

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT

L'Autorité
des Traités internationaux
en droit public suisse

THÈSE
PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ
DE NEUCHÂTEL POUR OBTENIR LE GRADE DE
DOCTEUR EN DROIT

PAR
ANDRÉ DE MEURON



NEUCHÂTEL
IMP. DELACHAUX & NIESTLÉ S. A.

1937

**L'AUTORITÉ DES TRAITÉS INTERNATIONAUX
EN DROIT PUBLIC SUISSE**

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

FACULTÉ DE DROIT

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, sur le rapport de M. le professeur Tell Perrin, autorise la publication de la thèse de M. André de Meuron ayant pour titre: *L'autorité des traités internationaux en droit public suisse.*

La Faculté ne donne ni approbation, ni improbation aux opinions émises, ces opinions devant être considérées comme propres à leur auteur.

Neuchâtel, le 7 novembre 1936.

Le Doyen de la Faculté de Droit :

Claude DUPASQUIER.

INTRODUCTION

I. AUTORITÉ DU DROIT INTERNATIONAL

La conception que, depuis la Renaissance l'on s'est communément faite de l'Etat est en contradiction directe avec l'idée même de Droit international. On a toujours, en effet, considéré la souveraineté absolue comme l'apanage et le privilège de tout Etat indépendant et on a toujours admis, jusqu'à une époque très rapprochée, que « l'intérêt de l'Etat était son seul but et sa volonté sa seule règle »¹.

Tant que le droit des gens se heurtera au principe de la souveraineté absolue des Etats il ne pourra être question d'évolution, d'organisation internationale et de paix. Le progrès consistera donc à réduire l'antagonisme qui résulte de l'opposition de ces deux notions.

Fréquemment le droit étatique influence le droit international et vice versa. Il existe même entre eux une telle incidence que l'on peut dire que l'exécution du droit international serait impossible sans l'existence du droit interne. Le droit international et le droit interne ne sont pas deux systèmes parfaitement indépendants l'un de

¹ LE FUR, L. *Précis de droit international*. Paris 1931, p. 160 et s.

l'autre et l'autorité des traités internationaux qui est un des problèmes les plus graves posés à la mission juridique des Etats, dépend donc du régime intérieur et constitutionnel de ceux-ci.

On a pendant longtemps soutenu en Allemagne, et le dogme national-socialiste semble reprendre aujourd'hui cette idée, que le droit international trouve sa source dans le droit interne. La doctrine allemande ne fait, en ne reconnaissant pour l'Etat d'autres règles que celles qui découlent de sa propre volonté, que de consacrer le principe condamnable de la souveraineté absolue. Car bien que « les Etats en concluant des traités les uns avec les autres, restreignent, dans une certaine mesure, la plénitude de leur puissance, la règle de la souveraineté ne s'en trouve cependant pas abolie, car tout traité est une restriction volontaire de la puissance individuelle et tous les traités de droit international sont écrits avec *la clause rebus sic stantibus*. Un Etat ne peut pas lier pour l'avenir sa volonté avec celle d'un autre Etat ¹. »

C'est pour pallier aux inconvénients et aux dangers de ce principe volontariste que Jellinek a imaginé sa théorie de *l'auto-limitation* selon laquelle le fondement et l'autorité du droit international sont dans les limites que l'Etat s'est imposé à lui-même dans sa constitution. Puisqu'il n'existe, en effet, pas encore de super-Etat, que par définition l'Etat juge en dernier ressort et qu'il ne reconnaît d'autres règles que celles qui découlent de sa propre volonté, c'est dans ce sens que l'on peut parler d'auto-limitation. Le développement enfin et les progrès de la vie internationale impliquant l'existence d'un certain ordre universel, cette limitation répond à une sorte de nécessité

¹ TREITSCHKE. *Politik*, 3^{me} édit. T. I, p. 37-38.

sociale qui a permis de dire que « l'auto-limitation porte en elle son paiement »¹.

Il est évident qu'avec cette théorie on aboutit bien plus, comme l'a dit Triepel, à la création pour chaque pays « d'un droit public externe »² qu'à un droit international universel. Dans une société d'Etats égaux et souverains on a quelque peine à comprendre comment ce « droit public externe particulier » oblige aussi les autres Etats. Il ne peut, en effet, exister qu'une « série de systèmes juridiques concomitants, susceptibles de concordances occasionnelles mais non un ordre juridique objectif de droit des gens »³. De plus, l'Etat pouvant en tout temps modifier sa constitution, n'est-il pas quelque peu hasardeux de faire reposer tout le droit international sur « quelque chose d'aussi contingent que la volonté de l'Etat ? »⁴ Le droit international ne jouit-il pas, en fait, que de bien peu de garanties ? Cela est indéniable. Il faut cependant comprendre dans ces dernières le principe de la non rétroactivité des lois et dire encore que « les rapports de puissance des Etats, aussi bien que l'opinion qui se manifeste dans les points de vue des hommes d'Etat, des parlements, de la presse constituent pour le droit international des garanties dont on ne peut pas méconnaître l'excellence »⁵. La souveraineté de tout Etat trouve enfin ses limites dans ce droit supérieur et antérieur que l'on a appelé *droit naturel* ou *droit objectif*⁶.

¹ NOEL, M. *De l'autorité des traités comparée à celle des lois*. (Thèse, Paris 1921), p. 23.

² TRIEPEL. *Les rapports entre le droit interne et le droit international*. C. A. D. I 1923, p. 76 et s.

³ SCHELLE, G. *Précis de droit des gens, principes et systématique*. Paris 1932, p. 35.

⁴ NOEL, M., *op. cit.*, p. 25.

⁵ JELLINEK, G. *Allgemeine Staatslehre*, 1900, p. 339 et s.

⁶ BERTHÉLÉMY, *Le fondement de l'autorité politique*, p. 19.

Puisque donc le droit international actuel est bien plus un droit public externe qu'un droit supérieur qui s'imposerait aux différents droits étatiques comme ces derniers s'imposent aux individus, la force obligatoire des traités ne peut découler encore que de la volonté des Etats et leur autorité ne dépendre que des dispositions constitutionnelles internes de ceux-ci. Et ne sera-ce pas seulement quand les différents droits externes seront connus et bien établis que l'on pourra songer à universaliser les systèmes, à créer ainsi un droit international positif, à organiser juridiquement la société des Etats ? Remarquons enfin que si le droit international est un droit public externe, c'est qu'il fait partie du droit interne de chaque Etat ¹.

II. THÉORIES DES RAPPORTS ENTRE LE DROIT INTERNE ET LE DROIT INTERNATIONAL

1. LA DOCTRINE DUALISTE

Cette théorie fait dériver le droit international d'un principe, d'une norme originaire inexplicable et indémontrable qui pourrait être une règle de morale.

Bien qu'elle trouve en Italie d'éminents partisans ², la doctrine dualiste est essentiellement allemande. C'est en Allemagne qu'elle a pris naissance et qu'elle s'est plus particulièrement développée. Elle présente le droit international et le droit interne comme deux systèmes com-

¹ Kelsen, H. *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*. C. A. D. I. 1927, p. 275 et s.

² Anzilotti, D. *Cours de droit international* (traduction française de G. Gidel), Syrey 1929, vol. I. Théories générales.

plètement séparés et différents l'un de l'autre. Ils n'ont l'un sur l'autre aucune influence directe quelconque de telle sorte qu'une norme de droit international n'est d'une part, pas obligatoire dans l'ordre étatique interne et que d'autre part, une norme de droit interne n'exerce aucune influence déterminante sur le droit international. Mais bien que les normes d'un système ne produisent pas d'effets en dehors des limites de celui-ci et restent dans leur totalité et leur généralité en dehors de l'ordre auquel elles n'appartiennent pas, il faut reconnaître qu'il existe cependant quelques « réceptivités », c'est-à-dire qu'un système est plus ou moins influencé ou « éclaboussé » par certaines des dispositions de l'autre.

Ce dualisme provient d'une part, du fait que les normes internes émanent d'organes constitutionnels pré-existants alors que les normes internationales ne procèdent que d'un accord entre égaux et d'autre part, de l'absence d'institution de droit des gens destinée à en assurer, au besoin, *manu militari* l'exécution.

Quoi qu'il en soit cette conception toute platonique du droit international consiste, en fait, à admettre son existence sans admettre son autorité. Car si, pour être exécutoire, une norme de droit international doit toujours être transformée en droit interne, c'est qu'elle n'a, par elle-même, aucune force obligatoire. Le droit international repose donc sur la seule volonté des Etats, il ne trouve même pas son fondement dans une limitation volontaire contractuelle¹, c'est une simple concession faite au principe de la souveraineté absolue.

Le traité international n'ayant « de par sa nature pas d'effets juridiques à l'intérieur (vis-à-vis des sujets), mais

¹ Il est évident que la force exécutoire d'un contrat dépasse de beaucoup celle d'une disposition unilatérale.

purement et simplement à l'extérieur »¹, la règle de droit international ne recevra force obligatoire que par sa *transformation en droit interne*. Ce n'est donc pas « la conclusion du traité mais l'ordre du gouvernement qui donne force de loi et valeur juridique à l'intérieur de l'Etat aux principes contenus dans le traité »². Cet ordre l'Etat le donne sous forme de loi, ce qui revient à dire en effet, que les sujets et les corps constitués ne sont jamais liés directement par un traité mais qu'ils le sont indirectement par la loi d'exécution et qu'il n'y a entre l'Etat, personne juridique, et les sujets qui le composent d'autre lien que celui qui unit le supérieur à son subordonné. Un traité peut donc remplir toutes les conditions de validité requises par le droit international, être juridiquement valable sur le plan international, engendrer pour les Etats contractants des obligations internationales, mais n'exercer cependant aucun effet sur les sujets et les corps constitués de l'Etat signataire. Il sera considéré comme non venu tant qu'un ordre de droit public ne sera pas intervenu qui le mette en vigueur ou encore lorsque cet ordre aura été promulgué d'une façon inconstitutionnelle. De nombreux traités ne seront ainsi jamais exécutés car il arrivera souvent que l'un ou l'autre des Etats ne pourra ou ne voudra pas en exiger l'exécution.

Le dualisme reconnaît donc dans tout traité « deux faces » indépendantes et différentes l'une de l'autre: l'une interne, l'autre internationale, de telle sorte qu'un traité parfaitement valable du point de vue du droit international ne produirait pourtant, dans l'ordre étatique interne, aucun effet s'il n'a auparavant, par un acte de droit public,

¹ LABAND, P. *Le droit public de l'empire allemand* (traduction de G. Gandillon). Paris 1901, vol. II, p. 438.

² LABAND, P., *op. cit.*, vol. II, p. 443.

été introduit dans la législation interne. Mais n'est-ce pas une contradiction et une lacune que de prétendre pouvoir ainsi s'imposer des obligations sans s'imposer aussi les sanctions qui en découlent ? Vouloir enfin « bâtir une théorie juridique sur ce fait qu'un traité peut être inexécuté parce qu'un des Etats signataires ne veut pas ou, ce qui est plus grave, ne peut pas en exiger l'exécution c'est fonder, plus grossièrement encore que ne le faisait Ihering, le droit sur la force »¹.

