel des principes directeurs de la politique étrangère?

### Section 1: L'indépendance et la neutralité

1. On ne trouve pas dans la constitution de disposition définissant l'activité étatique sur le plan extérieur. Le court préambule se borne à affirmer la volonté de la Confédération d'affermir l'alliance des confédérés, de maintenir et d'accroître l'unité, la force et l'honneur de la nation suisse. S'il est vrai que l'honneur national ne peut être apprécié que dans une perspective internationale, son maintien et sa promotion ne sauraient à eux seuls guider les rapports de l'Etat avec l'étranger.

Quant aux buts assignés à la Confédération par l'article 2 est., ils consistent à assurer l'indépendance de la patrie contre l'étranger, à maintenir la tranquillité et l'ordre à l'intérieur, à protéger la liberté et les droits des confédérés et à accroître leur prospérité commune. De cette énumération on retiendra le premier élément, qui représente le seul objectif de politique étrangère énoncé par la constitution. Objectif évident et allant de soi car quelle politique extérieure viserait délibérément à mettre en jeu l'existence même de l'Etat et sa survie parmi les autres Etats souverains?

Nous reviendrons sur la notion d'indépendance lorsque nous analyserons la signification qu'elle revêt aujourd'hui. Il convient en effet de se demander pourquoi, dans cette perspective essentiellement défensive, la neutralité n'est pas inscrite parmi les buts de la Confédération.

2. Le Pacte fédéral du 7 août 1815, contemporain de l'Acte du 20 mars par lequel les Puissances réunies à Vienne reconnaissaient que «l'intérêt général réclame en faveur du Corps helvétique l'avantage d'une neutralité perpétuelle»<sup>1</sup>, mentionnait la neu-

<sup>1</sup> La Diète ayant déclaré accéder à cette «transaction», l'acte portant «reconnaissance et garantie de la neutralité perpétuelle de la Suisse et de l'inviolabi-

tralité non pas au § 1 où étaient énoncés les buts de l'alliance confédérale, mais, incidemment, au § 2. Cette disposition fixait les contingents de troupes devant être fournis par les cantons pour assurer la garantie réciproque de leur territoire «et pour soutenir efficacement la neutralité de la Suisse»<sup>2</sup>.

Les projets de 1832 et de 1833 étaient plus explicites et faisaient figurer «le maintien de l'indépendance et de la neutralité de la patrie» parmi les buts de la Confédération<sup>3</sup>. Si cette mention n'a pas été reprise dans la constitution de 1848, c'est parce que le constituant l'a voulu ainsi. La Diète rejeta en effet une proposition tendant à ajouter la défense de la neutralité aux autres buts de la Confédération, au motif que la neutralité n'est pas une fin, mais un moyen, une mesure politique en vue d'assurer l'indépendance du pays et qu'à ce titre elle ne pouvait pas être considérée comme un principe constitutionnel. Bien plus, ne pouvant pas prévoir «s'il ne faudrait pas une fois l'abandonner dans l'intérêt de l'indépendance nationale», la Confédération devait, selon le recès, «se réserver le droit, dans certaines circonstances, pour autant qu'elle l'estimerait convenable, de sortir de sa situation neutre»<sup>4</sup>.

Les constituants de 1848 et de 1874 n'ont toutefois pas éliminé la mention de la neutralité du corps de la constitution; le maintien de l'indépendance et de la neutralité de la Suisse figure dans les attributions de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral (articles 85, chiffre 6, et 102, chiffre 9, cst.), comme le prévoyaient aussi les projets de 1832 et de 1833<sup>5</sup>.

Mais de quelle neutralité s'agit-il? La constitution vise-t-elle la neutralité occasionnelle, la neutralité permanente ou la politique de neutralité?

La première, dite aussi neutralité simple, qualifie l'attitude de l'Etat qui se tient à l'écart d'un conflit armé déterminé; les droits

lité de son territoire» fut signé le 20 novembre 1815. (Voir P. GUGGENHEIM, *Traité II*, 1954, pp. 551 ss).

<sup>2</sup> C. HILTY, *Les constitutions fédérales de la Confédération suisse*, Neuchâtel 1891, p. 423.

<sup>3</sup> WILLIAM RAPPARD, *La constitution fédérale de la Suisse*, Neuchâtel 1948, p. 207.

<sup>4</sup> W. RAPPARD, *op. cit.*, p. 208; W. BURCKHARDT, p. 9. Sur les événements extérieurs qui ont pu amener également le constituant de 1848 à ne pas mettre trop en évidence la neutralité dans la constitution nouvelle, voir FF 1919 IV 661 et W. RAPPARD, *op. cit.*, p. 209.

<sup>5</sup> Le projet de 1832 attribuait cette compétence au Conseil fédéral uniquement. Voir SIMON KAISER et JOH. STRICKLER, *Geschichte und Texte der Bundesverfassungen der schweizerischen Eidgenossenschaft*, Bern 1901, pp. 246/247 et 256.



et obligations de l'Etat se trouvant dans cette situation sont régis par le droit international de la neutralité, contenu pour l'essentiel dans les V<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> Conventions de La Haye de 1907 relatives aux droits et devoirs des puissances neutres dans la guerre sur terre et dans la guerre sur mer<sup>6</sup>. La seconde, appelée aussi neutralité perpétuelle, est, dans le cas de la Suisse, un statut fondé en droit des gens, consacré par les Puissances signataires des Actes de 1815 et entré depuis lors dans le droit coutumier. L'engagement de l'Etat perpétuellement neutre de se tenir en dehors de tous les conflits armés, où qu'ils aient lieu et quels que soient les belligérants, est mis en œuvre par la politique de neutralité. Celle-ci tend à permettre à l'Etat neutre à titre permanent de ne pas être entraîné dans la guerre en cas de conflit et d'observer les obligations prescrites par le droit de la neutralité. Au-delà de certains devoirs élémentaires de non-participation et d'abstention dans le domaine politique et militaire, la politique de neutralité relève de la libre appréciation de l'Etat perpétuellement neutre<sup>7</sup>.

Maxime politique de l'ancienne Confédération, reconnue solennellement lors de l'organisation de l'Europe post-napoléonienne, la neutralité visée par le constituant de 1848 ne pouvait être que la neutralité permanente. Celle-ci implique cependant la neutralité occasionnelle, dès lors que l'Etat perpétuellement neutre s'est engagé à le demeurer en toutes circonstances; la politique de neutralité, qui est au service du statut de la neutralité permanente, en dérive également.

Cela étant et nonobstant les raisons invoquées par la Diète pour ne pas inscrire la neutralité parmi les buts de l'Etat, on peut se demander si la neutralité, constamment observée par la

<sup>6</sup> RS 0.515.21 et 0.515.22.

<sup>7</sup> Sur ces notions, voir notamment l'avis du Département politique fédéral du 26 novembre 1954 (JAAC 24 [1954], n° 1); voir en outre RUDOLF BINDSCHIEDLER, *Neutrality, Concept and General Rules*, in: Bernhardt (Ed.), *Encyclopedia of Public International Law* 4 (1982), pp. 9 à 14, et *Permanent Neutrality of States*, op. cit., pp. 133 à 138; du même auteur, *Frieden, Krieg und Neutralität im Völkerrecht der Gegenwart*, in: *Multitudo Legum Ius Unum*, Festschrift für Wilhelm Wengler, Band I, Berlin 1973, pp. 27 à 49; DIETRICH SCHINDLER, *Dauernde Neutralität*, in: *Handbuch der schweiz. Außenpolitik*, pp. 159 à 180; du même auteur, *Aspects contemporains de la neutralité*, RCADI 1967 II, pp. 225 à 321; JEAN MONNIER, *La neutralité du point de vue du droit international public*, in: *Les Etats neutres européens et la seconde guerre mondiale*, textes du Colloque international des Universités de Neuchâtel et de Berne, publiés par Louis-Edouard Roulet, Neuchâtel 1985, pp. 17 à 27; du même auteur, *La neutralité suisse et l'ONU*, in: *Schweizer Monatshefte* 1984, pp. 891 à 901, et 1985, pp. 265 à 267.



Suisse depuis 1815, n'est pas devenue avec le temps un principe constitutionnel implicite.

La doctrine est divisée<sup>8</sup>. Les positions adoptées par le Conseil fédéral ne sont pas univoques. Le caractère constitutionnel de la neutralité a été affirmé au lendemain de la première guerre mondiale en relation avec l'accession de la Suisse à la Société des Nations et, plus nettement, à propos de l'accord conclu avec la France selon les prévisions de l'article 435 du Traité de Versailles<sup>9</sup>. Après s'être référé quelques années plus tard au «régime de neutralité, base séculaire du statut politique de la Confédération»<sup>10</sup>, le Conseil fédéral tend à voir aujourd'hui dans la neutralité, qualifiée généralement de «principe» ou de «ligne directrice» de la politique étrangère de la Suisse<sup>11</sup>, l'instrument le plus propre à assurer l'indépendance du pays<sup>12</sup>.

Etant admis que la neutralité, maxime d'Etat séculaire, demeure un élément essentiel de l'identité nationale de la Suisse, le débat pourrait être tenu pour académique si, de son issue, ne dépendait pas le point de savoir si l'abandon de la neutralité ou

<sup>8</sup> De nombreux auteurs l'affirment, notamment F. FLEINER, pp. 711/712; DENISE ROBERT, *Etude sur la neutralité suisse*, Zurich 1950, p. 69; GEORGES PERRIN, *La neutralité permanente de la Suisse et les organisations internationales*, Centre international d'études et de recherches européennes, Luxembourg, cours 1964, éditions Heule (Belgique), pp. 47/48; M. BRIDEL, I, p. 368; J.-F. AUBERT, *Traité I*, n° 313 et II, n° 1147; A. FAVRE, pp. 47 et 66; PETER SALADIN, *Entwicklungshilfe als Verfassungsauftrag*, RDS 1972 I, p. 128.

D'autres le nient, en particulier W. BURCKHARDT, pp. 9 et 679; P. GUGGENHEIM, *Traité II*, p. 561, et *Organisations économiques supranationales, indépendance et neutralité de la Suisse*, RDS 1963 II, pp. 314 à 316; A. RIKLIN, pp. 31 et 32; L. WILDHABER, *Festschrift Kägi*, pp. 427 et 428; cet auteur met en évidence les raisons pour lesquelles la neutralité, qui est à la fois un statut de droit international public et une politique, ne peut pas être constitutionnalisée.

<sup>9</sup> Messages du 4 août 1919 (FF 1919 IV 602 et 661) et du 14 octobre 1919 (FF 1919 V 166). Voir aussi le mémorandum du Conseil fédéral du 8 février 1919 relatif à la neutralité de la Suisse, adressé aux Puissances réunies à la Conférence de la paix à Paris en 1919 (RSDIP IV, n° 11.87, p. 2409). On relèvera que la votation constitutionnelle qui précéda l'entrée de la Suisse à la SDN répondait, comme le message le reconnaissait expressément, à des considérations non pas juridiques, mais bien politiques du fait de l'interprétation nouvelle que la neutralité devait recevoir dans le cadre de l'Organisation (FF 1919 IV 661).

<sup>10</sup> Réponse au mémorandum du gouvernement français sur l'organisation d'un régime d'union fédérale européenne, du 4 août 1930 (FF 1931 I 243).

<sup>11</sup> FF 1968 I 1224, 1972 I 1032.

<sup>12</sup> Not. FF 1960 I 884; 1971 II 752; 1972 I 1031 et 1032; 1975 I 792; 1982 I 512, 513 et 549 et II 807; 1984 I 173.

déjà la conclusion d'engagements internationaux qui la mettraient en cause nécessiterait une révision de la constitution<sup>13</sup>. La disposition constitutionnelle introduite en 1977 en vue de soumettre au vote du peuple et des cantons l'adhésion à des organisations de sécurité collective ou à des communautés supranationales (article 89, alinéa 5), si elle a donné un caractère constitutionnel à la neutralité<sup>14</sup>, a réduit aussi dans une large mesure la portée pratique de la question.

Faut-il admettre qu'en dehors de ces deux situations une votation constitutionnelle devrait précéder l'abandon de la neutralité ou toute atteinte qui lui serait portée par la voie conventionnelle? L'Assemblée fédérale pourrait certes, par une décision des deux Conseils, exposer au référendum facultatif le traité qui aurait un tel effet, conformément à l'alinéa 4 de l'article 89 de la constitution, introduit également en 1977. Mais la question demeure: le référendum obligatoire du peuple et des cantons *devrait-il*, dans une telle hypothèse, être mis en œuvre?

Une réponse affirmative nous paraît devoir s'imposer. A côté des considérations politiques auxquelles le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale ne manqueraient pas de répondre, comme ils l'ont fait lors de l'accession de la Suisse à la SDN, des raisons d'ordre constitutionnel conduisent à cette conclusion. S'il est vrai que la neutralité n'est pas un but de l'Etat – ce qu'elle ne saurait être à proprement parler – la constitution ne l'ignore pas pour autant. Sa mention aux articles 85 et 102 n'est pas seulement un hommage à l'histoire. Il faut y voir en tout cas un programme de gouvernement, le maintien de la neutralité étant un devoir à la charge du Conseil fédéral et du parlement<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Dans ce sens DIETRICH SCHINDLER, *Supranationale Organisationen und schweizerische Bundesverfassung*, RSJ 1961, p. 204; M. BRIDEL, p. 368; G. PERRIN, op. cit. (note 8), p. 48; J.-F. AUBERT, loc. cit. (note 8); P. SALADIN, loc. cit. (note 8). *Contra*: W. BURCKHARDT, p. 679; P. GUGGENHEIM, loc. cit.; A. RIKLIN, p. 40.

<sup>14</sup> J.-F. AUBERT, *Traité III*, n° 313. Relevons que cette consécration n'est qu'implicite. D'autre part s'agit-il bien, comme l'écrit cet auteur, de la politique de neutralité? Dans les deux situations visées par l'article 89, alinéa 5, est., le problème posé touche exactement la compatibilité des obligations découlant respectivement de la sécurité collective et de la supranationalité avec les devoirs dérivant pour l'Etat perpétuellement neutre de son statut international. La participation à une institution de caractère supranational soulève un problème additionnel de compatibilité avec les institutions de la démocratie directe.

<sup>15</sup> W. RAPPARD, op. cit. (note 3), p. 210. Selon D. ROBERT, cette obligation vaut pour les autorités suisses, aussi bien cantonales que fédérales (loc. cit. [note 8]); dans ce sens Y. HANGARTNER, *Grundzüge*, p. 187, et F. FLEINER, p. 712.

Admettre, comme certains <sup>16</sup>, que la constitution tient la neutralité pour acquise et qu'elle la présuppose, loin d'infirmar cette manière de voir, la renforce bien plutôt.

Une autre question est celle de savoir si et, cas échéant, à quelles conditions en droit international public la Suisse pourrait renoncer à son statut de neutralité permanente <sup>17</sup>.

## **Section 2: De quelques maximes de politique étrangère**

1. Interprétée au pied de la lettre, la sauvegarde de l'indépendance du pays contre l'étranger, fortifiée par une prise en compte rigoureuse des devoirs d'abstention et de réserve découlant de la neutralité permanente, aurait conduit la Suisse à mener une politique de repli et d'isolement. Or tel n'a jamais été le cas. Dès sa création l'Etat fédéral a pratiqué une politique extérieure aussi active que le permettaient, dans les limites de son statut international, les moyens dont peut disposer un petit Etat. Tandis que, sur le plan économique, le manque de ressources naturelles et la dépendance des marchés extérieurs commandaient l'ouverture sur le monde, sur le plan politique la Suisse a engagé très tôt des actions relevant de ce qu'il est convenu d'appeler les bons offices <sup>18</sup>.

Au sens étroit et propre du terme, l'expression «bons offices» désigne un moyen de règlement pacifique des différends inter-étatiques. On entend par là l'action amicale d'une puissance tierce en vue d'amener des Etats en désaccord à trouver un terrain d'entente. Les bons offices ne se distinguent guère de la médiation <sup>19</sup>, si ce n'est qu'ils représentent généralement une

<sup>16</sup> Y. HANGARTNER, *Grundzüge*, p. 191; W. BURCKHARDT, p. 679.

<sup>17</sup> Il faut admettre, contrairement à l'opinion soutenue par certains auteurs (not. G. PERRIN, *op. cit.* [note 8], pp. 25 ss, 44 et 48), que la Suisse pourrait abandonner unilatéralement son statut de neutralité, pour autant que cette décision intervienne en temps de paix et qu'elle soit notifiée aux autres Etats. La majorité de la doctrine s'est prononcée dans ce sens: voir D. SCHINDLER, *Die Lehre von den Vorwirkungen der Neutralität*, in: *Festschrift für Rudolf Bindschedler*, pp. 579 à 581 et les auteurs cités à la page 580.

<sup>18</sup> Voir entre autres RAYMOND PROBST, *Die guten Dienste der Schweiz*, *Annuaire de l'Association suisse de science politique* 1963, pp. 21 à 49; DENISE BINDSCHEDLER-ROBERT, *Les bons offices dans la politique étrangère de la Suisse*, *Handbuch der schweiz. Außenpolitik*, pp. 679 à 691.

<sup>19</sup> Les Conventions de La Haye de 1899 et de 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux placent les deux procédures sur le même plan (titre II. – RS 0.193.211 et 0.193.212).

intervention moins marquée et plus discrète que celle-ci, l'Etat médiateur suivant la négociation et proposant lui-même une solution du litige. Les interventions de la Suisse dans ce domaine sont rares et aucune n'eut lieu au XIX<sup>e</sup> siècle<sup>20</sup>. Outre la médiation du Conseiller fédéral Motta, requise dans le cadre de la Société des Nations par la Grèce et l'Italie dans leur différend au sujet de Corfou, on mentionnera le rôle joué par la Suisse de 1960 à 1962 lors de la guerre d'Algérie, tout d'abord en rapprochant les parties, puis en abritant sur territoire suisse la délégation algérienne lors des négociations d'Evian<sup>21</sup>.

Cette action de la Suisse illustre une conception plus large des bons offices. Entendus ainsi, ils recouvrent toutes sortes d'activités – services rendus, comme déjà efforts et démarches – entreprises par un Etat, par un de ses ressortissants (ou par une institution internationale), agissant spontanément ou à la requête d'un autre Etat, en cas de tensions ou de conflit en vue de la préservation ou de la restauration de la paix.

Les bons offices (au sens large) exercés par la Suisse sont attestés par une pratique abondante, dont plusieurs manifestations remontent au siècle dernier. Ils touchent à divers domaines: humanitaire tout d'abord avec la part prise dans le mouvement de la Croix-Rouge et dans le développement du droit applicable dans les conflits armés<sup>22</sup>; administratif et

<sup>20</sup> En 1898 le Conseil fédéral avait repoussé une motion l'invitant à examiner l'opportunité de proposer sa médiation à l'Espagne et aux Etats-Unis alors en conflit. Deux ans plus tard, sollicité avec d'autres gouvernements par les présidents de la République sud-africaine et de l'Etat libre d'Orange d'offrir sa médiation en vue du rétablissement de la paix, le Conseil fédéral ne tenta aucune démarche, l'Angleterre ayant fait savoir qu'elle n'accepterait l'intervention d'aucune puissance (L. R. DE SALIS, *Le droit fédéral suisse*, 2<sup>e</sup> éd., V, Berne 1907, n° 2500). En 1915 le Conseil fédéral répondit négativement à une interpellation lui demandant s'il avait l'intention d'offrir, seul ou avec d'autres pays neutres, ses bons offices aux belligérants en vue d'un armistice ou de l'ouverture de négociations de paix (W. BURCKHARDT, *Le droit fédéral suisse I*, Neuchâtel 1930, n° 41). Sur la démission du Conseiller fédéral Hoffmann à la suite d'un échange de télégrammes avec le Conseiller national Grimm en séjour à Petrograd en 1917, échange qui fut considéré par l'Entente comme une tentative de favoriser une paix séparée entre l'Allemagne et la Russie, voir W. BURCKHARDT, *op. cit.*, n° 40 et RSDIP III, n° 9.36.

<sup>21</sup> Sur ce point voir R. PROBST, *op. cit.* (note 18), pp. 35 ss.

<sup>22</sup> La première codification du droit international humanitaire a été réalisée par la conférence diplomatique organisée par la Suisse en 1864 à Genève. La Convention pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne, du 22 août 1864, fut révisée, développée et complétée

technique aussi, avec la prise en charge des intérêts d'Etats ayant rompu leurs relations diplomatiques<sup>23</sup>, la fonction de puissance protectrice comprenant parfois, lors de conflits armés, la protection des prisonniers de guerre en sus de la représentation diplomatique proprement dite; juridique et politique enfin, avec la promotion du règlement pacifique des litiges internationaux et plus spécialement de l'arbitrage<sup>24</sup>, avec l'acceptation de mandats internationaux<sup>25</sup> et l'accueil sur territoire suisse de conférences et d'organisations internationales<sup>26</sup>.

Après avoir été en mesure de mener une politique étrangère très active dans le cadre de la Société des Nations, la Suisse s'est

par d'autres instruments à l'issue de conférences convoquées par le Conseil fédéral à Genève en 1906, 1929, 1949 et 1974.

<sup>23</sup> La Suisse fit ses premiers pas dans ce domaine en 1870 en représentant les intérêts de la Bavière et de Bade auprès du gouvernement français (D. BIND-SCHEDLER-ROBERT, op. cit. [note 18], p. 686; JEAN-PIERRE KNELLWOLF, *Die Schutzmacht im Völkerrecht unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Verhältnisse*, thèse Berne 1985, p. 15).

<sup>24</sup> Voir notamment RAYMOND PROBST, *Die Schweiz und die internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, ASDI 1960, pp. 99 à 146; JEAN MONNIER, *Le rôle de la Suisse dans l'histoire de l'arbitrage de droit international public*, Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international, Zurich 1984, pp. 3 à 14. L'activité de la Suisse dans ce domaine prolongeait en quelque sorte sur le plan extérieur la pratique de l'arbitrage, ancré dans le droit public de l'ancienne Confédération et qui s'appliquait aussi bien dans les relations entre Etats confédérés que dans les rapports qu'ils entretenaient avec l'étranger.

<sup>25</sup> Un exemple relativement peu connu est l'attribution au Tribunal fédéral, par l'Acte général de la Conférence d'Algésiras du 6 avril 1907, de la juridiction dans les affaires concernant la Banque d'Etat du Maroc; en exécution de cet instrument, la Suisse mit en outre à la disposition du gouvernement chérifien pendant quelques années un officier de l'armée suisse en qualité d'inspecteur général de la police marocaine. (Voir W. BURCKHARDT, op. cit. [note 20], n° 96.) Après l'adoption de l'arrêté fédéral du 19 juin 1907 approuvant la déclaration d'acceptation par le Conseil fédéral des pouvoirs de juridiction conférés au Tribunal fédéral par les articles 45 et 46 de l'Acte général d'Algésiras (FF 1907 II 360), le Tribunal fédéral adopta un règlement relatif à l'exercice de ces attributions (RO 1908 209); notre Cour suprême fut appelée à les remplir à deux occasions en 1937 et en 1940. (Le second jugement a été publié dans ASDI 1944, p. 140.) Cette juridiction prit fin lors de l'accession du Maroc à l'indépendance en 1956.

<sup>26</sup> La Suisse hébergea notamment plusieurs bureaux internationaux, créés par les Unions administratives mises en place dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle pour gérer la coopération entre les Etats dans certains domaines techniques (postes, télégraphes, propriété intellectuelle, transports internationaux, etc.). Premières manifestations du phénomène des organisations internationales, ces bureaux étaient placés sous l'autorité et le contrôle des Etats où ils avaient leur siège.



trouvée confrontée, après la seconde guerre mondiale, à une situation politique nouvelle. Non seulement la liquidation des suites de la guerre était plus difficile encore qu'en 1919 et les procédures de règlement plus rares<sup>27</sup>, mais des sentiments hostiles prévalaient aussi à l'égard des neutres. D'autre part la Suisse n'était pas membre de la nouvelle organisation universelle. D'où l'accent mis dès cette époque sur les devoirs qu'implique la neutralité permanente à l'égard de la communauté internationale<sup>28</sup> et l'entrée officielle dans le vocabulaire politique suisse des termes *solidarité*, *disponibilité*, *universalité*. Cette triade, à vrai dire, si elle permet de cerner la politique étrangère de manière plus large, plus généreuse et finalement plus exacte que la seule référence au maintien de l'indépendance du pays, n'a fait que confirmer les composantes principales d'une politique pratiquée déjà de longue date.

De ces trois termes, qu'aucune hiérarchie n'ordonne, seul le premier n'est jamais omis, non plus que la neutralité, dans les textes officiels traitant de questions de politique extérieure<sup>29</sup>. S'ils échappent à des définitions rigoureuses, disons qu'ils se rapportent à la notion de neutralité plus qu'à celle d'indépendance.

L'universalité est inhérente à la neutralité; elle reflète en quelque sorte le droit qu'a l'Etat neutre de maintenir en temps de guerre ses relations avec tous les Etats, y compris les belligérants, ainsi que le refus de toute exclusive marquant ses rapports en temps de paix avec les autres Etats<sup>30</sup>. Le sceau de l'uni-

<sup>27</sup> D. BINDSCHIEDLER-ROBERT, op. cit. (note 18), p. 687.

<sup>28</sup> «La Suisse a toujours considéré que son statut d'Etat perpétuellement neutre n'est pas un obstacle à l'accomplissement des devoirs pacifiques que lui impose la solidarité internationale, ni à sa collaboration avec les autres nations pour chercher à établir, en faveur de tous les peuples, un régime de paix et de sécurité...» (lettre du 9 juillet 1947 du chef du Département politique fédéral acceptant l'invitation des gouvernements français et britannique de prendre part à la conférence convoquée à Paris le 12 juillet 1947 pour examiner les propositions du Secrétaire d'Etat américain Marshall en vue du redressement économique de l'Europe, FF 1948 II 1117/1118). Sur les motifs qui ont incité la Suisse, bien qu'elle n'eût pas besoin de l'aide américaine, à participer à la coopération économique européenne, voir ibid. 1133 ss, not. 1135. Voir aussi le rapport du Conseil fédéral du 26 avril 1955 sur la participation de délégués suisses à l'exécution de la convention d'armistice conclue en Corée le 27 juillet 1953 (FF 1955 I 685, not. 750 ss).

<sup>29</sup> Par exemple FF 1968 I 1224; 1980 I 615 (neutralité, solidarité et universalité); 1969 I 1579 et 1585; 1973 II 141 (neutralité, solidarité et disponibilité); 1977 II 925 (neutralité, solidarité et participation).

<sup>30</sup> «Nous devons rester fidèles au principe de l'universalité de nos rapports diplomatiques avec les autres pays, quel que soit leur régime politique,

versalité n'a pas toujours marqué dans le passé les rapports internationaux de la Suisse; la plus notable exception concerne l'Union soviétique, avec laquelle la Suisse n'eut aucune relation officielle de 1917 jusqu'au lendemain de la deuxième guerre mondiale<sup>31</sup>. Cette maxime est en revanche bien observée aujourd'hui. La Suisse a reconnu tous les Etats indépendants de la terre et entretient des relations diplomatiques avec la plupart d'entre eux; le fait que, dans quelques cas, ces relations ne s'accompagnent pas de l'accréditation réciproque d'agents diplomatiques répond le plus souvent à des considérations pratiques et budgétaires et demeure sans conséquences sur leur nature. Des raisons analogues expliquent que les rapports noués avec quelques petits Etats du Pacifique et des Antilles se déroulent au niveau consulaire.

Si l'universalité est le corollaire de la neutralité, la solidarité en est le complément, le prolongement naturel<sup>32</sup>. Récusant la prémisse que la neutralité conduit nécessairement à une politique d'abstention et d'indifférence à l'égard des événements internationaux, cette maxime met en évidence les aspects positifs de la neutralité dans la mesure où ce statut favorise l'accomplissement de certaines tâches en faveur de la paix ou dont il peut seul assurer l'exercice<sup>33</sup>. Mais l'ouverture sur le monde et les fins altruistes qu'elle suggère ne l'empêchent pas d'être aussi une condition de la sauvegarde des intérêts du pays<sup>34</sup>.

quelles que soient les critiques que peut susciter l'action de leur gouvernement» (Intervention du Conseiller fédéral Petitpierre lors du débat sur la Hongrie en 1956 au Conseil national, citée par A. RIKLIN, p. 32, note 31).

<sup>31</sup> Rompues au moment de la révolution, les relations diplomatiques ne furent rétablies qu'en 1946, le Conseil fédéral refusant jusque-là de reconnaître le régime soviétique. Dans l'échange de notes intervenu le 18 mars 1946 à Belgrade entre le ministre de Suisse et le chargé d'affaires de l'URSS, le Conseil fédéral admettait que son attitude avait été inamicale à l'égard de ce pays. (Le texte de l'échange de notes est reproduit dans ASDI 1947, pp. 141/142.) Sur les raisons pour lesquelles le Conseil fédéral jugeait impossible de reconnaître le régime issu de la révolution malgré le règlement de l'affaire Vorovski, voir notamment la déclaration du Conseiller fédéral Motta au Conseil national le 26 juin 1927, citée par E. ZELLWEGER, *Die völkerrechtliche Anerkennung nach schweizerischer Staatenpraxis*, ASDI 1954, p. 21. Sur les bons offices prêtés par le gouvernement français en vue de régler l'affaire précitée, voir Documents diplomatiques suisses, Benteli Verlag Bern, vol. 9 (1925–1929), doc. nos 143, 145, 148, 152, 153, 159 et 163.

<sup>32</sup> Le lien entre les deux idées, exprimé par le Conseiller fédéral Petitpierre lors du congrès du parti radical le 28 octobre 1945, avait été fait antérieurement déjà, notamment par le Conseiller fédéral Motta en 1936 et par le Conseiller fédéral Calonder en 1917 (A. RIKLIN, p. 32, note 26; P. SALADIN, op. cit. [note 8], p. 129).

Quant à la disponibilité, elle constitue une facette de cette politique de «neutralité active»<sup>35</sup> en signalant que l'Etat est prêt à offrir ses bons offices.

L'évolution marquant la signification de la neutralité n'est pas étrangère à l'expression contemporaine de ces maximes. Le rôle joué jadis par la neutralité en tant que ciment de l'entente confédérale s'est estompé, alors que s'affirmait une justification nouvelle et complémentaire, tenant au rôle de la neutralité, plus spécialement de la neutralité permanente, comme facteur de stabilisation et d'équilibre dans les relations internationales. Garante de la paix intérieure, la neutralité l'est aussi de la paix en général dans la mesure, limitée certes, où elle contribue à la réduction des aires possibles d'affrontements armés et, par là, à la limitation de la guerre par sa localisation.

La notion même d'indépendance n'est pas restée à l'abri de l'érosion qu'entraînait la prise en compte des réalités extérieures. Non qu'elle ne représente plus un impératif essentiel. Mais, face aux interdépendances diverses qui sont un fait de notre temps et que nourrissent les rapports étroits et largement complémentaires que les Etats entretiennent entre eux, elle n'a plus le même sens qu'autrefois. Enervée, dépouillée de son caractère obsidional, elle est perçue aujourd'hui dans une perspective positive, dynamique, postulant la participation de la Suisse à la coopération internationale et aux efforts tendant à l'instauration d'un ordre politique mondial plus stable et plus juste, en bref commandant une politique étrangère active. Cette conception est attestée sans équivoque par de nombreux documents officiels<sup>36</sup>. La doctrine s'en est fait l'écho<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> Rapport précité du Conseil fédéral sur la participation de délégués suisses à l'exécution de la convention d'armistice en Corée (FF 1955 I 749 ss); voir aussi FF 1972 I 1032; 1973 I 865/866; 1982 I 513/514.

<sup>34</sup> FF 1973 I 838.

<sup>35</sup> FF 1982 I 514.

<sup>36</sup> Elle a été affirmée dans des affaires aussi diverses que la question de la Corée (FF 1955 I 750, 752), la coopération au développement et l'aide humanitaire internationales (FF 1973 I 865), la politique de sécurité (FF 1973 II 108, 140 et 141) et les relations de la Suisse avec les Nations Unies (FF 1969 I 1575, 1585; 1977 II 925 ss; 1982 I 510 ss et 584). Plus généralement on la trouve exposée dans les rapports successifs du Conseil fédéral sur les grandes lignes de la politique gouvernementale (FF 1968 I 1224; 1972 I 1031; 1976 I 433; 1980 I 615; 1984 I 174).

<sup>37</sup> P. SALADIN, op. cit. (note 8), pp. 143 ss, et *Unerfüllte Bundesverfassung?*, RDS 1974 I, p. 319: ««Ausgeschöpft» ist die Verpflichtung des Bundes auf *Unabhängigkeit gegen außen...*» L. WILDHABER, *Kompetenzausscheidung*,



Faut-il conclure que ce glissement de sens fait violence au texte constitutionnel? On ne saurait le prétendre tant est faible la portée normative de l'article 2 est.<sup>38</sup> Certes, la sauvegarde de l'indépendance demeure l'objectif suprême de l'action extérieure de l'Etat. Mais le cadre de l'article 2 est assez large et souple pour accueillir sa nouvelle dimension. La neutralité, de même que les maximes – solidarité, disponibilité, universalité – qui l'accompagnent et la complètent, lui restent subordonnées, moyens au service d'une fin.

2. Ces trois maximes, vu les actions diverses qui les traduisent et le large consensus qui les porte, ont-elles été élevées au rang constitutionnel par la force du droit coutumier? On l'a prétendu, en ce qui concerne tout au moins la première d'entre elles<sup>39</sup>, en souhaitant même que la solidarité soit inscrite expressément, avec la disponibilité, dans la constitution<sup>40</sup>.

En admettant que soient réunies en l'occurrence les conditions génératrices d'une règle coutumière – pratique bien établie et sentiment généralement répandu de son caractère obligatoire – on ne voit pas quelles lacunes une telle règle viendrait utilement combler<sup>41</sup>, ni à quelle nécessité elle répondrait<sup>42</sup>. Si la solidarité, comme les autres maximes, est liée à la neutralité, elle est aussi d'une autre nature et n'a pas le même poids au regard de l'histoire et du droit. Voudrait-on, en l'élevant au rang constitutionnel, en augmenter l'efficacité et en garantir le respect par les responsables de la politique étrangère, que la démarche devrait être tenue pour inappropriée. Nous en verrons les raisons tout à l'heure.

Quant à faire figurer la solidarité et la disponibilité dans la constitution, qui plus est parmi les buts de l'Etat<sup>43</sup>, cette idée, toute généreuse qu'elle soit, nous semble juridiquement mal fondée et politiquement inopportune. Rappelons que la politique étrangère est, par nature et compte tenu du milieu où elle

p.238: «Der Auftrag zur «Behauptung der Unabhängigkeit» ist indessen weitgehend zur Leerformel geworden.»

<sup>38</sup> Selon W. BURCKHARDT, cette disposition a une valeur historique en tant qu'elle reflète les idées politiques qui inspiraient les fondateurs de l'Etat fédéral, p. 11); voir aussi F. FLEINER/Z. GIACOMETTI, p. 74, et J.-F. AUBERT, Traité I, n° 278.

<sup>39</sup> P. SALADIN, RDS 1972 I, pp. 133 et 134.

<sup>40</sup> P. SALADIN, RDS 1974 I, p. 320.

<sup>41</sup> Cf. J.-F. AUBERT, Traité I, n° 322 et jurisprudence citée à la note 1.

<sup>42</sup> Cf. J.-F. AUBERT, Traité II, n° 1535.

<sup>43</sup> P. SALADIN, RDS 1974 I, p. 320.

opère<sup>44</sup>, réfractaire à une réglementation allant au-delà de son organisation interne. Bien que les maximes de solidarité et de disponibilité aient inspiré l'action extérieure de la Suisse pendant plus d'un siècle, faut-il pour autant les graver au fronton de l'Etat?

Rejetant l'idée exprimée au parlement en 1971 (motion *Akeret*) de prévoir une disposition constitutionnelle expresse pour la coopération au développement et l'aide humanitaire internationales, le Conseil fédéral avait relevé justement ce qui suit:

«La politique étrangère est difficile à décomposer, sur le plan de la constitution, en éléments distincts qui auraient chacun leur définition propre. Les objectifs de la politique étrangère ne peuvent se définir que par une clause très générale, nécessairement peu précise. Son contenu se détermine en fonction des nécessités du moment, des constellations, des courants d'idées et des rapports de forces qui se font jour sur la scène nationale et internationale. Seules les autorités fédérales, dans leur pratique quotidienne, sont en mesure de tenir compte de ces développements avec les nuances qui s'imposent. Une modification de la constitution n'y parviendrait pas. (...) Même s'il devait s'agir, non de définir dans la constitution la politique étrangère dans ses moindres détails – ce qui serait de toute manière impossible – mais seulement d'en caractériser certaines lignes directrices en vue de sa mise en œuvre, les plus nettes réserves devraient être faites. Toute tentative de définir plus concrètement la politique étrangère se heurterait à des difficultés presque insurmontables, car elle provoquerait plus d'incertitude qu'elle n'apporterait de clarté dans des réalités internationales toujours changeantes.»<sup>45</sup>

La solidarité est mentionnée aujourd'hui à l'article 2 de la loi sur la coopération au développement et l'aide humanitaire internationales, du 19 mars 1976; elle figure au premier rang des «principes régissant les relations de la Suisse avec la communauté internationale»<sup>46</sup>. Si ces activités sont une bonne illustration de la solidarité, le contenu de cette notion reste généralement imprécis et malléable<sup>47</sup>. Ancrer cette maxime dans la constitu-

<sup>44</sup> «Notre politique étrangère doit tenir compte de deux données fondamentales: d'une part, des conditions intérieures que nous déterminons nous-mêmes, et, d'autre part, des conditions extérieures, résultant des événements internationaux.» (Rapport du Conseil fédéral du 13 mars 1972 concernant les grandes lignes de la politique gouvernementale pendant la législature 1971/1975, FF 1972 I 1031.)

<sup>45</sup> Message du Conseil fédéral du 19 mars 1973 à l'appui d'un projet de loi sur la coopération au développement et l'aide humanitaire internationales, FF 1973 I 867.

<sup>46</sup> Art. 2, al. 1 (RS 974.0).

<sup>47</sup> Le Conseil fédéral a considéré par exemple que l'adhésion de la Suisse à l'Organisation des Nations Unies constituait notamment un acte de solidarité envers les autres Etats (FF 1982 I 583); même démarche en ce qui concerne la ratification par la Suisse de conventions conclues sous l'égide du

tion serait de nature à éveiller des espérances ou des appétits, voire à légitimer les revendications les plus inattendues. Ne serait-ce pas en outre signaler de manière trop voyante une idée génératrice de bonne conscience?

Quant à la disponibilité, il s'agit d'une offre permanente dont la mise en œuvre dépend en définitive des autres Etats. Faut-il encore l'afficher pour la rendre plus attrayante?

Convient-il enfin de lier la Confédération en lui prescrivant au niveau constitutionnel des actions et des comportements que des événements intérieurs ou la conjoncture internationale pourraient commander de suspendre, de différer ou d'interdire?

Un auteur a estimé que l'indication des buts de la Confédération à l'article 2, à l'instar d'autres textes constitutionnels de valeur juridique inférieure, sans être indispensable, n'était pas non plus déplacée dans la constitution<sup>48</sup>. Pour les raisons que nous venons d'exposer, l'inscription de ces maximes dans le corps de notre loi fondamentale ne satisferait même pas à ce constat. Le droit constitutionnel n'en serait pas enrichi pour autant; et la politique étrangère n'y gagnerait rien, au contraire.

«Il y a longtemps que j'ai dit», rappelait Benjamin Constant dans l'avant-propos des *Principes de politique*, «qu'une Constitution étant la garantie de la liberté d'un peuple, tout ce qui tenait à la liberté était constitutionnel, mais que rien n'était constitutionnel de ce qui n'y tenait pas: qu'étendre une constitution à tout, c'était faire de tout des dangers pour elle, et créer des écueils pour l'en entourer...»

Conseil de l'Europe (FF 1981 II 804 et 955; 1974 I 1049) et l'approbation d'un amendement au Statut de l'Agence internationale de l'énergie atomique (FF 1972 II 1374).

<sup>48</sup> J.-F. AUBERT, *Traité I*, n° 279.

## Chapitre II

# Répartition des compétences entre la Confédération et les cantons en matière de politique étrangère

### Section 1: De l'Etat fédéral et des compétences de ses membres sur le plan extérieur

1. En dépit de son appellation officielle – Confédération suisse – la Suisse est un Etat fédéral. Ni la notion de confédération d'Etats, ni celle d'Etat fédéral ne correspondent à des catégories rigoureusement définies et qui s'imposeraient dans chaque cas <sup>1</sup>. Il n'existe pas de définition généralement reçue de l'une ou de l'autre. Comme il n'y avait pas jadis deux confédérations d'Etats qui fussent identiques<sup>2</sup>, il n'y a pas aujourd'hui de modèle préétabli de l'Etat fédéral, ni de similitudes suffisamment étendues et nombreuses dans les structures des Etats qui se disent fédéraux pour qu'on puisse en induire un régime d'application universelle.

Les confédérations d'Etats et les Etats fédéraux, dont le droit des gens enregistre l'existence en tant qu'Etats composés, réalisent des degrés variables d'intégration. Il n'existe dès lors pas de différence essentielle entre ces deux formes étatiques, pas plus qu'il n'y en a entre l'Etat fédéral et l'Etat unitaire décentra-

<sup>1</sup> Dictionnaire de la terminologie du droit international, Paris 1960, pp. 147 et 267; GEORGES SCELLE, Précis de droit des gens I, Paris 1932 (ci-après: Précis), pp. 200 et 210; J.-F. AUBERT, Traité I, n<sup>os</sup> 510ss. La littérature relative au fédéralisme est abondante; voir les auteurs suisses et étrangers mentionnés par J.-F. AUBERT, Traité I, p. 195, note 1, et III, note 1 *ad* n<sup>o</sup> 510; voir aussi l'importante bibliographie ordonnée par Etats fédéraux, indiquée par YVES LEJEUNE, Le statut international des collectivités fédérées, pp. 415 à 440.

<sup>2</sup> La confédération d'Etats, dont les Etats-Unis (de 1776 à 1787), l'Allemagne (de 1815 à 1866, peut-être aussi de 1867 à 1871) et la Suisse (de 1815 à 1848 dans son dernier avatar) ont constitué des exemples classiques avant leur mutation en Etats fédéraux, est une figure qui appartient au passé. La seule confédération existant aujourd'hui paraît être la SÉNÉGAMBIE, formée du Sénégal et de la Gambie, instituée par un traité conclu à Dakar le 17 décembre 1981 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> février 1982. Voir à ce sujet CHARLES ROUSSEAU, Chronique des faits internationaux, RGDIP 1982, p. 374.

lisé<sup>3</sup>. Il n'en demeure pas moins qu'un certain nombre de traits permettent souvent de distinguer l'Etat fédéral des entités étatiques situées en aval, c'est-à-dire moins intégrées, comme de celles se trouvant en amont, c'est-à-dire plus centralisées. Parmi ces indices deux au moins se vérifient généralement.

L'association d'Etats groupés dans une confédération («Staatenbund») repose sur un ou plusieurs traités; et elle est assez lâche pour permettre à chaque associé de demeurer un Etat souverain. Lorsque les membres de la confédération délèguent l'exercice de certaines compétences à des organes collectifs, notamment dans le domaine des relations extérieures et en matière de défense, ils ne perdent pas pour autant leur personnalité au regard du droit international public<sup>4</sup>. En revanche les entités composant un Etat fédéral s'y trouvent réunies sur la base d'un acte qui n'est pas de nature contractuelle et qui est une constitution; leurs rapports mutuels ne sont pas régis naturellement par le droit des gens mais par le droit interne de l'Etat fédéral qui, compte tenu d'une association plus serrée et désormais contrôlée, a absorbé en quelque sorte les souverainetés étatiques de ses membres.