2. DOCTRINE AUTRICHIENNE DE LA PRIMAUTÉ (THÉORIE DE KELSEN)

Kelsen commence par constater qu'il arrive dans l'histoire du monde un moment où les rapports intersociaux deviennent utiles, puis *indispensables*. Des normes intersociales sont alors formulées. Les systèmes préalablement établis doivent nécessairement s'y adapter. Kelsen croit qu'il existe, à cet effet, une certaine hiérarchie où « toute norme intersociale prime toute norme interne en contradiction avec elle, la modifie ou l'abroge *ipso facto* »². L'avantage d'un tel système serait d'aboutir ainsi à la suppression de toute « opposition de nature entre le droit international et le droit interne »³.

Kelsen conçoit en effet, tout le système juridique comme un ordonnancement de normes dans lequel « la validité de l'une d'elles dépend toujours et seulement d'une autre norme dont elle provient et il faut donc toujours imaginer en dernier lieu, à l'origine de tout le système, une seule norme suprême appelée norme originaire qui,

¹ NOEL, M., *op. cit.*, p. 40.

² SCELLE, G., *op. cit.*, p. 31.

³ SCELLE, G., *op. cit.*, p. 38.

puisqu'elle est la première, ne peut trouver sa validité dans aucune autre norme et doit être considérée comme une norme hypothétique »¹. Il ne reste plus enfin qu'à s'entendre sur le point de savoir laquelle des deux règles juridiques est supérieure à l'autre, si c'est, en d'autres termes, une norme de l'ordre international que l'on trouve au sommet de la hiérarchie moniste kelsénienne ou si c'est, au contraire, une norme de l'ordre interne. Primauté du droit international ou primauté du droit interne ? Nous touchons ici le point faible de cette théorie. Elle aboutit en effet, tout aussi bien à la primauté du droit interne qu'à la primauté du droit international et si Kelsen se prononce pour l'internationalisme, c'est-à-dire pour la primauté du droit international, c'est pour des raisons tout à fait indépendantes de sa théorie et que n'implique pas son système.

Or il nous semble que c'est une anticipation excessive que de conclure ainsi à la supériorité d'un droit moins évolué et perfectionné que le droit interne. Dans l'état actuel du développement du droit des gens il nous paraît beaucoup plus exact de le placer, si ce n'est sur un pied inférieur, du moins sur le même pied que le droit interne et de dire qu'ils se conditionnent l'un l'autre mais qu'ils ne se substituent pas l'un à l'autre. Et même si des dispositions de droit international se substituent parfois à des normes de droit interne, il ne faut rien y voir d'autre qu'une évolution normale de la législation vers la perfection et sa constante adaptation aux circonstances sans cesse changeantes de la vie moderne.

Kelsen arrête enfin son raisonnement lorsqu'il arrive au sommet de la hiérarchie, à cette norme hypothétique

¹ KELSEN, H., *op. cit.*, p. 275 et s.

dont dépendent toutes les autres parce que, dit-il, l'origine du droit est métaphysique et qu'au delà le juriste n'est plus chez lui. Mais si pourtant on franchit avec Scelle¹ cette limite et si on dit que « la norme est une déduction consciente des lois du monde phénoménal », c'est-à-dire que son origine est d'ordre biologique, on ne trouve plus au début une seule norme mais *plusieurs normes concurrentes fondamentales*², ce qui nous paraît concorder bien davantage avec la réalité. Nous préférons donc au système de Kelsen qui repose sur un raisonnement métaphysique et une hypothèse un système où les normes de droit international et de droit interne sont placées sur le même pied. Nous croyons en effet, qu'il est sinon inexact, du moins prématuré de dire que le droit international prime toute norme de droit interne en contradiction avec lui. Il est préférable de s'en tenir à un système de concurrence des normes qui est naturellement moins attrayant parce qu'il diminue l'autorité du droit international et contribue à le dépouiller quelque peu des prérogatives que l'on s'est aujourd'hui trop facilement habitué à lui reconnaître.

Il n'en reste pas moins que le traité international jouit, d'après la théorie de Kelsen, d'une grande autorité. Il prime toute disposition de droit interne qui lui est contraire et s'impose par le seul fait qu'il est de l'ordre international. Or cette thèse qui, comme nous l'avons vu, peut tout aussi bien aboutir à la primauté du droit interne qui implique la négation même du droit international

¹ SCELLE, G., *op. cit.*, p. 40 et s.

² Voir aussi MIRKINE-GUÉRTZÉVITCH. *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Paris 1931.

Cet auteur conclut au monisme du droit non pas en partant d'une formule logique ou d'un raisonnement mais en se basant uniquement sur le principe historique empirique de l'évolution progressive du droit : « Le principe de l'unité du droit public repose sur l'unité de la conscience juridique et sur l'unité empirique de l'évolution historique. »

qu'à une primauté du droit international, revient à dire que le droit international est supérieur au droit interne parce qu'il faut que l'un soit supérieur à l'autre. Nous ne pouvons sans autre souscrire à une telle affirmation. Nous croyons, au contraire, que cette conception hiérarchique du droit qui repose sur une simple hypothèse ne correspond pas à la réalité actuelle. Le droit international ne s'imposera au droit étatique que le jour où le monde sera organisé fédérativement et cela ne résultera même pas alors, de la nature propre du droit des gens mais d'un principe constitutionnel, universellement et généralement admis.

3. THÉORIE MONISTE DE LA CONCURRENCE DES NORMES (INTERNATIONAL LAW IS A PART OF THE LAW OF THE LAND)

Le principe moniste de la concurrence des normes adopté en 1917 par l'Institut de droit international américain est aussi celui qui prévaut dans toute la jurisprudence et la doctrine anglo-saxonne. On le retrouve également dans de nombreuses constitutions d'Amérique et d'Europe ¹. Dire que le droit international est une partie

¹ Art. 6, al. 2 de la Constitution des Etats-Unis d'Amérique. « La présente Constitution, ainsi que les lois des Etats-Unis qui seront faites en conséquence et tous les traités faits sous l'autorité des Etats-Unis, constitueront la loi suprême du pays et seront obligatoires pour tous les juges dans chaque Etat, et cela nonobstant les dispositions contraires insérées dans la constitution ou dans les lois de l'un quelconque des Etats. »

Art. 31 de la Constitution de l'Argentine.

Art. 127 de la Constitution de Haïti.

Art. 4 de la Constitution allemande de Weimar.

Art. 9 de la Constitution autrichienne.

Art. 4. de la Constitution esthonienne.

Art. 7 de la Constitution espagnole : « L'Etat espagnol observera les normes universelles du droit international en les incorporant dans son droit positif. »

Et l'art. 65 de la même Constitution : « Toutes les conventions internationales ratifiées par l'Espagne et inscrites à la Société des Nations et

intégrante du droit interne (International law is a part of the law of the land), c'est faire rentrer ces deux règles dans un même système juridique. Ce ne sont plus deux sphères indépendantes l'une de l'autre et dominées par des principes différents, mais les ramifications d'un même droit. Tandis que selon Kelsen le droit international a toujours le pas sur le droit interne, le monisme anglo-saxon les place tous deux sur le même pied. Il peut exister entre eux des différences de formation et d'élaboration mais il ne peut y avoir dans un système juridique ni supériorité ni primauté au profit de certaines de ses règles, elles sont toutes revêtues de la même autorité.

Le droit n'étant, en définitive, pas une puissance donnée à la volonté mais « le contenu de cette volonté », c'est-à-dire le résultat auquel elle tend, en un mot l'intérêt, l'autorité d'une manifestation de volonté ne peut pas varier avec sa nature car à l'origine d'une disposition étatique quelconque, il y a toujours l'intérêt de la collectivité qui est le même.

Il n'y a de divergences entre les différentes manifestations de volonté de l'Etat que dans le processus de leur élaboration, mais l'autorité des traités n'est pas différente de celle des lois.

Un traité acquiert force obligatoire dès qu'il a été régulièrement élaboré. Il ne peut donc exister de « transformation » du droit international en droit interne ni de hiérarchie dans l'ordonnement des normes. Les traités sont d'une manière générale une source originelle de légis-

qui ont le caractère de lois internationales seront considérées comme parties constitutives de la législation espagnole. »

Art. 113 de la Constitution suisse : « ... Dans tous les cas prémentionnés le Tribunal fédéral appliquera les lois votées par l'Assemblée fédérale et les arrêtés de cette Assemblée qui ont une portée générale. Il se conformera également aux traités que l'Assemblée fédérale aura ratifiés. »

lation étatique, c'est-à-dire une « forme nouvelle de la déclaration de volonté de l'Etat »¹ et plus spécialement ils ne sont que « des limitations consenties par les Etats à leur souveraineté »².

Ceci contribue à expliquer et à comprendre ce que Locke voulait dire et désigner lorsqu'il distinguait, à côté des pouvoirs législatif et exécutif un troisième pouvoir, *le pouvoir fédératif*, c'est-à-dire le pouvoir de faire la guerre, la paix et les *traités*³. C'est un pouvoir de l'Etat qui découle de l'analyse de ses fonctions mais qui n'est pas distinct et séparé comme le pouvoir législatif du pouvoir exécutif. « Le pouvoir exécutif et le pouvoir fédératif requièrent en effet pour leur exercice la force de la société et il est tout à fait impraticable de mettre la force de la République aux mains de personnes distinctes et non subordonnées ou que le pouvoir exécutif et le pouvoir fédératif soient eux placés en des personnes qui puissent agir séparément, car alors la force publique serait sous différents commandements ce qui pourrait parfois entraîner le désordre ou la ruine⁴. »

De ce que le pouvoir fédératif est une source originelle de la volonté de l'Etat, on peut conclure que les tribunaux doivent appliquer les conventions internationales comme ils appliquent les lois et que « les dispositions d'ordre législatif ou réglementaire des traités produisent les mêmes effets que les lois. Elles modifient les compétences des sujets de droit »⁵.

¹ GEORG, E. *Le contrôle du peuple sur la politique étrangère*. (Thèse, Genève 1916) p. 195 et s.

² NOEL, M., *op. cit.*, p. 23.

³ JOSEPH-BARTHÉLÉMY. *Démocratie et politique étrangère*. Paris 1917. Introduction.

LOCKE. *Essay on civil Government*, parag. 146.

⁴ ESMEN. *Droit constitutionnel*, édit. 1899, p. 271.

⁵ SCHELLE, G., *op. cit.*, p. 347.

En résumé, nous devons déduire de ce qui précède, si « nous supposons que *les compétences constitutionnelles ont été respectées*, que les normes internationales posées par un traité ne peuvent jamais être considérées dans un Etat comme non obligatoires du fait qu'elles sont en contradiction avec des normes constitutionnelles. Celles-ci, en effet, ont été modifiées ou abrogées *ipso facto*, du fait même de l'intervention du traité régulièrement conclu »¹.

La force obligatoire d'un traité dépend donc uniquement de sa constitutionnalité extrinsèque, c'est-à-dire de sa constitutionnalité quant à la forme et de l'observation stricte des compétences constitutionnelles.

¹ SCELLE, G., *op. cit.*, p. 359.

CHAPITRE PREMIER

La législation suisse et les doctrines dualiste et monistes

Après avoir exposé les différentes théories des rapports du droit international avec le droit interne, il nous sera plus facile de déterminer maintenant le système auquel s'est plus particulièrement rattaché le droit public suisse.

La théorie dualiste et les systèmes monistes de primauté du droit international ou de primauté du droit interne nous apparaîtront comme non conformes à son esprit et nous verrons que ce qui prédomine dans notre législation, c'est une conception moniste pure où le droit international est l'égal du droit interne, où il est partie intégrante de la législation (*International law is a part of the law of the land*). La loi n'y est pas la source unique du droit étatique. Il faut, à côté d'elle, considérer le droit international conventionnel comme revêtu de la même autorité car il est, aussi bien qu'elle, une émanation de la volonté de l'Etat.

D'emblée nous pouvons donc dire que le législateur suisse a consacré le principe anglo-saxon « *International law is a part of the law of the land* », que par conséquent la force exécutoire des traités dépend en Suisse de leur élaboration régulière et qu'ils ont force exécutoire au

même titre qu'une disposition législative quelconque dument prise par les pouvoirs compétents.

SECTION 1.

LA LÉGISLATION SUISSE ET LA DOCTRINE DUALISTE

Il est un grand nombre d'auteurs qui croient pouvoir déceler, reconnaître dans la pratique fédérale les principes caractéristiques de l'école dualiste allemande. On peut lire, par exemple, dans l'ouvrage de M. Batteli¹ qu'en « Suisse l'arrêté portant ratification d'un traité international contient implicitement l'ordre pour les citoyens de se conformer aux dispositions de droit interne qu'il renferme éventuellement ». — Il est à remarquer que M. Batteli emploie ici le mot ratification alors que c'est, comme nous le démontrerons plus loin, approbation qu'il faudrait dire. — M. Kundert écrit de même : « Verbindlich ist für das Gericht und für den Gesetzesunterworfenen Bürger ein gültig erlassenes Gesetz, niemals ein gültig abgeschlossener Vertrag². » Si l'on en croyait cette opinion, l'Assemblée fédérale donnerait l'ordre d'obéir à un traité qui n'a pas encore atteint, pour ainsi dire, son degré de maturité.

Nous croyons, en effet, qu'un traité n'est obligatoire que « sous réserve de ratification »³, c'est-à-dire qu'il n'est parfait que lorsqu'il a passé par tous les stades constitutionnels de sa formation. Si la ratification n'était enfin

¹ BATTELI, M. *Les institutions de démocratie directe en droit suisse et comparé*. Paris 1931, p. 28 et s.

² KUNDERT, R. *Völkerrechtlicher Vertrag und Staatsvertragsgesetz im Schweizerischen Rechte*. (Thèse, Zurich 1918), p. 57.

³ Cf. *Supra*, p. 96.

qu'une manière « d'imprimatur ou le contrôle du maître sur le commis »¹ et si le traité était juridiquement viable avant qu'elle ne fut communiquée aux puissances cocontractantes, elle ne serait qu'une simple formalité administrative de droit interne. Or la doctrine considère, au contraire, d'une façon quasi unanime, que la ratification est un acte de droit international². Un traité « signé et conclu »³ n'est donc pas un traité absolument viable du point de vue juridique. Ce n'est qu'une offre, qu'un « Vorvertrag » qui ne deviendra juridiquement parfait qu'au moment de l'acceptation officielle et définitive, c'est-à-dire au moment de la ratification.

La véritable existence d'un traité ne commence par conséquent que lorsqu'il a accompli le cycle total de son élaboration, c'est-à-dire lorsque le Conseil fédéral a échangé les lettres de ratification avec les puissances signataires. C'est seulement alors que devrait intervenir, s'il était nécessaire, cet ordre d'exécution dont parle la doctrine allemande.

L'arrêté d'approbation ne peut donc pas être un « ordre pour les citoyens de se conformer aux dispositions de droit interne que peut renfermer le traité » car ces dernières ne sont encore qu'en gestation au moment où l'ordre serait donné de les exécuter.

L'opinion que M. Kundert défend dans sa thèse se

¹ GENÉT, R. *Traité de diplomatie et de droit diplomatique*. Paris 1932, vol. 3, p. 435.

WENÉT, R. *La clause tacite de ratification*. R. D. I. P. 1931.

² LE FUR, L., *op. cit.*, p. 208-209.

Dictionnaire diplomatique (publié sous la direction de M. A.-F. Fran-gulis). Paris 1933, sous « ratification ».

Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie von Dr Karl Strupp. Berlin und Leipzig 1925. Vol. 2, sous « Staatsverträge ».

KUNDERT, R., *op. cit.*, p. 56.

³ GENÉT, R. *Traité de diplomatie et de droit diplomatique*. Paris 1932, vol. 3, p. 435.

rapproche étroitement de celle de M. Battelli quand il dit que l'activité de l'Assemblée fédérale est essentiellement législative (*gesetzgeberisch*, art. 113 de la Constitution) et que « l'arrêté d'approbation de l'Assemblée fédérale donne au traité sa force obligatoire à l'intérieur (*innerstaatlicher Erfüllungsbefehl*) »¹. On peut donc imputer à cet auteur les mêmes inconséquences, lui opposer les mêmes arguments et lui faire en outre le reproche de confondre l'arrêté d'approbation qui n'est qu'une loi formelle avec la loi d'exécution qui est, dans l'esprit des auteurs allemands, strictement matérielle².

En septembre 1906 le gouvernement des Pays-Bas, par l'entremise de sa légation à Berne, demanda au Conseil fédéral si les traités régulièrement conclus par la Suisse étaient *de plano* obligatoires pour les administrations, les tribunaux et les particuliers ou, si, au contraire, une loi était nécessaire à cet effet. Le Conseil fédéral répondit le 21 septembre 1906 au gouvernement des Pays-Bas que, selon une pratique admise, depuis la Constitution de 1848, « les traités ont toujours été reconnus obligatoires sans loi, même s'ils modifiaient le régime légal »³.

Le Conseil fédéral, dans cette réponse, ne pouvait guère affirmer de façon plus catégorique la position adoptée par la législation suisse et proclamer mieux son détachement complet des théories allemandes en général et du dualisme de Laband et de Triepel en particulier.

Or un arrêt rendu le 2 février 1923 par le Tribunal

¹ KUNDERT, R. *Völkerrechtlicher Vertrag und Staatsvertragsgesetz im Schw. Rechte*, p. 58.

² Cf. *Supra*, p. 52 et s.

³ FLEINER. *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, p. 755 et s.

⁴ BURCKHARDT-S. II, p. 464-465. M. Burckhardt écrit, en outre, dans son commentaire, p. 687 et s., que les ouvrages de droit public suisse, dans leur généralité et leur majorité, posent, en fait, que les traités internationaux sont applicables à l'intérieur sans qu'il soit besoin d'une loi.

fédéral dans l'affaire Lepeschkin c. Gosweiler & C^{ie} ¹, est à cet égard caractéristique car il est motivé par une thèse exactement contraire à celle du gouvernement.

Il s'agissait, en l'espèce, d'un Russe domicilié en France qui refusait, en vertu de la Convention de La Haye du 17 juillet 1905, art. 17, 18, 19 que la Suisse avait signée, de fournir la caution *judicatum solvi* (La Convention de La Haye avait, en effet, supprimé cette exigence). L'instance cantonale avait déclaré ce refus injustifié pour le motif qu'il n'est pas, aujourd'hui, possible d'obtenir de la Russie l'exécution de ses engagements contractuels. Le recours de droit public fut cependant admis « car il n'appartient pas au juge de refuser d'appliquer un traité, que ce soit à titre de représailles ou à quelque autre titre, tant que l'autorité politique n'a pas jugé à propos de se prononcer en ce sens... ce serait là méconnaître la position des tribunaux par rapport aux normes d'un accord international. Le devoir des autorités chargées d'appliquer le droit, d'observer les traités de cet ordre *ne résulte pas de la convention elle-même qui ne crée en première ligne de lien obligatoire qu'entre les deux Etats considérés en eux-mêmes, en tant que sujets du droit des gens. Pour créer des devoirs il faut encore un acte de l'organe compétent d'après le droit public interne, ordonnant l'exécution des dispositions du traité auquel force obligatoire est ainsi donnée à l'intérieur de l'Etat.* L'approbation d'une convention internationale par l'Assemblée fédérale a donc une double portée : elle comporte d'une part, l'acceptation du traité, indispensable pour que la Suisse soit liée valablement en vertu du droit des gens par le traité, en même temps qu'elle donne tout pouvoir au Conseil fédéral pour l'échange des actes

¹ *Journal des tribunaux*, 1923, p. 582, A. T. F.; T. 49, I, p. 188.

de ratification; d'autre part elle donne force de loi au traité et le rend obligatoire pour les autorités et les ressortissants de l'Etat intéressé. » On ne pourrait rédiger de motifs plus clairement à l'appui et dans le sens de la doctrine allemande. Le dualisme y est, en effet, exposé dans toute la pureté de sa conception théorique : « Il faut un acte de l'organe compétent d'après le droit public interne, ordonnant l'exécution des dispositions des traités auxquels force obligatoire est ainsi donnée à l'intérieur de l'Etat. » La nécessité de l'ordre interne est manifeste, les « deux faces » du traité et la conception toute germanique de la notion de l'Etat ne ressortent pas moins clairement de cet arrêt singulier.

Et cependant, si l'on poursuit la lecture de cette même décision on constate que le Tribunal fédéral paraît hésiter et que son opinion ne semble pas bien arrêtée quant à cette manière d'envisager les rapports du droit international avec le droit interne : « On ne pourrait, continue-t-il, au surplus, admettre, en l'espèce, une solution différente, *même si, contrairement à ce qui vient d'être dit, l'on ne voulait pas faire la distinction entre le caractère obligatoire du traité du point de vue du droit public interne et les obligations liant la Suisse selon les principes du droit des gens.* »

Le tribunal n'affirme plus que l'ordre d'exécution est nécessaire, il admet que d'autres peuvent le considérer comme inutile. Si, dès lors, on s'en rapporte aux arrêts plus récents que nous citons ci-dessous¹, cette décision fait figure d'exception. Il ne faut donc pas y voir le reflet de la jurisprudence dominante du tribunal fédéral. Ce dernier dit en effet, plus récemment, dans l'arrêt rendu le 20 novembre 1934 au sujet de l'affaire Richter & fils

¹ A. T. F. 1926, vol. I, p. 483; t. 57, vol. II, p. 547; t. 59, vol. II, p. 337; J. d. T. 1935, p. 558.

contre C. F. F.¹: « ... que la Convention internationale concernant le transport des marchandises contient du droit fédéral au sens de l'art. 56 de la loi sur l'organisation judiciaire. Cela résulte du fait que les *conventions internationales sont issues d'une source de droit fédéral*, ce qui est l'élément décisif pour apprécier la notion de droit fédéral à ce point de vue. » N'est-ce pas là reconnaître que les traités internationaux sont une source particulière et originelle de la volonté de l'Etat au même titre que les lois et qu'ils sont obligatoires du seul fait de leur élaboration régulière ?