Notons qu'un Etat fédéral peut résulter non seulement d'un phénomène d'agrégation, mais aussi d'un processus de ségrégation ou de dissociation<sup>5</sup>; celui-ci verra l'autorité centrale d'un

<sup>3</sup> «Il n'y a pas lieu de faire ici de distinction d'essence entre ce qu'on appelle la *décentralisation* et le fédéralisme: il n'existe entre les deux procédés d'organisation sociale que des différences de degrés» (G. SCELLE, Règles générales du droit de la paix, RCADI 1933 IV, p. 395). «L'Etat fédéral ne se décrit que par approximation» (J.-F. AUBERT, Dalloz, pp. 762 ss, n° 45; voir aussi J.-F. AUBERT, Traité I, n° 529).

<sup>4</sup> Si cette personnalité est soulignée formellement par le caractère diplomatique de l'organe principal où les Etats membres envoient des représentants munis d'instructions, la règle de l'unanimité, qui en serait la conséquence logique, est trop souvent démentie par les textes ou par les faits pour qu'elle puisse être tenue pour caractéristique. Ainsi, s'agissant des questions remises à sa compétence par le Pacte fédéral de 1815, la Diète prenait ses décisions à la majorité absolue et, pour les affaires importantes énumérées par le Pacte, à la majorité des trois quarts (§ 8, al. 3); la délégation de pouvoirs particuliers au Directoire fédéral et l'adjonction de représentants de la Confédération à l'Autorité du Vorort nécessitaient les deux tiers des voix (§ 9, al. 1). Il reste que la faiblesse des attributions conférées par le Pacte aux organes centraux n'a pas permis à la Confédération de sortir de «l'impuissance d'agir» dans laquelle, notait TOCQUEVILLE, elle s'est toujours trouvée. «Il y a des siècles que la Suisse n'existerait plus sans les jalousies de ses voisins» (De la démocratie en Amérique, première partie, chap. VIII, collection Garnier-Flammarion, Paris 1981, p. 233 et note 37).

<sup>5</sup> G. SCELLE, Précis (note 1), p. 189; J.-F. AUBERT, Dalloz, p. 766, n° 46.



Etat unitaire se diluer ou se fragmenter au profit d'autonomies locales ou régionales suffisamment marquées pour qu'on puisse parler de structure fédérale<sup>6</sup>. Dans cette hypothèse, comme dans les cas de fédéralisme associatif, le droit interne règle le statut des entités fédérées, leurs relations *inter se*, ainsi que leurs rapports avec l'Etat fédéral et avec les Etats étrangers. Si, dans les deux situations, l'Etat fédéral est titulaire de la personnalité internationale, le droit interne peut attribuer aux unités composantes certaines compétences dans le domaine des relations extérieures, notamment celle de conclure des traités. Le droit des gens se bornera, ici aussi, à prendre acte de cette capacité externe restreinte, quitte à prétendre en gouverner l'exercice ou au moins certaines conséquences dans l'ordre juridique international.

Il n'est pas sans intérêt de noter que le projet d'articles sur le droit des traités, élaboré par la Commission du droit international (CDI) des Nations Unies, contenait une disposition qui, après avoir posé la règle que «Tout Etat a la capacité de conclure des traités», prévoyait ce qui suit:

«Les Etats membres d'une union fédérale peuvent avoir la capacité de conclure des traités si cette capacité est admise par la constitution fédérale et dans les limites indiquées dans ladite constitution.»<sup>7</sup>

Cette clause, d'ailleurs purement tautologique, fut supprimée par la conférence qui se tint à Vienne en 1968 et en 1969 pour examiner le projet de la CDI. Tous les Etats fédéraux représentés à la conférence – à l'exception de l'Union soviétique – y étaient opposés, ceux dont les constitutions admettent la capa-

<sup>6</sup> On cite souvent à ce propos l'exemple de la désagrégation progressive de l'Empire britannique. Or il s'agit là d'un cas particulier; le Commonwealth britannique, dépourvu de personnalité internationale, constitue aujourd'hui un club plus qu'une association d'Etats. On mentionnera plutôt les exemples de quelques pays d'Amérique latine au siècle dernier et celui de l'Autriche depuis 1920 (voir Y. LEJEUNE, *Le statut international des collectivités fédérées*, p. 31, note 12). Voir aussi le cas de l'URSS à partir de 1923, encore que le fédéralisme soviétique soit plus apparent que réel.

<sup>7</sup> Projet d'articles sur le droit des traités, art. 5, al. 2 (Annuaire de la CDI 1966 II, p. 194). Amendé, cet article est devenu l'art. 6 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, du 23 mai 1969. – Une telle clause doit être distinguée de la «clause fédérale» figurant dans certains traités qui, pour tenir compte des structures fédératives des Etats parties, ont prévu des dispositions particulières de mise en œuvre dans l'ordre juridique interne; voir par exemple l'art. 41 de la Convention relative au statut des réfugiés, du 28 juillet 1951 (RS 0.142.30) et l'art. 19, al. 7, de la constitution de l'Organisation internationale du travail (RO 1948 891).

cité contractuelle de leurs membres, comme ceux où le *treaty-making power* appartient exclusivement à l'autorité centrale. Le débat juridique couvrait en fait des problèmes politiques concrets concernant respectivement l'URSS et le Canada: tandis que la première voyait dans le projet le moyen de faire accéder aux relations internationales tous les Etats de l'Union en sus de la Biélorussie et de l'Ukraine, le second, confronté à la question du Québec, était soucieux pour sa part de prévenir le développement de mouvements centrifuges. Parmi les arguments utilisés contre cette disposition au cours de la discussion, comme auparavant déjà à la CDI, certains méritent attention dans la mesure où ils tendaient à situer la source de la capacité internationale des Etats fédérés non pas dans la constitution de l'Etat fédéral, mais bien dans le droit international, soit que celui-ci renvoie au droit interne le soin d'aménager cette capacité ou qu'il la détermine conjointement avec le droit interne, soit qu'il intervienne après coup pour en assurer la reconnaissance par les autres Etats<sup>8</sup>.

Seul le dernier argument peut être tenu pour fondé, mais dans des limites qu'il importe de préciser. La position du droit des gens à l'égard des structures étatiques fédérales et de la participation des entités fédérées aux rapports internationaux se ramène au double constat suivant: aucune règle de droit international n'interdit aux unités composantes d'un Etat fédéral d'être dotées, par le droit de cet Etat, de la capacité de conclure des traités avec des Etats tiers; et il appartient aux autres Etats de reconnaître cette prétention. Mais, alors que la reconnaissance est en fait discrétionnaire, l'opposabilité de la prétention, notamment dans le cadre d'une procédure internationale, dépend de son effectivité, qui est mesurée et gérée par le droit international<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Conférence de Vienne sur le droit des traités, documents officiels, comptes rendus analytiques, 1<sup>re</sup> session, pp. 70 (§ 71) et 73 (§ 22); 2<sup>e</sup> session, pp. 14 (§ 31) et 15 (§ 43). Voir au surplus Y. LEJEUNE, *Le statut international des collectivités fédérées*, pp. 381 à 387; PAUL REUTER, *Confédération et fédération: «vetera et nova»*, Mélanges offerts à Charles Rousseau, Paris 1974, pp. 199 ss, not. pp. 208 à 212.

<sup>9</sup> Le Professeur REUTER a bien montré que, si le droit international ne contient en cette matière aucune autre règle que celle de l'effectivité, celle-ci n'en comporte pas moins des conséquences importantes. Car la règle n'a pas seulement pour objet «d'écarter l'opposabilité des situations basées sur une fiction, sur une apparence trompeuse, comme ce fut le cas dans l'affaire *Nottebohm*», mais elle exige aussi «une certaine stabilité, une certaine plénitude» (op. cit., p. 214).

Il suit de là que les compétences internationales des entités fédérées varient, quant à leur nature et quant à leur étendue, d'un Etat fédéral à l'autre. Inexistantes là où l'Etat fédéral médiatise complètement les parties composantes<sup>10</sup>, exclues lorsque en fait la pratique s'y oppose<sup>11</sup>, elles peuvent être d'autre part affirmées, mais fictives<sup>12</sup> ou réelles<sup>13</sup>.

Qu'en est-il de la Suisse?

2. Avant d'examiner les articles de la constitution fédérale relatifs aux compétences matérielles de la Confédération et des cantons dans le domaine des relations extérieures, il convient de dissiper toute équivoque au sujet du statut international des cantons. Leur mention à l'article premier commence par ces mots: «Les peuples des vingt-trois cantons souverains de la Suisse, unis par la présente alliance...». Selon l'article 3,

«Les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la constitution fédérale, et, comme tels, ils exercent tous les droits qui ne sont pas délégués au pouvoir fédéral.»

Pourrait-on déduire des termes «souverains» et «souveraineté» figurant dans ces dispositions quelques conséquences touchant le principe même et l'étendue d'une capacité internationale des cantons?

Il est sans doute peu de notions qui aient fait l'objet d'interprétations aussi diverses et aussi subtiles que la souveraineté. A côté des tentatives doctrinales visant à l'écarter ou tout au moins à en réduire la portée, on notera que la variété des acceptions qui lui ont été données est liée pour une bonne part aux controverses suscitées autrefois par la théorie de l'Etat fédéral<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Tel est, par exemple, le cas du Mexique, de l'Inde, de l'Autriche (Y. LEJEUNE, Le statut international des collectivités fédérées, p. 8 et note 35).

<sup>11</sup> Ainsi aux Etats-Unis, malgré l'article premier, section 10, alinéa 3, de la constitution (J.-F. AUBERT, Dalloz, p. 766, n° 49; Y. LEJEUNE, op. cit., p. 48 et note 20).

<sup>12</sup> C'est le cas de l'Union soviétique, où seules la Biélorussie et l'Ukraine font usage pratiquement, parmi les compétences extérieures attribuées aux républiques fédérées par l'article 80 de la constitution de 1977, du *treaty-making power* aux côtés de l'Union (Y. LEJEUNE, op. cit., p. 49 et note 23; voir aussi pp. 53 ss [n° 31], 58 et 59 [n° 34] et pp. 403 et 404 [n° 299]); voir en outre TH. SCHWEISFURTH, op. cit. (Introduction, note 4), II, pp. 790 à 792.

<sup>13</sup> Par exemple en République fédérale d'Allemagne, bien que les *Länder* aient accepté en 1957 une réduction non négligeable de leurs pouvoirs (Y. LEJEUNE, op. cit., p. 49 et note 22; J.-F. AUBERT, Dalloz, p. 766, nos 49 et 50).



Ces débats se sont apaisés. S'il est vrai qu'elle «sent terriblement son dix-neuvième siècle»<sup>14</sup>, la souveraineté n'en continue pas moins de jouer dans les relations interétatiques contemporaines un rôle trop important pour qu'on puisse l'ignorer ou en minimiser la signification. Tenue par de nombreux Etats pour un dogme plus qu'un principe général du droit des gens, tant est constant et sourcilleux le soin mis à l'affirmer et à la défendre, elle représente aujourd'hui l'une des très rares règles pouvant prétendre à une reconnaissance unanime et incontestée dans la société internationale. Aussi convient-il d'en rappeler le sens. La souveraineté est l'autorité suprême (*suprema potestas*), ce qui implique l'absence d'un pouvoir supérieur. Sur le plan interne, la souveraineté désigne le sommet d'une hiérarchie, le plus haut degré de commandement. Sur le plan externe elle signifie l'indépendance<sup>16</sup>. Encore faut-il ajouter que la souveraineté extérieure n'est pas absolue en tant que l'Etat indépendant est soumis à l'autorité du droit international<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> A ce sujet voir notamment Y. LEJEUNE, op. cit., pp. 19 à 27; BERNARD GILSON, *The Conceptual System of Sovereign Equality*, Louvain 1984, pp. 435ss.

<sup>15</sup> J.-F. AUBERT, *Traité I*, n° 589.

<sup>16</sup> «Toute Nation qui se gouverne elle-même, sous quelque forme que ce soit, sans dépendance d'aucun étranger, est un *Etat souverain*» (EMER DE VATTEL, *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, livre I, chap. I, § 4). On rappellera aussi le passage fameux de la sentence arbitrale prononcée par MAX HUBER dans l'affaire de l'île de Palmas en 1928: «Sovereignty in the relations between States signifies independence. Independence in regard to a portion of the globe is the right to exercise therein, to the exclusion of any other State, the functions of a State» (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales II*, p. 838).

<sup>17</sup> Les droits de l'Etat souverain «sont naturellement les mêmes que ceux de tout autre Etat. Telles sont les Personnes morales, qui vivent ensemble dans une Société naturelle, soumise aux Loix du Droit des Gens» (VATTEL, loc. cit.). «L'indépendance... n'est, au fond, que la condition normale des Etats d'après le droit international: elle peut être aussi bien qualifiée comme *souveraineté* (*suprema potestas*) ou *souveraineté extérieure*, si l'on entend par cela que l'Etat n'a au-dessus de soi aucune autre autorité, si ce n'est celle du droit international» (DIONISIO ANZILOTTI, opinion individuelle relative à l'avis consultatif de la Cour permanente de justice internationale au sujet du régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche [CPJI A/B, n° 41, p. 57]). Il serait dès lors vain de vouloir tirer argument des barrières dont le droit international entoure la compétence des Etats pour plaider en faveur d'une conception limitée de la souveraineté, comme le fait OLIVIER JACOT-GUILLARMOD dans son étude sur «La primauté du droit international face à quelques principes directeurs de l'Etat fédéral suisse» p. 388). Signifiant l'absence de pouvoir supérieur, si ce n'est celui du droit des gens, la souverai-

Il est dès lors évident que les cantons ne sont pas souverains au sens propre du terme. Tous les auteurs sont d'accord là-dessus<sup>18</sup>. Des raisons historiques justifient l'emploi de ce mot par le constituant, désireux de ménager les susceptibilités cantonales. La «souveraineté» ne recouvre pas en l'occurrence la totalité des compétences internes et externes inhérentes à ce concept, mais seulement celles que la constitution fédérale attribue aux cantons. On ne saurait soutenir d'autre part que les cantons ont préservé une souveraineté résiduelle et partielle. Si la possession d'une certaine capacité internationale par les membres d'un Etat fédéral issu d'une confédération d'Etats peut s'expliquer par l'histoire, cette capacité dérive exactement du droit fédéral (constitution ou loi), qui régleme également les conditions de son exercice. En admettant, par hypothèse,

neté n'est pas contredite ni entamée par les injonctions et les interdits qu'il contient à l'adresse des Etats, ni par les conséquences qu'il leur impose en cas d'inobservation de ses règles. Mais cet auteur fait intervenir d'autres considérations pour montrer que la souveraineté de la Suisse ne peut être qu'une «autonomie juridique relative de l'Etat» (op. cit., pp. 391, 392). A côté des limitations prévues par le droit international, qualifiées improprement de contraintes juridiques externes, il mentionne un certain nombre de contraintes juridiques internes: séparation des pouvoirs, observation des droits fondamentaux, des droits populaires, de l'autonomie communale, respect du droit (op. cit., pp. 388/389). Or, si la souveraineté, entendue correctement, s'accommode à celles-là, elle ne saurait non plus être atteinte par celles-ci. Quant aux contraintes de fait – mais quel Etat n'a pas les siennes? – bornons-nous à rappeler que la souveraineté est un concept juridique. (Cf. J.-F. AUBERT, *Traité III*, n° 589.) Pour établir la primauté du droit international dans l'ordre juridique suisse – thèse à laquelle nous souscrivons d'ailleurs entièrement – O. JACOT-GUILLARMOD n'a pas craint de s'engager sur des chemins détournés au risque de pervertir des notions bien reçues aux fins de sa démonstration.

<sup>18</sup> Une opinion, à peine discordante, a été exprimée par M. BRIDEL. Après avoir constaté que, la Confédération étant souveraine, les cantons ont cessé de l'être, cet auteur leur attribue cependant une souveraineté relative dans la mesure de leur participation à la souveraineté fédérale: «La Constitution fédérale étant la loi suprême de la Suisse et toute modification de cette Constitution nécessitant la double approbation du peuple et des cantons, on peut dire que ceux-ci détiennent, conjointement avec le peuple, la souveraineté dans l'Etat fédéral. Il faut simplement observer que cette souveraineté n'appartient pas à chaque canton individuellement, mais au corps des vingt-deux cantons, statuant à la majorité de leurs voix, parallèlement à la majorité du peuple» (I, n° 19). Retenant aussi une notion relative de la souveraineté, A. FAVRE en tire pour sa part d'autres conclusions: «Il y a souveraineté partout où il y a liberté incontrôlée d'initiative et de décision. Or le canton possède un vaste champ d'activité de cette nature. Il est donc légitime de parler de souveraineté des cantons, comme de la souveraineté de la Confédération» (p. 112).

que l'antériorité historique des entités fédérales puisse servir de support au maintien de leurs compétences extérieures, comment justifier alors l'existence de ces compétences lorsque l'Etat fédéral procède du relâchement de l'unitarisme étatique (fédéralisme par dissociation) ou lorsqu'une entité composante résulte de la division d'une collectivité fédérée postérieurement à la création de l'Etat fédéral<sup>19</sup>?

Dès lors que la constitution fédérale est la source exclusive des pouvoirs cantonaux, le point de savoir si les cantons sont ou non des Etats est sans pertinence pour notre propos. Privés de la totalité des compétences attachées à la souveraineté, ils ne sont certainement pas des Etats au sens du droit des gens. Cela ne signifie pas qu'ils ne puissent pas revendiquer une certaine personnalité internationale en fonction de leur participation aux relations interétatiques<sup>20</sup>. Nous reviendrons sur ce problème quand nous aurons déterminé la nature et l'importance de cette participation.

S'il est vrai que les cantons jouissent de la liberté «d'initiative et de décision» dans leur domaine de compétences, cette liberté n'est certainement pas incontrôlée (voir notamment BLAISE KNAPP, *Le fédéralisme*, RDS 1984 II, pp. 301 ss). D'autre part le cadre de leurs activités n'est pas défini par eux, car la Confédération a le pouvoir, par des révisions successives de la constitution fédérale, de réduire, voire de supprimer leurs compétences. (J.-F. AUBERT, *Traité I*, n° 589). Sans doute les cantons prennent-ils une part dans la formation de la volonté de l'Etat fédéral, en particulier lors de la révision de la constitution. Mais il ne s'agit que d'une participation; et la constitution se révisé à la majorité des voix. Privés de «la compétence de la compétence», les cantons ne peuvent dès lors pas être qualifiés de souverains au même titre que la Confédération.

Bien qu'il admette que les cantons sont dépourvus de la souveraineté externe, le Professeur KNAPP estime qu'ils sont «quasiment souverains» dans les domaines où ils disposent de la puissance publique originale, pour autant qu'ils ne portent pas atteinte au droit fédéral (op. cit., pp. 305, 308 et 427). Même entouré de ces restrictions, l'emploi du terme «souverain» est-il approprié? De même que le mot «indépendance» utilisé comme l'équivalent de la personnalité juridique des cantons (op. cit., p. 303)?

<sup>19</sup> Ainsi l'existence et les prérogatives internationales du canton du Jura découlent du droit fédéral; et c'est ce droit qui a réglé le transfert de la «souveraineté» bernoise au nouveau canton. Voir Y. LEJEUNE, *Le statut international des collectivités fédérées*, pp. 26/27 et note 50, pp. 37 et 38 et note 43, p. 37; du même auteur, *La succession du nouveau canton du Jura aux traités internationaux du canton de Berne*, RGDIP 1978, pp. 1051 ss, not. 1058 à 1059, et *La pratique jurassienne en matière de succession aux traités et concordats intercantonaux*, ASDI 1984, pp. 30 ss.

<sup>20</sup> «Les sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits; et leur nature dépend des besoins de la communauté. ... la Cour arrive à la conclusion que

3. En sus des articles distributifs de compétences entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral dans le domaine des relations extérieures (articles 85, chiffres 5 et 6, et 102, chiffres 8 et 9), la constitution contient des dispositions matérielles intéressant respectivement la Confédération et les cantons. Selon l'article 8,

«La Confédération a seule le droit de déclarer la guerre et de conclure la paix, ainsi que de faire, avec les Etats étrangers, des alliances et des traités, notamment des traités de péage (douanes) et de commerce.»

Le pouvoir de la Confédération de conclure des traités, prévu notamment par cette disposition, n'est pas exclusif. L'article 9 dispose en effet ce qui suit:

«Exceptionnellement, les cantons conservent le droit de conclure, avec les Etats étrangers, des traités sur des objets concernant l'économie publique, les rapports de voisinage et de police; néanmoins, ces traités ne doivent rien contenir de contraire à la Confédération ou aux droits d'autres cantons.»

L'article 10 complète cette disposition de la manière suivante:

«<sup>1</sup> Les rapports officiels entre les cantons et les gouvernements étrangers ou leurs représentants ont lieu par l'intermédiaire du Conseil fédéral.

<sup>2</sup> Toutefois, les cantons peuvent correspondre directement avec les autorités inférieures et les employés d'un Etat étranger, lorsqu'il s'agit des objets mentionnés à l'article précédent.»

Il résulte déjà des mots «La Confédération a seule le droit...» (article 8) et «Exceptionnellement, les cantons...» (article 9) que la présomption figurant à l'article 3 de la constitution en faveur de la compétence des cantons ne s'applique pas aux relations extérieures, encore que les cantons jouissent, selon le texte constitutionnel, d'une compétence concurrente à celle de la Confédération dans certaines matières<sup>21</sup>.

l'Organisation est une personne internationale. Ceci n'équivaut pas à dire que l'Organisation soit un Etat, ce qu'elle n'est certainement pas, ou que sa personnalité juridique, ses droits et ses devoirs soient les mêmes que ceux d'un Etat» (Cour internationale de justice, avis consultatif du 11 avril 1949 concernant la réparation des dommages subis au service des Nations Unies, Recueil 1949, pp. 178 et 179).

<sup>21</sup> D'après W. BURCKHARDT, l'article 3 ne pose pas une présomption à proprement parler. Etant donné l'existence des cantons au moment de la création de l'Etat fédéral, le constituant a énuméré les compétences dévolues désormais à la Confédération; là où la constitution ne prévoit rien, les cantons demeurent compétents. Mais cela ne signifie pas encore qu'il faille toujours une disposition constitutionnelle expresse pour fonder une prérogative fédérale; il suffit que celle-ci découle de la constitution fédérale par voie d'interprétation. S'agissant du mode de répartition des compétences, la

Voyons tout d'abord quelle est l'étendue des attributions fédérales.

## Section 2: Les compétences de la Confédération

### I. Conclusion des traités

1. L'article 8 de la constitution confère à la Confédération, dans un langage suranné, trois prérogatives: déclarer la guerre, conclure la paix, passer des traités.

On pourrait s'étonner de trouver inscrit dans notre loi fondamentale le pouvoir de la Confédération de déclarer la guerre, alors que le premier devoir de l'Etat perpétuellement neutre est justement de s'abstenir de prendre part à une guerre. Mais, si les guerres d'agression – avec ou sans déclaration de guerre – lui sont interdites, l'Etat neutre est tenu de repousser par la force toute atteinte à son intégrité territoriale, sans qu'il doive pour autant déclarer la guerre à son agresseur éventuel. Le constituant de 1848, comme celui de 1874, a-t-il visé une telle situation en se référant, malheureusement, à un acte – la déclaration de guerre – prescrit alors par le droit des gens avant l'ouverture des hostilités? N'est-ce pas plutôt qu'il a jugé nécessaire (que la Suisse, Etat neutre, fût légitimée ou non à faire usage du droit de guerre) de régler la question de la compétence concernant l'usage d'une prérogative aussi essentielle en l'attribuant expressément à la Confédération et, à l'intérieur de celle-ci, à l'Assemblée fédérale (article 85, chiffre 6)<sup>22</sup>? On notera à ce sujet que le langage de l'article 8 est très proche de celui de l'Acte de Médiation de 1803 et du Pacte fédéral de 1815 – antérieurs à l'Acte du 20 novembre 1815 portant reconnaissance de la neutralité suisse – en ce qui concerne les dispositions définissant les pouvoirs de la Diète.

S'agissant de la conclusion des traités, le texte même de l'article 8 («... des traités, *notamment* des traités de péage...») suggère une compétence n'englobant pas seulement les types de traités nommément désignés. Traités «politiques» et «non politiques» sont également visés. Parmi les premiers figurent les

constitution établit divers types de relations. Dans plusieurs domaines la Confédération a une compétence complète, mais non exclusive; il en est ainsi des affaires étrangères (pp. 14 et 15).

<sup>22</sup> Dans ce sens D. ROBERT, op. cit. (chapitre I, note 8), p. 69.



traités de paix et les alliances, dont la mention est reprise aussi de l'Acte de Médiation et du Pacte fédéral. A propos des alliances nous nous bornerons à relever que la conclusion de traités de ce genre est interdite en temps de paix à l'Etat perpétuellement neutre en raison des obligations réciproques d'assistance qu'ils supposent normalement. La Confédération ne pourrait donc pas en principe s'engager dans ce domaine tant que son statut de neutralité permanente est en vigueur<sup>23</sup>.

L'article 8 parle, dans le texte français, de la compétence de la Confédération de conclure des traités «avec les Etats étrangers» («mit dem Auslande» dit le texte allemand). Il est évident que la réalité des relations internationales impose le sens le plus large. La Confédération peut exercer sa compétence à l'égard de toutes les entités auxquelles le droit international attribue le *treaty-making power*, soit notamment les Etats, les organisations internationales et le Saint-Siège.

D'autre part le terme «traités» vise toutes sortes d'accords, quels que soient leur appellation, le nombre de cocontractants (traités bilatéraux et multilatéraux) et la manière de les conclure (instrument unique, échange de notes ou de lettres, etc.).

En ce qui concerne la matière, il est admis aujourd'hui que la Confédération a le pouvoir de passer des traités sur toutes questions, y compris celles relevant des compétences législatives des cantons. La thèse fédéraliste, qui entendait mesurer la capacité contractuelle de la Confédération à son droit de légi-

<sup>23</sup> Dans ce sens P. GUGGENHEIM, *Traité II*, p. 561. – Quelque trente ans après la reconnaissance solennelle de la neutralité suisse par les Puissances européennes, la Diète n'avait pas rejeté avec indignation la proposition que, par note du 4 avril 1848, la Sardaigne lui avait faite de conclure une alliance contre l'Autriche en vue de protéger la Savoie des risques d'une insurrection ou d'une invasion. Mise au vote, l'offre fut repoussée par 15 voix contre 7, les cantons minoritaires (Berne, le Tessin et les cantons romands) envisageant ainsi une rupture de la neutralité (voir WILLIAM MARTIN, *Histoire de la Suisse*, 4<sup>e</sup> éd., Lausanne 1959, p. 286).

Si l'Etat neutre est victime d'une agression armée, son statut ne lui interdit pas de conclure des accords d'assistance militaire avec tout Etat susceptible de l'aider à repousser l'agresseur. Lors de l'entrée en guerre des Etats-Unis contre l'Allemagne en 1917, le Conseil fédéral réitéra ses déclarations de neutralité antérieures vis-à-vis des belligérants. En réponse les Etats-Unis firent savoir qu'ils ne manqueraient pas d'observer le principe de la neutralité et l'inviolabilité territoriale de la Suisse, aussi longtemps que la neutralité serait maintenue par la Confédération et respectée par l'ennemi. Ce qui amena le Conseil fédéral à préciser qu'il appartenait à lui seul de décider «dans quelles conditions il pourrait lui paraître opportun de faire appel au concours de Puissances Etrangères» (RSDIP IV, n° 11.10).



férer, n'est pas parvenue à s'imposer contre la thèse centralisatrice, reçue aujourd'hui<sup>24</sup>. Conforme au texte constitutionnel, seule capable de répondre aux besoins de la pratique, cette conception a été mise en œuvre de façon constante par le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale dès les premières années de l'Etat fédéral<sup>25</sup>. Elle a été confirmée par le Tribunal fédéral<sup>26</sup>.

Les effets pratiques de la faculté pour la Confédération d'empiéter sur le domaine législatif des cantons, sensibles surtout au siècle dernier, ont diminué à mesure que s'élargissait le champ des compétences fédérales. Mais, bien que la thèse fédéraliste n'ait pas triomphé en droit, elle n'en a pas moins influencé la politique des autorités fédérales en leur inspirant une indéniable retenue dans l'exercice de leur pouvoir de contracter<sup>27</sup>.

2. Si la Confédération n'est pas liée par le partage interne des compétences législatives entre elle et les cantons, doit-elle en revanche respecter les limites tracées par les règles matérielles de la constitution lorsqu'elle exerce son *treaty-making power*?

Certains l'ont affirmé: à l'instar des lois fédérales, les traités passés par la Confédération ne doivent pas excéder le cadre de la constitution; ils ne doivent pas en particulier porter atteinte aux libertés individuelles<sup>28</sup>. D'autres l'ont nié et soutiennent que les traités conclus par les organes compétents de la Confédération, conformément au droit interne, peuvent contenir des dispositions contraires à la constitution<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> Voir notamment U. HÄFELIN/W. HALLER, n<sup>os</sup> 325 et 1037; Y. HANGARTNER, Grundzüge, p. 186; J. P. MÜLLER, p. 233; L. WILDHABER, Kompetenzausscheidung, p. 241 et les auteurs cités à la note 6.

Voir en outre JAAC 46/II (1982), n<sup>o</sup> 21, p. 160; 45/III (1981), n<sup>o</sup> 49, pp. 280 à 281; 44/II (1980), n<sup>o</sup> 40; 37/II (1973), n<sup>o</sup> 32.

S'agissant des tenants de l'interprétation fédéraliste, voir L. WILDHABER, Kompetenzausscheidung, p. 240, note 5.

<sup>25</sup> Les traités passés au cours de la période antérieure à 1874 portaient sur des matières ressortissant partiellement (établissement, commerce) ou entièrement (compétence judiciaire et exécution de jugements en matière civile et commerciale) au droit des cantons. Voir W. BURCKHARDT, pp. 82 ss; L. WILDHABER, Kompetenzausscheidung, p. 240; RSDIP I, n<sup>os</sup> 1.49 à 1.52. Pour la pratique récente voir not. FF 1981 II 805; 1978 II 691; 1973 I 863; 1961 II 1210 et JAAC 44/II (1980), n<sup>o</sup> 40.

<sup>26</sup> L. WILDHABER, Kompetenzausscheidung, p. 242 et les arrêts cités.

<sup>27</sup> J.-F. AUBERT, Traité I, n<sup>o</sup> 678; L. WILDHABER, Kompetenzausscheidung, p. 243; voir aussi FF 1983 I 281 et 1984 I 792, not. 797/798.

<sup>28</sup> Ainsi F. FLEINER/Z. GIACOMETTI, p. 813.

<sup>29</sup> P. GUGGENHEIM, RDS 1963 II, pp. 292 à 302.

Selon une troisième école, il n'est pas possible de répondre à cette question de manière générale, ni affirmativement, ni négativement. Dans une consultation rédigée en 1938 à la demande du Département politique fédéral et souvent citée, le Professeur WALTHER BURCKHARDT a développé une distinction fondée sur la nature et sur l'orientation des dispositions constitutionnelles, que l'on trouve notamment exposée dans le second rapport du Conseil fédéral sur l'initiative populaire tendant à soumettre au référendum certains traités internationaux, du 9 mai 1919<sup>30</sup>. Il s'agissait de savoir si la Suisse pouvait, sans enfreindre la constitution, convenir par traité que les ressortissants suisses appartenant simultanément à un autre Etat, nés dans celui-ci et y ayant leur domicile habituel, étaient libérés en Suisse du service militaire et des impôts destinés à le remplacer<sup>31</sup>.

Selon BURCKHARDT, la plupart des clauses constitutionnelles s'appliquent en premier lieu aux rapports intérieurs et non aux rapports internationaux; ainsi les dispositions relatives aux libertés individuelles et à la délimitation des compétences entre la Confédération et les cantons, de même que celles prescrivant à la Confédération les lignes directrices de sa législation et de son administration, sont destinées principalement à l'usage interne. Une autre question est celle de savoir si ces dispositions doivent déterminer également les rapports de la Suisse avec d'autres Etats, c'est-à-dire si elles doivent être observées aussi lorsque ces rapports devraient être modifiés dans l'intérêt même de la Suisse. Certes, la Suisse ne s'écartera pas volontiers de ses principes constitutionnels, voire de très mauvais gré en ce qui concerne certains d'entre eux. Mais il serait inexact de prétendre qu'elle ne peut pas déroger à ce qui est fixé dans la constitution dans ses relations avec l'étranger ou dans ses accords internationaux. La constitution laisse aux autorités fédérales le soin de décider quand les intérêts internationaux requièrent et justifient des dérogations. BURCKHARDT concluait que l'Assemblée fédérale pouvait, sans enfreindre l'article 18 de la constitution concernant l'obligation du service militaire, approuver le traité qui lui était soumis<sup>32</sup>, parce que la délimitation internationale

<sup>30</sup> FF 1919 II 208, not. 215.

<sup>31</sup> Cette consultation est reproduite en partie dans JAAC 29 (1959–1960), n° 3, pp. 18 à 21, et dans ASDI 1962, pp. 177 à 179; de plus larges extraits sont publiés au RSDIP I, n° 1.48.

<sup>32</sup> Convention entre la Suisse et les Etats-Unis d'Amérique relative aux obligations militaires de certains doubles nationaux, du 11 novembre 1937 (RS 0.141.133.6).

de cette obligation est un problème international qui ne peut pas être résolu uniquement selon des principes internes et parce que l'article 18 n'a pas voulu se prononcer à ce sujet <sup>33</sup>.

La distinction opérée par BURCKHARDT a été reprise et affinée par la pratique administrative. Dans un avis du 15 août 1957 concernant le point de savoir si la constitution interdisait l'adhésion de la Suisse à une zone européenne de libre-échange, le Département politique fédéral a considéré que, là où la constitution n'entend régler que des problèmes internes et ne dit rien des rapports vers l'extérieur, aucun obstacle ne se dresse sur la voie d'une réglementation internationale; il en va de même lorsque le traité envisagé ne porte pas gravement atteinte ni ne bouleverse les structures internes de l'Etat <sup>34</sup>. Le Département politique a estimé que, sous cette réserve, la constitution n'oppose pas de limites matérielles à la conclusion de traités internationaux et, en particulier, qu'elle n'interdit pas en principe le transfert de compétences étatiques à des organes internationaux <sup>35</sup>.

<sup>33</sup> RSDIP I, n° 1.48 (p. 110). Avant d'énoncer sa conclusion BURCKHARDT émettait les observations suivantes: «All das Gesagte beruht auf der grundlegenden Erwägung, daß das erste Erfordernis für einen Staat ist, zu bestehen und daß erst in zweiter Linie seine innere Einrichtung kommt. Der Bestand eines Staates aber hängt von seinem Verhältnis zu den anderen Staaten ab. Die Sorge für den Bestand des Staates im Kreise und im Gedränge seiner Mitstaaten geht daher grundsätzlich der Sorge für die Erhaltung seiner inneren Einrichtungen vor. Zur Erhaltung seiner inneren Integrität gehören aber, mehr oder weniger, alle auswärtigen Beziehungen. Seine innere Einrichtung kann sich der Staat selbst geben wie er will: sein internationales Statut muß er sich in Auseinandersetzung mit anderen gleichberechtigten Staaten erringen und durch sorgsame Pflege erhalten» (loc. cit.). BURCKHARDT avait déjà énoncé cette idée dans son commentaire de la constitution (p. 674).

<sup>34</sup> JAAC 29 (1959–1960), n° 3, p. 22.

<sup>35</sup> Op. cit., p. 25. – P. GUGGENHEIM a relevé justement que le maintien de l'indépendance nationale ne saurait interdire les limitations de souveraineté découlant de l'adhésion à une organisation internationale créée dans l'intérêt de la communauté universelle ou dans celui du continent européen. Rédigé à une époque où les organisations internationales étaient inconnues, l'article 2 de la constitution vise l'indépendance de toute influence étrangère, c'est-à-dire l'intervention d'Etats étrangers dans les affaires de la Suisse et non pas la collaboration interétatique dans le cadre d'organisations internationales (RDS 1963 II, p. 289). En revanche le transfert de droits souverains à une institution supranationale porterait à l'ordre constitutionnel une atteinte trop marquée pour pouvoir être convenue sans révision de la constitution (op. cit., pp. 302 ss; voir aussi D. SCHINDLER, op. cit. [chapitre I, note 13], pp. 197 ss). Cette solution a été consacrée à l'article 89, alinéa 5, de la constitution (voir ci-après pp. 240 ss).

Pour sa part la Division de la justice a été de l'avis que l'article 59 de la constitution concernant la garantie du for du domicile n'appartient pas aux normes constitutionnelles qui, comme celles ayant trait aux libertés individuelles (notamment en matière d'opinion, de presse et de religion), sont réfractaires à toute restriction conventionnelle<sup>36</sup>.

Que la constitution ne borne pas en toutes ses clauses le *treaty-making power* de la Confédération est généralement admis aujourd'hui par la doctrine<sup>37</sup>, encore que des divergences marquent parfois l'étendue exacte de cette compétence dans le cadre constitutionnel. En particulier les droits individuels, que BURCKHARDT range parmi les règles à usage interne, sont-ils susceptibles de dérogations par la voie conventionnelle<sup>38</sup>? Il n'est sans doute pas possible d'établir *a priori* un catalogue exhaustif des dispositions constitutionnelles auxquelles il ne

<sup>36</sup> JAAC 37/II (1973), n° 32, not. p. 14.

<sup>37</sup> ANDREAS AUER, La juridiction constitutionnelle en Suisse, Bâle et Francfort 1983, p. 100; U. HÄFELIN/W. HALLER, nos 1051 à 1053; BRUNO SPINNER, Die Kompetenzdelegation beim Abschluß völkerrechtlicher Verträge in der Schweiz, Zürich 1977, pp. 74 à 77; J. P. MÜLLER, pp. 232 à 234; Y. HANGARTNER, Kompetenzverteilung, p. 107; L. WILDHABER, Treaty-Making Power, pp. 382 à 384; A. FAVRE, p. 186; J.-F. AUBERT, Traité I, n° 676; PIERRE LARDY, La force obligatoire du droit international en droit interne, Paris 1966, pp. 226 à 230; KURT HAURI, Die Verfassungsmäßigkeit der Staatsverträge, Bern 1962, pp. 10 à 11, 50 à 51, 54, 56, 65 à 67.

<sup>38</sup> Certains le nient: notamment A. FAVRE, p. 186; J.-F. AUBERT, Traité I, n° 676; A. AUER, op. cit. (note 37), p. 100; selon cet auteur, si l'Assemblée fédérale approuve néanmoins un traité dérogeant à la constitution, le premier s'applique et non pas la seconde; cette conclusion, que nous partageons, découle de l'article 113, alinéa 3, est., qui confère validité aux lois anticonstitutionnelles, comme aux traités portant atteinte aux libertés (loc. cit.). Selon J. P. MÜLLER, l'intangibilité des droits fondamentaux sur le plan constitutionnel correspond dans une certaine mesure au développement de la protection des droits de l'homme en droit international, ainsi qu'à la doctrine du *jus cogens* en ce qui concerne du moins les droits essentiels et inviolables de la personne humaine (pp. 233 et 234 et note 40). La référence à la notion – contestée – de *jus cogens* est-elle justifiée en l'espèce? Sans aller jusqu'à affirmer qu'une règle qui tombe au-dessous d'un minimum d'effectivité cesse d'exister (dans ce sens KRZYSTYNA MAREK, Sur la notion de progrès en droit international, ASDI 1982, p. 37), on rappellera que, selon la seule définition qu'en propose aujourd'hui le droit international positif, la notion de *jus cogens* suppose que les règles qui en relèvent sont acceptées et reconnues comme telles par la communauté des Etats dans son ensemble (Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, art. 53). Admettre que cette condition est réalisée en la matière revient à ignorer les conceptions différentes que défendent les Etats en ce qui concerne la notion même de droits de l'homme, leur hiérarchie et le degré de protection qui leur est due.

saurait être dérogé sans révision de la constitution. La question devra bien plutôt être examinée de cas en cas, en tenant compte non seulement de l'orientation interne ou externe de la disposition mise en jeu, mais aussi d'éléments d'appréciation tels que l'importance respective de la norme interne et de la réglementation internationale, ce qui impliquera une difficile mais nécessaire pesée des valeurs en cause et des intérêts en présence<sup>39</sup>. Ajoutons que la voie du traité ne saurait être empruntée à seule fin d'attribuer à la Confédération des compétences que la constitution ne lui donne pas<sup>40</sup>.

## *II. Compétence générale de la Confédération en matière de relations étrangères*

### § 1 Champ d'application

L'article 8 de la constitution, complété par les dispositions des articles 85 et 102 attributives de compétences à l'Assemblée fédérale et au Conseil fédéral dans le domaine extérieur, a servi de support formel à une interprétation plaçant la responsabilité globale des rapports internationaux de la Suisse dans les mains de la Confédération. Cette interprétation n'est pas pour surprendre, tant il est vrai que les traités – pour ne considérer que cet élément du contenu de l'article 8 – sont les instruments privilégiés de la politique étrangère. D'autre part les clauses des articles 85 et 102 sont formulées en termes suffisamment larges pour qu'apparaisse incontestable la compétence générale de la Confédération et de ses organes dans ce domaine. Un doute subsisterait que le rappel de la personnalité internationale dont est investi l'Etat fédéral viendrait le dissiper. Reconnue par la doctrine et attestée par la pratique, cette compétence est considérée aujourd'hui comme un pouvoir implicite, sanctionné par le droit coutumier<sup>41</sup>.

Ce qui peut en revanche étonner est la diversité des questions que la pratique y a fait entrer. A côté des actes qui découlent naturellement de la responsabilité des relations extérieures, tels

<sup>39</sup> Dans ce sens L. WILDHABER, *Treaty-Making Power*, pp. 383 et 384; voir aussi FF 1974 II 1158.

<sup>40</sup> Y. HANGARTNER, *Kompetenzverteilung*, p. 108.

<sup>41</sup> L. WILDHABER, *Kompetenzausscheidung*, p. 239. Pour J.-F. AUBERT, cette attribution n'est pas douteuse, que l'on invoque à son appui l'histoire, la nature des choses ou les textes constitutionnels (Traité III, n° 672). Voir aussi FF 1978 I 1438 et 1973 I 864.



que la conduite de la politique étrangère, y compris la politique de neutralité, la conclusion de traités, la reconnaissance d'Etats, l'établissement de relations diplomatiques et consulaires, la création de missions diplomatiques et de postes consulaires, la prestation de bons offices, l'engagement de procédures devant des organes internationaux, la promotion de la juridiction internationale et d'autres moyens de règlement des différends interétatiques, la participation aux efforts de codification du droit des gens, etc., on mentionnera les activités déployées dans des domaines qui appartiennent incontestablement à la politique étrangère: par exemple la coopération avec les institutions internationales<sup>42</sup>, la coopération au développement et l'aide humanitaire internationales, y compris l'aide en cas de catastrophes à l'étranger<sup>43</sup>, la collaboration internationale en matière pénale<sup>44</sup> et dans le domaine monétaire<sup>45</sup>, ainsi que la promotion des droits de l'homme<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> On range parmi celles-ci les organisations intergouvernementales, qui sont des sujets du droit des gens, et les organismes, tels que le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), qui accomplissent des tâches dans l'ordre international conformément au droit des gens. Les activités du CICR ont toujours été considérées comme étant en harmonie avec les objectifs de la politique étrangère suisse, justifiant ainsi le soutien que la Confédération leur a constamment accordé. La coopération de la Suisse avec les organisations et institutions internationales revêt les formes les plus diverses: participation financière à divers fonds et programmes des Nations Unies (FF 1984 III 1017, not. 1020; FF 1984 II 865, not. 875; 1983 II 1437, not. 1444, etc.), mise à disposition gratuite du Centre international de conférences de Genève (FF 1979 II 793, not. 802/803), versement de contributions annuelles ordinaires au CICR (FF 1985 I 873, not. 895; 1981 II 981, not. 990), construction d'un nouveau bâtiment pour l'Agence centrale de recherches à titre de don de la Confédération au CICR (FF 1980 II 161, not. 174), octroi d'un prêt à la Fondation des immeubles pour les organisations internationales à Genève (FF 1983 II 1533, not. 1544/1545).