Le texte même des arrêtés de ratification selon lequel : « Le Conseil fédéral déclare que la convention est ratifiée et a *force de loi* dans toutes ses parties », démontre enfin, sans contredit, que l'assimilation du traité à la loi et son introduction dans le droit interne étatique ne procède pas d'un ordre, quel qu'il soit, de l'organe législatif, mais est bien la conséquence et la suite logique de sa constitutionnalité.

En conclusion, l'examen des faits nous permet de dire que, si la pratique du tribunal fédéral n'est pas d'une constance absolue en la matière, elle n'est du moins pas en contradiction directe avec la doctrine et la pratique fédérales qui repoussent d'une façon catégorique toute théorie et tout principe dualistes.

SECTION 2.

LA LÉGISLATION SUISSE ET LA DOCTRINE AUTRICHIENNE

Nous avons appelé théorie autrichienne la théorie de la primauté défendue par M. Kelsen. Elle est d'origine

¹ A. T. F. t. 60, vol. II, p. 421.

trop récente pour que nous puissions trouver, chez nous, des symptômes marquants de son influence dans les textes ou même dans les avis officiels et la pratique du gouvernement. Elle n'a, cependant, pas été sans effets sur quelques arrêts du Tribunal fédéral ¹.

Mais avant d'en venir à l'exposé et à la discussion de cette influence, examinons si, de par notre charte constitutionnelle et de par nos lois organiques, cette théorie avait quelques chances de trouver chez nous un terrain favorable à son épanouissement.

A elles seules les dispositions de l'art. 112, al. 3 de la Constitution lui sont un obstacle infranchissable. Si le Tribunal fédéral en effet, doit appliquer « les lois fédérales votées par l'Assemblée fédérale, les arrêtés de cette Assemblée qui ont une portée générale et doit se conformer *également* aux traités que l'assemblée aura ratifiés », c'est que les auteurs de la Constitution ont voulu placer sur un même plan les traités, les lois fédérales et les arrêtés de portée générale. Cela est indéniable; l'adverbe *également* qui figure dans l'article 113 de la Constitution dissipe tous les doutes que l'on pourrait avoir à ce sujet. Il semble, dès lors que, si néanmoins la théorie autrichienne peut intéresser quelque doctrinaire par l'originalité de son principe hiérarchique, elle soit cependant condamnée sans appel par l'article 113 de la Constitution qui lui enlève toute chance de triompher un jour, dans notre jurisprudence et notre législation.

De même le message aux Chambres relatif à la loi sur l'organisation judiciaire du 22 mars 1893 n'est, à ce propos, pas moins catégorique : « La notion de loi fédérale, dit-il, en effet, nous est fournie par l'article 89 de la Cons-

¹ *Journal des tribunaux*, 1924, p. 136, A. T. F., t. 48, II, N° 39, p. 261.

titution; il n'y a pas de motifs cependant, pour ne pas considérer comme loi dans le sens de cet article les traités internationaux en tant qu'ils contiennent des prescriptions de droit privé ¹. »

Le droit international et le droit interne sont donc placés sur un même pied d'autorité par les textes de notre droit public. Ceux-ci sont, à cet égard, d'une clarté telle, qu'ils excluent la possibilité même de toute interprétation différente tendant à conférer à l'une des normes par rapport à l'autre toute espèce de supériorité ou de primauté.

Et cependant l'attrait que les théories autrichiennes peut présenter du point de vue pratique n'a pas été sans exercer une influence sur quelques arrêts et décisions de notre Tribunal suprême.

Nous croyons pouvoir en relever la trace notamment dans l'affaire des chemins de fer d'Alsace-Lorraine c. Bronner & C^{ie}, où le Tribunal fédéral dans son arrêt du 11 octobre 1923, s'exprime ainsi : « A teneur des art. 20 et 23, al. 2 de la Convention internationale sur le transport par chemin de fer du 14 octobre 1890, le chemin de fer dernier transporteur, est tenu d'opérer lors de la livraison le recouvrement de la totalité des créances résultant de la lettre de voiture, entre autres les droits et frais de douane; il est responsable envers l'expéditeur qu'il ne peut pas rechercher en qualité de débiteur. Cette situation ne saurait être modifiée unilatéralement par des décrets de guerre des autorités françaises en Alsace sur lesquels les demandeurs se fondent pour justifier le paiement des droits de douane à Lauterburg et l'omission du recouvrement. La convention qui est un traité entre Etats crée

¹ Art. 57 de la Loi fédérale du 22 mars 1893. Cf. FF. 1892, II, p. 95 et s.; Convention sur la propriété littéraire du 9 septembre 1886; Arrêt du T. F. du 20 novembre 1934; A. T. F. t. 60, vol. II, p. 421.

*du droit contractuel international, lequel a le pas sur le droit interne à moins que ce dernier droit n'ait été réservé par la convention, ce qui n'est pas le cas ici*¹. »

De même l'arrêt du 31 mai 1922 (affaire Baumann c. Obersteg & Co)² semble consacrer la théorie de la primauté du droit international, car nous y trouvons la même formule que dans l'arrêt précédent.

Il ne faut cependant pas voir dans cette jurisprudence nettement teintée d'internationalisme, une tendance vers l'adoption d'un principe trop contraire aux dispositions fondamentales de notre droit.

Nous ne pouvons donc, en résumé, ni souscrire à la théorie de la primauté du droit interne parce qu'elle aboutit à la négation même du droit international, ni admettre la théorie de la primauté de droit international parce qu'elle ne repose, en fin de compte, que sur une norme hypothétique et un raisonnement d'ordre métaphysique, l'une et l'autre théorie devant d'ailleurs être rejetées comme étant absolument contraires et incompatibles avec notre organisation constitutionnelle interne.

SECTION 3.

LA LÉGISLATION SUISSE ET LA RÈGLE : INTERNATIONAL LAW IS A PART OF THE LAW OF THE LAND

Après avoir écarté les principes trop absolus de la science allemande, après avoir reconnu l'incompatibilité de toute théorie de primauté avec nos textes organiques, il est dans la suite logique de ce chapitre d'étudier mainte-

¹ Arrêts du T. F. t. 49, II, p. 360. *Praxis des Bundesgerichts* XI, N° 116, p. 291.

² ATF T. 48, II, p. 261 et s.

nant, dans ses rapports avec la législation suisse, la dernière théorie moniste que nous avons citée dans notre introduction.

M. Forrer¹, à l'occasion de l'approbation par l'Assemblée fédérale de la Convention concernant la création d'une union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Convention de Berne) du 9 septembre 1886, a prononcé au Conseil national les paroles suivantes : « Comme une convention de droit international empiète souvent sur le droit privé, et sur celui de chaque Etat en particulier, il en résulte le principe de droit public, que dans tout Etat contractant cette convention ne peut être ratifiée que par la voie par laquelle une loi quelconque peut être mise en vigueur. Si nous appliquons ce principe à la Suisse nous devons convenir que, pour être conséquent, on devrait accorder la ratification par une loi fédérale, mais notre Constitution a réglé les choses d'une autre manière. » Le message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur le projet de la nouvelle loi sur l'organisation judiciaire du 5 avril 1892² expose d'une manière plus précise le sens, la portée et les effets que la législation suisse reconnaît aux traités internationaux. Après avoir constaté qu'il n'y a pas « de motifs pour ne pas considérer comme *loi* dans le sens de l'article 89 de la Constitution, les traités internationaux en tant qu'ils contiennent des principes de droit privé », le Conseil fédéral continue en ces termes : « beaucoup de ces traités ne sont pas élaborés et promulgués en Suisse comme des lois proprement dites, ils n'en constituent pas moins *une des sources de droit privé fédéral, comme les lois fédérales elles-mêmes*, et lorsqu'ils sont violés il n'y a pas de raison pour

¹ FF. 1887, I, p. 292.

² FF. 1892, II, p. 95 et s.

que la partie lésée ne jouisse pas du droit de recours au Tribunal fédéral absolument comme dans le cas de violation d'une loi fédérale. Pour ne laisser subsister aucun doute on pourrait même énoncer dans l'article que l'*expression de loi fédérale comprend également les traités internationaux* dans celles de leurs prescriptions qui sont du droit privé ¹. »

On ne peut en effet, pas proclamer plus clairement le rattachement de la législation suisse au principe qui dit que les règles du droit international conventionnel font partie du droit interne au même titre que les lois sans qu'aucune espèce de « transformation » préalable soit nécessaire et que les traités sont une source originelle de droit fédéral.

Le Tribunal fédéral se rattache pleinement à cette manière de voir et les décisions les plus récentes rendues à ce propos en sont la consécration ². L'arrêt du 20 novembre 1934 (aff. Richter et fils contre C. F. F.) dit, entre autres, expressément, que « les conventions internationales sont issues d'une source de droit fédéral » ³.

Il serait, cependant, exagéré de comprendre dans un même terme les lois fédérales et les traités, de confondre ainsi deux notions qui sont pourtant différentes tant dans leur élaboration que dans leurs modalités et ce serait enfin aller trop loin que de vouloir les assimiler jusqu'à ne les désigner que par une seule et même expression. Mais ce que l'on peut affirmer c'est que ce sont des normes concurrentes qui, du point de vue de leur autorité, sont parfaitement identiques.

¹ Cf. encore art. 113, al. 3 de la Constitution, art. 175 de la loi sur l'organisation judiciaire.

² A. T. F., T. 57, II, p. 547; T. 59, II, p. 337; J. d. T. 1931, p. 408; 1935, p. 558.

³ A. T. F., T. 60, vol. II, p. 421.

CHAPITRE II

La conclusion des traités internationaux en droit public suisse

SECTION 1.

FORMALITÉS ESSENTIELLES A LA CONCLUSION DES TRAITÉS

Il existe une procédure générale dans la conclusion des traités qui est communément observée dans toutes les Constitutions.

Des divergences n'apparaissent que dans les modalités, dans les particularités des formalités essentielles à la validité des traités internationaux. Nous croyons qu'il faut en effet, distinguer, dans la conclusion des traités des formalités essentielles et des formalités non essentielles. Cette section est consacrée aux formalités dont dépend la validité des traités, sans l'observation desquelles ils ne sont ni viables ni exécutoires. Les formalités non essentielles qui feront l'objet de la section suivante, ne sont que des opérations accessoires dont l'inobservation n'entraîne pas la nullité du traité. Les premières sont nécessaires, les secondes sont utiles.

Initiative, approbation par les Chambres, ratification, un traité doit suivre une certaine *filière* et satisfaire à certaines conditions essentielles dont dépend sa force obli-

gatoire. Nous verrons que, si le referendum en matière de traités internationaux est une institution originale et particulière du droit suisse, les grandes phases classiques : initiative, négociation, approbation, ratification n'y sont pas moins rigoureusement observées.

Mais notre Constitution n'indique malheureusement pas avec une très grande clarté ce qui, dans la conclusion des traités, est de la compétence du pouvoir exécutif, c'est-à-dire du Conseil fédéral, et ce qui est de la compétence du pouvoir législatif, c'est-à-dire des Chambres fédérales. Il est donc utile d'étudier séparément ces phases essentielles et de déterminer exactement le pouvoir duquel elles relèvent.

§ 1. *Initiative et négociation.*

Bien que le droit constitutionnel confère au chef de l'Etat et au pouvoir exécutif en général l'initiative et le droit de conclure les traités internationaux et que, comme l'a dit Rousseau « les traités soient des actes de gouvernement », il ne ressort, cependant, pas clairement de notre Constitution que ce droit appartienne exclusivement au Conseil fédéral.

L'article 85 de la Constitution dit, en effet, que les affaires de la compétence des deux conseils sont notamment les suivantes :

- al. 5 : « Les alliances et les traités avec les Etats étrangers.
- al. 6 : « Les mesures pour la sûreté extérieure ainsi que pour le maintien de l'indépendance et de la neutralité suisse; les déclarations de guerre et la conclusion de la paix. »

Et l'article 102 que :

- al. 8 : « Le Conseil fédéral veille aux intérêts de la Confédération au dehors, notamment à l'observation des rapports internationaux et est, en général, chargé de ses relations extérieures. »
- al. 9 : « Il veille à la sûreté extérieure de la Suisse, au maintien de son indépendance et de la neutralité. »

Une certaine obscurité, qu'il s'agit d'éclaircir, ressort de ces articles. Ils font en effet, entrer dans la compétence de l'Assemblée fédérale (art. 85) les mêmes matières qu'ils font ensuite entrer dans la compétence du Conseil fédéral (art. 102).

Les dispositions générales de la première partie de la Constitution sont consacrées à la sécurité du pays. La Confédération doit veiller à la sûreté et à l'indépendance de la Suisse comme aussi à la défense de sa neutralité¹.

C'est donc à la Confédération qu'incombe la charge de prévenir toutes les campagnes militaires ou diplomatiques dirigées contre le statut juridique international de la Suisse². Or s'il est certain que c'est l'Assemblée fédérale qui doit faire face et répondre à toute provocation armée, par la force car c'est elle qui « a seule le droit de disposer de l'armée fédérale »³, il n'existe, par contre aucun texte qui confère expressément au Conseil fédéral le droit de conclure des traités internationaux. Mais puisque c'est lui qui « veille aux intérêts de la Confédération au dehors »⁴, et que c'est lui qui représente la Suisse

¹ Art. 2, 15, 19, al. 2-5, 85, al. 7, 102, al. 8 et 9 de la Constitution de 1874.

Ce principe se trouvait déjà énoncé dans l'acte de médiation V, art. 1 et 34, et dans la Constitution de 1815, § 1 et VII, art. 7.

² Traité du 20 novembre 1815; art. 435 du traité de Versailles du 28 juin 1919; traité de Paris du 27 août 1929.

³ Art. 85, al. 9.

⁴ Art. 102 de la Constitution.

à l'étranger, il semble qu'il faille, par la force des choses, lui reconnaître ce droit exclusivement.

Ayant en effet, la haute main sur la représentation et les agents diplomatiques, il est seul à même de « juger de l'opportunité d'un acte international »¹.

La pratique fédérale ne lui conteste du reste pas ce droit; il est, de plus, logique que les Chambres fédérales ne puissent apporter aucun amendement ni aucune modification au projet de traité ainsi élaboré par le Conseil fédéral. C'est en effet, en bloc, par acceptation ou par refus global que l'arrêté portant approbation du projet du traité doit être pris par l'Assemblée fédérale².

§ 2. *Approbation des traités par l'Assemblée fédérale.*

Quel est le rôle de l'Assemblée fédérale dans la conclusion des traités internationaux? Il devrait être primordial puisque d'après l'article 85, alinéa 5 de la Constitution « les alliances et les traités avec l'étranger » sont de sa compétence.

Nous avons distingué les diverses grandes phases de la conclusion des traités, nous avons admis que les deux premières, c'est-à-dire l'initiative et la négociation, sont du ressort du Conseil fédéral; si nous admettons maintenant que la troisième, c'est-à-dire l'approbation, est du ressort de l'Assemblée fédérale, que cette approbation est une condition essentielle de la validité des traités, cela revient à dire que la volonté étatique procède de l'accord du Conseil fédéral et des Chambres. Ce partage

¹ GEORG, *op. cit.*, p. 201.

² *Bull. Stén.*, 1892, p. 494 et s., à propos d'une motion du C. N. tendant à la dénonciation de l'union monétaire. Salis-Borel, 1904, I, p. 402, à propos de motions en 1900 et 1901 invitant le Conseil fédéral à provoquer une protestation collective des puissances auprès de la Grande-Bretagne contre le traitement inhumain des Boers dans les camps de concentration.

de compétence est très conforme à l'esprit de la Constitution d'après lequel la conclusion des traités internationaux est, aussi bien du ressort de l'Assemblée fédérale, que du Conseil fédéral. Quand nous faisons entrer dans la compétence de l'Assemblée fédérale l'approbation des traités et dans celle du Conseil fédéral l'initiative et la négociation nous ne faisons que de nous conformer à l'esprit de la Constitution. Les traités, en effet, conclus sans l'assentiment du parlement sont nuls¹ : telle est la règle. Il existe cependant des exceptions et nous avons divisé en quatre catégories les traités que le Conseil fédéral conclut valablement sans l'approbation de l'Assemblée fédérale :

- A. Les traités n'entraînant aucune nouvelle obligation tels que le projet d'arrangement concernant l'unification de la formule des médicaments héroïques de 1925²; l'accord sur la suppression des bureaux de douane italiens de Varzo et Preglia 1927³; le traité sur le Spitzberg février 1920⁴; la résolution de la Conférence de Washington concernant le dépôt à la S. D. N. des traités et conventions conclus par la Chine⁵, etc.
- B. Les conventions urgentes et provisoires comme le traité de commerce avec l'Autriche-Hongrie du 22 décembre 1905⁶; la convention de commerce

¹ La liste officielle des traités valables publiés en 1914 lors du rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à propos de l'initiative pour le referendum sur les traités du 29 mai 1914, FF. 1914, III, 471 et s.

BURCKHARDT, *Kommentar* art. 85.

FLEINER, *Schw. Bundesstaatsrecht* p. 757 et s.

KUNDERT, *Völkerrechtlicher Vertrag und Staatsvertragsgesetz im Schw. Rechte*, p. 70.

² BURCKHARDT-S., p. 470.

³ R. O. 43, 369/370.

⁴ BURCKHARDT-S., p. 468.

⁵ C. F. 13 avril 1923.

⁶ FF. 1905, VI, p. 479 et s.

avec l'Espagne de mai 1922 ¹; la convention avec l'Afghanistan et les conventions avec la Roumanie, la Suède et la Bulgarie garantissant le traitement de la nation la plus favorisée en 1928 ², etc.

C. La prorogation de traités déjà dénoncés ³ : comme par exemple le traité de commerce avec l'Autriche-Hongrie prorogé au 31 décembre 1905 ⁴; le traité de commerce italo-suisse de 1904 dénoncé par l'Italie pour fin 1907 et prorogé par le gouvernement jusqu'au 20 septembre 1919 ⁵, etc.

D. Le Conseil fédéral agit seul en vertu d'une autorisation préalable des Chambres. Cette habilitation peut être générale ou partielle.

Ex. : L. F. sur la pêche du 21 décembre 1888, art. 30 : « Le Conseil fédéral est autorisé à conclure avec les Etats voisins des conventions sur la pêche dans les eaux limitrophes. » (Il est à remarquer que cette loi ne doit pas être considérée comme une autorisation à contracter car nous savons que le Conseil fédéral a seul le droit d'initiative en matière de négociations internationales. Il faut simplement y voir une « approbation en blanc » des traités que le Conseil fédéral conclura en matière de pêche dans les eaux limitrophes.); art. 50, al. 4 de la Constitution fédérale concernant l'établissement d'évêchés sur le territoire suisse ⁶; L. F. du 22 janvier 1892, art. 1 concer-

¹ FF. 1922, II, 134 et s.

² F. du dép. de l'écon. publ., partie IV, titre 11, chap. 1.

³ Cf. SALIS II, N° 425 : « La prorogation d'un traité au delà de l'échéance pour laquelle il avait été dénoncé a lieu par déclaration réciproque des gouvernements intéressés; les déclarations de ce genre ne sont pas soumises à l'approbation de l'Assemblée fédérale. »

⁴ FF. 1904, IV 994; 1905, V 65.

⁵ FF. 1917, II 34; 1918, II 3; 1919, II 236.

⁶ BURCKHARDT. *Komm.*, p. 476 et s. SALIS III, N° 1085.

nant les déclarations de réciprocité en matière d'extradition¹; L. F. sur le télégraphe du 16 décembre 1907, art. 5; sur la poste du 5 avril 1910, art. 71; arrêté fédéral du 3 août 1914 sur les pleins pouvoirs accordés au Conseil fédéral durant les hostilités; arrêté fédéral du 18 février 1921 concernant les restrictions à l'importation, etc.

Il ne faut voir dans cette pratique que l'adoucissement d'une procédure trop rigoureuse dont la lenteur, dans certains cas, aurait pu nuire aux intérêts généraux du pays et dont les exigences pouvaient paraître trop sévères à l'égard de conventions de moindre importance. (Cf. protocole d'importation germano-suisse du 17 novembre 1924, ainsi que la Convention commerciale de 1928 avec la France.)

Certains auteurs ont cru reconnaître dans l'arrêté d'approbation des traités internationaux par l'organe législatif de la Confédération cet acte de droit public dont parlait Laband, c'est-à-dire cette loi d'exécution sans laquelle aucun traité n'a force exécutoire à l'intérieur de l'Etat².

Mais il faut avouer que ce serait une loi bien étrange que celle dont l'autorité législative n'aurait ni l'initiative, ni la faculté d'élaborer le texte, ni même le droit d'y porter

¹ BURCKHARDT-S. T. IV, p. 211 et s. et BURCKHARDT. *Komm.*, p. 675.

² Cf. FLEINER, *op. cit.*, p. 75 et s. : « Die Sanktion, die in dem Genehmigungsbeschluss der Bundesversammlung liegt, das heisst die Ausstattung des Staatsvertrags mit *Gesetzbefehl*, m. a. w. der Inhalt des Staatsvertrags wird für alle, die es angeht (Bürger und Behörden) als verbindlich erklärt. Deshalb bedürfen Staatsverträge der amtlichen Veröffentlichung in der Eidg. Gesetzsammlung, gleich wie die Bundesgesetze. »

KUNDERT, *op. cit.*, p. 58 : « ... dass anderseits die Bundesversammlung die nötigen Schritte zu tun hat, um aus dem Text des völkerrechtlichen Vertrags ein, schweizerische Behörden und Bürger kraft Hoheitsrechtes innerstaatlich bindendes Gesetz zu schaffen. »

Cf. encore *Supra* p. 25 et s.

quelque changement ou amendement. Il serait bien difficile aussi d'expliquer cette entorse au principe de la séparation des pouvoirs, qui abaisserait l'Assemblée fédérale au point de la réduire à ne plus jouer que le rôle humiliant d'une simple « chambre d'enregistrement »¹.