<sup>43</sup> FF 1973 I 865, 867; 1971 II 503/504. – «Le noyau dur de la politique extérieure a toujours été constitué par la diplomatie et la défense; il convient d'y ajouter aujourd'hui un troisième élément qui concerne la politique de Coopération et de développement» (M. MERLE, *Sociologie des relations internationales* [cit.: Introduction, note 2], p. 325).

<sup>44</sup> FF 1976 II 474. La loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, du 20 mars 1981 (RS 351.1), ne mentionne en préambule que les articles 103 et 114<sup>bis</sup> *est.* Selon le message du Conseil fédéral du 8 mars 1976 à l'appui du projet de loi, la compétence générale de la Confédération en matière de relations extérieures fonde principalement les prescriptions applicables à l'activité des autorités suisses en matière de droit administratif international (*loc. cit.*).

<sup>45</sup> FF 1984 II 1518.

<sup>46</sup> FF 1982 II 753; 1968 II 1069, not. 1158.



Dans certains cas les mesures prises visaient des matières offrant un lien plus ou moins étroit avec la politique extérieure. Il en est ainsi de l'octroi de bourses fédérales à des étudiants étrangers. La compétence générale de la Confédération pour accomplir des tâches de politique culturelle ressortissant en principe aux cantons, rattachée tout d'abord, non sans quelques hésitations, aux droits inhérents à la personnalité de l'Etat<sup>47</sup>, a été considérée ensuite comme entrant dans la sauvegarde des relations internationales<sup>48</sup>. On citera en outre la participation de la Suisse à des expositions universelles<sup>49</sup>, ainsi que l'aide apportée par la Confédération à la production et à la diffusion des programmes radiophoniques suisses sur ondes courtes destinés à l'étranger<sup>50</sup>.

Parfois aussi les rapports internationaux ont été interprétés dans le sens le plus large. Tel est le cas pour la réglementation relative au droit international privé suisse. Dans son message du 10 novembre 1982 concernant une loi fédérale sur le droit international privé (loi de DIP)<sup>51</sup>, le Conseil fédéral a repris l'argumentation développée déjà à l'appui de la loi sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour (LRDC), du 25 juin 1891, selon laquelle la Confédération, autorisée à régler au moyen de traités internationaux les rapports de droit des Suisses établis à l'étranger, l'est également pour fixer ces rapports par la voie de la législation<sup>52</sup>. Il l'a fait précéder d'une observation dont le ton catégorique ne laisse pas de frapper: ayant pour objet les relations juridiques transfrontières entre particuliers, le DIP constitue une partie des relations extérieures de la Suisse, par quoi il faut entendre «non pas simplement celles qui relèvent

<sup>47</sup> FF 1965 I 558 et 1970 I 764.

<sup>48</sup> FF 1975 II 111 et 1980 II 1483/1484. La référence aux articles 8, 85 et 102 cst. dans le préambule des arrêtés fédéraux adoptés jusqu'en 1975 a été remplacée dans l'arrêt fédéral du 19 décembre 1980 (RS 416.2) par une mention de la compétence générale de la Confédération en matière de relations extérieures.

<sup>49</sup> FF 1983 IV 47 et 1985 I 261. Les arrêtés fédéraux pris dans ces deux cas (expositions de Tsukuba et de Vancouver) ne se réfèrent qu'à l'article 85, chiffre 10, cst.

<sup>50</sup> FF 1984 II 1337 et 1339. L'arrêt fédéral concernant la radio suisse sur ondes courtes, du 21 juin 1985, est fondé sur les articles 45<sup>bis</sup> et 55<sup>bis</sup> cst. et sur la compétence de la Confédération en matière de relations extérieures (RO 1985 1687).

<sup>51</sup> FF 1983 I 255.

<sup>52</sup> FF 1887 II 637 et 1983 I 456.

du droit international public, mais surtout celles qui concernent les individus»<sup>53</sup>.

Enfin la compétence générale de la Confédération dans le domaine des affaires étrangères a été interprétée comme englobant la défense de l'indépendance économique, sociale, culturelle et ethnique de la Suisse, partant comme justifiant des mesures propres à protéger la Suisse de l'emprise étrangère. Soucieux d'affermir l'assise constitutionnelle du régime de l'autorisation caractérisant l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger, le Conseil fédéral a fait appel à la compétence générale de la Confédération dans le domaine extérieur<sup>54</sup>; celle-ci précède les articles 20, 64 et 64<sup>bis</sup> de la constitution dans le préambule de la loi sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger, du 16 décembre 1983<sup>55</sup>.

Dans le message du 16 septembre 1981 à l'appui du projet de loi, on retrouve tout d'abord l'argument selon lequel le pouvoir de la Confédération de conclure des traités en la matière l'autorise également à régler le problème de manière autonome, pour autant que les règles internes aient une incidence transfrontalière. Selon le message, cette condition est réalisée du fait que l'autorisation est liée au domicile ou au siège à l'étranger du requérant<sup>56</sup>. Quant à l'objection tirée du fait qu'en légiférant dans ce domaine la Confédération ne règle pas ses relations avec les Etats étrangers mais avec des particuliers intéressés à l'achat de propriété immobilière, le message observe que la compétence de la Confédération de régler les affaires étrangères couvre non seulement des mesures dont les destinataires sont des Etats, mais aussi celles adressées à des individus. Cette compétence comprend l'adoption de dispositions visant à protéger l'indépendance du pays, qui peut être mise en danger par des Etats comme par des particuliers<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> FF 1983 I 280 ss et 455/456. Voir aussi l'avis de l'Office fédéral de la justice du 15 février 1980, JAAC 45/III (1981), n° 49. Dans le préambule du projet de loi de DIP, la compétence de la Confédération en matière de relations extérieures précède la mention de l'article 64 de la constitution (FF 1983 I 457).

<sup>54</sup> JAAC 46/II (1982), n° 21. L'avis de l'Office de la justice rappelle les critiques formulées par une partie de la doctrine et exprimées aussi au parlement au sujet de la base constitutionnelle de l'arrêté fédéral du 23 mars 1961 (RO 1961 209), fondé principalement sur l'article 64 *est.* (*op. cit.*, pp. 153 à 155).

<sup>55</sup> RS 211.412.41.

<sup>56</sup> FF 1981 III 611 et 612.

<sup>57</sup> *Loc. cit.*

Cette argumentation n'emporte guère la conviction. Si les attributions de l'Etat fédéral dans le domaine extérieur ont pu être invoquées à juste titre pour établir ou pour renforcer la base constitutionnelle de mesures internes appelées à déployer directement ou indirectement des effets en dehors des frontières, peuvent-elles l'être encore lorsqu'il s'agit d'actes de droit interne dont les incidences extérieures sont aussi ténues et aussi lâches? N'est-ce pas donner à la notion de l'indépendance du pays, notion malléable et accueillante certes, une signification entièrement nouvelle mais aussi difficilement acceptable? Admettre que l'indépendance peut être mise en danger par des particuliers sous-entend que tel doit être leur dessein, alors qu'il s'agit exactement de restreindre l'exercice, par les personnes visées, de la liberté de contracter en vue d'un but licite en soi. Pour que des activités puissent être considérées comme relevant de la politique étrangère, il faut qu'elles soient, d'une manière ou d'une autre, dans l'intérêt de cette politique. On peut douter que tel soit le cas de la réglementation visant le droit international privé; ça ne l'est certainement pas de la loi sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger.

Certes les contours de la compétence extérieure de l'Etat ne peuvent pas être fixés une fois pour toutes. Le tenter serait méconnaître la dynamique des rapports internationaux. Mais étendre à ce point le champ de cette compétence, c'est lui faire perdre son sens et en gauchir la portée; c'est en faire un fourre-tout législatif.

## § 2 Politique étrangère et base légale

La compétence générale que la constitution attribue à la Confédération dans le domaine des relations extérieures, constamment et très généreusement mise en œuvre en pratique, a paru soudain ne plus suffire à fonder l'exercice de certaines activités dans ce domaine.

C'est ainsi que le message du Conseil fédéral du 25 juin 1980 concernant l'octroi de bourses à des étudiants étrangers relevait que les prestations envisagées devaient se fonder sur une loi, le principe de la légalité devant désormais, selon la doctrine et la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, s'appliquer à l'ensemble de l'administration <sup>58</sup>. Moins d'une année plus tard il

<sup>58</sup> FF 1980 II 1484. Rompant avec la pratique antérieure, l'Assemblée fédérale adopta en l'espèce un arrêté fédéral de portée générale. Voir aussi JAAC 44/III (1980), n° 74.

apparaissait qu'il ne s'agissait pas là d'une opinion généralement partagée. Le message du 27 mai 1981 concernant la contribution ordinaire de la Confédération au CICR indiquait que le point de savoir si et, cas échéant, dans quelle mesure l'exigence d'une base légale s'applique au domaine des relations extérieures, qui relèvent de l'activité gouvernementale proprement dite, est controversé; on apprenait qu'un groupe de travail interdépartemental avait été constitué en vue d'examiner si les diverses contributions volontaires versées par la Confédération dans l'intérêt de ses relations extérieures pourraient faire l'objet de règles générales et abstraites<sup>59</sup>. Quelque trois ans plus tard le message du 5 mars 1984 concernant l'octroi d'un prêt à la Fondation des immeubles pour les organisations internationales (FIPOI) à Genève signalait que la délégation du Conseil fédéral pour les affaires étrangères était arrivée à la conclusion, compte tenu du résultat des travaux du groupe interdépartemental, qu'il n'y avait pas lieu de modifier la pratique antérieure<sup>60</sup>, qui avait d'ailleurs été maintenue en attendant la fin des études du groupe de travail et même au-delà<sup>61</sup>. Le crédit sollicité fit, comme dans le passé, l'objet d'un arrêté fédéral simple, la compétence de l'Assemblée fédérale découlant de sa prérogative générale en matière budgétaire (article 85, chiffre 10, cst.)<sup>62</sup>.

Que faut-il penser de cette valse-hésitation? Laissons de côté l'aspect paradoxal que présente, après que l'article 8 cst. a été étiré au-delà du sens que l'interprétation la plus libérale était capable de lui donner, l'idée de soumettre une activité relevant du domaine extérieur à l'exigence additionnelle d'une base légale expresse.

Relevons tout d'abord que les scrupules ainsi manifestés ne peuvent pas faire appel à l'autorité de la doctrine ni à celle de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Sans doute celui-ci a-t-il jugé, dans une décision souvent citée, que le principe de la légalité s'applique non seulement aux actes de l'administration portant atteinte aux libertés individuelles («Eingriffsverwaltung»), mais aussi à l'activité publique consistant à fournir des

<sup>59</sup> FF 1981 II 990. Moins affirmatif que celui du 25 juin 1980, le message observait que la règle de la légalité vaut *en principe* pour l'ensemble de l'administration (loc. cit.).

<sup>60</sup> FF 1984 I 1241.

<sup>61</sup> FF 1981 II 990; 1983 II 1444 et 1544; 1983 IV 591, 593; voir aussi FF 1983 IV 47 et 592.

<sup>62</sup> FF 1984 III 106; voir aussi 1985 I 895.

prestations («Leistungsverwaltung»)<sup>63</sup>. Mais le Tribunal fédéral n'est pas allé jusqu'à dire que l'exigence d'une base légale devait s'appliquer aussi aux tâches gouvernementales dont le Conseil fédéral doit s'acquitter en vertu de la constitution. Tout au contraire, il a relevé dans l'arrêt *Wächter* ce qui suit:

«Daß der Gesetzesvorbehalt über den Rahmen der Einschränkung von verfassungsmäßig gewährleisteten Rechten und der Begründung von öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen auszudehnen sei, bedeutet weder, daß er sich auf sämtliche Gebiete des Verwaltungsrechtes erstrecken müsse, noch, daß er in allen Bereichen mit gleicher Strenge zu handhaben sei.»<sup>64</sup>

Quant à la doctrine, elle n'a jamais réclamé l'assujettissement de la politique étrangère au principe de la légalité. L'idée même que ce principe s'applique à l'ensemble de l'activité administrative a été mise en doute<sup>65</sup>. Bien plus, son adéquation au domaine des relations étrangères a été formellement contestée<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> Arrêt du 15 mai 1977 dans la cause *Wächter et consorts contre canton de Bâle-Ville*, ATF 103 Ia 380 et 381; voir aussi 103 Ia 402, 104 I 309, 108 I b 165 et 166.

<sup>64</sup> ATF 103 Ia 382; voir ATF 104 Ia 234 où le Tribunal fédéral s'est abstenu formellement, en raison des données de l'espèce, de prendre position définitivement et de manière générale sur l'exigence de la base légale (consid. 2c *in fine*); voir aussi ATF 108 I b 166 d'où il ressort que le principe de la légalité applicable à l'activité administrative restreignant les libertés individuelles ne s'impose pas avec la même force en toutes circonstances.

<sup>65</sup> Ainsi ANDRÉ GRISEL, *Traité de droit administratif I*, Neuchâtel 1984, p. 315: «Assurément, une base légale est requise dans les différents domaines du droit public. Toutefois, cela ne signifie pas que n'importe quel acte de l'administration doive nécessairement s'appuyer sur une base légale; poser cette condition, ce serait paralyser l'appareil administratif, le législateur ne pouvant prévoir toutes les circonstances variables dans lesquelles les agents de l'Etat sont invités à intervenir.» Voir aussi A. FAVRE, p. 258.

<sup>66</sup> L. WILDHABER, *Legalitätsprinzip*, pp. 443 ss. Après avoir relevé que l'on a, sous l'influence de la doctrine allemande, «in den letzten Jahren teilweise das Legalitätsprinzip überspitzt und überdogmatisiert» (op. cit., pp. 444/445), cet auteur écrit notamment: «Die Außenpolitik und die Außenwirtschaftspolitik ... sind über weite Strecken unnormiert. Sie sind nach ihrer Natur und dem stetigen Wandel der spezifischen internationalen Bedürfnisse für eine Normierung ungeeignet. Völkerrecht, Verfassungs- und Organisationsrecht setzen einige wenige, vage und flexible Richtpunkte, im großen ganzen aber vermag das formelle Gesetz die komplexe Wirklichkeit materiell kaum adäquat zu erfassen. Die Vitalität der sozialen und wirtschaftlichen Gegebenheiten und die sich stets unter neuen Aspekten darbietenden, dynamischen Entwicklungen und Erfordernisse lassen sich normativ nur schwer einfangen. Dies gilt für die Schweiz wie für alle vergleichbaren westlich-pluralistischen Demokratien» (p. 447). «Der Bereich der auswärtigen Beziehungen ist, wie dargetan, dadurch gekennzeichnet, daß er sich im Inhaltlichen – anders als im Organisatorischen – der autonomen Gestaltung



Comme nous l'avons relevé déjà, la politique étrangère est une matière impropre à la codification. Dans son message du 24 septembre 1965 concernant l'extension de la juridiction administrative fédérale, le Conseil fédéral a remarqué justement que les décisions concernant les relations avec les Etats étrangers sont des actes de gouvernement; les mesures à prendre dans ce domaine sont d'ordinaire une question d'appréciation, dont le gouvernement doit demeurer seul responsable<sup>67</sup>.

Il en va de même des rapports que la Suisse noue et entretient avec les organisations internationales. Les prestations volontaires versées, dans l'intérêt des relations extérieures de la Confédération, à des organisations ou à des institutions internationales relèvent aussi d'un domaine qui ne se prête pas à une réglementation générale et abstraite.

L'opinion a cependant été émise que le principe de la légalité devait s'appliquer aux contributions financières de l'Etat dans le domaine extérieur<sup>68</sup>. Cet auteur admet que les considérations touchant l'Etat de droit passent à l'arrière-plan, quand elles ne perdent pas toute signification en matière de relations extérieures; ni les libertés individuelles, ni l'égalité de traitement ne sont en jeu. Seul l'argument démocratique entre en ligne de compte, mais il suffit à justifier l'extension de la réserve de la loi à ce domaine, étant entendu qu'elle est soumise alors à des conditions moins rigoureuses que celles qui doivent être observées sur le plan interne. Les prestations financières qui

entzieht. Ein neutraler Kleinstaat «erleidet» die internationalen Beziehungen über weite Strecken und versucht demgemäß, flexibel und situationsgebunden durch sinngemäßes Antizipieren und reaktives Nachvollziehen ein Höchstmaß an Zielvorstellungen und Autonomie durchzusetzen. Dies gilt zwar in erster Linie für die auswärtigen Regierungsakte und die durch sie ausgelösten Kosten. Es gilt jedoch ganz allgemein für die verschiedensten Äußerungen der Außenpolitik» (pp.453/454). Voir aussi GEORG MÜLLER, *Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung*, Basel und Stuttgart 1979, p.26 et pp.32 à 37; THOMAS BORER, *Das Legalitätsprinzip und die auswärtigen Angelegenheiten*, thèse de l'Université de Bâle 1985 (texte dactylographié), pp.622ss. not.685 et 686, 795 à 798.

<sup>67</sup> FF 1965 II 1342. – Dans un arrêt déjà ancien le Tribunal fédéral a mis en évidence les facteurs souvent imprévisibles et les considérations d'opportunité en fonction desquels les autorités politiques sont amenées à agir ou à ne pas agir sur le plan extérieur. Ces circonstances échappant à son contrôle, le juge doit s'incliner devant la décision prise par l'autorité politique, même s'il ne la tient pas pour justifiée (arrêt du 2 février 1923, ATF 49 I 194).

<sup>68</sup> PAUL RICHLI, *Legalitätsprinzip und Finanzhilfen*, Revue de la Société des juristes bernois 1984, pp.313ss, not. pp.322 à 330.



présentent un degré minimum de généralité et qui sont suffisamment typées appellent une base légale; les autres peuvent être fondées directement sur l'article 102, chiffres 8 et 9, cst.<sup>69</sup>.

Supposé qu'il soit toujours possible d'opérer pratiquement une telle distinction, il faudrait s'interroger sur la valeur et sur l'utilité d'un double régime. Si la compétence générale de la Confédération sur le plan extérieur est adéquate dans certains cas, pourquoi assortir cette base constitutionnelle d'une base légale additionnelle dans d'autres cas? Un texte constitutionnel clair, support d'une pratique constante, a-t-il besoin d'une loi pour être mis en œuvre? Et que prévoirait cette loi dans ses normes générales et abstraites, sinon des questions d'organisation, de compétence ou de procédure<sup>70</sup>. Quel besoin y a-t-il de régler ce qui existe déjà et fonctionne sans heurt? En admettant que l'argument démocratique, et lui seul, puisse être invoqué à l'appui d'un tel acte, il convient enfin de rappeler que le référendum financier n'existe pas sur le plan fédéral<sup>71</sup>.

Mais il y a plus. Pourquoi isoler cette question pour l'assujettir au principe de la légalité? Il faudrait alors, logiquement, étendre le principe à d'autres activités orientées au-dehors, telles que la collaboration générale de la Suisse avec les organisations internationales, l'octroi de prestations à des Etats, la conclusion de traités internationaux, l'exercice des bons offices, la participation aux conférences de codification du droit international ou la convocation de conférences de ce genre par le Conseil fédéral<sup>72</sup>.

<sup>69</sup> Op. cit., pp. 326 à 328. Dans le même sens, O. JACOT-GUILLARMOD, (p. 418), qui juge légitime de soumettre au principe de la base légale les *grandes lignes* du régime des contributions financières octroyées volontairement par la Confédération dans le cadre de ses relations extérieures. *Contra*: T. BORER, op. cit. (note 66), pp. 697 à 703.

<sup>70</sup> Loi sur les rapports entre les Conseils, du 23 mars 1962, art. 5, al. 2 (RS 171.11). O. JACOT-GUILLARMOD reconnaît la difficulté de formuler des règles générales et abstraites applicables à un régime de subventions très hétérogène (loc. cit.).

<sup>71</sup> L. WILDHABER, Legalitätsprinzip, p. 454; U. HÄFELIN/W. HALLER, nos 595 et 735; Y. HANGARTNER, Grundzüge, p. 144; voir aussi T. BORER, op. cit. (note 66), pp. 704 à 706 et p. 713.

<sup>72</sup> La dernière en date a été la Conférence sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, qui s'est tenue à Genève de 1974 à 1977 sur l'initiative du Conseil fédéral et dont sont issus les deux Protocoles additionnels de 1977 aux Conventions de Genève sur la protection des victimes de la guerre. En raison des difficultés inhérentes à la matière et des problèmes politiques auxquels elle se trouva confrontée, la Conférence dut siéger plus longtemps que prévu, d'où un coût

Mais, pourrait-on objecter, la loi du 19 mars 1976 sur la coopération au développement et l'aide humanitaire internationales<sup>73</sup> n'a-t-elle pas codifié un secteur important de la politique étrangère suisse? N'a-t-elle pas de ce fait montré la voie?

Loin de constituer un précédent, la loi en question est bien plutôt un exemple à ne pas suivre. La création d'une base légale en la matière répondait à des considérations politiques<sup>74</sup>. D'autre part, en ce qui concerne la substance, la loi est d'une remarquable indigence. Qu'y trouve-t-on? Après le rappel d'un principe de politique étrangère – la solidarité – et de quelques truismes: interdépendance, respect mutuel des droits et des intérêts, prise en compte de la situation des pays bénéficiaires et des besoins de leur population (article 2), la loi se borne à confirmer des objectifs résultant d'une pratique bien établie (articles 5 et 9), à énumérer des acteurs et des partenaires déjà exercés, à décrire des procédures et des modalités éprouvées (articles 3, 6, 8, 10, 11 et 12) et à exposer des questions d'organisation (articles 4, 13 et 14); elle contient aussi un corps étranger: la prise en considération des besoins des régions suisses désavantagées dans les demandes de crédits (article 9, alinéa 2). Sans doute la loi est-elle assez schématique et souple pour ne pas brider les activités qu'elle vise. Mais ces heureuses caractéristiques apportent, s'il en était besoin, la démonstration de l'inutilité, du point de vue juridique, de cet effort législatif<sup>75</sup>. Poursuivre dans cette voie serait paralyser et compromettre l'action gouverne-

finalement plus élevé que celui estimé au départ. (Voir le message du Conseil fédéral du 18 février 1981 concernant les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève, FF 1981 I 982 et 984.)

<sup>73</sup> RS 974.0.

<sup>74</sup> FF 1973 I 837.

<sup>75</sup> Dans ce sens L. WILDHABER, *Legalitätsprinzip*, pp. 453 ss: «Man kann sagen, gerade die empirische Ausrichtung und Flexibilität sei ein Verdienst des Gesetzes. Dann wird jedoch die Frage erlaubt sein, ob die vorhandene verfassungsmäßige Grundlage nicht ausgereicht hätte, wenn ein Gesetz sich schon auf Leerformeln, organisatorische Wiederholungen und Geschichten erzählen beschränken soll» (pp. 455/456). Cet auteur observe (op. cit., note 28) que la production de lois de valeur normative douteuse ne se limite pas au domaine de la politique étrangère et cite comme exemple la loi sur la recherche, du 7 octobre 1983 (RS 420.1). Sur ce dernier point voir les remarques critiques dans le même sens d'OLIVIER REVERDIN, *Réflexions et menus propos d'un législateur genevois*, Festschrift Hans Nef, Zürich 1981, p. 271; plus généralement cet auteur estime qu'on en vient souvent, aujourd'hui déjà, «à paralyser ce qui fonctionne pour satisfaire les exigences abstraites du purisme juridique» (p. 270). Voir aussi le rapport final de la commission d'étude des Chambres fédérales sur l'avenir du parlement, du 29 juin 1978:

mentale au-dehors. S'il est vrai, comme l'a noté le Président GRISEL <sup>76</sup>, que le législateur ne peut pas prévoir toutes les circonstances dans lesquelles les agents de l'Etat sont appelés à intervenir, cette observation vaut en particulier pour le domaine essentiellement aléatoire de la politique étrangère, qui «ne peut prétendre au mieux que gérer l'imprévisible» <sup>77</sup>.

### Section 3: Les compétences des cantons

Nous avons vu plus haut que la constitution fédérale contient deux articles concernant les compétences des cantons sur le plan extérieur: l'article 9 relatif au droit de conclure des traités et l'article 10 réglant les rapports que les cantons peuvent entretenir avec les autorités étrangères. D'autres dispositions constitutionnelles mentionnent les cantons dans des questions touchant le domaine de la politique étrangère. Ainsi l'article 89, alinéa 2, cst. donne aux cantons, au nombre de huit, la faculté de requérir le référendum pour les traités conclus par la Confédération qui entrent dans les prévisions de l'alinéa 3; ce type de référendum n'a jamais été mis en œuvre jusqu'ici. De plus, les cantons doivent se prononcer avec le peuple sur les traités décrits à l'alinéa 5: le scrutin du 16 mars 1986 concernant l'adhésion de la Suisse à l'Organisation des Nations Unies représente le premier cas d'application de cette disposition.

La constitution cite aussi les cantons à propos de questions dont la dimension transfrontalière peut affecter leurs intérêts. L'article 24<sup>bis</sup> cst. sur l'économie des eaux prévoit que la Confédération, lorsqu'elle statue sur l'octroi ou sur l'exercice de droits d'eau touchant les rapports internationaux, coopère avec les cantons intéressés; ceux-ci doivent en outre être entendus en ce qui concerne les redevances fixées par la Confédération dans le cadre de ces rapports (alinéa 4).

Nous ne retiendrons que les articles 9 et 10 cst., qui entrent directement dans le champ de notre étude, ainsi que les articles 85, chiffre 5, et 102, chiffre 7, cst. qui visent l'approbation par les autorités fédérales des traités cantonaux avec l'étranger.

«Le parlement doit prendre au sérieux le reproche de multiplier les lois, qui lui est si souvent adressé. Il ne doit édicter que celles qui sont vraiment indispensables et ne pas accroître inutilement le nombre des dispositions particulières» (Rapport final, § 225 9 *in fine*, FF 1978 II 1056).

<sup>76</sup> Voir ci-dessus note 65.

Certes, ces dispositions ont «perdu beaucoup d'importance pratique»<sup>78</sup>, car le nombre de traités passés par les cantons a décliné constamment, en particulier dans la période suivant la première guerre mondiale. Divers facteurs expliquent ce phénomène. La constitution elle-même circonscrit étroitement le champ de l'activité conventionnelle des cantons et la place sous la surveillance de la Confédération. D'autre part, celle-ci dispose, en matière de traités, d'une compétence théoriquement illimitée. Il faut mentionner aussi la nécessité, tôt ressentie, d'une concentration de la politique étrangère dans les mains des autorités fédérales, compte tenu de la responsabilité globale assumée par la Confédération pour ce qui touche aux relations extérieures. Le manque d'intérêt de nombreux cantons pour les affaires étrangères et la réticence des Etats étrangers à souscrire à des engagements qui ne seraient pas applicables à l'ensemble du territoire suisse n'ont certainement pas été étrangers à cette évolution<sup>79</sup>.

Peut-on dire, dès lors, que cette matière n'a plus aujourd'hui qu'un intérêt historique<sup>80</sup>? Il faut constater tout d'abord que le droit des cantons de s'engager par traité avec des Etats étrangers n'est pas tombé en désuétude. Le recensement des traités cantonaux est malaisé, car ils ne sont pas toujours publiés dans les recueils officiels des lois des cantons; d'autre part ceux-ci omettent parfois de les porter à l'attention du Conseil fédéral<sup>81</sup>. En dépit de ces difficultés il est possible d'affirmer que quelque cent quarante traités conclus par les cantons sont aujourd'hui en vigueur<sup>82</sup>. Or, sur ce nombre plus de quarante ont été sous-

<sup>77</sup> M. MERLE, La politique étrangère (cit.: Introduction, note 1), p. 23.

<sup>78</sup> M. BRIDEL, p. 352; L. WILDHABER, *Kompetenzausscheidung*, p. 248.

<sup>79</sup> L. WILDHABER, *Kompetenzausscheidung*, p. 248; Y. LEJEUNE, *Recueil*, p. 13.

<sup>80</sup> J.-F. AUBERT, *Traité I*, n° 683.

<sup>81</sup> Selon L. WILDHABER (*Kompetenzausscheidung*, p. 249), il en irait ainsi pour plus de la moitié des traités passés par les cantons. Voir aussi, du même auteur, le rapport concernant la Suisse présenté au Colloque sur les Etats fédéraux dans les relations internationales, tenu à Bruxelles les 26 et 27 février 1982, *RBDI* 1983-1, pp. 119ss, not. p. 123.

<sup>82</sup> Ce chiffre résulte des indications fournies par la section des traités de la Direction du droit international public, Département fédéral des affaires étrangères. L. WILDHABER (*Kompetenzausscheidung*, p. 248) en dénombre cent vingt-cinq au moins en 1973. Le recueil établi par Y. LEJEUNE en mentionne cent vingt-et-un au 1<sup>er</sup> janvier 1981 (pp. 422 à 464); s'il recense des accords souscrits par les cantons avant 1848, il n'englobe pas ceux qui, selon l'auteur, obligent aujourd'hui la Confédération et non plus le ou les cantons signataires, en particulier les nombreux traités de frontière (p. 17).

crits depuis la fin de la deuxième guerre mondiale<sup>83</sup>, dont une vingtaine à partir de 1973<sup>84</sup>.

Sans doute ces accords portent-ils souvent sur des questions d'importance secondaire ou d'intérêt local. Le regain de faveur que connaît aujourd'hui le *jus contrahendi* des cantons va de pair cependant avec la résurgence des régionalismes que l'on observe depuis plusieurs années en Europe et dont les manifestations dépassent les limites des frontières étatiques. La Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales, du 21 mai 1980, en est le symbole mais aussi, par les initiatives qu'elle suggère et les compétences qu'elle octroie aux partenaires naturels des cantons dans les pays voisins, l'instrument et le moteur<sup>85</sup>. Ainsi s'est instaurée et développée, à des niveaux divers et sous des formes variées, une collaboration transnationale particulièrement intense, organisée conformément au droit des gens et, plus souvent, en marge ou en dehors de ce droit<sup>86</sup>.

D'autre part aux cantons périphériques est venu s'ajouter en 1979 un canton, le Jura, doté d'une forte sensibilité frontalière et qui, de surcroît, son histoire dominée, tient à affirmer son identité non seulement en Suisse mais aussi en dehors des frontières nationales.

Ces développements justifient que nous prêtions quelque attention aux compétences cantonales sur le plan extérieur, à commencer par leur capacité contractuelle.

## *I. Compétences des cantons en matière de traités*

### § 1 Conclusion des traités

1. Selon l'article 9 cst., les cantons ont le droit de conclure, avec les Etats étrangers, des traités dans les matières prévues par cette

<sup>83</sup> Y. LEJEUNE, Recueil, p. 13.

<sup>84</sup> Indication provenant de la section des traités du Département des affaires étrangères; voir aussi Y. LEJEUNE, Recueil, pp. 456 à 464.

<sup>85</sup> RS 0.131.1.

<sup>86</sup> Cf. les divers modèles d'accords interétatiques, de statuts et de contrats proposés par la convention-cadre européenne de 1980. Voir à ce sujet Y. LEJEUNE, Le statut international des collectivités fédérées, pp. 205 à 245; JÜRIG WITMER, Grenznachbarliche Zusammenarbeit. Das Beispiel der Grenzregionen von Basel und Genf, Zürich 1979; EMANUEL DIEZ, Probleme des internationalen Nachbarrechts, ASDI 1979, pp. 9 à 30; L. WILDHABER, Kompetenzausscheidung, pp. 245 à 247 et p. 250, et Rapport suisse, pp. 129 et 130.



disposition. S'agissant des partenaires étrangers, la terminologie est identique à celle de l'article 8 cst. («mit dem Auslande» dans la version allemande) et désigne tous les sujets du droit des gens susceptibles de s'obliger conventionnellement; la pratique révèle que les cantons sont liés avec des Etats souverains, avec des Etats fédérés, avec le Saint-Siège et avec des organisations internationales<sup>87</sup>.

Quant au terme «traités» («Verträge»), il recouvre, comme le mot correspondant figurant à l'article 8 cst., toutes sortes d'accords, quelles qu'en soient l'appellation et la forme, soumis au droit des gens; les accords relevant d'un droit privé y échappent. Le point de savoir si un accord passé par un canton entre ou non dans les prévisions de l'article 9 cst. ne peut qu'être tranché de cas en cas, compte tenu du but de l'accord, de la matière visée, de l'appellation retenue, de la qualité des partenaires étrangers, du mode de règlement des litiges prévu, etc.<sup>88</sup>.

Pour le reste le *treaty-making power* des cantons souffre diverses restrictions touchant la matière et la procédure. Certaines sont explicites, d'autres implicites.

2. Si le constituant fédéral a voulu rendre hommage au passé en disant que les cantons conservent le droit de conclure des traités, il a néanmoins précisé d'emblée que ce droit était désormais exceptionnel, comme l'indique le premier mot de l'article 9 cst. De plus, il ne peut s'exercer que dans certaines matières, à savoir «l'économie publique, les rapports de voisinage et de police».

A dire vrai les critères déterminant la capacité contractuelle des cantons sont en soi assez vagues pour autoriser une interprétation donnant à cette disposition une vaste portée. L'accueillir reviendrait toutefois à omettre le contexte et surtout à ignorer

<sup>87</sup> Voir la liste des traités cantonaux conclus depuis le début de la deuxième guerre mondiale dans Y. LEJEUNE, *Le statut international des collectivités fédérées*, pp. 110 et 111.

<sup>88</sup> Le fait que, parmi les cocontractants, figure un Etat fédéré, privé de la capacité de s'engager sur le plan international, plaiderait en faveur de la soumission de l'accord à un droit interne. Il en serait ainsi, selon Y. LEJEUNE (op. cit., pp. 114 et 208), de la Convention des 9 juin/20 juin/6 juillet/18 août 1977 entre la Principauté de Liechtenstein, les cantons de Saint-Gall et des Grisons et le Vorarlberg concernant la participation de ce dernier au nouveau technicum de Buchs («Vereinbarung über die Beteiligung des Landes Vorarlberg am Neu-Technikum Buchs», texte dans Y. LEJEUNE, *Recueil*, p. 264). D'après la constitution autrichienne (art. 10, al. 1, chiffre 2) les *Länder* sont dépourvus de toute capacité internationale.



l'extension continuelle du champ des compétences fédérales. Il faut rappeler en outre que la Confédération, n'étant pas liée par le partage interne des attributions législatives dans l'exercice de son *treaty-making power*, possède une compétence concurrente dans les matières où le pouvoir de contracter des cantons peut se manifester. Ainsi donc, tant que la Confédération n'a pas fait usage de sa compétence en passant elle-même un traité, les cantons sont habilités à la réglementer par la voie conventionnelle. La doctrine et la pratique s'accordent sur ce point<sup>89</sup>.

Dans une consultation du 14 août 1931 le Département fédéral de justice et police fut appelé à se prononcer sur une demande du gouvernement saint-gallois concernant l'autorisation de conclure une convention avec le Liechtenstein ou le Vorarlberg en vue de fixer des directives pour les travaux de correction sur la partie du Rhin comprise entre la Landquart et l'embouchure de l'Ill. Ce Département émit l'avis suivant:

«... Une entente établissant des directives sur la correction des torrents dans le bassin d'alimentation du Rhin rentre dans la compétence exclusive de la Confédération, car elle toucherait à l'article 17 du Traité austro-suisse de 1924. La Confédération seule a qualité pour décider si, pour ces corrections, il y a lieu d'assumer d'autres obligations de droit international que celles qui ont été créées à l'égard de l'Autriche par l'article 17.

Quant à un accord traçant des directives pour les travaux de correction du Rhin entre la Landquart et l'embouchure de l'Ill, relevons qu'il n'existe actuellement aucun traité concernant cette section.»

Après avoir observé que la Confédération pourrait estimer opportun de s'entendre sur ce point avec le Liechtenstein ou l'Autriche, voire avec le Vorarlberg conformément au droit public autrichien, et qu'il suffirait pour cela d'un simple échange de vues, le Département en question poursuivait:

«Si la Confédération se refuse à conclure un traité, il y a lieu de se demander si le canton est compétent pour le faire. Les directives envisagées par le canton de St-Gall pour les travaux de correction du Rhin sont «des objets concernant l'économie publique, les rapports de voisinage et de police» (art. 9 est.). Une telle matière est en soi de la compétence des cantons.»<sup>90</sup>

La doctrine dominante admet que les cantons, malgré la lettre de la constitution, ont la faculté de s'engager par traité dans la mesure de leurs compétences propres, c'est-à-dire en dehors du

<sup>89</sup> Y. LEJEUNE, *Le statut international des collectivités fédérées*, p. 127; Y. HANGARTNER, *Grundzüge*, p. 186; L. WILDHABER, *Kompetenzausscheidung*, p. 247; J.-F. AUBERT, *Traité I*, p. 678; JAAC 24 (1954), n° 5.

<sup>90</sup> JAAC 5 (1931), n° 14 (p. 24); voir aussi RSDIP I, n° 3.103.

cadre de l'article 9 cst., pour autant que la matière ne soit pas réglée par le droit fédéral<sup>91</sup>.

Le Professeur L. WILDHABER ne partage pas cette opinion, qui ne refléterait plus la pratique actuelle. Selon lui, le seul critère fondant la capacité des cantons en vertu de l'article 9 cst. réside dans la portée purement locale du traité<sup>92</sup>. Cet auteur cite l'avis de la Division de la justice du 9 décembre 1954 concluant à la compétence de la Confédération, et non des cantons, pour conclure un traité concernant le prélèvement d'eau potable dans le lac de Constance, «objet qui dépasse de beaucoup les rapports de voisinage (Nachbarlicher Verkehr), à cause des répercussions possibles quant au niveau du lac, au débit du Rhin, aux usines électriques, etc.»<sup>93</sup>. On mentionnera également la conclusion par la Confédération de la convention du 23 mai 1958 avec l'Italie au sujet de la construction et de l'exploitation d'un tunnel routier sous le Grand-Saint-Bernard, alors que le Conseil fédéral avait prévu tout d'abord que le traité serait signé au nom des cantons de Vaud et du Valais, qui avaient pris l'initiative de la réalisation de l'ouvrage<sup>94</sup>.

Il n'en reste pas moins que la pratique générale des cantons, tolérée par la Confédération, ne contredit pas l'opinion dominante, même si les questions réglées par traité hors du cadre de l'article 9 cst. sont de faible portée matérielle<sup>95</sup>.

<sup>91</sup> U. HÄFELIN/W. HALLER, n° 327; Y. HANGARTNER, *Grundzüge*, p. 186; J.-F. AUBERT, *Traité I*, n° 676.

<sup>92</sup> L. WILDHABER, *Treaty-Making Power*, p. 318 et *Kompetenzausscheidung*, p. 248.

<sup>93</sup> JAAC 24 (1954), n° 5 (pp. 32/33).

<sup>94</sup> RO 1959 1387. Dans son message du 21 octobre 1958 le Conseil fédéral relevait que le projet d'accord contenait plusieurs dispositions ressortissant à la compétence de la Confédération (fixation de la frontière dans le tunnel, contrôle des douanes). «D'autre part, on se rendit compte que l'ouverture d'une nouvelle voie de communication internationale au moyen d'un tunnel routier à travers les Alpes était une entreprise dépassant le caractère local et régional, seul cadre dans lequel une convention pourrait être conclue au nom des cantons, selon l'interprétation de l'article 9 de la constitution fédérale» (FF 1958 II 1029). Voir en outre les considérations dans le même sens énoncées par l'Office fédéral de la justice dans une consultation du 10 septembre 1979 concernant la conclusion d'accords en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur les successions (JAAC 44 II [1980], n° 40).

<sup>95</sup> «Dans la pratique, la Confédération interprète les «objets» nommés à l'article 9 cst. de façon libérale et non exclusive. Aujourd'hui tous les domaines qui, selon notre ordre juridique interne, sont de la compétence des cantons, y sont englobés. Le droit fédéral constitue ainsi la limite absolue...» (Message

On assiste dès lors à deux mouvements, moins opposés que complémentaires. Alors que les cantons s'engagent, en fait, avec des partenaires étrangers dans d'autres matières que celles que la constitution énumère, telles du moins qu'elles découlent d'une interprétation stricte, ce dynamisme se marie, plus qu'il ne le heurte, avec le courant, autrement puissant, qui a doté la Confédération du pouvoir de conclure des traités dans tous les domaines, y compris ceux qui relèvent de la compétence des cantons. Le schéma constitutionnel définissant le champ matériel du *jus contrahendi* cantonal ne correspond ainsi plus entièrement à la réalité.

3. La capacité internationale dont jouissent les cantons connaît une autre restriction de fond. De même que les concordats intercantonaux (article 7, alinéa 2, cst.), les traités prévus à l'article 9 cst. «ne doivent rien contenir de contraire à la Confédération ou aux droits d'autres cantons» (article 9 *in fine*).

Contraire «à la Confédération» et non pas à la constitution ou au droit fédéral, dit le texte constitutionnel. Il faut entendre par là non seulement la conformité du traité cantonal avec le droit fédéral positif, mais encore sa compatibilité avec les intérêts de la Suisse: intérêts au dehors tout d'abord, mais aussi intérêts généraux du pays<sup>96</sup>.

Quant «aux droits d'autres cantons», l'expression vise les droits que des cantons tiers tirent des concordats passés avec le canton qui s'engage au dehors<sup>97</sup>.

Le Conseil fédéral examine si ces deux conditions sont remplies (article 102, chiffre 7, cst.). Dans la négative, l'affaire est portée devant l'Assemblée fédérale, qui tranchera; il en irait de même si un autre canton élevait une réclamation au sujet du traité, même en cas de *nihil obstat* du Conseil fédéral (article 85,

du 20 mai 1981 à l'appui de la Convention-cadre européenne du 21 mai 1980, FF 1981 II 805). Sur la portée des traités cantonaux, voir la liste dressée par Y. LEJEUNE, *Le statut international des collectivités fédérées*, pp. 121 à 124.

<sup>96</sup> J.-F. AUBERT, *Traité I*, n° 681; P. GUGGENHEIM, *Traité I*, 1<sup>re</sup> éd., pp. 307/308; F. FLEINER/Z. GIACOMETTI, p. 812; W. BURCKHARDT, p. 94; JAAC 5 (1931), n° 14 (p. 25) ou RSDIP I, n° 3.103 (p. 566). Selon Y. LEJEUNE, l'examen de l'opportunité du traité cantonal, qu'autorise l'article 9 cst., excède le sens de l'expression «contraire à la Confédération», qui se borne à interdire les accords de nature politique (op. cit., p. 126). A notre avis, la prohibition des traités politiques, si elle ne dérive pas déjà de l'article 7, alinéa 1, cst., résulte de la lecture conjointe des articles 8 et 9 cst.

<sup>97</sup> Y. LEJEUNE, op. cit., p. 126; J.-F. AUBERT, *Traité I*, n° 681.

chiffre 5, cst.). Cette procédure n'a jamais été mise en œuvre jusqu'ici.