L'arrêté d'approbation ne revêtant donc aucune des formes et des caractéristiques distinctives d'un acte législatif, l'on ne peut pas dire que « les clauses d'un traité soient traduites en Suisse sous forme de loi »².

§ 3. *Le Referendum en matière de traités internationaux.*

Cette institution récente et particulière au droit public fédéral mérite que l'on s'y arrête un peu plus longuement, que l'on en étudie rapidement l'histoire, que l'on en analyse la nature et la raison d'être et que l'on en indique ensuite quelques applications.

§§ 1. Généralités.

Dans les constitutions modernes et d'après-guerre, la notion du referendum, bien qu'elle conserve toujours les mêmes formes juridiques, répond pourtant à une signification politique toute différente de celle du referendum suisse ou américain. « La votation populaire du XX^e siècle suit le sort des autres institutions de droit constitutionnel et passe de la phase doctrinale à la phase positive, si bien que, de nos jours, la question du referendum a perdu son caractère théorique. Actuellement c'est une question exclusivement technique où n'entrent en compte ni la philosophie du droit, ni la nature de la souveraineté populaire³. »

¹ NOEL, *op. cit.*, p. 126.

² BURCKHARDT. *Komm.*, p. 674 et s.

³ MIRKINE-GUÉTZÉVITCH. *Nouvelles tendances du droit constitutionnel.* Paris 1921, p. 140.

Le progrès de la science du droit a donc été de faire passer sur le plan technique politique des questions que les philosophes du XVIII^e siècle avaient posées comme des problèmes idéologiques.

Les auteurs des constitutions récentes des pays transformés ou nés de la guerre ¹, en instituant un appel direct à l'instance suprême, c'est-à-dire au peuple, et en lui conférant le droit de dissolution des Chambres ont trouvé dans le referendum un moyen de résoudre les conflits entre le législatif et l'exécutif. C'est ce que Mirkine-Guétzévitch a appelé une nouvelle rationalisation du pouvoir. Le nouveau parlementarisme considère le referendum comme une pièce du mécanisme constitutionnel.

Bien que né après la guerre, ce n'est pourtant pas de ce modernisme, de cette conception nouvelle et technique de l'appel au peuple que procède notre institution du referendum sur les traités. Cette disposition nouvelle de l'article 89 de la Constitution qui date du 30 janvier 1921 a été, en effet, conçue plus de dix ans avant sa naissance. La guerre explique en partie cette longue gestation; les dissentiments et les indécisions du Conseil fédéral et des Chambres n'ont fait qu'allonger l'histoire d'une lutte acharnée entre les partisans et les adversaires de la réforme proposée. Les uns, combattant derrière le vieil étendard quelque peu défraîchi de la démocratie directe ou semi-directe, se réclamaient des idéologies chères aux philosophes de la fin du XVIII^e siècle ², les autres cherchaient

¹ Tchécoslovaquie : Const. art. 46; Autriche : Loi du 24 juin 1921, art. 41, 43, 44; Esthonie : Const. art. 29-34 et 87-89; Lettonie : Const. art. 72-80; Grèce : Const. art. 125.

² M. Richard au Conseil des Etats : « Le droit public suisse prétend réaliser dans la plus large mesure possible la démocratie directe. Tout droit réside dans le peuple et malgré nos institutions représentatives, le peuple demeure la source de la loi. Il possède l'arme suprême du referendum pour redresser les erreurs commises par ses mandataires. Et chose singulière, généralement ignorée, la volonté populaire est limitée et restreinte en ce

à démontrer, qu'en dépit de son apparente logique démocratique, le referendum sur les traités entraînerait le pays vers les conséquences les plus désastreuses, que les intérêts suprêmes d'une nation ne doivent pas être soumis aux passions et aux agitations politiques. « Faites nommer le Conseil fédéral par le peuple, disait le conseiller Deucher, étendez jusqu'à leurs extrêmes limites les principes démocratiques, mais ne faites pas une seule chose, ne soumettez pas les traités internationaux au referendum. »

La réforme proposée ne devait voir le jour que trois ans après la guerre. M. Georg dans son remarquable travail sur *Le contrôle du peuple sur la politique étrangère* a étudié l'histoire du referendum en Suisse depuis ses origines les plus lointaines. Il a montré comment les plénipotentiaires des Etats auprès de la Diète ne pouvaient prendre des engagements, en dehors de leur mandat et de leurs instructions, qu'*ad referendum* et sous réserve de ratification, et a fait ensuite, à ce propos, une étude approfondie des constitutions des cantons et de la Confédération. Nous ne saurions reprendre cet historique. Nous nous bornerons donc à retracer les étapes successives et principales du chemin parcouru par les promoteurs de la réforme et les partisans du referendum sur les traités internationaux depuis 1874.

§§ 2. Historique.

Ce ne furent tout d'abord que controverses doctrinales et discussions philosophiques. Plusieurs projets furent qui concerne les rapports internationaux. Ceux-ci échappent au referendum et cependant, les destinées du pays peuvent être influencées gravement et même compromises par des engagements de cette nature. Les Chambres fédérales d'autre part, aux termes de la Constitution semblent avoir la compétence pour conclure de telles conventions sont également liées, elles ne peuvent, en effet, en changer la moindre disposition. Leur seul droit, plus nominal que réel, est de répondre oui ou non aux textes proposés. » (*Bull. Stén.* 1913, p. 170.)

déposés. M. Brenner proposait un referendum obligatoire sur tous les traités de caractère législatif, d'autres un referendum sur les traités modifiant la Constitution, d'autres enfin, avec M. de Segesser dont le nom domine tout ce débat, un referendum obligatoire sur tous les traités internationaux. Mais la majorité du Conseil des Etats repoussa ces projets et se rangea du côté de MM. Welti et Escher qui avaient vivement combattu ces tentatives d'élargissement des droits du suffrage populaire.

Les choses en étaient là quand, près de vingt ans plus tard lors de la conclusion du traité du Simplon du 20 décembre 1896, le Conseiller national Curti soutint que, puisque d'après l'article 89 de la Constitution, l'approbation de ce traité nécessitait un arrêté de portée générale, il pouvait être soumis au referendum (art. 89, al. 2). La question entraîna dans une nouvelle phase, on invoquait maintenant des arguments juridiques et l'on cherchait à faire dire à la Constitution ce qu'elle ne dit pas ou du moins ce qu'elle ne disait pas encore. Quoi qu'il en soit on serrait la question de plus près, on s'appuyait sur des textes, on brandissait des traités que le peuple n'aurait jamais acceptés, on approchait du but. Mais il faudra attendre plus de vingt ans encore pour voir figurer dans la Constitution cette dernière prérogative du peuple souverain. Une motion Fonjallaz-Descurtin fut encore repoussée par le Conseil national en 1897 par 82 voix contre 6 ¹.

L'article 89 restait inchangé, toutes les tentatives de réforme étant, jusqu'ici demeurées vaines. Le dernier rempart du gouvernement libre tenait encore. Les intérêts suprêmes du pays n'étaient pas encore livrés aux partis

¹ Rapp. du Cons. féd. à l'Ass. féd. concernant la demande d'initiative populaire tendant à soumettre les traités au referendum du 29 mai 1914. F. F. 1914, vol. III, p. 451 et s.

et à la vindicte populaire, l'on ne pourrait donc pas encore faire de la diplomatie sur les places publiques.

Mais quelques années plus tard la Suisse signa avec l'Allemagne et l'Italie la convention du Gothard du 13 octobre 1909¹.

La réforme allait entrer dans sa phase décisive, le débat déborder des enceintes parlementaires, le peuple s'en emparer et seule la grande guerre en retardera de quelques années encore l'aboutissement.

Le rachat par la Suisse de la ligne du Gothard, à la construction de laquelle avaient avec elle contribué l'Allemagne et l'Italie, rendait entre ces trois pays un accord nécessaire. La Suisse s'engageait par cette convention à exploiter la ligne du Gothard d'une façon continue et normale et promettait de ne pas augmenter, sans avoir au préalable consulté les gouvernements des Etats parties à la convention, certains tarifs de chemin de fer. La Suisse conférait, en outre à l'Allemagne et à l'Italie, sur tout le réseau des C. F. F., le traitement de la nation la plus favorisée. La convention était faite pour *une durée indéterminée*, la Suisse était liée à tout jamais. L'Allemagne et l'Italie renonçaient enfin en faveur de la Suisse à certains droits de contrôle qu'elles avaient sur l'exploitation de la ligne du Gothard.

Un vif mécontentement et des discussions interminables suivirent la rédaction manifestement défectueuse de la Convention. Pour se faire entendre l'opinion publique usa, tout d'abord d'un moyen d'ordre politique qui ne comporte aucune sanction de droit public. Une pétition couverte de plus de 140,000 signatures fut adressée aux

¹ Cf. Rapp. complémentaire du Cons. féd. à l'Ass. féd. sur la convention relative au chemin de fer du Gothard intervenue le 13 octobre 1909 entre la Suisse, l'Allemagne et l'Italie. FF. 1913, vol. I, p. 339 et s.

Chambres pour les prier de ne pas ratifier ¹. L'Assemblée fédérale passa outre et vota malgré cette protestation l'arrêté d'approbation du traité le 9 avril 1913.

Une initiative partit alors du canton de Vaud. Elle demandait que les traités internationaux fussent soumis au referendum facultatif du peuple. L'attitude du Conseil fédéral fut très hésitante. Il proposa tout d'abord à l'Assemblée fédérale de repousser l'initiative ², puis après la guerre, changeant d'avis ³, il proposa à l'Assemblée fédérale d'adhérer à l'initiative. Cette dernière, soumise au peuple le 30 janvier 1921, fut adoptée par 398,548 voix contre 160,004 et par 20 cantons contre 2. La réforme avait abouti. L'article 89 de la Constitution fédérale reçut ainsi l'adjonction suivante : « Les traités internationaux conclus pour une durée de plus de quinze ans sont soumis également à l'adoption ou au rejet du peuple si la demande en est faite par 30,000 citoyens actifs ou par 8 cantons. »

§§ 3. Nature juridique de l'arrêté d'approbation des traités par les Chambres.

Il est d'une extrême difficulté de différencier les lois fédérales des arrêtés de portée générale. La Constitution ne donne, en effet, de définition ni de la loi, ni de l'arrêté de portée générale urgent ⁴, si bien que « l'Assemblée fédérale peut déterminer elle-même dans chaque cas particulier si un décret législatif est une loi ou un arrêté, suivant la nature des dispositions qui y sont contenues » ⁵. L'ar-

¹ Rapp. du C. F. à l'Ass. féd. du 9 nov. 1909 et du 18 févr. 1913, FF. 1913, vol. I, p. 339 et s.; FF. 1909, vol. VI, p. 50 et s.

² Rapp. du C. F. à l'Ass. féd. du 29 mai 1914. FF. 1914, vol. III, p. 451 et s.

³ FF. 1919, vol. II, p. 208 et s.

⁴ Art. 89, Constitution.

⁵ Mess. du 29 mai 1874, FF. 1873, vol. I, p. 297.

ticle 2, alinéa 1 de la loi fédérale du 17 juin 1874 sur les votations populaires en matière de lois et d'arrêtés de portée générale stipule en outre que « la décision portant qu'un arrêté fédéral n'a pas de portée générale ou revêt un caractère d'urgence est du ressort de l'Assemblée fédérale et qu'elle doit chaque fois être formellement annexée à l'arrêté lui-même ». S'il est vain de chercher dans les textes un critère de la loi et de l'arrêté de portée générale, il est tout aussi vain d'y chercher le critère de la notion d'urgence. Et si l'on admet que la loi fédérale et l'arrêté de portée générale sont deux expressions qui désignent une même notion juridique ¹, il faut reconnaître qu'il est du pouvoir absolu de l'Assemblée fédérale de soustraire à la procédure référendaire telle ou telle disposition législative ou, au contraire de l'y soumettre.

Il ne rentre pas dans le cadre de cette étude de déterminer, s'il en est un, le critère des arrêtés de portée générale et de le définir mais il est cependant du ressort de ce chapitre de rechercher si l'arrêté d'approbation des traités internationaux par les Chambres fédérales est un arrêté de portée générale ², s'il est un arrêté simple ou s'il est au contraire, d'une nature différente encore, n'ayant rien de commun avec les expressions ordinaires de manifestations de volonté de l'Etat.

Il est pour cela capital de bien distinguer la loi matérielle de la loi formelle, de rechercher les caractères propres à chacune d'elles, de considérer enfin qu'il n'est qu'une loi au sens matériel du mot et que tous les noms sous lesquels on la désigne et toutes les formes dont on la revêt ne sont que les expressions d'une même notion juridique. Démontrer ensuite qu'une loi matérielle n'est

¹ BURCKHARDT. *Komm.*, p. 702 et s.

² Cf. en ce sens GEORG, E., *op. cit.*, p. 247.

pas toujours une loi formelle et qu'une loi formelle n'est pas pour cela une loi matérielle, que l'arrêté d'approbation d'un traité ne présente pas les caractéristiques originales de la loi matérielle, telle sera la conclusion qui nous permettra de justifier du point de vue juridique le referendum sur les traités internationaux et de déterminer la nature juridique de l'arrêté d'approbation de l'Assemblée fédérale.

« Il faut entendre par loi formelle toute décision qui émane de l'organe qui, d'après la Constitution du pays considéré a le caractère d'organe législatif, alors que du point de vue matériel est loi tout acte qui possède en soi le caractère intrinsèque de loi et cela indépendamment de l'individu ou du corps qui fait l'acte. C'est l'acte législatif d'après sa nature propre qui peut être en même temps une loi formelle mais aussi ne pas l'être ¹. » La loi matérielle implique donc une norme impérative en soi, une règle de droit objectif, c'est-à-dire une disposition par voie générale. Cette disposition devient loi formelle dès que, soumise à la procédure législative ordinaire, elle est régulièrement promulguée par les Chambres.

La caractéristique essentielle de la loi est donc la *généralité* : « Quand je dis que l'objet de la loi est toujours général, j'entends que la loi considère le sujet en corps et les actions comme abstraites et jamais un homme comme individu ni une action particulière... et ce qu'ordonne, même le souverain, sur un objet particulier n'est pas non plus une loi mais un décret, ni un acte de souveraineté, mais un acte de magistrature ². »

Duguit dit encore au sujet de la loi matérielle que ce qui fait la disposition par voie générale, c'est qu'au moment

¹ DUGUIT, *op. cit.*, vol. II, p. 140.

² ROUSSEAU, *Contrat Social*, livre II, chap. VI.

où elle est édictée on ne peut pas déterminer les personnes auxquelles elle s'appliquera... déterminer le caractère d'un acte du point de vue matériel c'est le déterminer d'après la modification qui se produit dans l'ordonnement juridique ¹.

Si l'on transporte ces considérations sur le plan de notre droit constitutionnel, on remarque (art. 89) que ce ne sont que les lois matérielles, c'est-à-dire les normes juridiques qui régissent des rapports généraux constants et durables, que le législateur a voulu soumettre au referendum populaire et non pas les dispositions d'ordre individuel et concret qui ne sont souvent que des actes d'organisation et d'administration.

Quelle est donc la nature des arrêtés d'approbation des traités internationaux ? Il n'est pas douteux que ce sont des lois formelles puisqu'elles émanent de l'organe législatif de la Confédération. Mais peut-on prétendre que ce sont des lois au sens matériel du mot ? Il semble que, s'il fallait y voir une vraie loi matérielle d'exécution, le nouvel alinéa de l'article 89 sur les traités internationaux n'aurait pas sa raison d'être. Il n'eut, en effet, pas été nécessaire de modifier la Constitution puisque l'article 89 ancien formulait clairement que toute loi ou arrêté de portée générale, c'est-à-dire toute loi matérielle était soumis au referendum. L'article 89 ancien n'englobant pas l'arrêté d'approbation des traités, on pouvait croire que ce dernier n'était pas considéré comme une disposition législative ordinaire et réelle, c'est-à-dire comme une loi matérielle. « Un traité, bien que parfois il modifie la législation, n'est pas une loi. Mais l'approbation parlementaire étant donnée sous forme d'arrêté, on pouvait se demander

¹ Duguit, *op. cit.* I, 182 à 185.

si le referendum ne pouvait pas être appliqué à cet arrêté. On doit répondre par la négative. Le traité constitue une déclaration de volonté de l'Etat que la Constitution avait voulu soustraire au contrôle du peuple et ce serait tourner la Constitution que de vouloir soumettre au peuple l'arrêté approuvant la ratification des traités ¹. »

Si l'initiative populaire a abouti en 1921 à l'adjonction d'un nouvel alinéa à l'article 89, c'est qu'une pratique maladroite avait montré à l'opinion d'une façon trop manifeste que la législation pouvait être changée et transformée par des traités internationaux, sans que le peuple soit consulté. C'était la démonstration de leur caractère de loi matérielle; c'était fournir aux initiateurs de la réforme un de leurs arguments les plus décisifs et les plus dangereux, c'était enfin révéler aux citoyens, jaloux de leurs prérogatives et des droits populaires, une fissure par laquelle pouvait se manifester, à loisir et sans contrôle, le soi-disant arbitraire des représentants élus de la nation. Le vote de 1921 n'est que l'aveu, la démonstration que le traité international constitue une nouvelle déclaration de volonté de l'Etat, une véritable loi matérielle, en tous points semblable par son autorité aux lois fédérales et aux arrêtés de portée générale. Pour de sages raisons politiques et opportunistes la Constitution de 1874 l'avait soustrait au suffrage populaire.

Il a fallu près d'un demi-siècle pour faire disparaître cette inconséquence de notre constitution et pour que l'opinion comprenne que le referendum sur les traités est malheureusement le corollaire nécessaire du referendum législatif. Nous touchons ici un des paradoxes de la démocratie pure, du peuple roi et de la souveraineté populaire.

¹ FERMAUD, G., *op. cit.*, p. 77.

« *L'exercice extérieur de la puissance ne convient pas au peuple*, les grandes maximes d'Etat ne sont pas à sa portée, il doit s'en tenir là-dessus à ses chefs qui, toujours mieux éclairés que lui sur ce sujet n'ont guère intérêt à faire au dehors des traités désavantageux à la patrie. L'ordre veut qu'il leur laisse tout l'éclat extérieur et qu'il s'attache uniquement au solide; ce qui importe essentiellement à chaque citoyen c'est l'observation des lois au dedans, la propriété des biens, la sûreté des particuliers. Tant que tout ira bien sur ces trois points laissez les conseils traiter et négocier avec l'étranger, ce n'est pas de là que viendront vos dangers les plus à craindre ¹. »

Ces mots prennent toute leur signification dans la bouche de l'auteur du Contrat social; c'est de l'aveu même du père de la démocratie, la condamnation de son principe absolu, c'est la reconnaissance de l'autonomie et de l'absolutisme de ce pouvoir fédératif dont parlait déjà Locke, mais n'est-ce pas aussi « une offense faite au peuple que de détailler les divers actes de sa souveraineté » ² ?

L'introduction du referendum sur les traités est la démonstration la plus éclatante que toute idéologie admise comme principe de droit peut entraîner et engendrer les conséquences les plus inadmissibles et les plus désastreuses quand on n'en poursuit le développement que du seul point de vue de la raison et de la logique, sans tenir compte de la réalité des faits et des nécessités de la vie politique ³. Les promoteurs de la réforme de 1921 n'ont pas, en effet, compris ni vu que les nécessités de la politique étrangère doivent primer la logique implacable d'un système juridique et que si l'on tenait plus à la logique qu'à l'applica-

¹ ROUSSEAU. *Lettres écrites de la Montagne*. T. XVII 2, part. 1. 7.

² HÉRAULT-SÉCHELLES dans *l'Ancien Moniteur*. T. XVI, p. 617.

³ Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale au sujet de l'initiative sur le referendum sur les traités. FF. 1914, III, page 463.

tion raisonnable du système, il valait beaucoup mieux abandonner le principe même, que de livrer aux passions politiques et à l'étranger qui a tout intérêt à se mêler à la campagne pour ou contre le traité qu'on va signer avec lui, les suprêmes intérêts du pays.

Nous vivons, en effet, une époque où les progrès de la science et de la technique ont prodigieusement raccourci les distances, rapproché les capitales et les chancelleries et où le contact plus étroit des peuples engendre de nombreux traités. La vie agitée du XX^e siècle ne se satisfait que de situations sans cesse changées et bouleversées. Et si l'opinion du pays peut à la rigueur comprendre le traité qui lui est soumis, il lui est, par contre, absolument impossible d'en saisir l'histoire, la raison et les compensations qu'il faut toujours donner pour recevoir. Il est donc de toute nécessité pour l'Etat moderne d'avoir les coudées franches et de ne pas être embarrassé de cette crinoline qu'est le referendum sur les traités. Le XX^e siècle est celui de la technique et nous n'avons plus que faire des idéologies et des ornements variés et divers dont les philosophes ont agrémenté la doctrine juridique du siècle passé.

§§ 4. Application.

Il n'est évidemment pas compliqué de déterminer les traités qui, selon l'article 89, alinéa 3 de la Constitution, sont soumis au referendum populaire. Cependant la distinction que fait cette disposition entre ces derniers traités et les autres, est dénuée de toute logique car la durée n'est pas une caractéristique et le signe évident de l'importance d'un traité¹. Mais la disposition est encore empreinte de toute l'indignation soulevée en Suisse par

¹ Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 29 mai 1914.

la convention du Gothard et il est clair que ce que l'on a voulu éviter avant tout, c'est que l'Etat puisse, en dépit de la clause *rebus sic stantibus*, assumer de son propre chef et sans le consentement du peuple des obligations de durée indéterminée ¹.

Quoi qu'il en soit le referendum est, depuis 1921, applicable aux traités qui ne peuvent pas être dénoncés par la Suisse dans un délai de quinze ans au plus. Les rectifications de frontières, les charges durables, les renonciations définitives à certaines prérogatives internationales, etc., rentrent en général dans cette catégorie de traités. Des engagements internationaux, par contre, qui sont de durée indéterminée mais qui peuvent être dénoncés en tout temps à une époque indéterminée inférieure à quinze ans ne sont pas des traités de durée illimitée au sens de l'article 89, alinéa 3 ². Il ressort, en outre, du texte de cet article, qu'un traité renouvelable par *tacite reconduction* ne rentre pas dans la catégorie des traités de durée illimitée.