4. A ces diverses restrictions matérielles s'ajoutent des limitations de procédure, qui confirment et complètent le droit de regard des autorités fédérales sur l'exercice de la capacité contractuelle des cantons. Elles découlent de l'article 10 cst.

Les rapports officiels entre cantons et Etats étrangers étant interdits (article 10, alinéa 1, cst.), les traités cantonaux sont en principe négociés, signés et approuvés par le Conseil fédéral. Mais, si l'exécutif fédéral contrôle le processus entier de conclusion des engagements internationaux des cantons, ceux-ci y sont étroitement associés.

En règle générale des représentants cantonaux sont inclus dans les délégations nommées par le Conseil fédéral pour les négociations; ils sont cependant soumis aux instructions du Conseil fédéral et placés formellement sous la direction du chef de la délégation, qui est généralement un haut fonctionnaire de la Confédération.

A l'issue des négociations le traité est signé par le Conseil fédéral au nom du ou des cantons intéressés<sup>98</sup>. Plus rarement le Conseil fédéral signe le traité en son nom *et* au nom du ou des cantons concernés<sup>99</sup>.

Les cantons pourraient-ils conclure des accords sans l'entremise du Conseil fédéral? Certains l'ont soutenu, qui ont détecté un tel pouvoir dans l'article 10, alinéa 2, cst.<sup>100</sup>. Les termes de l'article 10 cst. s'opposent à une telle interprétation, même si le texte allemand utilise le mot «Verkehr» à l'alinéa 1 et à l'alinéa 2, contrairement à la version française qui oppose aux «rapports officiels» prohibés (alinéa 1) le droit des cantons de «correspondre directement avec les autorités inférieures et les employés» («Beamte») d'un Etat étranger dans les matières

<sup>98</sup> Par exemple l'accord entre le Conseil fédéral et le gouvernement de la République française relatif à l'imposition des rémunérations des travailleurs frontaliers, du 11 avril 1983, le Conseil fédéral agissant au nom des cantons de Berne, Soleure, Bâle-Ville, Bâle-Campagne, Vaud, Valais, Neuchâtel et Jura (FF 1983 II 559).

<sup>99</sup> Par exemple la Convention du 24 juillet 1968 entre le Conseil fédéral et le Saint-Siège relative à la séparation de l'Administration apostolique du Tessin du Diocèse de Bâle et sa transformation en Diocèse, le Conseil fédéral agissant en son propre nom et au nom du canton du Tessin (RS 0.181.2).

<sup>100</sup> M. BRIDEL, p. 346, note 1; F. FLEINER/Z. GIACOMETTI, pp. 815/816. Ces auteurs admettent toutefois que cette compétence est très restreinte.

visées à l'article 9 cst. La plupart des auteurs estiment justement que l'article 10, alinéa 2, cst. ne se rapporte pas à la conclusion de traités internationaux <sup>101</sup>.

La Confédération peut laisser néanmoins aux cantons le soin de conclure eux-mêmes des traités. Elle l'a fait à diverses reprises et sous des formes différentes. Dans les années suivant la création de l'Etat fédéral, l'Assemblée fédérale a accordé sa garantie à des constitutions cantonales (Valais et Fribourg) prévoyant que les rapports entre l'Etat et l'Eglise seraient réglés par des concordats passés entre les deux autorités <sup>102</sup>. D'autre part la Confédération a autorisé les cantons à conclure directement des accords avec l'étranger; elle a recouru à cette fin à deux techniques: des accords-cadre prévoyant le droit de cantons nommément désignés de passer des arrangements d'exécution avec l'Etat cocontractant <sup>103</sup> et la voie législative.

Ainsi, la première loi fédérale relative à la protection des eaux contre la pollution attribuait aux cantons le droit de conclure, en ce qui concerne les eaux internationales, des arrangements de

<sup>101</sup> Y. LEJEUNE, *Le statut international des collectivités fédérées*, pp. 148 et 157; L. WILDHABER, *Kompetenzausscheidung*, pp. 245 et 247; P. GUGGENHEIM, *Traité I*, 1<sup>re</sup> éd., p. 309; W. BURCKHARDT, p. 96; voir aussi JAAC 5 (1931), n° 5 (p. 25). Selon Y. LEJEUNE (pp. 156 et 157), l'interprétation large de l'article 10, alinéa 2, cst. par le Département fédéral des affaires étrangères, pour qui les gouvernements d'Etats fédérés sont des «autorités inférieures» avec lesquelles les cantons peuvent non seulement correspondre mais encore s'engager, relève de considérations de nature plus politique que juridique; elle tient compte d'une pratique internationale très active des cantons en ce qui concerne les relations de voisinage avec les *Länder* allemands. Sur les notions d'autorités inférieures et d'employés d'un Etat étranger, voir W. BURCKHARDT, p. 96 et P. GUGGENHEIM, loc. cit. et note 1.

<sup>102</sup> Voir Y. LEJEUNE, op. cit., p. 148.

<sup>103</sup> Y. LEJEUNE (op. cit., p. 149, note 200) mentionne quatre traités de ce type, dont trois remontent au siècle dernier. On peut y ajouter un exemple récent, encore que la délégation de pouvoirs envisagée vise des autorités inférieures. Un échange de lettres du 11 décembre 1972 entre le chef du Département politique fédéral et son homologue italien concernant la lutte contre la pollution des eaux (RO 1973 318), conclu dans le cadre de la Convention du 20 avril 1972 entre la Suisse et l'Italie sur la protection des eaux italo-suissees contre la pollution (RO 1973 1400), prévoit la faculté pour les organes techniques compétents de chacune des parties de se rendre sur le territoire de l'autre pour prendre les mesures de collaboration nécessaires en cas de pollution des eaux limitrophes situées entre le Tessin et l'Italie. D'après le chiffre 4 de l'échange de lettres, les autorités locales compétentes des deux Etats arrêteront de concert les modalités d'application de cet accord, qui devront être portées à la connaissance des autorités centrales.



portée limitée avec l'étranger, conformément aux articles 9 et 10 cst.<sup>104</sup>, ces accords complétant les traités passés en la matière avec les Etats voisins par la Confédération, d'entente avec les cantons intéressés (article 8, alinéa 1). La nouvelle loi sur la protection des eaux, du 8 octobre 1971, a repris cette disposition, mais en précisant que «des services de la Confédération seront tenus au courant du déroulement des négociations» (article 12, alinéa 2)<sup>105</sup>; lorsque la Confédération conclut elle-même des conventions pour la protection des eaux internationales, elle doit non plus agir de concert avec les cantons intéressés, mais seulement les consulter (article 12, alinéa 1). Ce rappel du pouvoir de contrôle des autorités fédérales sur le *treaty-making power* des cantons est venu heureusement dissiper l'équivoque que pouvait engendrer le message à l'appui du projet de la première loi sur la protection des eaux; on pouvait y lire en effet que, pour la protection des eaux frontières, la Confédération n'avait pas l'intention d'empêcher qu'un canton limitrophe «s'entende directement avec les autorités locales de l'étranger»<sup>106</sup>.

La loi sur la coopération au développement et l'aide humanitaire internationales, du 19 mars 1976, prévoit, au chapitre de la mise en œuvre, la faculté pour le Conseil fédéral de «collaborer avec des cantons, des communes et des institutions publiques» à des activités de coopération au développement et d'aide humanitaire; il peut en outre soutenir des initiatives de leur part dans ce domaine (article 12)<sup>107</sup>. Les cantons pourraient-ils conclure des accords avec des pays étrangers, dans le cadre ainsi tracé, en laissant de côté le Conseil fédéral? S'il s'agit d'accords exorbitant au droit privé, une réponse négative nous paraît s'imposer pour les raisons suivantes.

La coopération au développement et l'aide humanitaire relèvent de la politique étrangère, dont la responsabilité appartient à la Confédération; et celle-ci a passé déjà de nombreux accords dans ces matières. De plus, la possibilité offerte aux cantons de s'associer à des activités d'aide internationale n'avait pas pour but de reporter des tâches incombant à la

<sup>104</sup> Loi sur la protection des eaux contre la pollution, du 16 mars 1955, art. 7, al. 2 (RO 1956 1635). On relèvera que cette disposition fut introduite par les Chambres fédérales, le projet de loi étant muet sur ce point (FF 1954 I 317).

<sup>105</sup> RS 814.20.

<sup>106</sup> FF 1954 I 312.

<sup>107</sup> RS 974.0.



Confédération sur les cantons, ni de les charger de contribuer à leur financement <sup>108</sup>. D'autre part une interprétation libérale de l'article 9 cst. ne permettrait pas encore de faire entrer ces activités dans les matières autorisées. Invoquerait-on enfin des considérations de politique intérieure, notamment le besoin d'asseoir plus largement encore l'aide au développement dans l'opinion publique, qu'il faudrait rappeler la nécessité d'une coordination étroite de toutes les actions entreprises dans ce très vaste domaine et les risques de voir les politiques cantonales contrecarrer la politique fédérale <sup>109</sup>.

5. Le traité conclu, le Conseil fédéral l'examine et l'approuve, s'il y a lieu dit le texte français de l'article 102, chiffre 7, cst., pour autant qu'il est admissible («sofern sie zulässig sind» dit plus exactement la version allemande). Comme on l'a relevé <sup>110</sup>, la relation entre cette disposition et l'article 10, alinéa 1, cst. n'est pas des plus claires. Car, si le Conseil fédéral refuse de signer le traité, il n'y a pas de traité à examiner et à approuver; s'il signe le traité, le Conseil fédéral ne peut guère ensuite le tenir pour contraire à la Confédération et aux droits de cantons tiers, sauf à admettre la possibilité d'un réexamen provoqué par la réclamation d'un autre canton. Si le traité doit être ratifié, la ratification (ou la notification de l'accomplissement des formalités constitutionnelles qui peut en tenir lieu) incorpore le résultat positif de l'examen ou du réexamen <sup>111</sup>.

Y. LEJEUNE observe que l'approbation peut avoir un sens, quoique limité, dans le cas où le traité est négocié par des représentants ad hoc du Conseil fédéral ou par des missions diplomatiques suisses; elle intervient alors avant la conclusion formelle, la ratification ou l'entrée en vigueur du traité <sup>112</sup>. Mais, dans ce cas, l'approbation se confondra avec l'autorisation de signer ou de procéder à l'échange de notes, celle-ci pouvant déjà accompagner les instructions du Conseil fédéral relatives à la négociation.

<sup>108</sup> FF 1973 I 886.

<sup>109</sup> En fait les activités des cantons en matière de coopération au développement et d'aide humanitaire ont lieu généralement par le canal d'institutions et d'œuvres privées.

<sup>110</sup> J.-F. AUBERT, *Traité I*, n° 682; Y. LEJEUNE, *Le statut international des collectivités fédérées*, pp. 136 et 146.

<sup>111</sup> J.-F. AUBERT, *loc. cit.*

<sup>112</sup> Y. LEJEUNE, *op. cit.*, pp. 146/147 et les exemples cités aux notes 187, 188 et 189.

L'approbation fédérale ne trouverait sa pleine signification que dans l'hypothèse d'un traité négocié par un canton sans instructions du Conseil fédéral. Le seul cas connu paraît être celui de la convention entre le canton de Genève et la France pour la protection de la propriété des œuvres d'esprit et d'art, du 30 octobre 1858<sup>113</sup>; lors de l'examen du résultat des négociations le Conseil fédéral avait exigé que diverses modifications fussent apportées au projet d'accord.

Il en irait de même si les cantons, quand ils sont habilités à conclure des accords avec l'étranger sans l'intermédiaire du Conseil fédéral, omettraient de le renseigner sur le déroulement des négociations.

Quelle est la valeur de l'approbation fédérale? En dépit de la faible portée pratique de cet acte, la question mérite examen car il arrive que les cantons omettent de porter les accords qu'ils concluent à l'attention du Conseil fédéral. Elle se pose sur deux plans: interne et international.

S'agissant des accords intercantonaux soumis, comme les traités internationaux des cantons, à l'approbation des autorités fédérales (articles 85, chiffre 5, et 102, chiffre 7, *cst.*), il est admis que la décision n'est que déclarative<sup>114</sup>. Le Conseil fédéral et, cas échéant, l'Assemblée fédérale constatent que le concordat ne comporte rien «de contraire à la Confédération ou aux droits des autres cantons» (article 7 *cst.*). Cette formule est identique à celle que l'on trouve à l'article 9 *cst.*, encore que l'article 7 contienne deux précisions additionnelles: les concordats doivent être portés à la connaissance de l'autorité fédérale; celle-ci peut, en cas de contrariété, en empêcher l'exécution. Si ces termes indiquent bien la nature déclarative de l'approbation, on ne saurait inférer de leur absence à l'article 9 *cst.* que l'approbation des accords internationaux des cantons a une autre portée. L'article 10, alinéa 1, *cst.* rend en effet superflue la mention du devoir des cantons d'informer les autorités fédérales des accords qu'ils concluent; d'autre part la faculté attribuée à ces autorités d'interdire l'exécution des concordats jugés contraires à la Confédération et aux droits de cantons tiers ne peut pas être transposée sans autre dans l'ordre internatio-

<sup>113</sup> RO VI 90. La convention fut abrogée en 1864 par une convention passée par la Confédération avec la France pour la garantie réciproque de la propriété littéraire, artistique et industrielle (RO VIII 305).

<sup>114</sup> J.-F. AUBERT, *Traité I*, n° 889 et la jurisprudence du Tribunal fédéral citée à la note 1.

nal, sauf à considérer que les cantons exercent leur *treaty-making power* en tant qu'organes ou représentants de la Confédération <sup>115</sup>.

Dernière phase de la procédure interne de conclusion des traités cantonaux, l'approbation est un instrument de la surveillance exercée par la Confédération sur les actes normatifs des cantons <sup>116</sup>. Bien que son défaut constitue une irrégularité incontestable, l'assentiment fédéral ne peut dès lors pas être considéré comme une condition de la validité des traités dans l'ordre juridique cantonal. Le texte constitutionnel (articles 85, chiffre 5, et 102, chiffre 7), qui met sur le même plan concordats et traités cantonaux, soutient cette conclusion. La doctrine moderne la partage <sup>117</sup>.

Il suit de là que les traités qui n'ont pas été soumis à approbation, aussi critiquables que soient ces errements, constituent des engagements valables en droit interne, lorsqu'ils régissent des matières où les cantons sont autorisés à exercer leur capacité contractuelle et que les traités sont dépourvus de caractère politique. Demeure réservé le droit du Conseil fédéral d'exiger la modification ou, s'il est déjà en vigueur, la dénonciation d'un traité dont il aurait été informé après coup et qu'il tiendrait pour inadmissible. En cas de carence de l'autorité cantonale, le Conseil fédéral, qui est responsable des rapports internationaux du pays au sens le plus large du terme, pourrait dénoncer le traité à la place du canton <sup>118</sup>.

Les considérations qui précèdent ne sont pas sans conséquences sur l'examen des effets en droit international de traités passés par les cantons sans approbation fédérale ou frappés d'improbation. Après avoir rappelé à l'article 22 la règle générale interdisant à une partie à un traité d'invoquer les dispositions de son droit interne pour justifier la non-exécution du traité, la Convention de Vienne du 23 mai 1969 en a tempéré cependant la rigueur lorsque le consentement d'un Etat à être lié par un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence de conclure des traités; encore faut-il que la violation soit manifeste et qu'elle concerne

<sup>115</sup> Dans ce sens W. BURCKHARDT, pp. 93, 94 et 678.

<sup>116</sup> J.-F. AUBERT, *Traité I*, n° 793.

<sup>117</sup> Y. LEJEUNE, *Le statut international des collectivités fédérées*, p. 161; Y. HANGARTNER, *Grundzüge*, p. 81; L. WILDHABER, *Kompetenzausscheidung*, p. 250.

<sup>118</sup> Dans ce sens Y. LEJEUNE, *op. cit.*, p. 162; L. WILDHABER, *Kompetenzausscheidung*, p. 250.

une règle d'importance fondamentale pour qu'elle puisse être invoquée comme cause de nullité (article 46).

A s'en tenir à cette règle, consacrée d'ailleurs par la pratique, le défaut d'approbation ne pourrait dès lors invalider l'engagement international du canton que si on la tenait pour un acte essentiel à la formation concordante des volontés. Comme l'approbation n'est qu'un moyen de contrôle des activités conventionnelles des cantons par la Confédération et qu'au surplus sa forme et le moment où elle intervient ne répondent pas à un modèle impératif, il apparaît que les dispositions constitutionnelles qui la prévoient ne sont pas des règles d'importance fondamentale. L'absence d'assentiment fédéral (ou son refus) n'a dès lors pas d'incidence sur la capacité des cantons de s'obliger par traité, ni sur l'expression de leur consentement à être liés.

D'autre part, pour être manifeste, une violation du droit interne doit avoir été évidente aux yeux du partenaire étranger se comportant en la matière «conformément à la pratique et de bonne foi» (Convention de Vienne, article 46, alinéa 2). Au vu du nombre élevé d'accords cantonaux conclus sans approbation fédérale, l'inobservation des articles 85, chiffre 5, et 102, chiffre 7, est. ne peut pas être tenue pour une cause de nullité au sens de la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>119</sup>.

## § 2 Dénonciation des traités

Les traités conclus par le Conseil fédéral au nom d'un ou de plusieurs cantons contiennent des formules variées touchant la dénonciation.

Par exemple l'Arrangement relatif au régime fiscal des frontaliers, conclu le 18 octobre 1935 par le Conseil fédéral au nom des cantons de Berne et de Neuchâtel avec la France et auquel ont adhéré par la suite les cantons de Vaud, du Valais et du Jura, «pourra être dénoncé par un seul ou par les deux cantons» (article 3)<sup>120</sup>.

<sup>119</sup> Dans ce sens Y. LEJEUNE, op. cit., p. 302 et L. WILDHABER, Rapport suisse (note 81), p. 123. La pratique extensive des cantons, parfois peu respectueuse des dispositions constitutionnelles, a conduit le Professeur WILDHABER à abandonner progressivement la thèse de l'invalidité, au regard du droit constitutionnel suisse et du droit des gens, des traités qui n'auraient pas été approuvés (Treaty-Making Power, pp. 316/317; Kompetenzausscheidung, pp. 249/250).

<sup>120</sup> Y. LEJEUNE, Recueil, p. 178.

L'Accord du 23 janvier 1973 entre le Conseil fédéral, agissant au nom du canton de Genève, et le gouvernement français sur la compensation financière relative aux frontaliers travaillant à Genève a été «conclu pour une durée de cinq ans renouvelable par tacite reconduction d'année en année sauf dénonciation par voie diplomatique avec un préavis de six mois avant la fin de chaque année civile» (article 4)<sup>121</sup>.

L'Accord du 30 octobre 1979 entre le Conseil fédéral, agissant au nom de dix-neuf cantons, et le gouvernement français concernant le traitement fiscal des libéralités faites dans des buts désintéressés contient la disposition suivante (article 5, alinéa 2):

«Le Gouvernement de la République française pourra dénoncer le présent accord, à l'égard d'un, de plusieurs ou de tous les cantons, par une notification au Conseil fédéral suisse. Le Conseil fédéral suisse notifiera au Gouvernement de la République française la dénonciation du, des ou de tous les cantons parties ou adhérents à l'accord.»<sup>122</sup>

L'Accord du 11 avril 1983 entre le Conseil fédéral, agissant au nom des cantons de Berne, Soleure, Bâle-Ville, Bâle-Campagne, Vaud, Valais, Neuchâtel et Jura, et le gouvernement français au sujet de l'imposition des rémunérations des travailleurs frontaliers contient une disposition similaire (article 7, alinéa 2)<sup>123</sup>.

Malgré la diversité des formules, on retiendra au moins que le Conseil fédéral est compétent pour communiquer à l'Etat cocontractant l'intention de dénoncer le traité. Mais pourrait-il ne pas donner suite au désir des cantons de mettre fin au traité? ou abroger un traité contre la volonté des cantons? Y. LEJEUNE déduit de l'énoncé des clauses de dénonciation prévues dans les Accords de 1979 et de 1983 susmentionnés – «le Conseil fédéral notifiera au Gouvernement de la République française la dénonciation du, des ou de tous les cantons parties ou adhérents à l'accord» – que le droit de dénonciation unilatérale appartient aux cantons, «sans qu'il puisse subir la moindre entrave»<sup>124</sup>.

Il faut dire tout d'abord que les relations de confiance existant entre la Confédération et ses membres amèneront, en règle

<sup>121</sup> Op. cit., p. 195.

<sup>122</sup> RO 1982 297. (Deux autres cantons ont adhéré à l'accord, RO 1982 297 et 2302.)

<sup>123</sup> FF 1983 II 559. Il est précisé que la dénonciation doit être notifiée par la voie diplomatique avec un préavis de six mois avant la fin de chaque année civile (art. 7, al. 3).

<sup>124</sup> Y. LEJEUNE, Le statut international des collectivités fédérées, p. 171.



générale, le Conseil fédéral à agir conformément au vœu des cantons. Dans certaines circonstances, par exemple si la conclusion du traité est intervenue dans le cadre d'une négociation globale en vue du règlement simultané d'autres questions, il se pourrait toutefois qu'une telle action doive être considérée comme indésirable et inopportune à la lumière des intérêts généraux du pays. De même qu'il peut refuser d'ouvrir avec un Etat étranger les négociations souhaitées par un canton <sup>125</sup> ou se substituer à un canton rénitent pour dénoncer un traité jugé inadmissible <sup>126</sup>, le Conseil fédéral serait de même habilité, dans une conjoncture exceptionnelle, à ne pas transmettre au cocontractant la dénonciation du ou des cantons au nom de qui il a signé l'accord. Cette faculté, dont il ne fera pas volontiers usage, découle de son pouvoir de contrôle touchant l'opportunité et la légalité des traités cantonaux (article 9 cst.), ainsi que de ses attributions pour la sauvegarde des intérêts de la Confédération sur le plan extérieur (article 102, chiffre 8, cst.).

Le seul cas, à notre connaissance, où le Conseil fédéral a été amené à ne pas transmettre à l'Etat cocontractant la dénonciation d'un accord par les cantons est très récent. Il concerne l'Arrangement du 18 octobre 1935 entre la Suisse et la France, conclu par le Conseil fédéral au nom des cantons de Berne et de Neuchâtel et auquel les cantons de Vaud, du Valais et du Jura ont adhéré par la suite, ainsi que les échanges de lettres de 1910 et 1911 entre les administrations fiscales des cantons de Soleure, Bâle-Ville et Bâle-Campagne et celle d'Alsace-Lorraine relatifs au régime fiscal des frontaliers <sup>127</sup>. Ces accords devaient être abrogés par l'Accord précité touchant l'imposition des rémunérations des travailleurs frontaliers, signé le 11 avril 1983 par le gouvernement français et le Conseil fédéral agissant au nom de tous ces cantons. L'Accord en question a été négocié et conclu en même temps qu'un Avenant à la Convention entre la Suisse et la France en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune du 9 septembre 1966, les concessions faites dans ce domaine étant compensées par les avantages obtenus à propos de l'imposition des frontaliers <sup>128</sup>.

A la suite du rejet par les Chambres de l'Avenant à la Convention de double imposition – rejet motivé en partie par des consi-

<sup>125</sup> Voir les exemples cités par Y. LEJEUNE, op. cit., p. 141.

<sup>126</sup> Voir ci-dessus p. 172.

<sup>127</sup> Voir Y. LEJEUNE, Recueil, pp. 178 à 180.

<sup>128</sup> FF 1983 II 533, not. 535, 541, 546/547.



dérations étrangères à ce traité<sup>129</sup> – le gouvernement français décida de ne pas soumettre l'Avenant et l'Accord sur les travailleurs frontaliers à la procédure de ratification. Il accepta de dissocier les deux instruments dans de nouvelles négociations et de donner la priorité au second. Sa proposition de fixer l'application rétroactive de l'Accord au 1<sup>er</sup> janvier 1985, au lieu du 1<sup>er</sup> janvier 1983 selon les termes de l'Accord, fut acceptée par le Conseil fédéral, d'entente avec les cantons intéressés, et confirmée dans un échange de lettres des 2 et 5 septembre 1985.

Le Conseil fédéral refusa de transmettre à Paris la dénonciation des accords antérieurs que chacun des cantons intéressés lui avait néanmoins adressée en vue de reprendre sa pleine compétence fiscale dès le 1<sup>er</sup> janvier 1986 pour le cas où l'Accord modifié ne serait pas ratifié par la France avant la fin de 1985. Outre qu'elle eût été de nature à mettre en danger l'approbation de l'Accord par le parlement français, une telle démarche aurait constitué un geste inamical, susceptible de peser sur les relations entre les deux pays et, plus spécialement, de compromettre la renégociation de l'Avenant à la Convention de double imposition.

Une autre question se pose: lorsqu'un traité a été signé par le Conseil fédéral au nom de plusieurs cantons, chacun d'eux peut-il demander à l'exécutif fédéral de dénoncer le traité en ce qui le concerne? Dans l'affirmative, quels sont les effets du retrait à l'égard des autres cantons contractants et du partenaire étranger?

La question sera réglée le plus souvent par le traité. Ainsi l'Accord précité du 30 octobre 1979 entre le Conseil fédéral et le gouvernement français concernant le traitement fiscal des libéralités faites dans des buts désintéressés octroie à chacun des cantons couverts par l'accord le droit d'y mettre fin (article 5, alinéa 2). Il en va de même de l'Accord du 11 avril 1983 avec la France relatif à l'imposition des rémunérations des travailleurs frontaliers (article 7, alinéa 2).

A défaut d'une disposition conventionnelle expresse, on admettra en principe, c'est-à-dire pour autant que l'objet et la nature du traité n'y fassent pas obstacle, la faculté pour chaque canton contractant de requérir du Conseil fédéral la notification de son retrait<sup>130</sup>. La dénonciation laisserait subsister les relations conventionnelles entre les autres cantons et l'Etat

<sup>129</sup> BO 1985 CE pp. 308–309 et CN p. 1076; cf. BO 1984 CN pp. 1874, 1876, 1879.

étranger, encore qu'elle puisse être de nature à inciter celui-ci et d'autres cantons parties à se retirer à leur tour.

## *II. Les cantons ont-ils d'autres compétences en matière extérieure?*

1. L'interdiction faite aux cantons d'entretenir des rapports officiels avec les gouvernements étrangers (article 10, alinéa 1, cst.) signifie en particulier que les cantons ne peuvent pas nouer des relations diplomatiques ou consulaires avec des Etats tiers. Ils sont privés en d'autres termes du *jus legationis*. Cette situation n'est pas unique; si l'on met à part l'exemple historique des Etats allemands de l'Empire (de 1870 à la République de Weimar), seules les républiques fédérées de l'URSS ont le droit (tout théorique) d'échanger des représentants diplomatiques et consulaires avec les Etats étrangers <sup>131</sup>.

Certes les fonctionnaires consulaires, contrairement aux agents diplomatiques, ne représentent pas l'Etat étranger dans l'Etat de résidence <sup>132</sup>. Mais leurs fonctions ont un caractère officiel; elles comprennent notamment la défense des intérêts de l'Etat d'envoi et de ses ressortissants dans le pays de résidence (Convention de Vienne sur les relations consulaires, article 5, lettre a). Le fait qu'elles peuvent être exercées par des ressortissants de ce pays en qualité de fonctionnaires consulaires honoraires n'en affecte pas la nature. D'autre part l'établissement de relations consulaires résulte toujours d'un accord interétatique (article 2). Aussi ne pouvons-nous pas partager l'opinion du Professeur L. WILDHABER, pour qui la défense faite aux cantons d'entretenir des relations diplomatiques avec les Etats étrangers

<sup>130</sup> M. BRIDEL, p. 354. Cet auteur note justement que le partenaire étranger pourrait toutefois s'opposer au maintien en vigueur d'un accord réduit dans sa portée territoriale et le dénoncer à son tour. Les autres cantons, livrés ainsi au bon plaisir du canton dissident et de l'Etat cocontractant, ne pourraient cependant pas échapper à cette situation. Y. LEJEUNE semble réticent à admettre, pour cette raison, que le droit de dénonciation puisse être abandonné à un seul canton (Le statut international des collectivités fédérées, p. 171).

<sup>131</sup> Constitution soviétique du 7 octobre 1977, art. 80. Sur la situation des *Länder* allemands et des Etats membres de l'Union soviétique, voir Y. LEJEUNE, op. cit., p. 53, notes 38 à 40; voir en outre TH. SCHWEISFURTH, op. cit., (Introduction, note 4), p. 792.

<sup>132</sup> Cf. l'article 3 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961 (RS 0.191.01) et l'article 5 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963 (RS 0.191.02).

est moins absolue en ce qui concerne les relations consulaires<sup>133</sup>. Après avoir rappelé qu'aucun canton n'a exprimé jusqu'ici l'intention de nouer de telles relations avec des Etats étrangers, cet auteur observe cependant que, de l'avis des autorités fédérales, une requête de cette nature devrait être jugée contraire à la constitution<sup>134</sup>.

Les consuls étrangers sont admis à l'exercice de leurs fonctions en Suisse par un *exequatur* délivré par le Conseil fédéral. Celui-ci a pour pratique de consulter au préalable le ou les cantons compris dans la circonscription consulaire lorsqu'il s'agit d'un consul honoraire, ressortissant suisse ou étranger<sup>135</sup>.

Tandis que les agents diplomatiques doivent traiter les affaires qui leur sont confiées avec les autorités centrales (ministère des affaires étrangères ou tout autre ministère dont il peut être convenu, Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, article 41, alinéa 2), les consuls communiquent en règle générale avec les autorités locales compétentes de leur circonscription (Convention de Vienne sur les relations consulaires, article 38). Les consuls étrangers en Suisse sont dès lors habilités à s'adresser aux autorités cantonales, qui peuvent leur répondre directement tant que les questions traitées appartiennent au domaine proprement consulaire. Il en va de même, lorsqu'une mission diplomatique exerce des fonctions consulaires, pour les membres de la mission chargés d'accomplir ces fonctions (Convention sur les relations consulaires, article 70).

Les dispositions de l'article 10 cst. ne s'opposent évidemment pas aux visites de courtoisie des représentants diplomatiques accrédités en Suisse, ni aux visites protocolaires de chefs d'Etat ou de membres de gouvernements étrangers, accueillis officiellement en Suisse, auprès des gouvernements cantonaux.

2. L'article 10, alinéa 2, cst. a autorisé le développement de contacts et de rapports à la fois très variés et très denses entre les cantons et les autorités locales et régionales des Etats voisins, y compris les gouvernements des *Länder* allemands limitrophes.

<sup>133</sup> L. WILDHABER, Rapport suisse (note 81), p. 131.

<sup>134</sup> Loc. cit.

<sup>135</sup> En 1925 les autorités saint-galloises s'opposèrent (en vain) à l'octroi de l'*exequatur* à un consul étranger du fait que cette personne devait remplacer à la tête du poste consulaire le ressortissant suisse qui en avait jusqu'alors eu la charge en qualité de consul honoraire. Le Département politique fédéral fit valoir notamment que, s'agissant de la personne du fonctionnaire consulaire qu'il est prévu de nommer, «une objection n'est admissible que si

L'impossibilité de régler de façon rationnelle à l'intérieur des frontières étatiques de nombreux problèmes d'intérêt commun, par exemple en matière de protection de l'environnement (pollution de l'air et des eaux), de transports, d'aménagement du territoire, de planification, etc., a été le point de départ d'une coopération transfrontalière très intense<sup>136</sup>. Les nombreuses commissions mixtes ou régionales mises sur pied à cet effet n'en sont pas le cadre exclusif. Et si des accords en règlent plusieurs aspects, ils ne constituent pas le seul support juridique des rapports de voisinage existants, trop divers pour s'accommoder d'un formalisme auquel s'opposerait de surcroît le défaut de compétence internationale des *Länder* autrichiens, des provinces italiennes, ainsi que des régions et des départements français<sup>137</sup>.

C'est sur le plan de cette collaboration régionale transfrontière que se situe aujourd'hui l'essentiel des activités extérieures des cantons. La plupart des traités qu'ils concluent avec l'étranger s'y rapportent.

### 3. La participation des cantons aux affaires du dehors s'exerce enfin de manière limitée et indirecte.

Comme nous l'avons relevé déjà, les cantons sont associés, selon une pratique bien établie, aux négociations menées par la Confédération en vue de la conclusion de traités dans des matières touchant les intérêts cantonaux<sup>138</sup>.

ce fonctionnaire apparaît impropre à sa fonction en raison de sa réputation, de son caractère ou d'autres traits personnels...» (RSDIP III, n° 7.91 [p. 1558]).

<sup>136</sup> Voir ci-dessus pp. 162.

<sup>137</sup> En ratifiant la Convention-cadre européenne de 1980 sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales (RS 0.131.1), la France et l'Italie ont subordonné les possibilités d'action de leurs collectivités et autorités locales à la conclusion d'accords interétatiques (RO 1984 1534; 1985 1320).

<sup>138</sup> Cette collaboration est étroite et fonctionne de manière satisfaisante. Des voix se sont cependant élevées dans les cantons pour réduire le rôle de la Confédération. Ainsi PHILIPP STÄHELIN (*Das Staatsvertragsrecht am Bodensee aus der Sicht eines schweizerischen Kantons*, ZBl 1985, p. 137) a plaidé, en ce qui concerne tout au moins la coopération entre riverains du lac de Constance, pour une plus grande liberté d'action des cantons touchant la préparation et la conclusion de conventions. Selon cet auteur, l'approbation fédérale demeurant réservée, les cantons devraient pouvoir, dans une plus large mesure, négocier et signer eux-mêmes les accords réglant des affaires régionales. «Unnötige Bundesumwege sind Sand im Getriebe der nachbarlichen Zusammenarbeit; die Einwirkungen des Bundes sind daher auf das Notwendige zu beschränken» (op. cit., p. 150).

D'autre part plusieurs actes législatifs prévoient expressément la consultation préalable<sup>139</sup> ou l'accord des cantons<sup>140</sup> avant l'adoption de mesures ou la conclusion d'engagements internationaux par la Confédération.

La consultation des cantons a été généralisée par les directives concernant la procédure préliminaire en matière de législation, du 6 mai 1970<sup>141</sup>. Ce texte dispose que les cantons doivent être entendus, en sus des cas prescrits par le droit fédéral, «sur les projets de dispositions législatives (lois, arrêtés fédéraux de portée générale, traités internationaux) qui affectent leurs droits et leurs obligations ou qui, pour une autre raison, sont pour eux d'une importance considérable sur le plan politique, culturel, économique ou financier.» (chiffre 12, alinéa 2, lettre b). Cette procédure est mise en œuvre en particulier en ce qui concerne l'activité normative du Conseil de l'Europe<sup>142</sup>. Les objections exprimées par les cantons à l'endroit de diverses conventions conclues dans le cadre de cette organisation ont amené le Conseil fédéral à renoncer, au moins provisoirement, à les soumettre à l'approbation des Chambres fédérales. Il en a été ainsi dernièrement pour le Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, adopté le 20 mars 1952 et signé par la Suisse le 19 mai 1976, en raison de l'opposition qu'a rencontrée dans la plupart des cantons la garantie du droit à l'instruction prévue par cet instrument.

### *III. Les cantons ont-ils la personnalité internationale?*

1. Il est temps de revenir sur la question de la personnalité internationale des cantons, abordée plus haut et laissée ouverte<sup>143</sup>.

Les pouvoirs que le texte constitutionnel attribue aux cantons sur le plan extérieur dénotent une capacité restreinte dans

<sup>139</sup> Loi fédérale sur la protection des eaux contre la pollution, du 8 octobre 1971, art. 12, al. 1 (RS 814.20), loi fédérale sur la pêche, du 14 décembre 1973, art. 5 (RS 923.0); loi fédérale sur la navigation intérieure, du 3 octobre 1975, s'il s'agit d'eaux frontalières ou régies par des conventions internationales, art. 4, al. 2, et 7, al. 2 (RS 747.201).

<sup>140</sup> Arrêté fédéral du 30 septembre 1955 concernant la conclusion ou la modification d'accords avec des organisations internationales en vue de déterminer leur statut juridique en Suisse, art. 4 (RS 192.12); voir ATF 104 I a 350, consid. 6.

<sup>141</sup> FF 1970 I 1002.

<sup>142</sup> Voir le troisième rapport sur la Suisse et les conventions du Conseil de l'Europe, du 22 février 1984 (FF 1984 I 792, not. 803, 813, 839).

<sup>143</sup> Voir p. 142.



son étendue et, plus encore, dans sa mise en œuvre. Réduite à une aptitude contractuelle qualifiée d'exceptionnelle, portant sur des matières déterminées, exposée de surcroît aux empiètements du *treaty-making power* de la Confédération, la capacité internationale des cantons s'exerce d'autre part sous la tutelle de l'autorité fédérale. L'activité conventionnelle que déploient les cantons est en outre de faible portée, car elle tend principalement au règlement de problèmes locaux ou régionaux; c'est dans ce cadre qu'ont lieu aussi les rapports transfrontières établis par les cantons avec les collectivités voisines sans recourir toujours à la conclusion de traités. Dans cette mesure, et dans cette mesure seulement, les entités composantes de la Confédération peuvent revendiquer une certaine personnalité internationale ou, comme on l'a dit, une «petite personnalité»<sup>144</sup>. Pour en cerner plus précisément les contours, l'analyse doit être portée au-delà du plan constitutionnel.

Deux questions se posent notamment. Les cantons peuvent-ils prétendre, comme les Etats, au bénéfice de l'immunité de juridiction devant les tribunaux étrangers? D'autre part, sont-ils soumis aux conséquences attachées par le droit international à l'exercice illicite, c'est-à-dire contraire à ce droit, de leurs compétences externes?

2. Sur le premier point, seule la souveraineté pouvait justifier, selon la conception traditionnelle (*par in parem imperium non habet*), l'octroi de l'immunité aux Etats fédérés. C'est en application de ce principe que des tribunaux nationaux ont accueilli ou au contraire rejeté l'immunité de juridiction invoquée par des Etats membres d'Etats fédéraux<sup>145</sup>. C'est ainsi que, dans un arrêt ancien concernant la succession du Duc de Brunswick, la Cour de Paris, dont la décision fut confirmée par la Cour de cassation, jugea que les cantons suisses ne pouvaient pas réclamer le bénéfice de l'immunité, seule la Confédération étant fondée à s'en prévaloir en qualité de puissance souveraine<sup>146</sup>.

<sup>144</sup> J.-F. AUBERT, Dalloz, p. 766, n° 47.

<sup>145</sup> Voir Y. LEJEUNE, Le statut international des collectivités fédérées, p. 331 et HANS VAN HOUTTE, Rapport de synthèse sur les immunités de juridiction, présenté au Colloque de Bruxelles concernant les Etats fédéraux dans les relations internationales, RBDI 1983-1, pp. 461 ss. not. pp. 463 à 472.

<sup>146</sup> Arrêt du 19 juin 1894, Ville de Genève c. consorts de Civry, Clunet 1894, p. 1057. Une argumentation analogue a été utilisée plus récemment par la Cour d'appel de Paris au sujet des *Länder* allemands: privés du droit d'entretenir des relations diplomatiques avec les Etats étrangers, soumis



L'abandon progressif de l'immunité absolue au profit d'une immunité limitée désormais aux actes de l'Etat accomplis dans l'exercice de la puissance publique permettrait, théoriquement, aux Etats fédérés d'en revendiquer le bénéfice dans la mesure de leur capacité internationale. Consacrée unilatéralement par certains Etats <sup>147</sup>, cette faculté a été écartée, dans son principe, sur le plan conventionnel.

L'article 28, alinéa 1, de la Convention européenne sur l'immunité des Etats, du 16 mai 1972 <sup>148</sup>, pose la règle que les «Etats membres d'un Etat fédéral ne bénéficient pas de l'immunité». Toutefois un Etat fédéral a la faculté de déclarer, par notification adressée au Secrétaire général du Conseil de l'Europe, que ses Etats membres pourront invoquer les dispositions de la convention au même titre que les Etats contractants et qu'ils auront les mêmes obligations que ces derniers (article 28, alinéa 2) <sup>149</sup>. Contrairement à l'Autriche en faveur de ses *Länder*, la Suisse n'a pas fait usage de cette faculté pour les cantons, la jugeant ni nécessaire ni opportune <sup>150</sup>. Les cantons pourront cependant bénéficier de l'immunité de juridiction, non pas *ratione personae*, mais en tant qu'entité distincte de l'Etat chargée d'exercer des fonctions publiques, en ce qui concerne les actes accomplis en cette qualité (article 27, alinéas 1 et 2) <sup>151</sup>. Que l'on recherche alors son fondement dans la matière

d'autre part à la tutelle du gouvernement fédéral dans l'exercice de leur *treaty-making power*, les *Länder* n'ont pas la qualité d'«Etats totalement indépendants» et ne peuvent dès lors pas réclamer le bénéfice de l'immunité de juridiction (arrêt du 5 novembre 1969, Etat de Hesse c. Jean Neger, RGDIP 1970, p. 1108 et note de CHARLES ROUSSEAU).

<sup>147</sup> Ainsi aux Etats-Unis (*Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, § 1603), au Royaume-Uni (*State Immunity Act 1978*, section 14, al. 2 et 5) et au Canada (Loi du 3 juin 1982 sur l'immunité des Etats, art. 2, al. 2). Voir Y. LEJEUNE, Le statut international des collectivités fédérées, p. 329; H. VAN HOUTTE, op. cit. (note 145), pp. 476 et 477; voir aussi H. L. MOLOT and M. L. JEWETT, The State Immunity Act of Canada, *Annuaire canadien de droit international* 1982, pp. 79 ss.

<sup>148</sup> RS 0.273.1. Seuls cinq Etats sont parties aujourd'hui à la convention: l'Autriche, la Belgique, la Grande-Bretagne, les Pays-Bas et la Suisse.

<sup>149</sup> Il est cependant précisé que, lorsqu'une telle déclaration a été faite, les significations et notifications destinées à un Etat fédéré devront être adressées à l'Etat fédéral (art. 28, al. 3); de plus, seul celui-ci est habilité à faire les déclarations et notifications prévues par la convention et à prendre part à une procédure devant la Cour internationale de justice en cas de différend (art. 28, al. 4).

<sup>150</sup> FF 1981 II 951.

<sup>151</sup> Ibidem.

ou qu'on la tienne pour dérivée de l'immunité de l'Etat fédéral<sup>152</sup>, l'immunité dont les cantons pourront se prévaloir, selon la convention, n'est pas l'expression ni la conséquence de leur capacité internationale.

3. Sur le second point, l'imputabilité du comportement illicite d'un Etat fédéré dans l'exercice de ses attributions internationales a fait l'objet de constructions doctrinales très savantes, articulant la responsabilité selon divers schémas: responsabilité exclusive (de l'Etat fédéral ou de l'Etat fédéré), responsabilité cumulée, responsabilité partagée (à titre primaire ou subsidiaire) entre l'Etat fédéral et l'Etat fédéré<sup>153</sup>.

Dans son étude de la question de la responsabilité des Etats la CDI a retenu, dans le projet d'articles provisoirement adoptés en 1980<sup>154</sup>, trois solutions possibles en ce qui concerne les entités composantes d'un Etat fédéral. L'Etat membre est démuné de personnalité internationale et entre dans la catégorie des collectivités publiques territoriales; l'Etat fédéral répondra du comportement illicite de l'Etat membre et assumera une responsabilité pour son propre fait (article 7 du projet). L'Etat membre possède une personnalité internationale propre, mais il est soumis, dans le domaine d'activité où il jouit de cette personnalité, à la direction ou au contrôle de l'Etat fédéral; celui-ci répondra des actes illicites commis par l'Etat membre dans le domaine en question et assumera une responsabilité indirecte (article 28). L'Etat membre est doté d'une personnalité internationale propre et d'une autonomie complète par rapport à l'Etat fédéral dans le secteur où il est titulaire de droits et de devoirs internationaux; il répondra alors lui-même de la violation,

<sup>152</sup> Voir CHARLES MATHIAS KRAFFT, *La Convention européenne sur l'immunité des Etats et son Protocole additionnel*, ASDI 1975, p. 24. Une approche analogue est reflétée dans le deuxième rapport présenté à la CDI par M. SUCHARITKUL, rapporteur spécial sur la question des immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens. Selon les dispositions interprétatives proposées à l'article 3 du projet, l'expression «Etat étranger» comprend notamment «les subdivisions politiques» d'un tel Etat «dans l'exercice de l'autorité souveraine de ce dernier» (*Annuaire de la CDI* 1980 II, 1<sup>re</sup> partie, p. 207). La Commission a décidé de reporter à la fin de ses travaux sur le projet d'articles l'examen des expressions utilisées (*Annuaire* 1980 II, 2<sup>e</sup> partie, p. 138).

<sup>153</sup> Voir Y. LEJEUNE, *Le statut international des collectivités fédérées*, pp. 395 et 396; voir aussi L. WILDHABER, *Treaty-Making Power*, pp. 266 à 272.

<sup>154</sup> *Annuaire de la CDI* 1980 II, 2<sup>e</sup> partie, p. 28.

commise par ses organes, des obligations internationales qui lui incombent (article 5)<sup>155</sup>.

Ni la diversité des régimes de responsabilité imaginés par les auteurs, ni les distinctions opérées par la CDI ne se vérifient dans les faits. En particulier, les hypothèses envisagées par la CDI, bien que moins nombreuses que les modèles décrits par la doctrine, sont artificielles. Que la CDI ait jugé utile de les retenir surprend d'autant plus que le rapporteur spécial sur le sujet avait lui-même mis en doute la possibilité pratique pour un Etat fédéré de se voir imputer la violation d'une obligation internationale lui incombant, tant est réduite la sphère de capacité internationale que certains systèmes fédéraux laissent encore aux unités composantes<sup>156</sup>.

Car l'Etat membre d'un Etat fédéral, doté de compétences extérieures, est toujours placé, en droit ou en fait, sous la direction ou le contrôle de ce dernier. Aucun Etat fédéré ne jouit d'une pleine autonomie de décision et d'action<sup>157</sup>. La dépendance dans laquelle se trouve l'Etat fédéré à l'égard de l'Etat fédéral entraînera dès lors régulièrement la responsabilité internationale de celui-ci. La responsabilité ne serait indirecte que si l'on était disposé à admettre qu'en partie tout au moins les rapports entre l'Etat fédéral et ses membres sont des rapports entre des sujets de l'ordre juridique international.

La position de la Suisse en la matière reflète ces considérations. Elle a été exposée dans la réponse du Conseil fédéral au questionnaire adressé par la Société des Nations à ses membres sur la question de la responsabilité des Etats en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne et aux biens des étrangers; le point X de ce questionnaire, élaboré en vue de la conférence de codification de La Haye de 1930, portait notamment sur la responsabilité de l'Etat fédéral. Après avoir observé que «la responsabilité internationale de l'Etat fédéral est de même ordre et de même étendue que celle de l'Etat unitaire», le Conseil fédéral poursuivait en ces termes:

<sup>155</sup> Annuaire 1979 II, 2<sup>e</sup> partie, p. 110.

<sup>156</sup> Premier rapport sur la responsabilité des Etats, établi par M. ROBERTO AGO, Annuaire de la CDI 1971 II, 1<sup>er</sup> partie, pp. 273 et 276; voir aussi Annuaire 1979 II, 1<sup>re</sup> partie, p. 15, note 49. Après avoir constaté que de tels cas existaient, encore qu'ils fussent «plutôt rares», la Commission a estimé que «d'autres semblent susceptibles de se produire à l'avenir» (!) (Annuaire 1979 II, 2<sup>e</sup> partie, p. 110).

<sup>157</sup> Dans ce sens Y. LEJEUNE, *Le statut international des collectivités fédérées*, p. 327.

«Le droit constitutionnel suisse répond aux conditions exigées et permet à la Confédération d'assumer, sur le plan international, la responsabilité des actes contraires au droit des gens qui seraient relevés à la charge des cantons.

L'article 10, alinéa 1, de la Constitution fédérale dispose que «les rapports officiels entre les cantons et les gouvernements étrangers ou leurs représentants ont lieu par l'intermédiaire du Conseil fédéral». Cette clause a toujours été interprétée en ce sens que la Confédération répond, et répond seule, des actes contraires au droit international commis par un canton. Si un canton prenait une mesure incompatible avec le droit des gens, le pouvoir fédéral pourrait exiger qu'elle fût rapportée en vertu de l'article 102, chiffre 8, de la Constitution fédérale...»<sup>158</sup>.

La responsabilité de la Confédération du fait d'actes contraires au droit des gens imputables aux cantons est reconnue par la doctrine<sup>159</sup>. La responsabilité fédérale est engagée, que les cantons aient agi dans les limites de leur capacité internationale ou en dehors d'elles. La violation par les cantons de traités conclus à l'insu des autorités fédérales ne dégagerait pas la Confédération de sa responsabilité; de même que l'Etat fédéral ne saurait exciper de l'absence d'un pouvoir de contrôle sur ses Etats membres<sup>160</sup>, de même ne serait-il pas fondé à invoquer l'inobservation des dispositions de sa constitution prévoyant un tel pouvoir pour se soustraire à ses obligations internationales<sup>161</sup>.

<sup>158</sup> Réponse du gouvernement suisse du 2 janvier 1929, RSDIP III, n° 8.29. – Dans une consultation du 6 juillet 1920 relative à une demande en réparation présentée par la France du fait de l'expulsion d'un de ses ressortissants, le Département fédéral de justice et police relevait notamment que le canton de Bâle-Ville, bien qu'il ne fût pas un sujet du droit des gens, avait adopté un comportement contraire au droit international et que la Confédération devait seule en assumer la responsabilité à l'égard de l'Etat lésé. «Mais, même si l'on admettait que les cantons sont sujets du droit des gens et, partant, sont capables d'assumer une responsabilité internationale, ce serait néanmoins à la Confédération que l'on imputerait le comportement du canton, pour autant que ce dernier ait agi comme sujet du droit des gens; en effet, l'existence de l'Etat fédératif empêche l'Etat lésé d'agir contre l'Etat-membre, car l'Etat fédératif protège l'Etat-membre contre toute atteinte provenant de l'extérieur...» (RSDIP IV, n° 11.80 [p. 2386]).

<sup>159</sup> Y. LEJEUNE, *Le statut international des collectivités fédérées*, p. 397; L. WILDHABER, *Kompetenzausscheidung*, p. 239, note 3, et p. 247; Y. HANGARTNER, *Kompetenzverteilung*, pp. 45/46; M. BRIDEL, p. 353; P. GUGGENHEIM, *Traité I*, 1<sup>re</sup> éd., pp. 305 et 307.

<sup>160</sup> Comme le notait par ailleurs le Conseil fédéral dans sa réponse au questionnaire de la SDN (RSDIP III, n° 8.29).

<sup>161</sup> Dans ce sens Y. LEJEUNE, *Le statut international des collectivités fédérées*, pp. 328 et 404/405. D'un avis opposé, L. WILDHABER (*Rapport suisse* [note 81], pp. 123 à 124 et *Kompetenzausscheidung*, p. 250), qui estime qu'il serait manifestement inéquitable de tenir l'Etat fédéral pour responsable dans un tel cas.

On ne connaît toutefois aucun cas où la violation d'une obligation internationale ait été relevée à la charge d'un canton <sup>162</sup>, ni d'exemple d'un canton ayant mis en cause la responsabilité internationale d'un Etat étranger. Si la seconde hypothèse venait à se réaliser, seule la Confédération pourrait invoquer formellement la responsabilité de l'Etat tiers et entreprendre les démarches ou les actions tendant à obtenir réparation <sup>163</sup>.

La violation par un canton d'un engagement contracté dans le cadre de sa compétence externe pourrait résulter d'une mesure administrative ou d'une disposition législative, fût-elle du niveau constitutionnel. Dans la seconde hypothèse, seule la mise en œuvre de la disposition contraire à l'engagement passé par le canton serait propre à déclencher le mécanisme de la responsabilité internationale. La garantie fédérale accordée le 14 décembre 1984 à une révision de la constitution du canton de Thurgovie illustre notre propos.

La modification visait l'insertion dans la constitution d'un paragraphe 24<sup>ter</sup> ainsi libellé:

«L'Etat s'emploie à faire supprimer le droit de chasse à la sauvagine accordé aux riverains du lac Inférieur et du Rhin.» <sup>164</sup>

Une initiative populaire était à la base de l'amendement adopté; son texte prévoyait une seconde phrase dont la teneur était la suivante:

«La chasse à la sauvagine est interdite sur tous les territoires situés le long du rivage, côté lac, du Kuhhorn (au-dessus de Gottlieben) jusqu'à Ermatingen.»

Le Grand Conseil thurgovien invalida cette adjonction, car elle était contraire à la Convention du 5 juin 1954 entre la Confédération, agissant au nom du canton de Thurgovie, et le *Land* de Bade-Wurtemberg concernant la chasse dans la zone commune du lac Inférieur et du Rhin, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 1954 <sup>165</sup>.

Après avoir constaté que le paragraphe 24<sup>ter</sup> était conforme à la loi fédérale du 10 juin 1925 sur la chasse et la protection des oiseaux (RS 922.0) et aux instruments internationaux liant la Confédération en la matière, l'Assemblée fédérale, se rangeant

<sup>162</sup> Y. LEJEUNE, op. cit., p. 397. De même L. WILDHABER, Rapport suisse (note 81), p. 135; cet auteur note que des autorités étrangères inférieures ont adressé des réclamations, notamment dans des cas de pollution s'étendant au-delà de la frontière, à des cantons et à des communes; ces cas ont été réglés à ce niveau.

<sup>163</sup> L. WILDHABER, loc. cit.

<sup>164</sup> FF 1984 II 434; voir FF 1984 III 1492.

<sup>165</sup> Voir Y. LEJEUNE, Recueil, p. 364.



à l'avis du Conseil fédéral, a accordé sa garantie, sans trancher le point de savoir si la seule présence dans la constitution thurgovienne d'une disposition susceptible d'enfreindre la Convention du 5 juin 1954 entre le canton de Thurgovie et le Bade-Wurtemberg constituait une violation du droit fédéral. Elle a considéré qu'il incombait aux autorités thurgoviennes d'exécuter, dans le cadre de l'ordre juridique suisse dont le droit international public est une composante, le mandat prévu par la constitution cantonale. Ces autorités devaient en d'autres termes s'employer à modifier ou à abroger la Convention. «Rien par conséquent ne s'oppose à ce que la nouvelle disposition thurgovienne soit interprétée et appliquée conformément au droit international public.»<sup>166</sup> On eût souhaité seulement que la conformité de l'interprétation et de l'application du paragraphe 24<sup>ter</sup> au droit international fût énoncée de manière impérative et non pas seulement permissive.

Il reste à préciser que la mise en œuvre de la responsabilité de la Confédération sur le plan international ne signifie pas que le coût de la réparation lui incombe sur le plan interne. C'est ce qu'avait relevé le Professeur BURCKHARDT dans une consultation donnée en 1936 au Service fédéral des eaux au sujet de l'affaissement du sol, sur territoire allemand, causé par l'exploitation des gisements de sel de Rheinfelden: si, en exerçant une régie, un canton enfreint les limites du droit des gens, la Confédération doit reconnaître l'infraction et voit sa responsabilité internationale engagée; mais c'est le canton (ou le concessionnaire) qui, en droit interne, doit faire les frais de la réparation<sup>167</sup>. C'est, plus récemment, ce qui a été convenu entre la Confédération et les cantons de Vaud et du Valais au sujet du tunnel routier sous le Grand-Saint-Bernard. La convention passée par la Confédération avec ces cantons le 23 mai 1958, parallèlement à la convention conclue entre la Suisse et l'Italie<sup>168</sup>, exonère non seulement la Confédération de la charge financière du percement et de l'exploitation du tunnel (article 2); elle a aussi attribué aux deux cantons les conséquences découlant, sur le plan interne, de la responsabilité que la Confédération pourrait encourir, sur le plan international, en relation avec l'exécution de la convention italo-suisse (article 6)<sup>169</sup>.

<sup>166</sup> FF 1984 II 436.

<sup>167</sup> RSDIP II, n° 5.54 (pp. 1137 et 1138).

<sup>168</sup> Voir ci-dessus p. 165 et note 94.

<sup>169</sup> RO 1959 1391. – Au siècle dernier, en 1877, le Conseil fédéral dut actionner le Conseil d'Etat du canton de Vaud devant le Tribunal fédéral pour obtenir



4. La somme d'indices ainsi recueillis permet d'affirmer que la personnalité internationale des cantons est à la vérité bien mince et fragile. Certains inclinent à la nier<sup>170</sup>. Tout en admettant sa réalité, d'autres la disent de rang mineur, non sans constater son dépérissement progressif<sup>171</sup>. Il serait vain de vouloir trancher entre ces deux positions, tant est faible la distance qui les sépare. La personnalité internationale des cantons, si elle existe, est en tout cas trop petite pour leur permettre d'accéder à l'immédiateté internationale. Les liens que tissent les cantons, de manière souvent autonome, dans le cadre des rapports de voisinage sont en outre de portée trop restreinte pour être valablement opposés à la plénitude des attributions extérieures dont la Confédération est investie en sa qualité de sujet du droit des gens.

Pour le reste, les cantons n'exercent pratiquement plus qu'en amont leur compétence en matière de politique étrangère en prenant part, de manière plus ou moins étroite, à la formation de la volonté étatique pour les affaires qui les concernent. Cette participation est moins le signe d'une personnalité internationale évanescence qu'une manifestation de l'entente confédérale.

le remboursement de l'indemnité de 200 francs, qu'il avait payée à la légation de l'Allemagne à la suite d'une réclamation fondée sur l'arrestation et l'expulsion d'un ouvrier sellier wurtembourgeois, accusé à tort de mendicité et de vagabondage (L. R. DE SALIS, op. cit. [chapitre I, note 20], I, n° 95 I et ATF 1878 IV, n° 34).

<sup>170</sup> Y. LEJEUNE, *Le statut international des collectivités fédérées*, pp. 381 et 399.

<sup>171</sup> J.-F. AUBERT, *Traité I*, n° 684.

## Chapitre III

### Distribution des compétences entre les organes de la Confédération en matière de politique étrangère

#### **Section 1: Rôles de l'exécutif et du législatif dans le domaine extérieur**

1. Les relations extérieures ont été traditionnellement une prérogative de l'exécutif. MONTESQUIEU relevait qu'il y a «dans chaque Etat trois sortes de pouvoirs: la puissance législative, la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutrice de celles qui dépendent du droit civil», dite exactement plus loin «puissance de juger». «Par la première», poursuit MONTESQUIEU, «le prince ou le magistrat fait des lois pour un temps ou pour toujours, et corrige ou abroge celles qui sont faites. Par la seconde, il fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit des ambassades, établit la sûreté, prévient les invasions.»<sup>1</sup>

Le monopole de la représentation et de l'action de l'Etat au-dehors, réservé par le droit des gens au prince et à ses ministres, ne signifiait cependant pas que la puissance législative fût écartée totalement au-dedans pour les affaires relevant de ce droit, en particulier pour les traités conclus par le souverain. Un contemporain de MONTESQUIEU, non moins illustre, notait à ce propos que «tous les conducteurs des peuples n'ont pas le pouvoir de faire seuls des Traités Publics: quelques-uns sont astreints à prendre l'avis d'un Sénat, ou des Représentants de la Nation. C'est dans les Lois fondamentales de chaque Etat, qu'il faut voir quelle est la Puissance capable de contracter valablement au nom de l'Etat.»<sup>2</sup>

Si le pouvoir de représenter l'Etat et de traiter en son nom est demeuré une attribution exclusive de l'exécutif sur le plan extérieur, le renforcement progressif du rôle des parlements à l'intérieur des Etats n'est pas resté sans conséquence sur la part

<sup>1</sup> De l'Esprit des lois, livre XI, chap. VI.

<sup>2</sup> EMER DE VATTEL, op. cit. (chapitre II, note 16), livre II, chap. XII, § 154.

prise par le pouvoir législatif dans les affaires étrangères, sans aller toutefois jusqu'à mettre en question, d'une manière générale, la prééminence du gouvernement dans la conduite des affaires extérieures. Les attributions du parlement dans ce domaine varient d'un Etat à l'autre; même s'il n'intervient le plus souvent qu'*a posteriori*, ses pouvoirs ne sont pas négligeables, dès lors qu'ils incluent notamment le contrôle des engagements internationaux les plus importants conclus par l'exécutif<sup>3</sup>.

Que prévoit notre loi fondamentale à ce sujet?

2. Selon l'article 102, chiffre 8, *cst.*, le Conseil fédéral «veille aux intérêts de la Confédération au-dehors, notamment à l'observation de ses rapports internationaux, et il est, en général, chargé des relations extérieures». En outre «il veille à la sûreté extérieure de la Suisse, au maintien de son indépendance et de sa neutralité» (article 102, chiffre 9, *cst.*).

L'Assemblée fédérale pour sa part est compétente pour «les alliances et les traités avec les Etats étrangers» (article 85, chiffre 5) et en ce qui concerne «les mesures pour la sûreté extérieure, ainsi que pour le maintien de l'indépendance et de la neutralité de la Suisse; les déclarations de guerre et la conclusion de la paix» (article 85, chiffre 6).

En dehors de ces clauses, d'autres dispositions de la constitution réglant les compétences de l'Assemblée fédérale ont une incidence sur la politique extérieure: l'article 85, chiffre 2, concernant la compétence législative; l'article 85, chiffre 3, visant la création de fonctions fédérales permanentes et la fixation des traitements; l'article 85, chiffre 10, touchant le budget et les comptes de l'Etat; l'article 85, chiffre 11, relatif à la haute surveillance de l'administration.

La constitution a entendu ainsi répartir les compétences en matière de politique étrangère entre le gouvernement et le parlement. Si le rôle primordial de celui-là est exactement reconnu (article 102, chiffre 8), celui-ci dispose de compétences spécifiques qui recoupent parfois les attributions de l'exécutif. Il

<sup>3</sup> Le Secrétaire d'Etat américain JOHN HAY écrivait: «A treaty entering the Senate is like a bull going into the arena; no one can say just how or when the final blow will fall – but one thing is certain – it will never leave the arena alive» (cité par WILLIAM H. YOUNG, *Essentials of American Government*, New York 1964, p. 427). Si la pratique américaine ne confirme pas toujours cette observation, on citera cependant l'exemple fameux du rejet du Traité de Versailles par le Sénat des Etats-Unis en 1920.

serait vain de chercher à en cerner précisément les contours en se fondant sur une interprétation littérale du texte constitutionnel; le caractère général et imprécis du libellé et la similitude de certaines formules y feraient déjà obstacle. L'intention du constituant étant d'associer le parlement à l'action de l'Etat au-dehors, les modalités de la coopération entre le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale ne peuvent être fixées rigoureusement dans une perspective hiérarchique formelle<sup>4</sup>. En particulier, l'article 71 cst. décrivant l'Assemblée fédérale comme «l'autorité suprême de la Confédération», sous réserve des droits du peuple et des cantons, ne pourrait pas être invoqué à l'appui d'une primauté des Chambres, pas plus qu'on ne saurait déduire de l'article 95 cst., qui qualifie le Conseil fédéral d'«autorité directoriale et exécutive supérieure de la Confédération», une compétence exclusive de ce dernier en politique étrangère. La présence de l'article 71 en tête du chapitre II de la constitution s'explique par l'histoire, l'Assemblée fédérale procédant de la Diète; il reflète aussi les conceptions libérales qui prévalaient au siècle dernier en ce qui concerne la distribution des pouvoirs au sein de l'Etat. L'article 71, comme d'ailleurs l'article 84, n'est pas une norme attributive de compétences, celles-ci étant fixées dans les dispositions de la constitution qui règlent les attributions respectives de l'Assemblée fédérale, du Conseil fédéral et du Tribunal fédéral<sup>5</sup>.

Le problème des relations entre l'exécutif et le législatif pour ce qui a trait aux affaires étrangères doit bien plutôt être envisagé sous l'angle indiqué par le Professeur EICHENBERGER devant la commission d'étude des Chambres fédérales sur

<sup>4</sup> L. WILDHABER, *Kompetenzverteilung*, p. 254; voir aussi EMANUEL DIEZ, *Die Kommissionen für auswärtige Angelegenheiten als Bindeglied zwischen Bundesrat und Bundesversammlung*, in: *Innen- und Außenpolitik. Primat oder Interdependenz?* Festschrift zum 60. Geburtstag von Walther Hofer, Bern und Stuttgart 1980, p. 433.

<sup>5</sup> U. HÄFELIN/W. HALLER, nos 718 et 719; Y. HANGARTNER, *Grundzüge*, p. 167; F. FLEINER/Z. GIACOMETTI, pp. 474/475; K. EICHENBERGER, p. 34: «Im Begriffe der obersten Gewalt (Art. 71 BV) deutet die Verfassung vielmehr an, daß die Bundesversammlung als Repräsentantin des Volkes in ihrer Hauptfunktion der Rechtssetzung obliegt und kraft positiven Verfassungsrechts zu gewissen, beschränkten Funktionen aus andern Tätigkeitsbereichen zuständig ist.» – D'après certains auteurs, l'article 71 cst. aurait néanmoins une valeur normative en cas de compétences concurrentes, telles que celles prévues aux articles 85, chiffre 6, et 102, chiffre 9, cst., l'Assemblée fédérale l'emportant alors sur le Conseil fédéral. Ainsi J.-F. AUBERT, *Traité II*, n° 1330; Y. HANGARTNER, *op. cit.*, p. 168; F. FLEINER/Z. GIACOMETTI, pp. 475 et 524. Nous reviendrons sur ce point (ci-après section 3, IV).

l'avenir du parlement. Selon cette conception, les rapports entre les deux pouvoirs doivent être abordés non pas de façon structurale et statique, mais du point de vue fonctionnel. Ce qui signifie que «chaque pouvoir a sa propre raison d'être, ainsi que son propre mode de travail et qu'il a besoin de l'autre. Un fonctionnement satisfaisant n'est assuré que si l'un des pouvoirs déploie autant d'activité dans son domaine que l'autre dans le sien. Les deux pouvoirs sont donc interdépendants.»<sup>6</sup> L'approche fonctionnelle suggérée de façon générale par M. EICHENBERGER s'impose avec d'autant plus de force dans le domaine des relations extérieures qu'elle permet la prise en compte adéquate d'un certain nombre de données et d'impératifs. Organe permanent, représentant la Confédération au-dehors conformément au droit des gens, le Conseil fédéral doit disposer à cette fin d'une liberté de mouvement étendue, eu égard aux conditions particulières du champ extérieur, pour décider non seulement de l'opportunité, mais aussi du moment et de la forme de l'action à entreprendre, quand il n'y est pas contraint par la pression des événements. Aussi est-il amené naturellement à assurer un rôle prépondérant dans la conduite des affaires étrangères<sup>7</sup>.

D'autre part, il est non moins évident que la politique étrangère est une partie intégrante de l'ensemble de l'activité étatique et qu'elle ne peut pas en être isolée pour être traitée en vase clos. Ses lignes de force, ses orientations fondamentales sont fixées en commun par le gouvernement et le parlement, de même que les décisions de principe qu'appellent des questions essentielles supposent concertation et entente entre les deux pouvoirs.

Avant d'examiner plus précisément en quoi consistent les fonctions respectives du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale et de quelle manière elles s'articulent, il convient de rappeler que l'idée d'une coordination des tâches dans le

<sup>6</sup> Rapport final de la commission d'étude, du 29 juin 1978, § 224 (FF 1978 II 1041). Sur les raisons constitutionnelles et politiques pour lesquelles il n'est pas possible, selon la commission d'étude, de conclure à la suprématie du parlement, voir Rapport final, §§ 222 et 224 (FF 1978 II 1035, 1036 et 1039 à 1041).

<sup>7</sup> E. DIEZ, *op. cit.* (note 4), pp. 333 à 334; L. WILDHABER, *Kompetenzverteilung*, p. 254. J.-F. AUBERT constate que le Conseil fédéral «joue un rôle primordial, voire unique dans la conduite des affaires étrangères» (Exposé des institutions politiques de la Suisse à partir de quelques affaires controversées, Lausanne 1978, p. 235).



domaine des relations internationales n'est pas le fruit d'une pratique constante. Comme le relevait la commission d'étude des Chambres fédérales sur l'avenir du parlement, la conception de l'Etat réservant la première place au pouvoir législatif, qui prévalait au XIX<sup>e</sup> siècle, a évolué progressivement sous l'influence conjuguée de divers facteurs (guerres mondiales, crise économique générale, interventions accrues de l'Etat, etc.), pour aboutir à une «prépondérance modérée du pouvoir exécutif»<sup>8</sup>. Sur ce mouvement, qui n'est pas propre à la Suisse, est venue se greffer l'idée que s'est faite le Conseil fédéral, particulièrement évidente pendant la première moitié de ce siècle, de ses attributions dans le domaine extérieur. Pour l'illustrer il n'est que de songer à la résistance qu'il a opposée à la création des commissions parlementaires des affaires étrangères, tenue pour inconstitutionnelle<sup>9</sup>. Cette idée, il est vrai, était défendue par GIUSEPPE MOTTA qui, de 1920 (date à laquelle prit fin définitivement le système de rotation à la tête du Département politique) jusqu'à sa retraite en 1940, incarna sans partage la politique étrangère de la Suisse<sup>10</sup>.

Il est remarquable que la commission d'étude sur l'avenir du parlement, tout en préconisant un renforcement de l'influence du législatif en matière de politique étrangère, se soit bornée à formuler deux propositions à cet effet, à savoir l'obligation pour le Conseil fédéral de renseigner le parlement, par le canal

<sup>8</sup> Rapport final, § 224 (FF 1978 II 1040).

<sup>9</sup> FF 1924 III 1043. Le Conseil fédéral, prenant appui sur la doctrine, estimait que l'Assemblée fédérale était compétente uniquement pour les questions concernant l'existence même de l'Etat et que ses pouvoirs dans ce domaine se bornaient à arrêter les dispositions intérieures propres à assurer la situation internationale de la Suisse (p. 1056). – Sur la création des commissions des affaires étrangères, voir E. DIEZ, op. cit. (note 4), et L. WILDHABER, *Kompetenzverteilung*, pp. 255 à 257.

<sup>10</sup> Sur le rôle que le tempérament personnel des hommes joue dans la conduite des affaires étrangères et dans l'équilibre des pouvoirs, voir notamment K. EICHENBERGER, pp. 297 et 298. Sur le second point, s'il est vrai que le Conseiller fédéral PETITPIERRE eut soin d'agir de concert avec le parlement en informant les commissions des affaires étrangères des intentions et des décisions du Conseil fédéral, la prudence de sa démarche et la sobriété de son style contribuèrent également à entretenir le climat de confiance marquant les relations entre l'exécutif et le législatif dans les années difficiles de l'après-guerre. Un observateur étranger, qui porta sur la Suisse un regard attentif et bienveillant, notait à cette époque: «Les assemblées possèdent des commissions s'occupant des questions extérieures, mais il ne semble pas qu'elles harcèlent l'exécutif, qui conserve beaucoup de liberté d'allures» (ANDRÉ SIEGFRIED, *La Suisse, démocratie témoin*, 3<sup>e</sup> éd., Neuchâtel 1956, p. 223).

des commissions compétentes, sur les négociations préalables à la conclusion de traités internationaux et la participation de parlementaires en qualité d'observateurs aux négociations tendant à la conclusion de traités et aux conférences d'organisations internationales<sup>11</sup>. Ces recommandations ne démentent guère la réalité du dialogue existant entre le Conseil fédéral et les Chambres à l'heure actuelle. La première est réalisée déjà dans une très large mesure. Le Conseil fédéral s'est adressé au parlement avant de lui proposer la signature d'un traité ou l'adhésion à une organisation internationale: ainsi pour la Convention européenne des droits de l'homme<sup>12</sup>, puis pour l'ensemble des conventions du Conseil de l'Europe<sup>13</sup>, pour l'entrée dans cette organisation<sup>14</sup> et pour l'accession à l'Organisation des Nations Unies<sup>15</sup>; le Conseil fédéral informe aussi les Chambres, en tant que possible, sur des négociations en cours en répondant à des interventions parlementaires et en renseignant les commissions. Quant à la désignation de députés comme observateurs dans des délégations à des négociations et à des conférences internationales, on notera l'énoncé mesuré de cette proposition. Il faut relever pour le reste que les parlementaires, nonobstant leur qualité, seraient en tout cas, comme les délégués nommés par le Conseil fédéral, soumis à ses instructions. Il en allait ainsi pour les membres des deux Conseils qui faisaient partie de la délégation suisse aux Assemblées de la Société des Nations.

Les considérations qui précèdent dicteront l'ordre dans lequel seront analysées les compétences des organes de la Confédération dans le domaine extérieur. Certaines attributions appartiennent en propre au Conseil fédéral, à l'Assemblée fédérale, au peuple ou au peuple et aux cantons; d'autres sont partagées; d'autres enfin sont concurrentes.

## **Section 2: Les compétences du Conseil fédéral**

La responsabilité générale des relations extérieures que la constitution confie au Conseil fédéral (article 102, chiffre 8)

<sup>11</sup> Rapport final, §§ 412 4 et 412 5 (FF 1978 II 1138 et 1139).

<sup>12</sup> FF 1968 II 1069 et 1972 I 989. Signée le 21 décembre 1972, la Convention a été soumise aux Chambres pour approbation le 4 mars 1974 (FF 1974 I 1020).

<sup>13</sup> FF 1977 III 899, 1980 II 1547, 1984 I 792.

<sup>14</sup> FF 1962 II 1073; le message du Conseil fédéral est du 15 janvier 1963 (FF 1963 I 109).

englobe des attributions trop nombreuses et diverses pour qu'il soit possible d'en dresser un catalogue exhaustif. Disons de manière générale que la conduite et la gestion de la politique étrangère lui incombent. Tenu informé des événements extérieurs, rendu attentif à l'évolution de la conjoncture internationale par le Département des affaires étrangères et les missions diplomatiques suisses à l'étranger, il prend les initiatives, formule les décisions et adopte les mesures que la situation commande. Il planifie la politique étrangère; il fixe les objectifs et les priorités qu'il décrit dans les Grandes lignes de la politique gouvernementale présentées au parlement. Il contrôle et coordonne l'ensemble des activités étatiques au-dehors.

Ces fonctions se trouvent reflétées, plus ou moins heureusement, à l'article 3 de la loi fédérale sur l'organisation et la gestion du Conseil fédéral et de l'administration (loi sur l'organisation de l'administration), du 19 septembre 1978 <sup>16</sup>.

Les compétences extérieures du Conseil fédéral se répartissent plus particulièrement de la manière suivante.

### *I. Reconnaissance d'Etats <sup>17</sup> et relations diplomatiques*

1. Alors que la constitution de 1848 attribuait à l'Assemblée fédérale la reconnaissance d'Etats et de gouvernements étrangers (article 74, chiffre 4), cette compétence est dévolue depuis 1874 au Conseil fédéral <sup>18</sup>. Notons que celui-ci ne craignit pas d'en faire usage sous l'empire de la première constitution, sans que cela soulevât de protestations de la part du parlement, si ce n'est dans le cas de la reconnaissance de l'Italie en 1861 <sup>19</sup>.

<sup>15</sup> FF 1969 I 1457, 1972 I 1 et 1977 II 781; on trouve le message du 21 décembre 1981 relatif à l'adhésion dans FF 1982 I 505.

<sup>16</sup> RS 172.010. L'article 3 définit les obligations gouvernementales du Conseil fédéral. On pourra s'étonner en passant de trouver énoncée en deuxième lieu (art. 3, al. 1, b) la compétence du Conseil fédéral de déterminer les buts fondamentaux de l'Etat. Le projet de loi soumis au parlement la plaçait au premier rang en rappelant les limites de la constitution et en réservant entre autres les droits de l'Assemblée fédérale (FF 1975 I 1559). Quant au pouvoir de décision du gouvernement, il résulte moins du rappel du contenu de l'article 95 cst. à l'article premier de la loi que des dispositions constitutionnelles définissant les attributions du Conseil fédéral dans le domaine extérieur.

<sup>17</sup> Voir notamment HEINZ KLARER, *Schweizerische Praxis der völkerrechtlichen Anerkennung*, Zürich 1981; E. ZELLWEGER, *Die völkerrechtliche Anerkennung nach schweizerischer Staatenpraxis*, ASDI 1954, pp. 11 à 42.

<sup>18</sup> Y. HANGARTNER, *Grundzüge*, p. 190; J.-F. AUBERT, *Traité II*, n° 1554.

<sup>19</sup> H. KLARER, *op. cit.* (note 17), pp. 1 à 21, not. p. 10.

La politique du Conseil fédéral reflète l'évolution de la pratique internationale en matière de reconnaissance. C'est ainsi que la distinction entre les reconnaissances *de jure* et *de facto* a été progressivement abandonnée. La reconnaissance du second type, qui visait surtout les gouvernements, n'était pas pleine et entière; elle avait un caractère provisoire et pouvait être révoquée<sup>20</sup>.

D'autre part les reconnaissances de gouvernements se sont faites de plus en plus rares. Sous la pression des événements liés à la guerre et dans le souci d'assurer la défense des ressortissants et des intérêts suisses dans certains pays, la Suisse fut amenée encore, au lendemain du second conflit mondial, à reconnaître des gouvernements. Il en fut ainsi du gouvernement provisoire de la République française<sup>21</sup>, des régimes communistes établis en Europe de l'Est<sup>22</sup>, et du gouvernement de la République populaire de Chine<sup>23</sup>.

La Suisse ne reconnaît aujourd'hui que des Etats. La reconnaissance de l'Etat implique nécessairement celle du gouvernement qui y exerce l'autorité de fait. Une fois donnée, la reconnaissance de l'Etat reste acquise malgré les changements de gouvernement et la manière dont ils se produisent. Les révolutions, comme les mutations gouvernementales intervenant dans le respect des formes constitutionnelles, sont des événements internes, qui n'intéressent le droit des gens que dans la mesure où ils conduisent à la violation d'obligations internationales.

<sup>20</sup> Voir l'exposé de M. PETITPIERRE le 24 mars 1949 au Conseil national, reproduit en partie par E. ZELLWEGER, op. cit. (note 17), p. 12. Voir en outre ERNEST WOLF, Le gouvernement de fait en droit suisse, ASDI 1956, pp. 115 ss.

<sup>21</sup> RG 1944, p. 79.

<sup>22</sup> RG 1945, pp. 101 ss et 1946, pp. 116/117. S'agissant de l'URSS, si les notes échangées le 18 mars 1946 entre le ministre de Suisse et le chargé d'affaires soviétique à Belgrade doivent s'interpréter comme une reconnaissance du gouvernement soviétique par le Conseil fédéral, la note suisse ne proposait formellement que la reprise des relations diplomatiques et «la nomination réciproque de ministres accrédités auprès du gouvernement de chacun des deux pays» (ASDI 1947, p. 142). Dans son rapport de gestion pour 1946 (pp. 118/119) le Conseil fédéral ne faisait pas mention de la reconnaissance du gouvernement soviétique; après s'être référé à l'échange de notes de Belgrade, il indiquait qu'il s'agissait, pour la légation de Suisse à Moscou, «de nouer et de développer de nouvelles relations» (!) (p. 119). Voir ci-dessus p. 130 et note 31.

<sup>23</sup> RG 1949, p. 84 et 1950, p. 102. — Sur la décision du Conseil fédéral du 8 mai 1945 de ne reconnaître aucun gouvernement officiel du Reich allemand, voir ASDI 1949, pp. 58 et 59.

Elles ne mettent pas en cause la continuité étatique, tant que sont réunis les éléments constitutifs de l'Etat selon le droit des gens<sup>24</sup>.

Aussi la Suisse ne reconnaît-elle pas les mouvements de libération nationale<sup>25</sup>.

Si elle déploie des effets juridiques, la reconnaissance demeure un acte discrétionnaire. L'Etat est libre de reconnaître ou non un autre Etat, comme il détermine librement le moment de la reconnaissance. En règle générale le Conseil fédéral reconnaît les nouveaux Etats dès que sont réalisées les conditions dont le droit international public fait dépendre la réalité étatique. Lorsque l'autorité gouvernementale n'est pas fermement établie, il diffère sa reconnaissance. Par exemple, l'Angola a été reconnu, en raison de la guerre civile, trois mois après son accession à l'indépendance, lorsque le gouvernement a pu être considéré comme exerçant une autorité suffisante sur le territoire<sup>26</sup>. Des considérations politiques l'ont par contre amené à ne pas reconnaître pendant plusieurs années certains Etats, par exemple la République démocratique allemande, reconnue en 1972, et la République populaire démocratique de Corée, reconnue en 1974<sup>27</sup>.

La reconnaissance ne vise pas seulement les Etats, dont elle se borne à constater l'existence. Elle a pour objet plus généralement toute situation susceptible de produire des effets de droit.

<sup>24</sup> La pratique du Conseil fédéral en matière de reconnaissance a été exposée notamment dans le rapport présenté au Conseil national le 10 mars 1977 au sujet d'un postulat *Schatz*; l'auteur du postulat demandait au Conseil fédéral, à la suite de sa décision de ne pas reconnaître le Bantoustan du Transkei, de revoir les critères sur lesquels il se fonde pour reconnaître ou ne pas reconnaître des Etats (ASDI 1978, pp. 81 et 82; voir aussi ASDI 1980, p. 172 et 1974, p. 147).

<sup>25</sup> Voir ASDI 1983, pp. 208 et 209, 1981, p. 226 et 1977, pp. 167/168. En ce qui concerne plus particulièrement l'Organisation pour la libération de la Palestine (OLP), voir la réponse du 28 février 1979 à la question ordinaire *Dürrenmatt et Alder* (ASDI 1980, pp. 172 et 173), le communiqué de presse publié par le Département fédéral des affaires étrangères le 14 juillet 1981 après la visite à Berne de M. Kaddoumi, responsable de l'OLP pour les relations avec l'étranger (ASDI 1982, pp. 116/117) et le rapport du 8 septembre 1982 concernant une interpellation *Herczog* (ASDI 1983, p. 209).

<sup>26</sup> ASDI 1977, p. 166; voir aussi ASDI 1975, p. 213 (Guinée-Bissau).

<sup>27</sup> Dans ces deux cas, contrairement à la position adoptée à l'égard de la République démocratique du Vietnam (RG 1971, p. 9), le Conseil fédéral n'a pas fait état expressément dans son rapport de gestion de la reconnaissance des Etats en question; il a mentionné uniquement les arrangements convenus pour l'échange de missions commerciales officielles, puis les accords passés en vue d'établir des relations diplomatiques (RG 1972, p. 14 et 1974, p. 20).



C'est ainsi que le Conseil fédéral reconnu en 1913 les protectorats établis par la France et par l'Espagne au Maroc<sup>28</sup>, en 1936 la souveraineté territoriale de l'Italie sur l'Ethiopie après l'annexion de ce pays par l'Italie<sup>29</sup> et en 1955 la neutralité permanente de l'Autriche à la demande du gouvernement de Vienne<sup>30</sup>.

La forme de reconnaissance la plus simple et la plus fréquemment utilisée consiste dans l'envoi d'un télégramme de félicitations par le président de la Confédération au chef du nouvel Etat.

2. Si la reconnaissance est un préalable à l'établissement de relations diplomatiques avec un Etat étranger, les deux opérations peuvent coïncider dans le temps, la seconde étant alors une forme tacite de reconnaissance. Mais la reconnaissance d'un Etat n'oblige pas encore l'Etat qui la prodigue à nouer des relations diplomatiques avec l'Etat reconnu; l'établissement de telles relations et l'échange de missions diplomatiques permanentes se font par consentement mutuel<sup>31</sup>. Ces questions sont du ressort du Conseil fédéral.

Le Conseil fédéral nomme les chefs des missions diplomatiques suisses à l'étranger; la désignation des chefs de postes consulaires est déléguée au Département fédéral des affaires étrangères. C'est le Conseil fédéral qui reçoit les lettres de créance des ambassadeurs étrangers, qui sont accrédités auprès de lui. Comme nous l'avons vu, c'est lui aussi qui délivre les *exequatur* pour les fonctionnaires consulaires étrangers en Suisse.

En revanche, la création de missions diplomatiques suisses est subordonnée à l'autorisation préalable des Chambres

Sur la reconnaissance par la Suisse des Etats divisés, voir H. KLARER, op. cit. (note 17), pp. 262 à 278.

<sup>28</sup> W. BURCKHARDT, Le droit fédéral suisse I (chapitre I, note 20), n° 80<sup>ter</sup> II.

<sup>29</sup> Diverses critiques s'élevèrent au parlement au sujet de cette décision, prise le 23 décembre 1936; les unes visaient le bien-fondé de la reconnaissance, les autres l'empressement mis à la formuler sans que le Conseil fédéral ait informé les Chambres de son intention. Les propositions aux termes desquelles les Conseils regrettaient la décision du gouvernement furent néanmoins rejetées à de confortables majorités. Voir HANS MANFRED MÜLLER, *Über das Verhältnis von Bundesversammlung und Bundesrat in der Führung der auswärtigen Politik*, Stäfa 1944, pp. 85 à 88.

<sup>30</sup> JAAC 25 (1955), n° 3 ou ASDI 1959, pp. 235 et 236; voir aussi ASDI 1956, pp. 155/156.

<sup>31</sup> Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, du 18 avril 1961, art. 2 (RS 0.191.01).

fédérales. Cette attribution découle de l'article 85, chiffre 3, cst. (Voir ci-dessous, section 3, II.)

Compétent pour nouer des relations diplomatiques, le Conseil fédéral l'est aussi pour décider de les rompre<sup>32</sup>. Rares sont les cas où il fut contraint à cette extrémité<sup>33</sup>.

## *II. Négociation, signature, ratification et dénonciation des traités internationaux*

Le Conseil fédéral, qui représente la Suisse au-dehors, décide de l'ouverture de négociations tendant à la conclusion de traités et de la participation de la Suisse à des conférences diplomatiques convoquées en vue de l'adoption d'instruments multilatéraux. Il désigne la délégation, établit les instructions et donne l'autori-

<sup>32</sup> J.-F. AUBERT, *Traité II*, n° 1555; JAAC 14 (1940), n° 1. – En avril 1902 le Conseil fédéral, ayant demandé en vain à Rome le rappel du ministre d'Italie à Berne, mit fin à ses relations officielles avec lui; le gouvernement italien procéda de même à l'endroit du ministre de Suisse en Italie. Grâce aux bons offices du gouvernement allemand, le Conseil fédéral et le gouvernement italien, désireux de rétablir des relations normales entre les deux pays, convinrent quelques mois plus tard de rappeler simultanément les chefs de leurs missions diplomatiques et de se faire représenter par les premiers secrétaires de leurs légations jusqu'à la nomination de nouveaux ministres (J. R. DE SALIS, op. cit. [chapitre I, note 20], I, n° 129). Bien que le Conseil fédéral eût parlé de rupture des relations diplomatiques lorsqu'il informa l'Assemblée fédérale de son attitude dans cette affaire (FF 1902 II 701), il ne semble pas que cet incident équivalût, à proprement parler, à une rupture des relations diplomatiques. Si les rapports officiels de chaque gouvernement avec le représentant de l'autre furent interrompus, les légations des deux Etats ne furent pas fermées.

Le 7 novembre 1918 le Conseil fédéral décida de rompre les relations de fait qu'il entretenait avec la mission officieuse établie à Berne au printemps de la même année par le gouvernement soviétique (W. BURCKHARDT, *Le droit fédéral suisse I*, n° 81).

<sup>33</sup> La publication le 29 novembre 1873 de l'Encyclique *Etsi multa luctuosa*, dans laquelle le pape critiquait l'attitude des autorités suisses à l'égard de l'Eglise, amena le Conseil fédéral, dans le climat tendu du Kulturkampf, à mettre fin le 12 décembre 1873 aux relations diplomatiques entretenues par le Saint-Siège avec la Suisse. Ces relations ne furent rétablies formellement que le 8 novembre 1920 (voir FF 1873 IV 537, 1874 I 764 et 1921 II 53). Sur la décision du Conseil fédéral de renouer les relations diplomatiques avec le Saint-Siège, prise le 18 juin 1920, voir Documents diplomatiques suisses 7-II, doc. 356. On sait que les relations diplomatiques existant entre la Suisse et le Saint-Siège ne sont pas établies sur une base réciproque et que la Confédération n'a pas de représentant diplomatique accrédité auprès du Saint-Siège.

sation de parafer ou, plus généralement, de signer. C'est lui qui ratifie les traités après leur approbation, cas échéant, par les Chambres fédérales. (Voir ci-dessous, section 3, III.) Il échange avec l'Etat cocontractant les instruments de ratification des traités bilatéraux; il dépose les instruments de ratification des traités multilatéraux (ou d'adhésion à ces traités) auprès des Etats ou des secrétariats d'organisations internationales désignés comme dépositaires.

Le Conseil fédéral est compétent pour dénoncer les traités <sup>34</sup>.

En revanche, le renouvellement d'un traité, c'est-à-dire la prolongation d'un traité arrivé à échéance (qui doit être distinguée de la reconduction tacite prévue par le traité), est soumis à la procédure mise en œuvre lors de la conclusion du traité: les Chambres fédérales devront se prononcer si elles ont approuvé le traité <sup>35</sup>. Le Conseil fédéral sera toutefois compétent lorsque la prorogation demeure sans conséquence sur les obligations assumées par la Suisse aux termes du traité <sup>36</sup>.

Quid de la prolongation de traités qui ont été dénoncés? La doctrine n'est pas unanime; certains nient que le Conseil fédéral puisse, de son propre chef, remettre en vigueur un traité dénoncé <sup>37</sup>, ou doutent du bien-fondé de cette pratique <sup>38</sup>; d'autres l'admettent <sup>39</sup>. Nous partageons la dernière opinion, étant entendu que la prorogation ne doit pas entraîner pour la Suisse des obligations plus étendues que celles découlant du traité dénoncé <sup>40</sup>.

Comme nous le verrons plus loin (section 3, III, § 2), le Conseil fédéral peut en outre conclure de sa propre autorité cer-

<sup>34</sup> L. WILDHABER, *Kompetenzverteilung*, p. 263; J.-F. AUBERT, *Traité II*, n° 1556; F. FLEINER/Z. GIACOMETTI, p. 820, note 22; W. BURCKHARDT, p. 678. Une voix discordante: K. EICHENBERGER (p. 126, note 48) juge cette pratique discutable dans la mesure où la dénonciation d'un traité peut avoir une portée aussi grande que sa conclusion.

<sup>35</sup> J.-F. AUBERT, *Traité II*, n° 1324; F. FLEINER/Z. GIACOMETTI, p. 820; W. BURCKHARDT, p. 678; JAAC 7 (1933), n° 20 (p. 32). La pratique n'est pas toujours allée dans ce sens: voir W. BURCKHARDT, *Le droit fédéral suisse II*, n° 627.

<sup>36</sup> Tel fut le cas de l'Accord modifiant le Traité austro-suisse pour le redressement du Rhin de l'embouchure de l'Ill jusqu'au lac de Constance, du 19 novembre 1924, en vue de prolonger le délai d'achèvement des travaux (JAAC 5 [1931], n° 9).

<sup>37</sup> W. BURCKHARDT, p. 678.

<sup>38</sup> L. WILDHABER, *Kompetenzverteilung*, p. 270.

<sup>39</sup> J.-F. AUBERT, *Traité II*, nos 1324 et 1556.

<sup>40</sup> Dans ce sens P. GUGGENHEIM, *Traité I*, 2<sup>e</sup> éd., p. 153.

taines catégories de traités et adopter ou rejeter des actes élaborés par des organisations internationales.

### *III. Maintien de la sûreté extérieure, de l'indépendance et de la neutralité*

Alors que les attributions du Conseil fédéral que nous venons d'exposer sous I et II dérivent du chiffre 8 de l'article 102 cst., les pouvoirs dont il dispose pour assurer la sûreté extérieure, l'indépendance et la neutralité du pays découlent du chiffre 9 de cet article. Les termes utilisés ici correspondent presque textuellement à ceux que l'on trouve dans la première partie de la disposition contenue au chiffre 6 de l'article 102 cst.; la différence consiste en ce que le Conseil fédéral «veille» à la sauvegarde de ces biens, alors que l'Assemblée fédérale prend «les mesures» requises à cet effet.

Nous reviendrons sur les questions soulevées par les compétences parallèles que la constitution attribue au gouvernement et au parlement dans ce domaine (voir ci-dessous, section 3, IV). Relevons ici que, pour sa part, le Conseil fédéral s'est fondé de longue date sur l'article 102, chiffres 8 et 9 – comme d'ailleurs sur l'article 102, chiffre 10, le chargeant de veiller à la sûreté intérieure, au maintien de la tranquillité et de l'ordre – pour édicter des règles générales et abstraites. Si cette pratique a rencontré jadis l'opposition d'une partie de la doctrine<sup>41</sup>, il est admis aujourd'hui que le Conseil fédéral peut, en s'appuyant sur la constitution, adopter des ordonnances législatives visant à sauvegarder des intérêts importants et pressants sur le plan des relations extérieures<sup>42</sup>. Le législateur l'a consacrée implicitement dans la loi sur l'organisation de l'administration, du 19 septembre 1978<sup>43</sup>.

Ces ordonnances, comme celles relatives au maintien de la sûreté intérieure (article 102, chiffre 10), sont des ordonnances de substitution indépendantes, distinctes des ordonnances promulguées en vertu des pleins pouvoirs, tels que ceux

<sup>41</sup> Notamment F. FLEINER/Z. GIACOMETTI, pp. 790 à 793.

<sup>42</sup> A. GRISEL, op. cit. (chapitre II, note 65), p. 84; U. HÄFELIN/W. HALLER, nos 840 et 1007; Y. HANGARTNER, Grundzüge, p. 182; A. FAVRE, p. 466; J.-F. AUBERT, Traité II, nos 1330 et 1557 (voir aussi II et III, n° 1528 pour les exemples d'actes pris par le Conseil fédéral depuis la deuxième guerre mondiale); K. EICHENBERGER, p. 71; JAAC 35 (1970–1971), n° 4 (Division de la justice).

<sup>43</sup> Art. 7, al 4 (RS 172.010; voir FF 1975 I 1537 ad art. 6 du projet).

accordés par l'Assemblée fédérale au Conseil fédéral le 3 août 1914 et le 30 août 1939, et des ordonnances fondées sur le droit de nécessité<sup>44</sup>. Le Tribunal fédéral a sanctionné la compétence législative du Conseil fédéral dans le domaine extérieur, tout en se réservant le droit d'en contrôler la constitutionnalité<sup>45</sup>. Notre Cour suprême a estimé cependant que son pouvoir d'examen devait tenir compte du caractère essentiellement politique de la mesure prise. Aussi le juge doit-il laisser au Conseil fédéral une grande liberté d'appréciation et se borner à rechercher si ce dernier a interprété d'une manière manifestement inexacte le contenu et l'étendue de son droit de rendre des ordonnances; il n'a pas à se prononcer sur l'opportunité de la mesure<sup>46</sup>. Le Conseil fédéral doit respecter les limites tracées par la constitution et les lois fédérales, encore qu'il puisse être conduit à les dépasser en présence de circonstances extraordinaires<sup>47</sup>. Les mesures édictées doivent être justifiées par les circonstances du moment et correspondre au but à atteindre. Elles doivent respecter le principe de la proportionnalité<sup>48</sup>. Si elles peuvent affecter les libertés individuelles, l'atteinte qui leur est portée doit l'être dans la moindre mesure possible<sup>49</sup>.

Les ordonnances législatives doivent-elles être limitées dans le temps? La pratique et la jurisprudence apportent à cette question une réponse négative. La validité des mesures adoptées par le Conseil fédéral n'est pas restreinte à la période précédant la réunion de l'Assemblée fédérale, mais elle s'étend jusqu'au moment où la nécessité de leur maintien disparaît ou jusqu'à la reprise des mesures dans la législation ordinaire<sup>50</sup>.

<sup>44</sup> Voir J.-F. AUBERT, *Traité II*, nos 1539 à 1549, 1550 et 1551, ainsi que 1552.

<sup>45</sup> ATF 100 Ib 318; 64 I 365; voir aussi l'arrêt de la Cour de droit administratif du 21 septembre 1973 dans la cause *Viehbörse c. Département fédéral de l'économie publique* (ZBl 75 [1974], p. 92) et l'arrêt de la Cour de cassation pénale du 5 février 1940 dans la cause *Schaad et Jansen* (ZBl 41 [1940], p. 216).

<sup>46</sup> ATF 64 I 369 et 374.

<sup>47</sup> Op. cit., pp. 372/373; JAAC 35 (1970–1971), n° 4 (p. 31).

<sup>48</sup> ATF 64 I 375 et 100 Ib 322; JAAC, loc. cit.

<sup>49</sup> ATF 100 Ib 320; ZBl 75 (1974), p. 94; JAAC, loc. cit.

<sup>50</sup> ATF 64 I 373; JAAC 35 (1970–1971), n° 4 (p. 32). – Plusieurs auteurs ont critiqué cette pratique. U. HÄFELIN/W. HALLER (n° 1009) et J.-F. AUBERT (*Traité III*, n° 1529) déplorent le maintien en vigueur de l'arrêté du Conseil fédéral concernant les discours politiques d'étrangers, du 24 février 1948 (RS 126). Cet arrêté aurait dû être abrogé par la loi sur les étrangers, du 19 juin 1981 (FF 1978 II 221), rejetée en votation populaire le 6 juin 1982. Relevons que l'ACF visant la propagande subversive, du 29 décembre 1948 (RS 127), est fondé sur l'article 102, chiffres 8 à 10, *cst.*, à l'instar de l'ACF du



Cette solution s'impose lorsqu'il s'agit de la sauvegarde des intérêts de la Confédération au-dehors. La fluidité des événements internationaux justifie que le Conseil fédéral puisse exercer ses compétences législatives autrement que sur une base provisoire. Si le but visé par les mesures ne peut être pleinement atteint que dans la durée, celles-ci doivent pouvoir déployer leurs effets tant que les circonstances le commandent, sans limitation de temps.

Les exemples les plus récents de mesures de portée générale édictées par le Conseil fédéral en application de l'article 102, chiffres 8 et 9, *cst.* ont trait aux séquelles de la guerre du Vietnam et à la situation créée par les sanctions décrétées par les Nations Unies à l'encontre de la Rhodésie du Sud après la proclamation unilatérale d'indépendance de cette colonie de la couronne britannique. Dans le premier cas, une ordonnance du 30 avril 1975 a interdit l'importation et l'entreposage d'or en provenance de la République du Vietnam ou de la République Khmère<sup>51</sup>. Dans le cas de la Rhodésie du Sud, le Conseil fédéral fut amené à prendre des mesures particulières (embargo sur les exportations de matériel de guerre, blocage des avoirs de la Banque rhodésienne de réserve auprès de la Banque nationale, fermeture du consulat suisse à Salisbury). Il adopta en outre des dispositions législatives pour éviter que le territoire suisse fût utilisé aux fins d'éluder les sanctions mises en œuvre par l'Organisation mondiale. Les premières dispositions prises à cet effet stabilisèrent le volume des échanges entre la Suisse et la colonie rebelle en application du «courant normal»; les dernières en date visaient à empêcher l'utilisation abusive de l'ordre juridique suisse pour la réalisation d'opérations dites triangulaires<sup>52</sup>. Au vu des résultats de la conférence constitutionnelle de Lancaster House, qui marqua le retour de la colonie dans la légalité au début de décembre 1979 en attendant sa mutation en

24 février 1948, ainsi que sur l'article 4, alinéa 2, de la loi du 2 octobre 1924 sur le service des postes (RS 783.0).

<sup>51</sup> RO 1975 843.

<sup>52</sup> ACF sur la limitation des importations du 17 décembre 1965 (RO 1965 1217); cet arrêté fut modifié et complété par deux ACF: le premier, du 10 février 1967, fixait le volume des échanges en fonction de la moyenne des trois années précédant l'adoption des sanctions (RO 1967 209), le second, du 6 février 1974, organisait la répartition des autorisations entre importateurs (RO 1974 486). Les opérations «triangulaires» furent interdites par l'ordonnance sur les transactions avec la Rhodésie du Sud, du 12 décembre 1977 (RO 1977 2180). Sur les circonstances qui incitèrent le Conseil fédéral à édicter ces mesures, voir FF 1982 I 553 et 554.

un Etat indépendant, l'ensemble des mesures relatives à la Rhodésie du Sud furent abrogées le 19 décembre 1979 avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 1980<sup>53</sup>.

Chargé de veiller aux intérêts de la Confédération au-dehors, le Conseil fédéral s'est fondé également sur l'article 102, chiffre 8, cst. pour prendre des décisions individuelles. C'est ainsi qu'il a interdit en septembre 1983 à une société de droit suisse ayant son siège en Suisse de donner suite à une injonction d'un tribunal aux Etats-Unis la sommant, sous astreinte, de produire des documents dans le cadre d'une procédure ouverte contre la société dans ce pays. Le Conseil fédéral considéra que l'obtention de moyens de preuve en Suisse dans l'intérêt d'une procédure judiciaire ou administrative étrangère devait se faire par la voie de l'entraide judiciaire internationale et que l'injonction du tribunal américain avait pour effet de porter atteinte à la souveraineté territoriale de la Suisse<sup>54</sup>.

### **Section 3: Les compétences de l'Assemblée fédérale**

Contrairement à la situation existant aux Etats-Unis, où le Sénat dispose de pouvoirs plus étendus que la Chambre des représentants en ce qui concerne la conclusion des traités et la nomination des ambassadeurs et des consuls<sup>55</sup>, les deux Conseils législatifs ont en Suisse des attributions égales dans le domaine des relations extérieures.

Avant d'examiner les compétences spécifiques de l'Assemblée fédérale (qu'elle partage avec le Conseil fédéral, qu'elle détient parallèlement à lui ou qu'elle possède en propre), il convient de rappeler les attributions générales du parlement auxquelles la conduite des affaires étrangères, comme les autres activités gouvernementales, est soumise.

#### *I. Compétences législative et budgétaire et haute surveillance*

1. La politique extérieure est menée dans le cadre de la constitution et de la loi. S'agissant de celle-ci, les dispositions applicables règlent principalement des questions d'organisation générale. On mentionnera à cet égard la loi déjà citée sur l'orga-

<sup>53</sup> RO 1980 90 et 91.

<sup>54</sup> Voir ASDI 1984, pp. 160 à 170.

<sup>55</sup> Constitution des Etats-Unis, art. II, section 2, al. 2.

nisation de l'administration du 19 septembre 1978, la loi sur la responsabilité, du 14 mars 1958<sup>56</sup>, la loi sur les garanties politiques et de police en faveur de la Confédération, du 26 mars 1934<sup>57</sup>, la loi sur les rapports entre les Conseils, du 23 mars 1962<sup>58</sup>.

Rares sont en revanche les dispositions matérielles relatives à la politique étrangère. Seuls deux domaines particuliers sont régis par des lois: la coopération au développement et l'aide humanitaire internationales, ainsi que la politique économique extérieure. Nous avons relevé plus haut la faible portée normative de la loi du 19 mars 1976 gouvernant la première activité<sup>59</sup>. Quant à la loi du 25 juin 1982 sur les mesures économiques extérieures<sup>60</sup>, qui a remplacé une série d'arrêtés fédéraux pris en cette matière dès 1956, elle prévoit l'attribution au Conseil fédéral de compétences étendues pour l'adoption de mesures de protection dans le domaine des échanges économiques internationaux<sup>61</sup>. Si l'on met à part les dispositions pénales instituées en cas de violation des prescriptions d'exécution de la loi, celle-ci ne contient au surplus que des clauses d'organisation. L'influence que le parlement peut exercer en politique étrangère par le biais de la législation apparaît ainsi très réduite. Cela ne saurait surprendre si l'on tient compte de la nature des choses<sup>62</sup>.

2. Les relations avec l'étranger sont conduites d'autre part dans les limites fixées par l'Assemblée fédérale en vertu de ses attributions budgétaires et financières (article 85, chiffre 10, cst.). Par le vote du budget de la Confédération et par l'examen des demandes de crédit qui leur sont soumises, les Chambres ont la

<sup>56</sup> RS 170.32.

<sup>57</sup> RS 170.21.

<sup>58</sup> RS 171.11. On citera aussi la loi relative à la force obligatoire du Recueil systématique des lois et ordonnances de 1848 à 1947 et la nouvelle série du Recueil des lois, du 12 mars 1948 (RS 170.513.1) et la loi concernant la publication d'un nouveau Recueil systématique des lois et ordonnances de la Confédération, du 6 octobre 1966 (RS 170.513.2). Ces deux actes seront abrogés par une loi sur les Recueils de lois et la Feuille fédérale, dont le projet a été soumis aux Chambres par un message du 29 juin 1983 (FF 1983 III 441).

<sup>59</sup> RS 974.0 Voir ci-dessus p. 159.

<sup>60</sup> RS 946.201.

<sup>61</sup> Le dispositif de défense établi par la loi est complété sur des points particuliers par d'autres textes législatifs. Voir FF 1982 I 68, note 1. On ajoutera à cette liste la loi sur l'approvisionnement économique du pays, du 8 octobre 1982 (RS 531).

<sup>62</sup> Dans ce sens Y. HANGARTNER, *Grundzüge*, p. 188.

possibilité sinon d'orienter la politique étrangère, du moins de la canaliser ou de la contenir en contrôlant ses coûts<sup>63</sup>.

3. La haute surveillance de l'administration fédérale (article 102, chiffre 11, cst.) permet en outre au parlement d'exercer un contrôle sur la conduite de la politique extérieure. Ce contrôle est mis en œuvre par les commissions des finances et par la délégation des finances des Chambres fédérales, ainsi que par les commissions de gestion, par les commissions des affaires étrangères et par les commissions des affaires économiques (Conseil national) et du commerce extérieur (Conseil des Etats). On mentionnera aussi la discussion du rapport présenté par le Conseil fédéral au début de chaque législature sur les Grandes lignes de la politique gouvernementale, dont l'Assemblée prend acte<sup>64</sup>.

L'Assemblée fédérale peut en outre instituer des commissions d'enquête parlementaire «si des faits d'une grande portée survenus dans l'administration fédérale» le commandent. Ces commissions, qui disposent d'un pouvoir étendu pour déterminer la situation et pour réunir tous moyens d'appréciation, présentent un rapport et des propositions à leur Conseil<sup>65</sup>.

La haute surveillance s'épuise en règle générale dans l'examen des rapports adressés au parlement, dans des questions et des demandes de renseignements et dans des critiques.

Les Chambres ont-elles en outre le pouvoir de donner, sous forme de motions, des instructions au Conseil fédéral?

Dans la première édition de son *Traité de droit constitutionnel suisse*, le Professeur J.-F. AUBERT notait que c'est là «une des questions les plus délicates de notre droit constitutionnel». Le parlement est-il habilité, se demandait-il, à dire au Conseil fédéral «comment il doit, de cas en cas, mener la politique internationale, négocier un traité, exécuter une loi...»; et il concluait que, tout bien considéré, la question ne paraissait pas «susceptible d'une réponse absolument claire»<sup>66</sup>. Dans le *Supplément* à son *Traité*, après avoir relevé que les parlementaires, comme il est naturel, «penchent pour le oui et les conseillers fédéraux pour le non», cet auteur expose ce qui lui semble être la bonne

<sup>63</sup> Y. HANGARTNER, loc. cit.

<sup>64</sup> Loi sur les rapports entre les Conseils, du 23 mars 1962, art. 45<sup>bis</sup> (RS 171.11).

<sup>65</sup> Idem, art. 55 à 65.

<sup>66</sup> J.-F. AUBERT, *Traité II*, n° 1369.

doctrine: lorsque l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral disposent de pouvoirs concurrents, par exemple lorsqu'il s'agit de la sûreté extérieure (articles 85, chiffre 6, et 102, chiffre 9, cst.) ou de la sûreté intérieure du pays (articles 85, chiffre 7, et 102, chiffre 10, cst.), le parlement peut signifier des instructions au gouvernement. Il en va de même, ajoute le Professeur AUBERT, en ce qui concerne la conclusion et la dénonciation de traités internationaux. (Nous reviendrons sur cette question.) En revanche, l'Assemblée ne devrait pas s'immiscer dans l'exercice d'une compétence exclusive du Conseil fédéral, auquel cas elle pourrait cependant recourir à la voie du postulat pour exprimer ses vœux <sup>67</sup>.

La doctrine moderne partage cette manière de voir <sup>68</sup>. La commission d'étude des Chambres fédérales sur l'avenir du parlement s'y est ralliée <sup>69</sup>.

La nature et l'étendue du pouvoir d'instruction de l'Assemblée fédérale dans le domaine des relations extérieures doivent cependant être circonscrites exactement. S'il est vrai que le parlement jouit d'un tel pouvoir lorsque ses attributions dans ce domaine recouvrent celles du Conseil fédéral, ainsi que la constitution le prévoit pour la sauvegarde de la sûreté extérieure, cette tâche commune n'épuise pas l'ensemble des activités relevant de la politique étrangère. Elle en constitue une partie importante, certes, eu égard aux biens qu'elle tend à préserver dans des circonstances exceptionnelles, mais une partie seulement. Pour le reste la responsabilité des relations internationales de la Suisse incombe au Conseil fédéral (article 102, chiffre 8, cst.). Dans l'avis de droit rédigé à l'intention de la commission d'étude précitée des Chambres fédérales sur le problème soulevé par la faculté du parlement de déposer des motions dans l'exercice de la haute surveillance de l'administration, le Professeur EICHENBERGER relevait justement que le droit de haute surveillance ne peut pas, en tant que règle de compétence, servir de fondement juridique à des instructions données au Conseil fédéral dans un domaine relevant de son pouvoir général d'administrer (article 102, chiffres 5 et 12, cst.) <sup>70</sup>. Or, ce

<sup>67</sup> Op. cit., III, n° 1369.

<sup>68</sup> ANDRÉ GRISEL, op. cit. (chapitre II, note 65), I, pp. 178 et 179; Y. HANGARTNER, Grundzüge, pp. 135 et 188; L. WILDHABER, Kompetenzverteilung, p. 255; K. EICHENBERGER, pp. 294 ss; JAAC 30 (1961), n° 14 (Division de la justice).

<sup>69</sup> Rapport final, § 225 7 (FF 1978 II 1052).

<sup>70</sup> Rapport final, § 225 7 (FF 1978 II 1053).



qui vaut pour ce domaine vaut également pour les attributions gouvernementales qui lui incombent selon l'article 102, chiffre 8, *est.*<sup>71</sup>.

Si la limite peut être, en fait, parfois difficile à tracer entre les activités du Conseil fédéral exercées au titre de cette disposition et celles qui relèvent précisément de l'article 102, chiffre 9, *est.*, il reste que la distinction opérée par la constitution ne saurait être ignorée. Il suit de là que l'Assemblée fédérale ne pourrait pas prescrire au Conseil fédéral la manière dont il doit mettre en œuvre ses compétences propres et qu'elle ne serait pas fondée à lui dire comment il doit, de cas en cas, mener la politique extérieure de la Suisse. Il ne s'agit pas seulement de permettre au gouvernement, conformément au principe de la séparation des pouvoirs, d'être autre chose qu'«une réunion de commis» dépourvus d'autorité<sup>72</sup>, mais bien de le mettre en mesure d'exercer ses responsabilités constitutionnelles vis-à-vis de l'étranger, sans porter atteinte à la liberté d'action qu'exige la conduite d'une politique extérieure cohérente et crédible<sup>73</sup>.

S'agissant de la portée des instructions que l'Assemblée fédérale pourrait, dans ces limites, adresser au Conseil fédéral, il y a lieu d'observer que, si, selon la loi sur les rapports entre les Conseils, une motion votée par les deux Chambres «oblige le Conseil fédéral» (article 15, alinéa 1), elle n'a qu'une valeur politique, aucune sanction ne permettant d'en imposer l'application<sup>74</sup>. En tant qu'elle «charge le Conseil fédéral de déposer un projet de loi ou d'arrêté visant un but déterminé ou de prendre une mesure»<sup>75</sup>, il paraît difficile de voir dans ce moyen davantage qu'une proposition ou qu'un vœu<sup>76</sup>.

<sup>71</sup> Cf. W. BURCKHARDT, pp. 738/739: «... endlich kann die BVers außer der Kriegserklärung Maßregeln für die äußere Sicherheit, die Behauptung der Unabhängigkeit und Neutralität der Schweiz beschließen; vgl. Art. 85 Ziff. 6. In der Kompetenz, innere Maßregeln zu diesem Zweck zu beschließen, konkurriert die BVers mit dem BR, während der BR in der Besorgung der übrigen auswärtigen Angelegenheiten (Art. 102 Ziff. 8) in der Regel, wie in anderen Gebieten seiner Verw., ausschließlich kompetent ist.»

<sup>72</sup> J.-F. AUBERT, *Traité II*, n° 1369.

<sup>73</sup> Dans ce sens E. DIEZ, *op. cit.* (note 4), p. 434.

<sup>74</sup> ALOIS PFISTER, *Parlamentarische Vorstöße*, in: *Festschrift Walther Hofer*, p. 423; rapport final sur l'avenir du parlement, § 225 7 (FF 1978 II 1053).

<sup>75</sup> Règlement du Conseil national, du 4 octobre 1974, art. 29, al. 1 (RS 171.13); règlement du Conseil des Etats, du 16 septembre 1975, art. 25, al. 1 (RS 171.14). Les règlements antérieurs des deux Conseils définissaient la motion en termes plus impératifs, art. 36, al. 1, et 40, al. 1 (RO 1962 1307 et 1384).

<sup>76</sup> J.-F. AUBERT, *Traité III*, nos 1398–1399.

## *II. Création de missions diplomatiques*

Alors que la décision de nouer des relations diplomatiques avec des Etats étrangers est, comme nous l'avons vu, du ressort du Conseil fédéral, la création d'une mission diplomatique suisse est subordonnée à l'autorisation préalable de l'Assemblée fédérale. Cette attribution ne dérive pas des pouvoirs dont dispose le parlement dans le domaine extérieur; elle résulte de l'article 85, chiffre 3, cst. en tant que l'ouverture de missions diplomatiques équivaut à «la création de fonctions fédérales permanentes» au sens de cette disposition constitutionnelle.

La pratique en la matière n'a pas été constante. Jusqu'en 1920 l'établissement des légations et des consulats de Suisse à l'étranger fut décidé par le Conseil fédéral après approbation des crédits nécessaires par l'Assemblée fédérale. Le nombre des légations existant à cette date était limité, puisqu'il s'élevait à quatorze et que deux représentations diplomatiques (Paris et Vienne), instituées déjà du temps de la République helvétique, avaient été conservées par la Diète<sup>77</sup>. Que cette pratique ait été maintenue jusqu'au lendemain de la première guerre mondiale peut surprendre. L'explication réside, paradoxalement, dans le rejet en votation populaire d'une loi sur la représentation de la Suisse à l'étranger, du 27 juin 1894. La loi plaçait dans la compétence de l'Assemblée fédérale la création et la suppression de postes permanents remplis par des diplomates ou des consuls de carrière, au lieu de se borner à réserver à l'Assemblée le vote des crédits nécessaires à cet effet. L'opposition du peuple visait moins la loi elle-même que la création de légations permanentes, jugées non seulement coûteuses mais aussi contraires aux usages démocratiques et à la neutralité de la Suisse<sup>78</sup>.

<sup>77</sup> Voir JÜRGEN VOLLENWEIDER, *Die Errichtung schweizerischer Gesandtschaften*, thèse de l'Université de Berne 1951, pp. 12 ss. – Les légations créées par l'Etat fédéral jusqu'au lendemain de la première guerre mondiale étaient les suivantes: Rome (la légation ouverte à Turin en 1861 fut déplacée à Florence en 1865 puis à Rome en 1871), Berlin (1867), Washington (le consulat créé en 1822, transformé en consulat général en 1864 et dirigé dès 1868 par un «agent politique de la Confédération», devint formellement une légation en 1882), Londres et Buenos Aires (1891), Saint-Petersbourg et Tokyo (1905), Rio de Janeiro (1907), Madrid (1910), Bucarest (1916), Bruxelles (1919), La Haye (attachée à la légation de Londres en 1904, indépendante dès 1920).

<sup>78</sup> J. VOLLENWEIDER, *op. cit.*, p. 46. – En 1868 la commission de gestion du Conseil des Etats avait critiqué l'allocation de deux mille francs accordée par le Conseil fédéral au chargé d'affaires de Suisse à Vienne pour frais de représentation et de voyage à Pesth à l'occasion des fêtes du couronnement de l'empereur d'Autriche comme roi de Hongrie. La commission estimait

Les crédits élevés figurant au budget pour 1920 en vue de la création de plusieurs légations et consulats amenèrent les deux Chambres à rappeler au Conseil fédéral leur compétence en ce qui concerne l'établissement de missions diplomatiques. Le souci prévalant alors de freiner l'extension des pouvoirs du gouvernement provoquée par la guerre explique aussi le changement de pratique intervenu<sup>79</sup>. La création de missions diplomatiques est depuis lors soumise à l'autorisation du parlement. En revanche l'ouverture de consulats, qu'ils soient dirigés par des consuls de carrière ou par des consuls honoraires, est demeurée dans la compétence du Conseil fédéral. Cette pratique, reconnue aujourd'hui par la doctrine<sup>80</sup>, tient au fait que la réticence suscitée jadis dans de larges milieux par la création de missions diplomatiques ne s'étendait pas aux consulats, jugés suffisants pour la défense des intérêts économiques et commerciaux du pays<sup>81</sup>. De plus la plupart des postes consulaires étaient dirigés par des consuls honoraires, appelés aussi «consuls marchands» selon la terminologie de l'époque; la loi mort-née de 1894 ne leur était pas applicable.

Bien que la doctrine ait préconisé l'adoption d'arrêtés fédéraux simples<sup>82</sup>, l'autorisation d'établir des missions diplomatiques a été donnée jusqu'en 1962 sous la forme d'arrêtés fédéraux de portée générale. Elle fait dorénavant l'objet d'une loi, selon l'article 5 de la loi sur les rapports entre les Conseils, du 23 mars 1962<sup>83</sup>.

que des allocations de ce genre n'étaient pas justifiées par des motifs sérieux et que les représentants de la Confédération devaient s'abstenir de prendre part officiellement «à des solennités qui n'ont pour la Suisse aucune signification et qui sont en contradiction avec les principes politiques à la base de nos institutions républicaines» (L. R. DE SALIS, op. cit. [chapitre I, note 20], I, p. 648). En 1884 une allocation de dix mille francs pour les frais de chancellerie de la légation de Suisse à Washington, créée deux ans auparavant, avait été rejetée en votation populaire provoquée par une demande de référendum (L. R. DE SALIS, op. cit., I, p. 655).

<sup>79</sup> J. VOLLENWEIDER, op. cit., p. 47.

<sup>80</sup> J.-F. AUBERT, *Traité II*, n° 1555.

<sup>81</sup> J. VOLLENWEIDER, op. cit. (note 77), p. 46; voir aussi FF 1893 III 174-177.

<sup>82</sup> KURT HAURI, *Die Umwandlung schweizerischer Gesandtschaften in Botschaften*, RDS 1968 I, p. 307; J. VOLLENWEIDER, op. cit., pp. 73 ss, not. pp. 79 et 94; R. BINDSCHIEDLER, compte rendu de l'ouvrage précité dans ASDI 1953, p. 262.

<sup>83</sup> RS 171.11. – Le dernier exemple en date est la loi du 10 octobre 1980 concernant la création de missions diplomatiques au Zimbabwe et dans les Emirats arabes unis (RS 172.211.234).

<sup>84</sup> Convention sur les missions spéciales, du 8 décembre 1969, art. 2 (RO 1985 1260).

Le Conseil fédéral détermine le moment où il fera usage de l'autorisation accordée par l'Assemblée fédérale. Il pourrait d'autre part décider de dépêcher dans un pays une mission diplomatique provisoire en attendant l'autorisation du parlement d'ouvrir une mission diplomatique permanente. Il est compétent en outre pour envoyer dans un ou plusieurs Etats des missions spéciales, c'est-à-dire des missions temporaires en vue de traiter, en accord avec l'Etat ou les Etats intéressés, des questions déterminées ou pour accomplir une tâche particulière<sup>84</sup>. Il l'est enfin pour accréditer le chef d'une mission diplomatique dans une autre capitale; mais il ne le serait pas si l'accréditation additionnelle devait entraîner l'établissement dans cette capitale d'une mission diplomatique, car il s'agirait alors de la création d'une nouvelle fonction fédérale permanente<sup>85</sup>.

La compétence des Chambres selon l'article 85, chiffre 3, est liée au pouvoir qu'elle détient en matière budgétaire, le but de cette disposition étant d'empêcher, principalement pour des raisons financières, que le nombre de fonctionnaires fédéraux s'accroisse sans nécessité<sup>86</sup>. C'est pourquoi le Conseil fédéral n'eût pas eu besoin de l'autorisation du parlement pour transformer des légations en ambassades. Comme il le relevait lui-même dans son message du 5 décembre 1955<sup>87</sup>, cette mesure était dictée par la nécessité d'adapter les représentations diplomatiques suisses à une situation de fait au terme d'une évolution caractérisée par la multiplication des ambassades au détriment des légations. Il s'agissait de résoudre un problème pratique par une adaptation de nature purement formelle. Sur le plan administratif il n'était pas créé une classe nouvelle de diplomates; les dispositions législatives et réglementaires visant les ministres demeuraient applicables aux ambassadeurs. Si, à l'égard de l'étranger, ceux-ci gravissaient un échelon dans l'ordre protocolaire, sur le plan interne la nouvelle situation ne se traduisait que par un changement de nom. D'autre part elle restait sans incidences financières; l'ambassadeur de Suisse ne remplissait pas une tâche différente de celle du ministre, ses devoirs de

<sup>85</sup> Dans ce sens, apparemment mal interprété par R. BINDSCHEDLER (loc. cit.), J. VOLLENWEIDER, op. cit. (note 77), p. 95. En pratique il est arrivé que le Conseil fédéral sollicite de l'Assemblée fédérale l'autorisation d'accréditer un représentant diplomatique dans un Etat auprès d'un autre Etat, le consulat général situé dans la capitale de ce dernier étant transformé alors en légation (voir par exemple RS 172.211.212).

<sup>86</sup> W. BURCKHARDT, p. 671; F. FLEINER/Z. GIACOMETTI, p. 466.

<sup>87</sup> FF 1955 II 1381.

représentation n'étaient pas plus nombreux ni plus lourds, de sorte que son traitement n'était pas modifié de ce fait <sup>88</sup>.

Bien que la mutation décidée par l'Assemblée fédérale dût répondre à certains critères que le Conseil fédéral avait lui-même énumérés <sup>89</sup>, l'opération s'étendit rapidement. Six ans plus tard le Conseil fédéral jugea nécessaire d'achever l'aménagement formel du service diplomatique suisse. Le 14 juin 1962 il décida de transformer en ambassades les légations encore existantes et arrêta que les missions diplomatiques créées à l'avenir seraient désormais des ambassades <sup>90</sup>.

Vu le texte de l'article 85, chiffre 3, *cst.* et la *ratio* de cette disposition, la fermeture définitive ou temporaire d'une mission diplomatique suisse est du ressort du Conseil fédéral. En application des mesures de rationalisation dictées par des considérations budgétaires, le Conseil fédéral a décidé en 1985 de fermer provisoirement l'ambassade de Suisse à Hanoï et de transformer la représentation diplomatique à Kigali en poste consulaire.

Notons encore que les crédits nécessaires à la construction de chancelleries, de résidences, de maisons ou d'appartements de service pour les représentations diplomatiques suisses à l'étranger sont approuvés par les Chambres sous forme d'arrêtés fédéraux simples <sup>91</sup>.

### *III. Approbation des traités internationaux*

L'autorisation d'ouvrir des missions diplomatiques et l'approbation des crédits pour les constructions requises à cet effet, qui parachèvent l'établissement de relations diplomatiques avec des Etats étrangers, entrent dans les attributions générales de l'Assemblée fédérale touchant la création de fonctions fédérales permanentes et les questions budgétaires.

L'approbation des traités internationaux par l'Assemblée, qui s'insère dans le processus de conclusion des engagements

<sup>88</sup> FF 1955 II 1390. K. HAURI (op. cit. [note 82] p. 308) considère que, le rang des missions diplomatiques étant fixé dans les arrêtés fédéraux d'autorisation pris jusque-là par le parlement, la mutation de légations en ambassades devait à juste titre être décidée par l'Assemblée fédérale. Cette considération ne suffisait pas, selon nous, à fonder en droit la compétence de l'Assemblée fédérale, qui ne pouvait être saisie que pour des motifs d'opportunité politique.

<sup>89</sup> FF 1955 II 1389.

<sup>90</sup> RG 1963, p. 147.

<sup>91</sup> Voir FF 1985 I 856, 857 et 858.



conventionnels de la Suisse, procède d'une compétence parlementaire spécifique dans le domaine des relations extérieures. Elle intervient en règle générale entre la signature du traité et sa ratification.

## § 1 Champ matériel, nature et portée de l'approbation

1. La disposition prévue au début de l'article 85, chiffre 5, *est.* place dans les compétences des deux Conseils «les alliances et les traités avec les Etats étrangers». Le terme «approbation» figure immédiatement après, mais en relation avec les traités conclus par les cantons entre eux ou avec l'étranger, cette approbation n'étant requise que dans l'hypothèse où un traité cantonal ferait l'objet d'une réclamation. Si, nonobstant les termes larges de cette disposition, le rôle de l'Assemblée fédérale consiste exactement à approuver les traités conclus par la Confédération, cette pratique séculaire<sup>92</sup> découle de la répartition fonctionnelle des pouvoirs incombant respectivement au gouvernement et au parlement sur le plan extérieur. Le Conseil fédéral représente l'Etat au-dehors; c'est à ce titre qu'il négocie et signe les traités. C'est à ce titre également qu'il manifeste sur le plan international, au moyen de la ratification, le consentement de la Suisse à être liée par un traité.

Selon une pratique non moins bien établie, sont soumis à l'approbation de l'Assemblée fédérale les traités<sup>93</sup> qui entraînent une obligation nouvelle pour la Suisse ou qui lui font perdre un droit<sup>94</sup>. L'appellation de l'instrument (traité, accord, convention, protocole, etc.) ne joue à cet égard aucun rôle, non plus que sa forme (instrument unique, échange de notes ou de lettres, etc.).

Mais il doit s'agir d'un traité, par quoi il faut entendre, au sens de l'article 85, chiffre 5, *est.*, tout acte international exprimant la volonté concordante des parties, générateur d'obligations juri-

<sup>92</sup> J.-F. AUBERT, *Traité II et III*, n° 1317.

<sup>93</sup> Sur les alliances et les situations dans lesquelles la Confédération pourrait conclure des traités de ce type, voir ci-dessus pp. 144/145. Le chiffre 5 de l'article 85 *est.* reprend partiellement le libellé de l'article 8 *est.*

<sup>94</sup> U. HÄFELIN/W. HALLER, n° 1040; J.-F. AUBERT, *Traité II*, n° 1318; F. FLEINER/Z. GIACOMETTI, p. 818; W. BURCKHARDT, p. 676. – Si les traités comportant des charges sont en fait plus nombreux que ceux impliquant la renonciation à des droits, on citera comme exemples de traités de ce type les accords d'indemnisation prévoyant le versement d'une indemnité globale à titre forfaitaire (JAAC 34 [1968–1969], n° 3).

diques ou impliquant la perte de droits de même nature. Ainsi l'Acte final de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, du 16 juin 1964, n'a pas été soumis au parlement pour approbation<sup>95</sup>. Il en est allé de même pour l'Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, signé à Helsinki le 1<sup>er</sup> août 1975; indépendamment de son importance politique, aucune de ses clauses n'équivaut à un engagement juridique<sup>96</sup>.

Ne requièrent pas non plus l'approbation parlementaire les déclarations d'intention, qui ne lient pas formellement leurs auteurs, telles que les déclarations communes d'intention («Memorandums of Understanding») adoptées dans le cadre de la coopération européenne dans le domaine de la recherche scientifique et technique (COST). Les Etats qui y souscrivent expriment leur intention de fournir certaines prestations en matière de recherche et d'en échanger les résultats, sans toutefois s'y engager de façon formelle<sup>97</sup>.

Seul est déterminant le contenu de l'instrument, quelle que soit la position des autres Etats parties au sujet de la qualification juridique de ce dernier<sup>98</sup>. Dès qu'un traité contient une charge pour la Suisse, aussi légère soit-elle, il est soumis à approbation. L'objet du traité, de même que sa faible portée pratique ou politique est sans pertinence à cet égard<sup>99</sup>. En cas de doute, le traité doit être porté devant les Chambres<sup>100</sup>.

<sup>95</sup> Les recommandations contenues dans l'Acte final ne contenaient pas d'obligations juridiques concrètes, appelant immédiatement des mesures d'exécution de la part des Etats signataires (JAAC 32 [1964–1965], n° 3).

<sup>96</sup> Voir ASDI 1976, pp. 73 et 74. Les Etats signataires ont pris soin de préciser dans une des dernières clauses que l'Acte final n'est pas un traité international. Il a été reproduit à la Feuille fédérale en application d'une clause prévoyant sa publication et sa diffusion dans chaque Etat participant (FF 1975 II 933).

<sup>97</sup> FF 1977 II 634. Parallèlement à ces procédures pragmatiques et souples, les Etats participant à la COST concluent aussi des accords internationaux. Après avoir approuvé les premiers accords signés par la Suisse dans ce domaine (RO 1972 1796), les Chambres fédérales ont autorisé le Conseil fédéral à en passer d'autres de même nature (RO 1972 1798; 1978 486). L'autorisation est contenue aujourd'hui dans la loi sur la recherche, du 7 octobre 1983, art. 16, al. 3 (RS 420.1).

<sup>98</sup> Voir par exemple FF 1982 I 8.

<sup>99</sup> J.-F. AUBERT, *Traité II*, n° 1318; W. BURCKHARDT, p. 676; JAAC 16 (1942–1943), n° 1; voir aussi RSDIP I, nos 1.10, 1.14 et 1.15 (bénéfice de la clause de la nation la plus favorisée), 1.16 et 1.17 (octroi d'un droit de passage à un Etat voisin sur le tronçon suisse d'une route internationale). Il est arrivé cependant que l'importance minimale des obligations imposées à la

La prolongation d'un traité qui a été approuvé par l'Assemblée fédérale doit en principe, comme nous l'avons vu, suivre la même procédure. Il en va de même de la révision ou de la modification d'un traité, si elle entraîne de nouvelles obligations pour la Suisse ou la renonciation à des droits, ainsi que de l'interprétation authentique d'un traité, à moins qu'il ne soit établi que cette interprétation était déjà celle des Chambres au moment de l'approbation <sup>101</sup>.

La question de l'extension conventionnelle de la sphère de validité territoriale de traités existants, qui s'est posée à propos de territoires annexés, de colonies ou de protectorats et au sujet de laquelle la doctrine était divisée <sup>102</sup>, a perdu aujourd'hui toute importance pratique. L'extension de traités en vigueur à des territoires dont un Etat cocontractant assure encore les relations internationales fait généralement l'objet d'une clause expresse dans les traités <sup>103</sup>.

2. Appelée à se prononcer sur les traités – et non pas les projets de traités, comme l'écrivent improprement certains auteurs <sup>104</sup> – qui lui sont soumis après avoir été signés, l'Assemblée fédérale n'a pas le pouvoir de les amender. Elle ne peut que les approuver ou les rejeter. En cas de désaccord entre les Conseils, la procédure d'élimination des divergences n'est pas appliquée; si le Conseil qui a refusé d'adopter le projet d'arrêté d'approbation maintient sa décision, celle-ci est définitive <sup>105</sup>.

Le Professeur WILDHABER notait en 1975 qu'aucun traité n'a fait l'objet d'un refus d'approbation au cours des cent dernières années <sup>106</sup>. Le parlement s'est montré depuis lors moins accommodant. Avant de refuser l'Avenant du 11 avril 1983 à la Convention entre la Suisse et la France en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune <sup>107</sup>, il avait décidé quelques années auparavant de ne pas

Suisse par le traité ait incité jadis le Conseil fédéral à se passer de l'approbation parlementaire (voir par exemple RSDIP I, n° 1.24).

<sup>100</sup> JAAC 42/III (1978), n° 76, p. 352.

<sup>101</sup> W. BURCKHARDT, p. 678.

<sup>102</sup> Pour l'approbation: W. BURCKHARDT, p. 678; avis contraire P. GUGGENHEIM, *Traité I*, 2<sup>e</sup> éd., pp. 150/151.

<sup>103</sup> Cf. RO 1978 457 et 459; RS 0.101.

<sup>104</sup> Y. HANGARTNER, *Grundzüge*, p. 189; L. WILDHABER, *Kompetenzverteilung*, p. 261; F. FLEINER/Z. GIACOMETTI, p. 819.

<sup>105</sup> Loi sur les rapports entre les Conseils, art. 21.

<sup>106</sup> L. WILDHABER, *Kompetenzverteilung*, p. 261.

<sup>107</sup> Voir ci-dessus p. 175/176.

entrer en matière sur le Protocole du 7 février 1979 modifiant la Convention entre la Suisse et la Suède en vue d'éviter les doubles impositions<sup>108</sup>. Sa réticence s'est manifestée également à l'endroit de la Charte sociale européenne, signée par la Suisse en 1976, rejetée par le Conseil des Etats le 7 mars 1984<sup>109</sup>.

L'Assemblée fédérale pourrait à la rigueur formuler des réserves, si le traité les prévoit, ou modifier les réserves que le Conseil fédéral propose d'apporter au traité, comme elle l'a fait par exemple pour la Convention relative au statut des réfugiés, du 28 juillet 1951, approuvée le 14 décembre 1954<sup>110</sup>, et plus récemment pour le Protocole additionnel n° 99 du 17 mars 1978 à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, afin d'exclure totalement l'entraide judiciaire de la Suisse pour les infractions fiscales<sup>111</sup>. De même elle a modifié la procédure prévue par le Conseil fédéral en ce qui concerne la déclaration de neutralité envisagée lors de l'adhésion de la Suisse à l'Organisation des Nations Unies<sup>112</sup>. Dans tous ces cas les amendements visaient le projet d'arrêté fédéral accompagnant le traité et non pas le traité lui-même.

Privées du pouvoir de modifier le traité présenté à leur approbation, les Chambres fédérales peuvent en revanche suspendre leurs délibérations et surseoir à statuer sur la proposition du Conseil fédéral pour demander des compléments d'information. Pourraient-elles aller au-delà? Lors de la procédure d'approbation de la Convention germano-suisse en vue d'éviter la double imposition sur le revenu et la fortune, du 11 août 1971, la commission compétente de l'un des Conseils suspendit la discussion pour inviter le Conseil fédéral, par un postulat, à rouvrir les négociations avec la République fédérale d'Allemagne. Dans son rapport le Conseil fédéral souligna l'inopportunité politique de la démarche; il releva justement que «la capacité de la Suisse de négocier et de conclure des traités serait sérieusement ébranlée s'il était possible de demander au Conseil fédéral de revenir sur le texte d'un traité déjà signé», notamment lorsque le traité, comme en l'espèce, avait été approuvé par l'un des Conseils et que l'Etat cocontractant était prêt à le ratifier<sup>113</sup>. Le postulat fut rejeté et remplacé par un autre postulat, accepté

<sup>108</sup> FF 1979 II 285 et BO 1985 CE p. 307.

<sup>109</sup> FF 1983 II 1273 et BO 1984 CE pp. 28, 44.

<sup>110</sup> FF 1954 II 64, RO 1955 459. Ces réserves ont été retirées par la suite.

<sup>111</sup> FF 1983 IV 161; BO 1984 CN pp. 591, 603/604 et 1985 CE pp. 500, 505.

<sup>112</sup> FF 1982 I 589, 1984 III 1469.

<sup>113</sup> BO 1972 CN p. 1648; voir ASDI 1973, pp. 329 et 330.

déjà par l'autre Conseil et que le Conseil fédéral s'était déclaré prêt à recevoir, demandant à ce dernier de reprendre, dès que les circonstances seraient favorables, la négociation avec le gouvernement de Bonn sur un point précis de la Convention <sup>114</sup>.

Certains auteurs estiment que, dans l'exercice de sa compétence en matière de traités, le parlement pourrait aussi donner au Conseil fédéral, par voie de motion, des directives sur le contenu d'un traité à signer, voire l'inviter à entamer des négociations en vue de la conclusion d'un traité ou l'engager à dénoncer un traité en vigueur <sup>115</sup>.

Sans doute la constitution range-t-elle en termes généraux «les alliances et les traités avec les Etats étrangers» dans les affaires de la compétence des deux Conseils. Que le rôle de l'Assemblée fédérale ait consisté, selon une pratique invariable, à approuver les traités résulte cependant, comme nous l'avons déjà noté, de l'exacte prise en compte des fonctions que le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif sont appelés respectivement à exercer en ce qui concerne la conclusion des engagements internationaux de la Suisse. D'autre part on rappellera que la doctrine ancienne, qui postulait la suprématie du parlement, voyait dans l'approbation des traités l'équivalent de la ratification, le rôle du Conseil fédéral se bornant à la négociation et à l'exécution du traité <sup>116</sup>. Or, il n'est plus contesté aujourd'hui que l'approbation ne vaut pas ratification. Elle est une *autorisation* donnée au Conseil fédéral de ratifier le traité et de procéder aux formalités requises pour son entrée en vigueur. Le traité approuvé, le Conseil fédéral détermine le moment où il le ratifiera; il pourrait aussi bien, si les circonstances l'exigeaient, renoncer au traité <sup>117</sup>.

<sup>114</sup> BO 1972 CN pp. 1958, 1959 et 1973. Le représentant du Conseil fédéral laissa cependant entrevoir que les chances de parvenir au résultat souhaité étaient minces (op. cit., p. 1972).

<sup>115</sup> J.-F. AUBERT, Traité III, nos 1317, 1324 et 1556; L. WILDHABER, Festschrift Kägi, p. 432 et Kompetenzverteilung, p. 260; K. EICHENBERGER, p. 126; voir aussi JAAC 40/IV (1976), n° 68 (Division de la justice).

<sup>116</sup> «Ihm [dem Bundesrat] kommt außer der Vorbereitung nur die Vollziehung der Verträge zu, und wenn er die Ratifikationsurkunden von Staatsverträgen unterzeichnet, handelt er immer nur im Auftrage der BVers., nicht nach eigenem Entschlusse» (OTTO PINÖSCH, Die Verteilung der Kompetenzen zum Abschlusse von Staatsverträgen in der Schweiz, Borna-Leipzig 1906, p. 29; voir aussi F. FLEINER, p. 755).

<sup>117</sup> J.-F. AUBERT, Traité II, n° 1320. L'opinion de la Division de la justice (JAAC 40/IV [1976], n° 68, p. 12), selon laquelle l'Assemblée fédérale



La pratique relative à l'approbation des traités par les Chambres ne saurait être ignorée. On peut la tenir pour révélatrice, voire régulatrice de la portée de l'intervention parlementaire en matière de conclusion des traités. La constance de l'usage ne trace-t-elle pas les limites de l'approbation, compte tenu d'autre part de la responsabilité du Conseil fédéral touchant la politique conventionnelle de la Suisse, élément essentiel de la politique étrangère?

Le Conseil fédéral s'est montré en tout cas constamment attaché à ses prérogatives constitutionnelles sur le plan extérieur et attentif à leur libre exercice. Et si les auteurs précités mettent eux-mêmes en doute le caractère impératif de la motion en cette matière<sup>118</sup>, le Conseil fédéral tend pour sa part à le nier<sup>119</sup>. Lorsqu'il a accepté des invitations qui lui étaient adressées sous cette forme, c'est que leur contenu correspondait à son intention et que leurs termes lui étaient agréables<sup>120</sup>. A propos d'une motion *Reinhard* du 29 septembre 1943 invitant le Conseil fédéral à normaliser les relations entre la Suisse et l'URSS, M. PILET-GOLAZ avait déclaré notamment:

«Vous comprendrez – et je veux l'espérer son auteur avec vous tous – que le Conseil fédéral n'accueille pas la suggestion de M. Reinhard comme motion. Vous le comprendrez d'autant mieux que le moule rigide de la motion ne se

pourrait, cas échéant, obliger le Conseil fédéral à ratifier un traité est dès lors insoutenable. La décision que prend à cet égard le Conseil fédéral relève de sa compétence générale en matière de relations extérieures; il est alors seul juge de l'opportunité d'une ratification. Le pouvoir d'appréciation dont dispose l'exécutif peut toutefois être restreint, exceptionnellement, par une règle de droit international. Le Conseil fédéral est tenu ainsi, conformément à la constitution de l'Organisation internationale du travail, de soumettre aux Chambres les conventions adoptées par les conférences internationales du travail puis, en cas d'approbation, de les ratifier.

<sup>118</sup> J.-F. AUBERT, *Traité III*, n° 1324; L. WILDHABER, loc. cit. (note 115).

<sup>119</sup> Sans doute le Conseil fédéral a-t-il dit, dans son message du 9 août 1972 concernant un accord sur les équipements et pièces de véhicules à moteur, qu'il «va de soi que les membres du parlement auront toujours la faculté de nous inviter, par voie de motion ou de postulat, à faire acte d'adhésion pour d'autres règlements, s'ils estiment que cela est absolument nécessaire» (FF 1972 II 310). Il convient toutefois de relever – s'il ne s'agissait pas là d'un lapsus – que le Conseil fédéral proposait alors de n'accepter qu'un des 25 règlements techniques annexés à l'accord et offerts au choix des Etats contractants. Le Conseil fédéral notait d'autre part que l'adhésion aux autres règlements ne serait possible que lorsque les services techniques chargés des essais seraient en mesure de fonctionner (loc. cit.).

<sup>120</sup> Voir H. M. MÜLLER, op. cit. (note 29), pp. 94 à 98; voir aussi L. R. DE SALIS, op. cit. (chapitre I, note 20), I, n° 92.

prête guère aux nécessités pratiques de la politique étrangère dont le gouvernement porte la responsabilité sous le contrôle du parlement.

Mais il est disposé, parce qu'elle correspond à ses intentions, à l'accueillir comme postulat. Il reconnaît volontiers qu'elle fut formulée en termes réfléchis et sages.»<sup>121</sup>

S'agissant de la motion *Schmid* du 13 décembre 1970 chargeant le Conseil fédéral de préparer la conclusion d'une Convention internationale pour la protection des détenus politiques, M. GRABER s'est prononcé de la manière suivante:

«Selon l'opinion qui prévaut en la matière, le Conseil fédéral ne peut être contraint d'ouvrir des négociations en vue de la conclusion d'un accord entre Etats. Mais du moment que, dans sa formulation, le motionnaire laisse le gouvernement libre de procéder comme il le jugera bon, ce qu'il vient d'ailleurs de confirmer, nous sommes disposés à accepter la motion sous cette forme.»<sup>122</sup>

La matière visée par la proposition et la liberté d'action préservée du Conseil fédéral expliquent l'accueil favorable réservé à cette motion.

3. Qu'en est-il des traités ratifiés par le Conseil fédéral sans approbation parlementaire alors que celle-ci eût été nécessaire? Ces traités sont-ils valables?

Selon la conception suisse, les traités internationaux produisent leurs effets sur le plan interne sans qu'ils doivent être reçus formellement ni transformés en droit national par une loi. Ils sont obligatoires dès leur entrée en vigueur pour la Suisse et s'incorporent au droit fédéral. Ils lient non seulement les autorités, mais aussi, lorsqu'ils sont directement applicables et qu'ils ont été publiés, les particuliers<sup>123</sup>.

Il n'est dès lors pas possible de distinguer, comme on a pu le faire jadis, entre la validité externe et la validité interne de traités qui n'auraient pas été approuvés, la première étant affirmée et la seconde niée<sup>124</sup>. De même qu'on ne saurait admettre la thèse défendue par F. FLEINER/Z. GIACOMETTI, selon laquelle un traité ratifié sans autorisation, invalide sur le plan extérieur, liera les autorités administratives et le justiciable mais à titre provisoire seulement, car les tribunaux pourraient en refuser l'application<sup>125</sup>. Alors que la doctrine ancienne se prononçait

<sup>121</sup> BS 1944 CN pp. 137/138.

<sup>122</sup> FF 1977 II 1060.

<sup>123</sup> Voir not. FF 1983 II 1298 et III 450.

<sup>124</sup> Voir J.-F. AUBERT, *Traité II*, n° 1322.

<sup>125</sup> Op. cit., p. 829, note 67. Cette thèse soulève une objection d'un autre ordre dans la mesure où elle est inconciliable avec la logique même de tout système

pour la nullité des traités non approuvés <sup>126</sup>, les auteurs, suivant une pratique administrative bien établie, tiennent aujourd'hui justement les traités en question pour valables <sup>127</sup>.

La Suisse pourrait-elle néanmoins invoquer une ratification imparfaite pour se dégager après coup du traité? Le Professeur J.-F. AUBERT l'admet lorsque l'Etat cocontractant ne pouvait pas ignorer le vice affectant la ratification; il en serait toujours ainsi pour les traités sujets au référendum ou réservant expressément le droit interne des parties <sup>128</sup>. Les raisons mêmes avancées par cet auteur pour conclure à la validité des traités ratifiés sans habilitation, à savoir le fait que celle-ci n'est le plus souvent qu'une formalité et le partage parfois difficile à opérer entre les traités requérant approbation et ceux qui en sont exempts, à quoi s'ajoute le nombre élevé des traités que le Conseil fédéral peut conclure sans la participation des Chambres, empêchent que le défaut d'approbation puisse constituer généralement une violation manifeste d'une règle de droit constitutionnel d'importance fondamentale, au sens de l'article 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Sauf dans le cas d'un traité soumis au référendum, l'irrégularité que représente une ratification incomplète ne vicie pas encore le consentement de la Suisse à être liée par le traité. En particulier les clauses réservant expressément le droit interne des parties (ou les procédures constitutionnelles à observer pour l'entrée en vigueur du traité) sont sans doute trop usuelles en pratique pour être autre chose en droit qu'un rappel sans signification particulière. Il semble dès lors douteux qu'elles soient capables d'aggraver l'imperfection au point de priver la ratification de

juridique. Il n'est pas possible, en effet, d'exiger des justiciables qu'ils accordent leur comportement à une règle déterminée et de les exposer simultanément au risque de voir ce comportement déclaré ensuite contraire à l'ordre juridique, parce que l'autorité judiciaire se réserve de priver d'effets la règle dont l'observation était exigée.

<sup>126</sup> Voir les auteurs cités par P. GUGGENHEIM (Traité I, 2<sup>e</sup> éd., note 3 b, p. 146), à l'opinion desquels cet auteur se rangeait.

<sup>127</sup> W. BURCKHARDT, *Le droit fédéral suisse* II, n° 627 V; RSDIP I, nos 1.5 à 1.8: affirmation par la Suisse de la validité de la déclaration sur la juridiction consulaire, annexée au Traité d'amitié entre la Suisse et la Chine du 13 juin 1918, qui n'avait pas été approuvée par le parlement chinois; n° 1.9: réponse du Conseil fédéral du 11 novembre 1926 au questionnaire n° 5 du Comité d'experts pour la codification progressive du droit international; voir JAAC 23 (1953), n° 32 (p. 63). A. FAVRE, p. 188; J.-F. AUBERT, *Traité* II, n° 1322; K. EICHENBERGER, p. 127; W. BURCKHARDT, pp. 673 et 674.

<sup>128</sup> J.-F. AUBERT, *Traité* II, n° 1322.

ses effets. En revanche un refus d'approbation – en admettant que le Conseil fédéral passe outre à l'opposition du parlement – constituerait un vice propre à entraîner la nullité du traité <sup>129</sup>.

## § 2 Traités non soumis à l'approbation parlementaire

Selon une pratique fermement établie, certains types de traités n'ont pas besoin d'être portés devant les Chambres fédérales. La jurisprudence administrative et la doctrine répartissent généralement ces traités en cinq catégories <sup>130</sup>, présentées parfois comme autant d'exceptions à la règle de l'approbation parlementaire. Les situations visées ici sont diverses et commandent une approche plus nuancée.

1. Dès lors que les traités qui imposent des obligations à la Suisse ou qui l'amènent à renoncer à des droits doivent être soumis au parlement, les traités qui n'ont pas ces effets matériels ne doivent pas, par conséquent, être approuvés. De tels traités sont rares. Deux exemples classiques concernent respectivement le Traité sur le Spitzberg, du 9 février 1920 <sup>131</sup>, et la Convention entre la Suisse et la Belgique pour régler la situation de la Suisse au Congo belge, du 16 février 1923 <sup>132</sup>. On citera également l'Arrangement international dans le but de réviser l'Arrangement international pour l'unification des dispositions concernant les médicaments héroïques, du 20 août 1929 <sup>133</sup>, ainsi que l'échange de déclarations entre le *Land* de Bade-Wurtemberg et le Conseil fédéral de 1955/1956 concernant le prélèvement d'eau dans le lac de Constance <sup>134</sup>.

Ne constituent pas des obligations nouvelles sujettes à approbation des accords prévoyant l'accomplissement de formalités administratives, y compris l'obligation d'utiliser des types déterminés de formules officielles <sup>135</sup>.

<sup>129</sup> J.-F. AUBERT, loc. cit.

<sup>130</sup> JAAC 42/III (1978), n° 76; 30 (1961), n° 13; 25 (1955), n° 18. Voir aussi U. HÄFELIN/W. HALLER, n° 1042; Y. HANGARTNER, Grundzüge, pp. 189 et 190; J.-F. AUBERT, Traité II et III, n° 1319; L. WILDHABER, Kompetenzverteilung, pp. 269 à 273.

<sup>131</sup> RSDIP I, nos 1.19 et 1.20; RS 0.142.115.981.

<sup>132</sup> RSDIP I, nos 1.21 et 1.22; RS 0.142.111.722. Il est douteux que ce traité soit encore en vigueur.

<sup>133</sup> RSDIP I, n° 1.23; RO 1933 95; voir RO 1953 481.

<sup>134</sup> JAAC 26 (1956), n° 3.

<sup>135</sup> JAAC 30 (1961), n° 13 (p. 35).

Il en va de même des traités portant confirmation de règles reconnues du droit international coutumier<sup>136</sup>. C'est ainsi que le Conseil fédéral a conclu de sa propre autorité des accords de siège avec les premières organisations internationales qui se sont fixées en Suisse au lendemain de la deuxième guerre mondiale, estimant à juste titre qu'il était «en présence d'un droit coutumier auquel notre pays ne pouvait pas se soustraire et [qu']il s'agissait non pas d'assumer de nouvelles obligations mais de confirmer des obligations existantes»<sup>137</sup>. La critique dont cette pratique a été l'objet en doctrine<sup>138</sup> n'est pas fondée, car elle équivaut à nier le caractère obligatoire du droit international coutumier. Seules des considérations politiques pourraient justifier qu'un traité ne faisant que répéter une obligation préexistante soit porté devant les Chambres. Tel fut le cas par exemple du Protocole du 10 mai 1984 portant amendement de la Convention relative à l'aviation civile internationale, du 7 décembre 1944, en vue d'inscrire dans la Convention, à la suite de l'incident du 1<sup>er</sup> septembre 1983 au cours duquel un avion de ligne sud-coréen fut abattu par la chasse soviétique, le principe du non-recours à l'emploi des armes contre les aéronefs civils en vol<sup>139</sup>.

En revanche une convention codifiant un secteur ou un chapitre entier du droit international public commande approbation, car une entreprise de cette envergure comporte presque toujours une part de développement progressif du droit, c'est-à-dire au moins l'ajustement de règles existantes quand ce n'est pas la création de règles nouvelles<sup>140</sup>.

<sup>136</sup> P. GUGGENHEIM, *Traité I*, 2<sup>e</sup> éd., p. 153. Voir aussi JAAC 47/II (1983), n° 38 (p. 192); le devoir d'information réciproque entre la Suisse et la République fédérale d'Allemagne concernant la construction et l'exploitation de centrales nucléaires proches de la frontière ne fut pas considéré en l'espèce comme imposé par une règle coutumière incontestée du droit de voisinage.

<sup>137</sup> FF 1955 II 400. Le Conseil fédéral soumit cependant à l'approbation des Chambres, avec deux nouveaux accords de siège, les accords antérieurs qui étaient en vigueur, eu égard notamment à la nature coutumière douteuse de certains privilèges fiscaux accordés aux organisations et à leurs fonctionnaires (loc. cit.; voir RO 1956 1141). La compétence du Conseil fédéral de conclure ou de modifier des accords fixant le statut juridique d'organisations internationales s'établissant en Suisse fait désormais l'objet de l'arrêt fédéral du 30 septembre 1955 (RO 1956 1216).

<sup>138</sup> L. WILDHABER, *Kompetenzverteilung*, p. 269.

<sup>139</sup> FF 1985 II 187, not. 189 et 198.

<sup>140</sup> J. MONNIER, *Observations sur la codification et le développement progressif du droit international*, in: *Mélanges Georges Perrin*, Lausanne 1984, pp. 237 ss, not. 239 à 242.



Des traités qui n'entraînaient pas d'obligations concrètes pour la Suisse ont été portés néanmoins devant les Chambres en raison de leur signification politique. Tel a été le cas du Traité interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace cosmique et sous l'eau, du 5 août 1963<sup>141</sup>. Plus récemment le parlement a été appelé à se prononcer sur un amendement au Statut de l'Agence internationale de l'énergie atomique (AIEA), adopté le 25 septembre 1984 par la conférence générale de l'Agence à seule fin de permettre à la République populaire de Chine, membre de l'AIEA depuis le mois de janvier 1984 et représentée au Conseil des gouverneurs depuis juin 1984, de figurer désormais parmi les membres désignés de cet organe<sup>142</sup>. Cette modification statutaire, réalisée formellement par l'augmentation d'une unité du nombre des sièges de cette catégorie, n'entraînait pourtant aucune charge pour la Suisse ni n'amoindrissait ses droits. En dépit de l'importance attachée par notre pays au système international mis en place pour l'utilisation pacifique de l'énergie atomique<sup>143</sup>, il n'eût pas été besoin de requérir le *nihil obstat* de l'Assemblée fédérale pour un amendement de cette nature<sup>144</sup>.

2. Les accords servant à l'exécution de traités en vigueur ne requièrent pas non plus l'approbation parlementaire, à condition qu'ils demeurent dans le cadre de ceux-ci et que les obligations pouvant en résulter tendent exactement à la réalisation du but initialement convenu<sup>145</sup>. Ces accords règlent généralement des questions techniques ou sont de type administratif. S'il est rare que les traités originaires ne contiennent aucune indication relative à la nécessité ou à l'opportunité d'arrangements d'exécution ultérieurs, ils ne désignent pas toujours expressément l'autorité habilitée à cet effet<sup>146</sup>.

<sup>141</sup> RS 0.515.01; cf. FF 1963 II 606.

<sup>142</sup> FF 1985 II 157.

<sup>143</sup> FF 1985 II 162.

<sup>144</sup> Voir déjà FF 1972 II 1369, not. 1373 et 1374.

<sup>145</sup> L. WILDHABER, *Kompetenzverteilung*, p. 269; J.-F. AUBERT, *Traité II*, n° 1319; JAAC 42/III (1978) n° 76 (pp. 353/354).

<sup>146</sup> Voir par exemple l'échange de lettres des 12/15 février 1979 entre la Suisse et le Luxembourg sur l'acheminement des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale (RO 1979 766), le Programme à long terme du 9 juillet 1979 pour le développement de la coopération économique, industrielle, scientifique et technique entre la Suisse et l'URSS (RO 1979 1675) et l'Accord administratif entre la Suisse et la République fédérale d'Allemagne, du 6 septembre 1952, modifié le 19 septembre 1978, pour

La pratique admet ainsi une compétence générale du Conseil fédéral de conclure, sans en référer aux Chambres, les compromis d'arbitrage prévus par les traités de règlement pacifique des différends<sup>147</sup>. On pourrait s'étonner à cet égard que le Traité d'arbitrage et de conciliation passé le 16 février 1931 avec les Etats-Unis d'Amérique réserve expressément la conformité à la constitution suisse et le consentement du Sénat américain en ce qui concerne la conclusion du compromis nécessaire à la mise en œuvre d'une procédure arbitrale (article VII)<sup>148</sup>. Il ressort du message du Conseil fédéral relatif à l'approbation du Traité que la référence au droit constitutionnel suisse a été dictée par des raisons de symétrie, la réserve concernant la compétence du Sénat ayant été exigée par les Etats-Unis. Le Conseil fédéral prit soin de relever que l'article VII était critiquable du point de vue de la pratique internationale, car il «est de règle aujourd'hui que l'application d'un traité d'arbitrage ne dépend pas du pouvoir législatif»<sup>149</sup>. De même le Conseil fédéral se considère compétent pour conclure avec la partie adverse dans une procédure de conciliation l'accord recommandé par la commission de conciliation en vue du règlement du litige. C'est ainsi qu'il a accepté sans approbation parlementaire les propositions faites par la Commission permanente de conciliation franco-suisse au sujet des frais d'internement des troupes polonaises entrées en Suisse en 1940 et le règlement proposé par la Commission permanente de conciliation italo-suisse concernant l'assujettissement des ressortissants suisses à l'impôt italien extraordinaire sur le patrimoine<sup>150</sup>.

3. Il arrive que des traités prévoient la conclusion d'accords qui ne peuvent pas être considérés à proprement parler comme des accords d'exécution, dans la mesure où les parties au traité sont habilitées expressément à modifier ou à compléter sinon le traité lui-même, du moins des annexes au traité<sup>151</sup>. Il est admis que les

l'exécution de la Convention concernant l'assistance des indigents, du 14 juillet 1952 (RO 1953 423 et 1979 321).

<sup>147</sup> L. WILDHABER, loc. cit.; W. BURCKHARDT, p. 675.

<sup>148</sup> RS 0.193.413.36.

<sup>149</sup> FF 1931 I 958, not. 963.

<sup>150</sup> ASDI 1956, p. 168 et 1957, p. 178.

<sup>151</sup> Voir par exemple l'Accord européen sur l'échange de réactifs pour la détermination des groupes tissulaires, du 17 septembre 1974, art. 4 (RO 1977 1247), la Convention germano-suisse sur le droit au transit, du 5 février 1958, art. 3 (RO 1960 1671) et la Convention entre la Suisse et la

Chambres, en approuvant le traité, ont autorisé le Conseil fédéral à conclure de tels accords, qui sont généralement de nature technique.

Mais la délégation de compétences peut résulter aussi d'actes législatifs par lesquels l'Assemblée fédérale autorise le Conseil fédéral à conclure des traités dans un domaine déterminé, que ce soit comme objet unique ou essentiel de l'acte envisagé ou dans le cadre de la réglementation générale d'une matière. On peut citer comme exemples d'actes de la première sorte les arrêtés fédéraux qui ont donné au Conseil fédéral en 1914 et en 1939 le pouvoir de prendre, par des actes législatifs internes aussi bien qu'au moyen d'engagements internationaux, toutes les mesures propres à assurer la sécurité du pays et le maintien de la neutralité <sup>152</sup>, ainsi que les arrêtés autorisant le Conseil fédéral à conclure des accords concernant le statut juridique des organisations internationales en Suisse <sup>153</sup>, la protection et l'encouragement des investissements de capitaux <sup>154</sup>, les consolidations de dettes <sup>155</sup>, la collaboration à des mesures monétaires internationales <sup>156</sup>. Des exemples de délégations de pouvoirs contenues dans une loi réglant l'ensemble d'une matière sont fournis par la loi sur la circulation routière, du 19 décembre 1958 (article 106) <sup>157</sup>, la loi sur la pêche, du 14 décembre 1973 (article 5) <sup>158</sup>, la loi sur la coopération au développement et l'aide humanitaire internationales, du 19 mars 1976 (article 10) <sup>159</sup>, et la loi sur les mesures économiques extérieures, du 25 juin 1982 (article 2) <sup>160</sup>.

Parfois aussi la compétence du Conseil fédéral de conclure est énoncée dans des arrêtés fédéraux portant approbation de traités internationaux <sup>161</sup>.

France au sujet de l'aménagement hydroélectrique d'Emosson, du 23 août 1963, art. 18 (RO 1964 1255, cf. RO 1978 1382).

<sup>152</sup> RO 1914 347 et 1939 781.

<sup>153</sup> RO 1956 1216.

<sup>154</sup> RS 975.

<sup>155</sup> RS 946.240.9.

<sup>156</sup> RO 1985 1036.

<sup>157</sup> RS 741.01.

<sup>158</sup> RS 923.0.

<sup>159</sup> RS 974.0.

<sup>160</sup> RS 946.201.

<sup>161</sup> Ainsi l'arrêté fédéral relatif à la Convention entre la Suisse et l'Allemagne sur la régularisation du Rhin entre Strasbourg/Kehl et Istein, du 28 mars 1929, autorisait le Conseil fédéral à poursuivre jusqu'à conclusion définitive les négociations avec la France concernant la participation de cet Etat aux travaux de régularisation, sans requérir l'approbation de l'Assemblée fédérale (RS 12 515).

Attestée par une longue pratique et reconnue en doctrine <sup>162</sup>, la délégation de pouvoirs au Conseil fédéral équivaut à une approbation donnée d'avance par les Chambres. Comme telle, elle doit contenir une description aussi précise que possible du contenu des traités à conclure. En fait, tel n'est pas toujours le cas. Bien définie par exemple en matière de protection des investissements <sup>163</sup>, la délégation ne l'est plus en ce qui concerne la pêche dans les eaux frontalières <sup>164</sup>.

Selon la pratique et la doctrine dominante, la délégation touche la répartition interne des compétences et constitue une règle de droit devant revêtir la forme d'une loi ou d'un arrêté fédéral de portée générale, conformément à la loi sur les rapports entre les Conseils (articles 5 et 6). Le référendum législatif est donc applicable.

Cette conception prête le flanc à la critique. Le texte constitutionnel ne dit pas de quelle manière l'Assemblée fédérale participe à la conclusion des traités internationaux; en particulier il n'exclut pas que l'approbation puisse intervenir avant leur conclusion. En déléguant au Conseil fédéral la compétence de conclure des traités déterminés ou entrant dans une certaine catégorie, l'Assemblée fédérale ne renonce pas, à proprement parler, à un pouvoir qui lui est propre au profit du Conseil fédéral; elle l'exerce simplement à un autre moment <sup>165</sup>. Par conséquent, au lieu d'être fondé sur le chiffre 2 de l'article 85

<sup>162</sup> Voir not. JAAC 42/III (1978), n° 76 (p. 354) et les auteurs cités p. 355; voir en outre U. HÄFELIN/W. HALLER, n° 1042 et Y. HANGARTNER, *Grundzüge*, p. 189.

<sup>163</sup> Voir l'article premier de l'arrêté fédéral du 27 septembre 1963, dont la validité a été prorogée en 1973 et en 1983 (RS 975).

<sup>164</sup> Alors que le Conseil fédéral était tenu de respecter, autant que possible, les dispositions de la loi de 1888 sur la pêche (art. 30 – RS 9 555), la loi de 1973 l'autorise à conclure des accords dérogeant à ses dispositions (art. 5 – RS 923.0).

<sup>165</sup> Contrairement à ce qu'on peut lire, par exemple, dans le message relatif au projet de loi sur la coopération au développement et l'aide humanitaire internationales, où l'autorisation anticipée est décrite comme un déplacement dans la répartition des compétences se traduisant, pour l'Assemblée fédérale, «par une renonciation, certes limitée matériellement, à son droit d'approbation» (FF 1973 I 882). Cf. FF 1972 II 309. Cette pratique a été critiquée également par B. SPINNER, *op. cit.* (chapitre II, note 37), p. 188 et *Parlamentarische Genehmigungs- und Delegationsbeschlüsse beim Abschluß völkerrechtlicher Verträge in der Schweiz*, RSJ 1979, pp. 107 et 108. – En demandant aux Chambres le 14 septembre 1977 l'autorisation de conclure des accords portant sur la transformation en dons de prêts consentis à des pays en développement à faible revenu au titre de l'aide publique

est., l'arrêté fédéral de délégation (ou d'approbation anticipée) devrait l'être exactement sur le chiffre 5 de cet article. Soustrait, comme l'acte d'approbation ultérieure, au référendum législatif, il devrait contenir la clause du référendum facultatif ou celle du référendum obligatoire en matière de traités internationaux (article 89, chiffres 3 et 5, est.) lorsque la délégation de compétences porte sur des traités prévus par ces dispositions<sup>166</sup>.

Des traités conclus par le Conseil fédéral dans l'exercice d'une compétence déléguée (par un traité international ou par un acte législatif interne) doit être distinguée l'adoption de décisions émanant d'une organisation internationale. Sauf dans les cas où la constitution ou d'autres règles internes de l'organisation internationale prévoient une procédure d'approbation formelle par les membres de l'organisation, l'acceptation de la décision, qui résulte généralement du défaut d'opposition dans un certain délai, n'a pas besoin de l'approbation des Chambres fédérales. Outre qu'on est ici en présence d'une procédure d'élaboration des règles internationales essentiellement différente de la technique contractuelle<sup>167</sup>, il est admis qu'en approuvant le traité constitutif de l'organisation internationale considérée, les Chambres ont accepté le mode de création des normes institué par le traité. Le procédé de l'*opting out*, prévu notamment pour l'adoption des règlements sanitaires internationaux<sup>168</sup> et des normes et pratiques internationales

(FF 1977 III 169), le Conseil fédéral a utilisé une argumentation fautive pour arriver à la conclusion exacte que la décision à prendre devait revêtir la forme d'un arrêté non soumis au référendum facultatif. Notant que les aspects principaux des traités à conclure étaient connus, il a estimé qu'il ne s'agissait pas en l'espèce de «l'attribution d'un pouvoir au sens d'une délégation», mais d'une «simple approbation qui ne se distingue de l'approbation parlementaire usuelle que par le fait qu'elle est donnée non pas après, mais avant la signature des accords (*dont la teneur essentielle est néanmoins connue*)» (FF 1977 III 180). Le passage que nous avons mis en italique souligne la confusion. Dès lors que le contenu des traités faisant l'objet d'une compétence déléguée est connu au moins dans ses grandes lignes, en quoi ces traités se distinguent-ils de ceux que le Conseil fédéral fut autorisé à conclure en l'espèce? (Cf. RO 1979 1537.)

<sup>166</sup> Encore qu'on conçoive mal une délégation de pouvoirs ayant pour objet la conclusion de traités assujettis au référendum obligatoire, au sens de l'article 89, alinéa 5.

<sup>167</sup> R. L. BINDSCHIEDLER, *Rechtsakte der internationalen Organisationen*, in: *Berner Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1979*, pp. 370ss, not. pp. 374 et 375.

<sup>168</sup> RO 1948 1002.



recommandées dans le domaine de l'aviation civile<sup>169</sup>, est également mis en œuvre pour l'adoption d'amendements à des conventions élaborées dans le cadre d'organisations internationales<sup>170</sup>. La compétence du Conseil fédéral en cette matière ne découle pas de la pratique constitutionnelle suisse, mais des règles de fonctionnement de certaines institutions internationales.

4. Le pouvoir du Conseil fédéral de conclure des traités dans des domaines dont la réglementation interne est de son ressort ne constitue pas véritablement une dérogation à la règle de l'approbation, car il est admis aujourd'hui que la compétence législative de l'exécutif n'englobe celle de s'engager sur le plan extérieur que si la matière même ou certains de ses aspects appellent nécessairement une réglementation internationale<sup>171</sup>. On citera par exemple les divers accords passés par le Conseil fédéral sur la base de l'article 25 de la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers, du 26 mars 1931, qui l'autorise à régler notamment l'entrée et la sortie des étrangers, le contrôle de la frontière et le petit trafic frontalier<sup>172</sup>. La conclusion de traités par le Conseil fédéral peut être construite alors comme l'exercice d'une compétence implicitement déléguée. Mais celle-ci ne saurait être présumée de manière générale. Car, s'il est vrai que l'ordonnance et le traité sont pour l'Etat deux moyens de poser des règles applicables sur son territoire, la première peut être modifiée ou abrogée en tout temps, ce qui n'est pas toujours le cas du second.

5. Conformément à une pratique remontant au siècle dernier, le Conseil fédéral peut conclure *motu proprio* des traités, notamment des traités de commerce, provisoires et urgents. L'exception à la règle constitutionnelle est ici évidente.

Le Conseil fédéral fut appelé à expliquer son attitude en 1905, alors qu'il venait de passer avec l'Espagne un accord commer-

<sup>169</sup> RO 1971 1300.

<sup>170</sup> Par exemple la Convention internationale pour la sauvegarde de la vie humaine en mer, du 1<sup>er</sup> novembre 1974, art. 8, b, vi, 2 (FF 1980 II 726 à 727 et RO 1982 130) et la Convention relative aux transports internationaux ferroviaires, art. 19 à 21 (FF 1982 III 873 à 874 et RO 1985 505).

<sup>171</sup> JAAC 42/III (1978), n° 76 (pp. 355 à 357); 30 (1961), n° 13 (pp. 37 et 38); 25 (1955), n° 18 (p. 49); voir aussi Y. HANGARTNER, *Grundzüge*, p. 190. Apparemment moins réservé L. WILDHABER, *Kompetenzverteilung*, p. 271.

<sup>172</sup> RS 142.20. Cf. RO 1983 98, 1975 1993 (accords pour la suppression des visas), RO 1979 156 et 647 (échange de stagiaires), etc.

cial entré immédiatement en vigueur. Dans un rapport présenté à l'Assemblée fédérale, il releva tout d'abord la nécessité où la Suisse se trouvait souvent de conclure à bref délai un traité avec un Etat étranger afin de sauvegarder des intérêts importants; il fallait dès lors qu'une autorité dispose des pouvoirs nécessaires pour négocier et conclure au nom de la Suisse, tant il est vrai, ajoutait-il, que «les relations internationales ne se règlent pas sur les sessions de l'Assemblée fédérale»<sup>173</sup>. Cet argument politique était suivi d'une justification en droit. Invoquant l'article 102, chiffre 8, cst., le Conseil fédéral observait que la constitution lui permet «d'agir de façon indépendante, lorsque les intérêts internationaux de la Suisse l'exigent impérieusement. Mais le Conseil fédéral ne doit conclure des traités de son propre chef qu'en cas d'urgence et en respectant dans la mesure du possible les compétences de l'Assemblée fédérale»<sup>174</sup>.

Entérinée par l'Assemblée<sup>175</sup> et reconnue généralement en doctrine<sup>176</sup>, cette pratique a été légalisée en ce qui concerne les accords touchant le trafic des marchandises, des services et des paiements par l'arrêté fédéral du 28 juin 1972, remplacé par la loi du 25 juin 1982 sur les mesures économiques extérieures<sup>177</sup>. Selon l'article 2 de la loi, le Conseil fédéral est autorisé à conclure de tels accords et à les appliquer provisoirement; en cas d'urgence il peut aussi appliquer à titre provisoire des accords prévoyant l'adhésion à des organisations internationales, par quoi il faut entendre les organisations établies par les accords sur les produits de base<sup>178</sup>. Tous ces accords doivent être présentés dans les six mois à l'Assemblée fédérale pour approbation (article 10).

Si cette délégation de compétences a eu pour effet de vider d'une grande partie de sa substance le pouvoir de l'exécutif de conclure de son propre chef des traités provisoires et urgents, elle ne l'a pas aboli pour autant. Les raisons justifiant cette pratique en matière commerciale peuvent amener le Conseil fédéral à contracter dans d'autres domaines des engagements

<sup>173</sup> FF 1905 VI 177.

<sup>174</sup> Loc. cit.

<sup>175</sup> W. BURCKHARDT, p. 677.

<sup>176</sup> U. HÄFELIN/W. HALLER, n° 1042; Y. HANGARTNER, *Grundzüge*, p. 190; L. WILDHABER, *Kompetenzverteilung*, p. 270; J.-F. AUBERT, *Traité II*, n° 1319; JAAC 42/III (1978), n° 76 (p. 353).

<sup>177</sup> RS 946.201.

<sup>178</sup> FF 1982 I 77.

internationaux ne souffrant aucun délai, compte tenu des intérêts à sauvegarder, et à les appliquer de manière provisoire avant de les faire approuver par les Chambres.

Un certain flottement paraît régner en doctrine sur le point de savoir si la compétence du Conseil fédéral se borne à la conclusion de traités provisoires *et* urgents ou si elle englobe des traités ne présentant que l'une de ces caractéristiques <sup>179</sup>. Le rapport du Conseil fédéral de 1905 admettait, justement selon nous, la première thèse, puisque, d'après son titre, il traitait de «la conclusion d'arrangements provisoires avec l'étranger» et qu'il soulignait dans son texte la condition nécessaire de l'urgence <sup>180</sup>.

Il est arrivé cependant que le Conseil fédéral conclue, sans en référer aux Chambres, des traités urgents mais durables. On peut citer comme exemple l'échange de notes du 13 mars 1946 concernant la renonciation aux droits d'extra-territorialité en Chine <sup>181</sup>. Comme les droits de la Suisse, y compris l'exercice de la juridiction consulaire, résultaient du jeu de la clause de la nation la plus favorisée inscrite dans le Traité d'amitié sino-suisse de 1918, ils se seraient éteints d'eux-mêmes lorsque le dernier Etat jouissant de tels droits selon un titre propre y aurait renoncé. Toutefois le Conseil fédéral estima inopportun d'attendre cette extinction et préféra renoncer sans délai à ses droits <sup>182</sup>. Le retard inhérent à une procédure d'approbation parlementaire risquant de priver ce geste de sa signification politique, le Conseil fédéral conclut de sa propre autorité cet accord urgent mais de portée permanente.

6. La compétence du Conseil fédéral de conclure de sa propre autorité des traités relevant de ces cinq catégories repose sur une pratique solidement établie; reconnue par la doctrine <sup>183</sup>, elle est devenue, pour certains, de droit constitutionnel coutumier <sup>184</sup>.

Selon une enquête faite par la Direction du droit international public du Département fédéral des affaires étrangères, sur quelque sept cents traités (conclus ou modifiés) publiés de 1975 à 1984, trois cents environ ont été approuvés par les Chambres.

<sup>179</sup> Voir U. HÄFELIN/W. HALLER, loc. cit.; J.-F. AUBERT, loc. cit.; JAAC, loc. cit.

<sup>180</sup> FF 1905 VI 175 et 177.

<sup>181</sup> RS 11 585.

<sup>182</sup> Voir RG 1946, pp. 119/120.

<sup>183</sup> Non sans parfois quelques réticences en ce qui concerne les deux dernières catégories; ainsi U. HÄFELIN/W. HALLER, n° 1042 *in fine* et J.-F. AUBERT, Traité II, n° 1319 *ad* 3° et 4°.

<sup>184</sup> L. WILDHABER, Kompetenzverteilung, p. 272.

Sur les quatre cents traités conclus par le Conseil fédéral sans approbation parlementaire, quatre-vingts sont des engagements résultant de décisions d'organisations internationales, qui n'entrent pas, comme nous l'avons vu, dans les catégories sus-indiquées. Des trois cent vingt autres traités, le plus grand nombre, soit deux cent septante-cinq, résultaient d'une autorisation de conclure contenue dans un acte de droit interne (cent nonante-cinq traités) ou dans un traité antérieur (quatre-vingts traités). Les quarante-cinq accords restants sont des traités n'entraînant pas d'obligations nouvelles ni renonciation à des droits, des accords d'exécution de traités en vigueur et des traités portant sur des matières dont la réglementation interne relève du Conseil fédéral.

On relèvera enfin que les traités passés par l'exécutif de son propre chef sont soustraits, comme les traités approuvés par les Chambres, au contrôle de constitutionnalité (articles 113, alinéa 3, et 114<sup>bis</sup>, alinéa 3, cst.). Une interprétation littérale du texte constitutionnel (le Tribunal fédéral applique les traités approuvés par l'Assemblée fédérale) méconnaîtrait que la force obligatoire dans l'ordre juridique suisse des règles posées par un traité procède de la validité internationale de ce dernier et non pas de l'arrêté d'approbation de l'Assemblée fédérale<sup>185</sup>.

#### *IV. Sûreté extérieure; guerre et paix*

1. Comme nous l'avons vu déjà, les pouvoirs de l'Assemblée fédérale en ce qui concerne la sûreté extérieure, le maintien de l'indépendance et de la neutralité (article 85, chiffre 6, cst.) recouvrent ceux attribués également au Conseil fédéral (article 102, chiffre 9, cst.). La pratique administrative et judiciaire, ainsi que la doctrine sont d'accord pour admettre que la différence de rédaction entre ces deux dispositions – l'Assemblée prend des «mesures» alors que le gouvernement «veille» – est dénuée de signification matérielle<sup>186</sup>. On considère ainsi que le

<sup>185</sup> Si le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte (ATF 81 I 168 à 169 et 81 I 231), la doctrine dominante s'est prononcée dans ce sens. Ainsi O. JACOT-GUILLARMOD, pp. 415 et 416; A. AUER, op. cit. (chapitre II, note 37), pp. 72 et 73; J. P. MÜLLER, pp. 231/232; L. WILDHABER, Treaty-Making Power, pp. 123 et 351; P. LARDY, op. cit. (chapitre II, note 37), pp. 230 et 231; W. BURCKHARDT, p. 790; voir aussi JAAC 35 (1970–1971), n° 93 (p. 230). Plus réservé, J.-F. AUBERT, Traité I, n° 449.

<sup>186</sup> JAAC 35 (1970–1971), n° 4 (p. 30); ATF 64 I 372; J.-F. AUBERT, Traité II, nos 1330 et 1337.

Conseil fédéral peut utiliser ses compétences, notamment en édictant des ordonnances, aussi longtemps que l'Assemblée n'a pas fait usage des siennes <sup>187</sup>.

En fait, lorsqu'il y va de la sûreté extérieure du pays, le partage de compétences que le constituant a voulu communes se fera naturellement, dicté par les événements, compte tenu des fonctions propres à chaque autorité et des conditions dans lesquelles elle est appelée naturellement à les exercer.

Un parallèle peut être tracé entre la situation visée ici et celle où la menace extérieure serait telle qu'on dût faire appel à l'armée. Les rapports entre les deux autorités sont, dans ce cas, mieux définis. Selon l'article 85, chiffre 9, *cst.*, l'Assemblée a le droit de disposer de l'armée fédérale. D'autre part l'article 102, chiffre 11, *cst.*, autorise le Conseil fédéral, en cas d'urgence et lorsque les Chambres ne sont pas réunies, à lever les troupes nécessaires et à en disposer; si les effectifs dépassent deux mille hommes et qu'ils restent sur pied au-delà de trois semaines, le Conseil fédéral doit convoquer immédiatement l'Assemblée fédérale.

Les pouvoirs respectifs dont le gouvernement et le parlement disposent en cas de crise aiguë indiquent bien, en assurant à l'exécutif la liberté de mouvement exigée par les circonstances, le rôle prépondérant qui revient alors au Conseil fédéral. Si aucune troupe ne doit être levée ou qu'une telle mesure soit prise sans que les conditions de l'article 102, chiffre 11, *cst.*, soient remplies, il appartiendra à l'Assemblée fédérale d'approuver ou de désavouer, à sa prochaine session, la politique du Conseil fédéral <sup>188</sup>.

En pratique l'Assemblée fédérale a remis au Conseil fédéral, en périodes de danger extrême, les pouvoirs nécessaires pour y faire face. Il en a été ainsi à la veille des deux guerres mondiales <sup>189</sup>. La frontière malaisée à tracer entre les attributions que l'exécutif tire du chiffre 8 de l'article 102 et celles qu'il

<sup>187</sup> JAAC 35 (1970–1971), n° 4 (pp. 30/31); 14 (1940), n° 1; U. HÄFELIN/W. HALLER, n° 727; Y. HANGARTNER, *Grundzüge*, p. 188.

<sup>188</sup> J.-F. AUBERT, *Traité II*, n° 1332.

<sup>189</sup> Arrêtés du 3 août 1914 et du 30 août 1939 sur les mesures propres à assurer la sécurité du pays et le maintien de sa neutralité (RO 1914 347, 1939 783). Le Professeur EICHENBERGER a mis justement en évidence l'effet intégrateur et mobilisateur d'un péril externe au profit du gouvernement, alors que les troubles intérieurs tendent au contraire à miner l'Etat et à diviser la nation; le gouvernement est alors conduit à s'appuyer sur le parlement pour réduire les forces centrifuges (p. 293 et note 37).



détient au titre du chiffre 9 a rendu possible l'action exclusive du gouvernement dans des circonstances moins dramatiques.

C'est ainsi que le Conseil fédéral décida en octobre 1935 d'associer la Suisse aux sanctions décrétées par la Société des Nations contre l'Italie en application de l'article 16 du Pacte. Dans le rapport qu'il adressa le 2 décembre à l'Assemblée fédérale au sujet des mesures adoptées dans cette affaire, il releva que, vu l'urgence des décisions à prendre, les circonstances n'étaient pas telles que l'Assemblée dût être convoquée en session extraordinaire<sup>190</sup>. Au cours de la guerre civile espagnole le Conseil fédéral édicta des prescriptions de droit interne destinées à assurer le respect de la neutralité<sup>191</sup>. Appelé à justifier devant les Chambres l'attitude du Conseil fédéral, le chef du Département fédéral de justice et police, après avoir reconnu que le devoir de maintenir la neutralité incombe en commun aux deux autorités, déclara:

«Wenn sie [die Pflicht zur Wahrung der Neutralität] der Bundesrat wie schon in sehr zahlreichen früheren Fällen so auch im vorliegenden Fall von sich aus erfüllte, so geschah es mit Rücksicht auf die Dringlichkeit und die Selbstverständlichkeit der Maßnahme und im Hinblick auf Art. 102, Ziffer 8, BV, der dem Bundesrat die Wahrung der Interessen der Eidgenossenschaft nach außen, wie namentlich ihre völkerrechtlichen Beziehungen und die Besorgung der auswärtigen Angelegenheiten zur Pflicht macht.»<sup>192</sup>

Plus récemment, c'est le Conseil fédéral qui adopta les mesures consécutives aux sanctions appliquées dès 1966 par l'Organisation des Nations Unies contre la Rhodésie du Sud et celles que requérait le détournement d'un appareil de la Swissair en septembre 1970 par le Front populaire de libération de la Palestine.

2. L'article 85, chiffre 6 *in fine*, cst., place dans la compétence exclusive de l'Assemblée fédérale les déclarations de guerre et la conclusion de la paix. On ne voit pas dans quelles circonstances l'Assemblée fédérale pourrait aujourd'hui exercer la première de ces attributions. Outre que la déclaration de guerre était une formalité requise jadis par le droit des gens avant l'ouverture des hostilités, l'emploi de la force entre Etats n'est autorisé aujourd'hui

<sup>190</sup> FF 1935 II 921, not. 948. Débattu par les Chambres en janvier 1936, le rapport fut approuvé au Conseil national par 127 voix contre 3 et à l'unanimité au Conseil des Etats (voir H. M. MÜLLER, op. cit. [note 29], pp. 83 et 84).

<sup>191</sup> ACF du 14 août 1936 interdisant la participation aux hostilités en Espagne (RO 1936 662) et ACF du 25 août 1936 instituant des mesures pour faire respecter cette interdiction (RO 1936 669).

<sup>192</sup> BS 1936 CE p. 448.

d'hui par le droit des gens qu'en cas de légitime défense. Si le statut de neutralité interdit à la Suisse d'entrer dans un conflit armé, il lui prescrit de repousser par la force toute atteinte à son intégrité territoriale ou politique, sans qu'une déclaration de guerre soit alors nécessaire.

Dans une telle hypothèse la question d'un traité de paix pourrait en revanche se poser. S'il est vrai que les Chambres ne se borneront pas à approuver le traité, faut-il en déduire qu'elles pourraient instruire le Conseil fédéral tout au long de la procédure, de l'ouverture des négociations jusqu'à la ratification<sup>193</sup>? Sans mettre en cause la compétence constitutionnelle du parlement, on imagine mal le Conseil fédéral réduit au rôle de simple exécutant dans une affaire de cette importance. Même si elle n'était pas imposée par les circonstances, l'action conjointe des deux organes ne ferait pas violence au texte constitutionnel.

#### **Section 4: Les pouvoirs du peuple et des cantons**

1. Dans certains cas l'approbation du traité par l'Assemblée fédérale n'autorise pas encore le Conseil fédéral à le ratifier. Certains types de traités doivent être entérinés en outre par le souverain seul ou par le peuple et les cantons. Cette approbation additionnelle peut être tacite, lorsque le référendum populaire auquel le traité est exposé n'est pas demandé, ou expresse lorsque, la procédure de référendum ayant été mise en œuvre, le résultat du scrutin est positif; elle doit toujours être expresse pour deux catégories de traités assujettis au double vote du peuple et des cantons.

La réglementation constitutionnelle applicable en la matière est contenue à l'article 89, alinéas 3 à 5, cst.

L'article 89, alinéa 3, institue le référendum facultatif pour trois sortes de traités:

- a) les traités d'une durée indéterminée et non dénonçables,
- b) les traités prévoyant l'adhésion à une organisation internationale,
- c) les traités entraînant une unification multilatérale du droit.

Selon l'article 89, alinéa 4, les Chambres peuvent exposer d'autres types de traités au référendum populaire. Ce référendum est en quelque sorte doublement facultatif, en ce sens que l'insertion de la clause référendaire dans l'arrêté d'approbation

<sup>193</sup> Dans ce sens J.-F. AUBERT, *Traité II*, n° 1329.

n'est pas commandée par la constitution, mais résulte d'une décision des deux Conseils.

Enfin, l'article 89, alinéa 5, soumet au référendum obligatoire du peuple et des cantons l'adhésion de la Suisse à des organisations de sécurité collective ou à des communautés supranationales.

Ce système est de fraîche date. Introduit par la révision constitutionnelle du 13 mars 1977, il a considérablement élargi le droit de regard du peuple sur les engagements internationaux contractés par la Suisse. Le régime antérieur, mis en place en 1921, était fondé sur le critère de la durée: étaient sujets au référendum, selon l'ancien alinéa 4 de l'article 89 cst., les traités conclus pour une durée indéterminée ou pour plus de quinze ans. Cette disposition était certainement peu satisfaisante; en retenant régulièrement dans ses mailles les accords de corrections de frontières ou de raccordements de routes, elle ne permettait guère d'appréhender la portée politique ou économique du traité. Mais tous les critères pouvant être imaginés pour déterminer l'importance intrinsèque d'un traité comportent nécessairement une part d'arbitraire, sauf à admettre l'idée que tous les traités, sans exception, doivent être sujets au référendum, comme le préconisait l'initiative de l'Action nationale du 20 mars 1977 contre la limitation du droit de vote lors de la conclusion de traités avec l'étranger<sup>194</sup>. Le contre-projet élaboré par le Conseil fédéral et soumis aux Chambres le 23 octobre 1974 préfigurait la réglementation actuelle, encore qu'il limitât le champ d'application du référendum facultatif aux traités d'une durée indéterminée et non dénonçables<sup>195</sup>; les Chambres y ajoutèrent les traités prévoyant l'adhésion à une organisation internationale et les traités portant unification multilatérale du droit<sup>196</sup>. La pratique a circonscrit progressivement la portée exacte des notions à la base de ces trois catégories, notamment des deux dernières qui devaient se révéler d'un maniement parfois délicat.

2. La règle exposant au référendum facultatif les traités d'une durée indéterminée et non dénonçables est voisine de celle posée

<sup>194</sup> FF 1973 I 1028. Le caractère irresponsable de l'initiative était souligné par l'extension du référendum aux traités en vigueur au moment de la révision constitutionnelle.

<sup>195</sup> FF 1974 II 1133, 1177.

<sup>196</sup> Sur l'historique du régime actuel, voir notamment LUZIUS WILDHABER, *Das neue Staatsvertragsreferendum*, in: *Festschrift für Rudolf Bindschedler*, pp. 201 ss, not. pp. 202 à 206.

jadis à l'article 89, alinéa 4, cst. Elle est toutefois plus restrictive en ce sens que les traités non dénonçables conclus pour une durée déterminée supérieure à quinze ans, soumis auparavant au référendum facultatif, ne le sont plus aujourd'hui<sup>197</sup>.

S'agissant des traités dont la validité n'est pas limitée dans le temps, seul compte dès lors le point de savoir s'ils peuvent être dénoncés. Le droit de dénonciation ou de retrait peut être expressément prévu par les parties. Il peut aussi être tacite lorsqu'il est établi que l'intention des parties était de l'admettre ou que ce droit peut être déduit de la nature du traité (Convention de Vienne sur le droit des traités, du 23 mai 1969, article 56)<sup>198</sup>. En revanche, la faculté que le droit international général reconnaît à une partie de mettre fin au traité dans certaines situations, telles que celles résultant de la violation du traité par l'autre partie (exception *non adimpleti contractus*) ou d'un changement fondamental de circonstances (*rebus sic stantibus*), ne rend pas le traité dénonçable au sens du texte constitutionnel.

Les conditions de fond ou de forme dont le droit de dénonciation ou de retrait pourrait être assorti, si elles sont de nature à en gêner l'exercice, n'ont pas pour effet d'assujettir le traité au référendum lorsqu'elles n'affectent pas la substance de ce droit ni la faculté de le mettre en œuvre<sup>199</sup>.

L'article 89, alinéa 3, lettre b, cst. mentionne les traités qui prévoient l'adhésion à une organisation internationale. Ce libellé est impropre car l'adhésion se réalise par la ratification du traité instituant l'organisation ou par l'adhésion au traité. Le parlement, pour autant que son intention puisse être déterminée exactement, avait en vue les traités portant création d'organisations internationales de type classique<sup>200</sup>. Il faut entendre par là les organisations internationales régies par le droit des gens, qui reposent sur la réunion d'un certain nombre de conditions: une base conventionnelle, la qualité étatique des membres de l'organisation et l'existence d'organes capables d'exprimer une

<sup>197</sup> Dans la réglementation de 1921, les traités dénonçables avant quinze ans n'étaient pas soumis au référendum facultatif; la doctrine unanime rejoignait la pratique sur ce point (FF 1974 II 1137).

<sup>198</sup> L. WILDHABER, op. cit. (note 196), p. 212; cf. A. FAVRE, p. 187; thèses du Département politique fédéral du 19 mai 1949 concernant la soumission des traités internationaux au référendum facultatif (ASDI 1950, pp. 206 à 210).

<sup>199</sup> Cf. FF 1963 II 607.

<sup>200</sup> L. WILDHABER, op. cit. (note 196), pp. 212/213; JAAC 44/I (1980), n° 1 (p. 24).

volonté distincte de celle des Etats membres; cette volonté est constitutive d'une personnalité juridique indépendante, impliquant la capacité pour l'organisation d'être titulaire de droits et de devoirs internationaux<sup>201</sup>.

Il suit de là que les organes communs qu'instituent parfois les parties à un traité en vue d'en contrôler la mise en œuvre ne sont pas des organisations internationales au sens du droit des gens, en dépit du pouvoir réglementaire dont ils peuvent être dotés et de l'autonomie relative dont ils jouiraient. Exprimant la volonté collective des Etats parties, ils sont dépourvus de la personnalité de droit international<sup>202</sup>.

S'il est vrai que les Chambres visaient en l'occurrence plus spécialement les institutions de Bretton Woods (Fonds monétaire international, Banque mondiale et ses filiales), la règle constitutionnelle couvre de manière générale les organisations intergouvernementales, quelles que soient la nature de leurs fonctions et l'étendue de leur assise géographique (organisations universelles ou régionales).

La participation de la Suisse aux activités déployées par une organisation internationale, conformément à des accords de coopération ou d'association, sans acquisition de la qualité de membre, ne tombe évidemment pas sous le coup de l'article 89, alinéa 3, lettre b, *est*.<sup>203</sup>

La transformation de l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI), au départ organe subsidiaire de l'Assemblée générale de l'ONU, en une organisation indépendante a constitué pour la Suisse, bien qu'elle prît part déjà aux activités de l'institution, l'adhésion à une organisation internationale, soumise dès lors au référendum facultatif<sup>204</sup>.

<sup>201</sup> L. WILDHABER, *op. cit.* (note 196), p. 214; JAAC 42/II (1978), n° 38 et 44/I (1980), n° 1.

<sup>202</sup> JAAC 44/I (1980), n° 1 (p. 26). Tels sont le comité permanent prévu par la Convention européenne sur la protection des animaux dans les élevages (RS 0.454; voir FF 1979 II 121, 122) et la commission internationale de la chasse à la baleine (RO 1980 1072; voir FF 1979 III 636, 637).

<sup>203</sup> Par exemple la coopération établie avec la Communauté européenne de l'énergie atomique dans le domaine de la fusion thermonucléaire contrôlée et de la physique des plasmas (FF 1978 II 1), la participation au système de redevances de route géré par l'Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne (FF 1982 I 946) et l'adhésion aux accords généraux d'emprunts du Fonds monétaire international (FF 1983 II 1396; voir aussi BO 1983 CN, p. 1657).

<sup>204</sup> FF 1979 III 1086, RO 1985 1287.



La disposition relative aux traités entraînant une unification multilatérale du droit (article 89, alinéa 3, lettre c, cst.) résulte d'une proposition que le Département politique fut chargé d'élaborer pour réaliser en quelque sorte un compromis entre deux conceptions opposées du référendum facultatif en matière de traités: l'une étant favorable à une disposition générale, l'autre faisant dépendre de critères spécifiques l'adoption de la clause référendaire. La formule proposée visait les traités «qui codifient le droit international ou qui ont comme objet l'unification internationale du droit». Le Conseil national la modifia pour lui donner la teneur actuelle<sup>205</sup>.

En retenant notamment les traités ayant en vue l'unification internationale du droit, les auteurs de la proposition entendaient par là le concept généralement reconnu en doctrine, c'est-à-dire l'unification du droit par des traités multilatéraux, imposant aux parties l'obligation d'appliquer la loi uniforme convenue en tant que partie intégrante de la législation nationale<sup>206</sup>. Deux conditions sont nécessaires pour que l'on soit en présence d'une unification multilatérale du droit. Les règles posées par le traité, destinées à remplacer ou à compléter le droit national, doivent être conçues de façon à pouvoir être directement appliquées par les autorités étatiques et par les citoyens (traités dits *self-executing*)<sup>207</sup>. D'autre part le traité doit régler de manière uniforme un domaine déterminé du droit, tel que le droit du change, le droit applicable au contrat de vente, le droit d'auteur ou le droit des transports. Une réglementation partielle ou ponctuelle, couvrant une portion limitée du domaine juridique en cause, ne constitue pas encore une unification multilatérale du droit. En d'autres termes, pour entrer dans les prévisions de la norme constitutionnelle, les règles unifiées doivent avoir une certaine portée<sup>208</sup>.

La seconde condition a été critiquée en doctrine, certains y voyant une restriction non conforme au texte constitutionnel<sup>209</sup>. Or les travaux préparatoires ne soutiennent pas cette

<sup>205</sup> Voir la déclaration du Conseiller fédéral GRABER du 6 octobre 1976 devant le Conseil des Etats (BO 1976 CE, p. 499).

<sup>206</sup> Voir notamment KONRAD ZWEIGERT, *Rechtsvereinheitlichung*, in: *Wörterbuch des Völkerrechts*, herausg. von Hans-Jürgen Schlochauer, III, Berlin 1962, p. 74.

<sup>207</sup> BO 1976 CE, p. 499 et CN, p. 1523; FF 1981 I 1061, 1982 I 947, 1985 II 365.

<sup>208</sup> FF 1982 I 947, 1983 I 123, 1984 III 943.

<sup>209</sup> J.-F. AUBERT, *Traité III*, n° 1144, note 4; voir aussi O. JACOT-GUILLARMOD, p. 415. L'opinion contraire a été soutenue notamment par GEORGES MALIN-

critique; ils révèlent au contraire que le constituant n'entendait soumettre au référendum sur ce point que les traités modifiant ou complétant de manière importante la législation interne<sup>210</sup>. De plus, l'exigence de l'étendue minimum du domaine couvert par les règles conventionnelles est contenue implicitement dans la notion d'unification du droit. La nier reviendrait à introduire après coup l'idée du parallélisme entre le processus législatif et le mode conventionnel de création des normes, que les Chambres ont rejetée<sup>211</sup>.

Il faut admettre, avec le Professeur WILDHABER, que les traités visant seulement à un rapprochement ou à une harmonisation du droit et ceux qui tendent à établir un standard minimum ne sont pas exposés au référendum facultatif de l'article 89, alinéa 3, lettre c, est.<sup>212</sup>

Seule une analyse du contenu du traité permet dans chaque cas d'en déterminer la nature ou la portée unificatrice. La conclusion a été positive en ce qui concerne les traités suivants: cinq accords et conventions concernant la circulation et la signalisation routières<sup>213</sup>, Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre<sup>214</sup>, Convention sur l'interdiction ou la limitation de

VERNI, *Democracy and Foreign Policy: The Referendum on Treaties in Switzerland*, *British Year Book of International Law* 1978, p. 218.

<sup>210</sup> Déclaration précitée de M. GRABER devant le Conseil des Etats, BO 1976 CE, p. 499; voir en outre BO 1976 CE, p. 500 (M. DILLIER) et p. 501 (M. DOBLER). Lors des débats parlementaires les instruments suivants ont été cités comme exemples de traités portant unification multilatérale du droit: les conventions de La Haye de droit international privé et les accords concrétisant les efforts d'unification du droit dans les Communautés européennes (BO 1976 CN, p. 598), les conventions pour la protection de la propriété industrielle et la Convention européenne d'entraide en matière pénale (BO 1976 CE, p. 498); voir aussi FF 1982 I 946.

<sup>211</sup> L. WILDHABER, op. cit. (note 196), p. 225. – Cette idée faisait l'objet notamment d'une initiative *Alder* du 25 septembre 1972 (voir FF 1974 II 1145). «M. Alder, lui aussi, avait trouvé un critère quasi objectif: tous les traités qui ont un effet sur les lois, qui les complètent, qui les modifient. Mais son système allait trop loin, la majorité des traités aurait dû être munie de la clause référendaire, notre pays en aurait été affaibli; et cela avec raison, la commission, pas plus que le gouvernement, ne l'a voulu» (M. J.-F. AUBERT, BO 1975 CN, p. 1095). Voir en outre la réponse de Mme KOPP le 13 mars 1985 à une intervention de M. J.-F. AUBERT (BO 1985 CE, p. 184).

<sup>212</sup> Op. cit. (note 196), pp. 216 et 220.

<sup>213</sup> FF 1978 II 1825. Curieusement, ces traités, dont aucun n'a été ratifié jusqu'ici, n'ont pas été publiés à la Feuille fédérale. S'agissait-il bien d'une unification multilatérale du droit?

<sup>214</sup> RO 1980 1362 et 1432. La clause référendaire a été introduite par les Chambres, contrairement à l'avis du Conseil fédéral (voir FF 1981 I 1061/1062).

l'emploi de certaines armes, du 10 octobre 1980<sup>215</sup>, Convention de La Haye sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière, du 4 mai 1971<sup>216</sup>, et Convention relative aux transports internationaux ferroviaires, du 9 mai 1980<sup>217</sup>.

3. Vu l'impossibilité de cerner précisément, quels que soient les critères choisis, la portée intrinsèque d'un traité, le Conseil fédéral avait proposé en 1974 de donner aux Chambres le pouvoir d'exposer au référendum facultatif d'autres traités que ceux conclus pour une durée indéterminée et non dénonçables. Bien qu'elle ait étendu le référendum facultatif à deux autres catégories de traités, l'Assemblée fédérale adopta cette idée, sans suivre cependant jusqu'au bout l'exécutif qui, pour parer à l'incertitude pouvant entourer le déclenchement du mécanisme par le parlement et pour souligner l'importance de la décision à prendre, avait prévu une majorité qualifiée, soit la majorité de tous les membres de chacun des deux Conseils<sup>218</sup>. Les craintes du Conseil fédéral devaient se révéler largement infondées, dès lors que les Chambres ont fait usage de cette compétence dans un seul cas jusqu'ici<sup>219</sup>.

4. Nous avons exposé ci-dessus le degré d'intégration minimum que doivent réaliser les traités constitutifs d'organisations internationales pour être soumis au référendum facultatif. Selon l'article 89, alinéa 5, cst., l'adhésion de la Suisse à certaines organisations de ce type nécessite toutefois l'approbation du peuple et des cantons. La mise en œuvre de la procédure applicable aux textes de niveau constitutionnel tient à la nature particulière des fonctions dont l'institution a été investie par ses fondateurs (organisations de sécurité collective) ou à l'importance matérielle des compétences étatiques qui lui ont été transférées et à l'étendue des pouvoirs dont elle dispose pour accomplir son but (organisations supranationales).

Bien que d'autres organisations de sécurité collective existent à côté de l'ONU (par exemple celles établies en Europe par des

<sup>215</sup> RO 1983 1499.

<sup>216</sup> FF 1984 III 927.

<sup>217</sup> RO 1985 505.

<sup>218</sup> FF 1974 II 1164, 1177.

<sup>219</sup> Arrêté fédéral du 10 octobre 1980 approuvant deux accords conclus avec l'Association internationale de développement (IDA) concernant la transformation de prêts en dons (FF 1980 III 709). Le référendum ne fut pas demandé, cf. RO 1981 553.

traités d'alliance) et que des organisations de ce genre puissent être créées à l'avenir sur une base universelle ou régionale, le scrutin du 16 mars 1986 a vidé de sa substance la règle constitutionnelle visant ces organisations.

S'agissant des organisations supranationales, que le texte constitutionnel appelle clairement «communautés supranationales», seule l'adhésion pleine et entière aux Communautés européennes – uniques institutions de ce type existant actuellement – justifierait le double vote du peuple et des cantons. L'obstacle ici ne serait pas seulement politique, comme dans le cas de l'entrée dans l'Organisation des Nations Unies, mais aussi constitutionnel dans la mesure où les mécanismes de la démocratie directe pourraient être tenus en échec par le pouvoir des organes communautaires de prendre des décisions immédiatement et directement applicables dans les ordres juridiques des Etats membres <sup>220</sup>.

La règle prévue à l'article 89, alinéa 5, *cst.* reflète l'opinion qui prévalait avant l'adoption du nouveau régime référendaire en matière de traités. C'est pourquoi le Conseil fédéral a pu considérer qu'elle n'était pas vraiment nécessaire et que son mérite était de préciser la situation juridique et d'apaiser les esprits <sup>221</sup>. On ne saurait voir cependant dans cette disposition constitutionnelle l'expression d'une règle coutumière bien établie <sup>222</sup>. La pratique en la matière est en effet très mince, nourrie seulement de deux scrutins constitutionnels, le dernier ayant été organisé de surcroît dans des conditions telles qu'il ne peut guère constituer un précédent. Le premier concerne l'accession à la SDN, qui fut soumise au vote du peuple et des cantons pour des raisons politiques, liées à l'orientation nouvelle imprimée à la neutralité par la participation de la Suisse au premier système de sécurité collective établi sur une base universelle <sup>223</sup>. Le second scrutin a trait à l'Accord de libre-échange passé avec la Communauté économique européenne le 22 juillet 1972, bien qu'il ne dérogeât point à l'ordre constitutionnel, qu'il n'affectât pas radicalement la politique étrangère de la Suisse et qu'il ne mît pas en cause la neutralité. Si l'accord fit néanmoins l'objet d'une votation constitutionnelle, procédure «inusitée» <sup>224</sup>, c'est,

<sup>220</sup> Sur la notion de supranationalité voir FF 1974 II 1157–1160.

<sup>221</sup> FF 1974 II 1160.

<sup>222</sup> Dans ce sens G. MALINVERNI, *op. cit.* (note 209), p. 219.

<sup>223</sup> Voir ci dessus p. 124 et note 9.

<sup>224</sup> FF 1972 II 727.

précisément, à cause de l'engagement pris par l'exécutif à l'ouverture des pourparlers de soumettre au référendum un traité que l'on espérait alors plus substantiel et réalisant avec la CEE une association plus étroite que l'accord commercial finalement obtenu<sup>225</sup>.

Critiquable d'un point de vue politique, la procédure appliquée à l'accord de 1972 l'était-elle aussi sur le plan juridique? De bons esprits l'ont tenue pour inconstitutionnelle<sup>226</sup>. D'autres la jugent parfaitement licite, rien n'interdisant au parlement de passer un acte dans la forme constitutionnelle<sup>227</sup>.

Indépendamment du point de savoir si la validité du procédé ne doit pas être appréciée en définitive au regard de l'importance réelle du traité, mesurée d'après le contenu matériel et la portée politique de l'instrument, il faut se demander si les deux conseils pourraient aujourd'hui décider de soumettre au référendum obligatoire l'adhésion de la Suisse à d'autres organisations que celles mentionnées à l'article 89, alinéa 5, *cst.* Pourraient-ils à nouveau, selon les termes du Professeur J.-F. AUBERT, faire «un morceau de constitution»<sup>228</sup> en dehors des prévisions de la norme constitutionnelle?

La règle précise posée à l'alinéa 5 de l'article 89 *cst.*, jointe à la clause large de l'alinéa 4, suggère, à notre avis, une réponse négative. En portant au niveau constitutionnel l'arrêté d'approbation d'un traité non prévu par les dispositions de l'article 89 *cst.*, les Chambres ne rompraient-elles pas l'équilibre délicat, difficilement mis au point, entre les droits du peuple et des cantons, d'une part, et la liberté de mouvement et la crédibilité

<sup>225</sup> Voir FF 1971 I 72 et 1972 II 727, 728.

<sup>226</sup> Ainsi M. LOUIS GUIBAN lors du débat au Conseil des Etats: «... aucun organe de la Confédération ne peut se saisir de plus de compétences que la constitution ne lui accorde et, par voie de conséquence, ne peut renoncer à exercer les compétences que la constitution lui accorde. (...) Nous sommes tenus d'exercer nos pouvoirs et de les exercer complètement, sans en céder quoi que ce soit ou à l'organe exécutif – le gouvernement – ou à l'organe que j'appellerai plébiscitaire – le peuple» (BO 1972 CE, p. 640). La Chambre des cantons, qui avait rejeté la clause référendaire, revint sur sa décision après que la Chambre du peuple eut décidé de la maintenir (BO 1972 CE, pp. 657 et 1659).

<sup>227</sup> J.-F. AUBERT, *Traité III*, n° 1115. Dans une consultation du 2 mai 1972 le Professeur R. BINDSCHIEDLER, juriste du Département politique fédéral, tout en reconnaissant la faculté pour les Chambres d'élever au niveau constitutionnel l'arrêté d'approbation pour le soumettre au vote du peuple et des cantons, faisait dépendre la décision à prendre en l'espèce du contenu définitif de l'accord (ASDI 1973, pp. 294 à 298).

<sup>228</sup> BO 1972 CN, pp. 1507/1508.



du gouvernement sur le plan extérieur, d'autre part? Demeure réservée l'hypothèse exceptionnelle d'un traité qui porterait aux structures étatiques de la Suisse une atteinte d'une ampleur telle qu'elle ne puisse pas être admise sans consultation du peuple et des cantons. Mais un traité de ce genre aurait-il été conclu librement par la Suisse?

5. Un auteur a estimé que les dispositions adoptées en 1977 constituent un «compromis provisoirement satisfaisant»<sup>229</sup>. Cette observation n'est guère contestable si l'on oppose la réglementation antérieure à l'initiative de l'Action nationale qui entendait exposer *tous* les traités au référendum. Est-elle exacte si l'on retient au départ, comme le fait M. JACOT-GUILLARMOD, la nécessité de renforcer la démocratie en matière internationale et la nécessité d'assurer à l'exécutif une marge de manœuvre suffisante pour conduire la politique étrangère de manière cohérente et efficace<sup>230</sup>?

Cette opinion nous suggère deux remarques. La première concerne la prémisse, à savoir l'extension bienvenue de la participation du peuple à la formation de la volonté nationale touchant la conclusion des traités<sup>231</sup>. En admettant, par hypothèse, que les principes de la démocratie directe s'accordent toujours aux exigences des relations internationales, peut-on préconiser, sinon de façon purement abstraite, une politique extérieure efficace et ignorer en même temps une donnée de fait, qui est l'attitude généralement très réservée du peuple en matière de politique étrangère et une tendance marquée au protectionnisme politique<sup>232</sup>? TOCQUEVILLE, qui était un aristocrate mais qui fut ministre des affaires étrangères sous la Deuxième République, notait dans ses souvenirs que les démocraties «ne résolvent guère les questions du dehors que par les raisons du dedans»<sup>233</sup>. Et s'il est vrai que trois traités seulement ont fait l'objet d'un vote populaire sur la base de l'ancien article 89, alinéa 4, *cst.*, il faut rappeler que deux furent rejetés: le premier – la Convention franco-suisse de 1921 concernant les zones franches – pour des considérations étrangères à l'objet du traité (occupation française de la Ruhr), le second – un projet

<sup>229</sup> O. JACOT-GUILLARMOD, p. 415.

<sup>230</sup> Ibid.

<sup>231</sup> Ibid.

<sup>232</sup> Voir A. RIKLIN, p. 42.

<sup>233</sup> Cité par M. MERLE, *Sociologie des relations internationales* (cit.: Introduction, note 2), p. 328.

d'accord de 1975 avec l'Association internationale de développement pour l'octroi d'un prêt de 200 millions de francs – parce que cette forme d'aide multilatérale au tiers monde fut jugée inacceptable, pour des raisons d'ailleurs diamétralement opposées; quant à la Convention avec l'Italie de 1957 au sujet de l'utilisation de la force hydraulique du Spöl, elle fut heureusement approuvée, sans que les adversaires eussent toutefois discerné qu'un rejet du traité eût moins bien tenu compte de leurs objectifs que le traité lui-même <sup>234</sup>.

Notre seconde remarque vise les conséquences que M. JACOT-GUILLARMOD tire de sa prémisse, c'est-à-dire le devoir du Conseil fédéral et du parlement d'interpréter largement la volonté du constituant: «*in dubio pro populo*» <sup>235</sup>. L'extension considérable du champ d'application du référendum en matière de traités et, plus spécialement, la disposition générale prévue à l'article 89, alinéa 4, cst. s'opposent, selon nous, à une telle interprétation <sup>236</sup>. Si le peuple est souverain, il l'est dans les limites de la constitution <sup>237</sup>. Et nous rappellerons le passage du discours prononcé par BENJAMIN CONSTANT devant le Tribunal le 25 janvier 1801: «... si à la lettre de la constitution, qui est la seule chose positive, l'on substitue un esprit que l'on appellera protecteur, ai-je besoin de dire qu'il n'existera plus de constitution?» <sup>238</sup>.

<sup>234</sup> Sur ces scrutins, voir FF 1974 II 1139 et J.-F. AUBERT, *Traité II et III*, n° 1149. – Parmi les traités qui ont été conclus sous l'empire de la réglementation actuelle, sept entraient dans les prévisions de l'article 89, alinéa 3, lettre a, cst., treize dans celles de la lettre b et cinq dans celles de la lettre c; comme nous l'avons vu, les Chambres ont fait usage une fois de la faculté prévue à l'alinéa 4; le référendum obligatoire de l'alinéa 5 a été mis en œuvre au sujet de l'adhésion de la Suisse à l'ONU.

<sup>235</sup> Op. cit., p. 415.

<sup>236</sup> Dans ce sens également, L. WIDLHABER, op. cit. (note 196), pp. 219/220 et 224.

<sup>237</sup> FF 1974 II 1138.

<sup>238</sup> *Ecrits et discours politiques* par BENJAMIN CONSTANT, tome I, Paris 1964, p. 181.

# Conclusions

Quelques traits méritent d'être mis en évidence au terme de ce rapport.

1. Le caractère sommaire des dispositions constitutionnelles relatives aux affaires étrangères, propre aux constitutions du siècle dernier, reflète aussi la sagesse du constituant, conscient des limites qu'opposent à l'action d'un petit Etat au-dehors les conditions changeantes et les contraintes du champ extérieur. Si divers Etats, à la suite des bouleversements consécutifs à la deuxième guerre mondiale, ont fixé dans leurs constitutions certains principes directeurs de leur politique étrangère, signes éloquents pour la plupart d'orientations nouvelles issues de ruptures de régimes, les réglementations demeurent généralement rudimentaires et souples.

En Suisse nul objectif de ce genre n'est assigné à l'action gouvernementale en dehors des frontières. D'autre part il y a longtemps que la sauvegarde de l'indépendance du pays contre l'étranger, premier des buts de l'Etat énoncés par la constitution, ne définit plus à elle seule la politique extérieure de la Suisse. Les dangers qui résultaient pour la Confédération de sa situation géopolitique se sont éloignés à mesure que s'estompait le rôle de l'Europe dans la politique mondiale. Mais surtout la Suisse, par vocation et par nécessité, est ouverte sur le monde extérieur. Elle est, comme l'écrivait ANDRÉ SIEGFRIED, le pays à la fois le plus national et le plus international du monde.

Si l'histoire et le texte constitutionnel permettent de voir dans la neutralité un principe du droit public suisse, les termes qui l'accompagnent – universalité, solidarité, disponibilité – ne sauraient désigner autre chose que des principes politiques, des maximes caractérisant l'action de l'Etat sur le plan international. Nul besoin dès lors de les élever au rang de règles constitutionnelles implicites, ni de les inscrire formellement dans notre loi fondamentale.

2. Investie de la personnalité internationale au regard du droit des gens, la Confédération dispose sur le plan interne d'une compétence générale en matière de relations extérieures. Elle possède en particulier un *treaty-making power* théoriquement illimité, que n'arrête pas le partage interne des attributions fédérales et cantonales et auquel la constitution n'oppose pas d'emblée de barrières matérielles, si ce n'est celles préservant d'atteintes graves les structures fondamentales de l'Etat.

En attribuant à l'Etat central la responsabilité globale, sinon exclusive, des relations avec l'étranger, la constitution ne s'écarte pas du schéma qu'offrent la plupart des constitutions d'Etats fédéraux. Certes, l'affirmation récente des régionalismes et la prise en compte de l'identité des problèmes nés de part et d'autre de la frontière, mariées au dynamisme de certains cantons périphériques, sont à l'origine d'une pratique excédant parfois le cadre strict de la capacité contractuelle limitée que la constitution reconnaît à titre exceptionnel aux cantons sur le front extérieur. Mais les questions réglées sont de faible portée matérielle et géographique. Privés de l'immédiateté internationale, les cantons sont associés cependant à la formation de la volonté étatique pour les affaires qui les concernent. Si elle réalise une certaine décentralisation du pouvoir en matière de politique étrangère, cette participation, placée sous le signe de l'entente confédérale, laisse intacte la plénitude des attributions internationales de la Confédération.

3. Les règles constitutionnelles distributives de compétences à l'intérieur de la Confédération énoncent sans équivoque le rôle primordial du Conseil fédéral en ce qui concerne la conduite et la gestion de la politique étrangère. Cela étant, elles confèrent au parlement des attributions dont certaines recoupent ou recouvrent celles du gouvernement. La répartition des compétences en ces matières doit se faire, en dehors de considérations théoriques touchant la hiérarchie des pouvoirs, d'un point de vue fonctionnel, compte tenu du caractère et des tâches propres aux organes en présence. C'est dans cette perspective que la pratique s'est formée naturellement, dictée et nourrie par les réalités de la vie internationale.

Que cette pratique ait pu parfois se développer à l'encontre ou en marge de la constitution n'est dès lors pas pour surprendre. Ainsi, en reconnaissant des Etats et des gouvernements sous l'empire de la première constitution fédérale, le Conseil fédéral a usé de pouvoirs appartenant formellement aux Conseils

législatifs. L'entorse était patente; elle l'est aussi, s'agissant des traités que le Conseil fédéral peut conclure de sa propre autorité, pour les accords provisoires dont l'application ne souffre aucun délai. Mais, lorsque la pratique, en face d'un texte constitutionnel souvent imprécis, est constante et généralement reconnue et qu'elle répond aux besoins de l'action gouvernementale au-dehors, n'est-on pas fondé à y voir l'expression d'une règle coutumière? Indépendamment du point de savoir si l'usage a reçu toujours dans ce domaine la sanction du droit non écrit, il est impossible en tout cas de nier sa portée régulatrice.

Bien que le Conseil fédéral se soit montré constamment attentif au libre exercice de ses prérogatives internationales, il a aussi, bien qu'il n'y fût pas tenu, associé le parlement à certaines décisions, par exemple en lui soumettant la question de la transformation des légations en ambassades et en portant devant lui des traités qui n'entraînaient pourtant aucune charge pour la Suisse. Si nous relevons ce trait, c'est moins pour signaler qu'aucun reproche ne fut adressé de ce fait au Conseil fédéral, que pour indiquer que la collaboration entre le gouvernement et le parlement en ce qui concerne la politique étrangère peut amener le premier, lorsque la liberté de mouvement qui lui est nécessaire dans ce domaine le permet, à ne pas user de ses compétences comme il l'aurait dû.

La modification du régime référendaire en matière de traités internationaux adoptée en 1977 a élargi notablement le droit de regard du peuple et des cantons sur les engagements internationaux contractés par la Suisse. Cet élargissement et la faculté offerte à l'Assemblée fédérale d'exposer au référendum facultatif d'autres traités que ceux retenus par la constitution s'opposent à une interprétation extensive des règles applicables. Un tel procédé aurait pour effet de rompre après coup l'équilibre délicat et laborieusement mis au point entre les droits populaires et les exigences d'une politique extérieure efficace et crédible. Certes, aucun traité n'a fait l'objet jusqu'ici d'une demande de référendum selon la réglementation en vigueur. Mais les scrutins, rares il est vrai, organisés sous le régime antérieur ont prouvé, s'il en était besoin, la justesse de l'observation de TOCQUEVILLE décrivant «la pente qui entraîne la démocratie à obéir, en politique, à des sentiments plutôt qu'à des raisonnements...»<sup>1</sup>

<sup>1</sup> De la démocratie en Amérique, deuxième partie, chap. V.