Le Conseil fédéral, le 26 juin 1923, soumit aux Chambres un projet d'arrêté fédéral sur l'approbation du traité d'extradition avec l'Uruguay muni de la clause référendaire ³. Au Conseil des Etats cependant, M. Huber, député de Thurgovie, fit remarquer que la clause avait été introduite à tort dans le traité. Les traités, en effet, qui sont conclus pour une durée indéterminée, mais qui, comme le traité d'extradition avec l'Uruguay, peuvent être dénoncés en tout temps, ne sont pas soumis au referendum ⁴.

¹ *Bulletin Sténographique*, 1920, CN, p. 343-5.

² FLEINER, F., *op. cit.*, p. 755 et s.

³ FF. 1923, II, p. 626.

⁴ *Consultations N° 164 du prof. Burckhardt du Département de Justice et Police du 26 déc. 1923*: «Lorsqu'un traité d'une durée illimitée admet expressément la dénonciation par chaque partie il ne tombe pas sous le coup du referendum. Le point définitif est de savoir si, après quinze ans

Le Conseil fédéral avait soutenu ce même point de vue dans son message du 2 octobre 1922 concernant la convention radiotélégraphique de Londres, il a toujours considéré que « l'article 89, alinéa 3 s'applique aux traités par lesquels la Suisse se lie pour une durée de quinze ans au moins, si elle pouvait résilier unilatéralement son engagement dans un délai de quinze ans au plus, le traité n'était pas soumis au referendum »¹.

On voit donc que la réforme de 1921 ne modifie *en fait* en aucune manière la situation antérieure puisque le Conseil fédéral, au moyen de la reconduction tacite, peut comme par le passé conclure des conventions de durée indéterminée.

La question de savoir, enfin, si les traités de paix et les alliances doivent être soumis au referendum populaire peut également prêter à discussion. En effet, alors que l'article 8 de la Constitution dispose que « La Confédération a seule le droit de conclure la paix ainsi que de faire avec les Etats étrangers des alliances et des traités... » et que l'article 85 dit que « les alliances et les traités avec l'étranger... et la conclusion de la paix » sont de la compétence de l'Assemblée fédérale, l'article 89, alinéa 3 ne parle que des traités internationaux sans mentionner expressément les traités d'alliance et la conclusion de la paix². Nous croyons que cette limitation serait en tout cas contraire à l'esprit de la réforme de 1921 et que l'expression générale de traités internationaux de l'article 89 englobe naturellement aussi les traités de paix et les traités d'alliance.

on plus, la Confédération peut se libérer unilatéralement d'une convention sans autre condition contractuelle. A cet égard il est indifférent que la libération s'effectue de plein droit par l'expiration de la durée du traité ou par dénonciation. »

¹ BURCKHARDT, W. *Le droit fédéral*, N° 576 et s.

² BATTELI, M., *op. cit.*, p. 51.

Remarquons, en outre, que la Suisse pourra se trouver liée pour une durée indéterminée par une sentence arbitrale en vertu d'un traité qui, ne rentrant pas dans le cadre de l'article 89, alinéa 3 de la Constitution, aura été ratifié sans être soumis au referendum¹. Mais il faut dire qu'en pratique ces obligations de longue durée seront assez rares; elles ne pourraient pourtant pas être soumises au referendum car elles ne font pas l'objet d'un traité mais en sont la conséquence. Ce n'est là qu'une preuve de plus que la durée d'un traité n'est pas le critère logique de son importance et de sa gravité.

Le nouveau statut international de la Suisse résultant de son accession au pacte de la Société des Nations est l'occasion d'une démonstration plus patente encore, de la vanité de la réforme de 1921 et de son inutilité. Par arrêté fédéral du 5 mars 1920², la Confédération décida expressément que tous les amendements apportés au pacte de la Société des Nations et que toutes les conventions « en rapport » avec le pacte (*zusammenhängend*) seraient soumises au referendum de l'article 89 de la Constitution. Il est difficile de déterminer exactement les conventions qui sont « en rapport » avec le pacte de la S. d. N.³ Sont-ce celles qui se font simplement sous son égide ou celles qui rentrent dans ses attributions telles qu'elles sont déterminées à l'article 23 du pacte⁴ ?

¹ FERMAUD, G., *op. cit.*, p. 95 et s.

SCHINDLER. *Le traité d'arbitrage et de conciliation franco-suisse du 30 octobre 1924*, dans la revue de droit international et de législation comparée 1925.

² FF. 1920, I, p. 483 : « Les dispositions de la Constitution fédérale concernant la promulgation des lois fédérales sont applicables à la ratification des amendements apportés au dit pacte et à l'approbation des conventions de tout genre qui sont en rapport avec la S. d. N. »

³ BURCKHARDT, W. *Kommentar*, p. 704 et s.

⁴ RAY, J. *Commentaire du pacte de la Société des Nations*. Paris 1930, p. 648 et s.

Le statut de la Cour de justice internationale de La Haye, le protocole d'arbitrage obligatoire du 13 décembre 1920 dont la mise en application nécessite une intervention réelle et active des organes de la S. d. N. et spécialement du Conseil sont des types de conventions internationales « en rapport direct » avec la S. d. N. et elles ont été, en effet, reconnues comme telles par la pratique fédérale ¹. Mais les conventions concernant le droit ouvrier élaborées à la conférence du travail, les conventions sur la traite des femmes et des enfants, sur les voies de communication et de transit, sur l'uniformité des formalités douanières, sur les restrictions portées à l'importation et à l'exportation, n'ont par contre pas été considérées comme rentrant dans cette catégorie ².

Que faut-il en déduire ? M. Batteli pense que les conventions qui ne sont pas en rapport avec la S. d. N. sont en principe « celles qui n'ont qu'un rapport lointain avec elle, tels que par exemple, les projets de conventions qu'élabore la conférence de l'organisation internationale du travail. Par contre toutes modifications des dispositions qui régissent l'organisation internationale du travail elle-même (partie XIII du traité de Versailles) doivent être soumises au referendum facultatif ³. »

Nous pensons que la nouvelle procédure constitutionnelle de la conclusion des traités devrait être appliquée à toutes les conventions qui ont avec le pacte un rapport quelconque direct ou indirect. C'est sans doute ce qu'a voulu dire le Conseil fédéral dans son arrêté du 5 mars 1920, alinéa 1 ⁴ lorsqu'il parle des conventions de *tout*

¹ FF. 1921, I, p. 328.

Bull. Stén. 1921 CN, p. 150 et CE, p. 144 et s.

BURCKHARDT, W. *Kommentar*, art. 89, al. 3.

² BURCKHARDT, W. *Kommentar*, p. 714.

³ BATTELI, M., *op. cit.*, p. 54 et s. ⁴ Cf. p. 63 ¹.

genre qui sont en rapport avec la S. d. N. S'il n'en était pas ainsi, toutes les conventions n'ayant qu'un rapport lointain avec la S. d. N. et ne nécessitant pas l'intervention réelle et active de ses organes, échapperaient au contrôle du peuple et ce serait rendre ce contrôle illusoire et le dépouiller encore de son efficacité.

Le Conseil fédéral admit enfin que la partie XIII du traité de Versailles est un chapitre du pacte de la S. d. N. ¹. Nous ne voyons, dès lors, guère pourquoi tout ce qui se rapporte au B. I. T. en général et les modifications de l'article 393 du traité de Versailles en particulier, n'ont pas été soumis à la nouvelle procédure de l'article 89, alinéa 3 de la Constitution ². Tous ces flottements, ces inconséquences et ces hésitations ne font que ressortir plus distinctement l'inutilité de la réforme de 1921.

L'opinion publique semble s'être, jusqu'ici du moins, singulièrement désintéressée de cette question qui l'avait pourtant passionnée de 1909 à 1921. Le referendum n'a jamais encore été demandé sur aucun des amendements du pacte entrés en vigueur depuis 1921 et il n'a été appliqué qu'à un seul traité : le traité des zones franches franco-suisse.

Il semble donc que les intrusions du suffrage populaire dans le domaine de la politique étrangère demeureront exceptionnelles et n'entraîneront pas, en pratique, les conséquences désastreuses que laissait prévoir la réforme constitutionnelle de 1921. L'examen des faits nous montre, en effet, que grâce à la rédaction défectueuse de la nouvelle disposition de l'article 89, le pouvoir fédératif de la Confédération n'a rien perdu de son absolutisme et que si le referendum sur les traités internationaux est

¹ FF. 1923, III, p. 86.

² Arrêté fédéral du 21 juin 1924.

peut-être le plus beau fleuron de la couronne du peuple roi, il en est aussi le plus stérile.

A. Question des Zones franches.

Dès les premiers jours de son indépendance la question des zones s'est posée pour Genève; réduite, en effet, aux étroites limites de la ville, la République de Genève ne pouvait que difficilement vivre, encerclée qu'elle était de toutes parts, de territoires étrangers.

De très bonne heure il s'est donc agi pour les Genevois de remédier à cette situation difficile. Ils signèrent avec les Etats voisins toute une série de traités et de compromis : traité de St-Julien du 24 juillet 1603 avec le duc de Savoie; traité de Lyon de 1601; les lettres patentes obtenues de Louis XVI le 20 janvier 1776. Toutes ces conventions tombèrent à la suite des événements de 1789 et ne furent plus que lettres mortes lorsque Genève fut annexé à la France en 1798. Mais la chute de l'Empire fit revivre la République de Genève et les inconvénients attachés à sa situation et à son isolement ressuscitèrent avec sa liberté. Genève dut à nouveau s'entendre avec les puissances limitrophes pour leur arracher les divers avantages que nécessitait sa situation enclavée. C'est ainsi, en vertu du traité de Paris de 1814, puis du traité de Turin du 16 mars 1816 avec la Sardaigne, que deux zones franches de tous droits de douane furent tracées tout autour de son territoire. L'une, en France, est le pays de Gex qui va jusqu'au Jura ¹ et l'autre en territoire sarde comprend toute la haute Savoie ². Il existe encore une troi-

¹ Art. 1, N° 3 du traité de Paris de 1815.

² Art. 3 du traité de Turin de 1816. Il est à remarquer que ce traité passa à la charge de la France lors de l'annexion de la Savoie par le traité de Turin du 24 mars 1860 entre Napoléon III et le roi de Sardaigne.

sième zone englobant le Chablais et le Faucigny, mais qui ne fut accordée que plus tard par Napoléon III aux Savoyards de la vallée de la Dranse et de l'Arve (senatus consulte du 14 juin 1860).

C'est au sujet des deux premières zones seulement, issues de traités bilatéraux, que s'est élevée entre la France et la Suisse une controverse fameuse qui, bien qu'ayant été tranchée par la Cour permanente de Justice Internationale de La Haye, ne semble pourtant pas être liquidée puisqu'il est encore aujourd'hui des Genevois qui réclament une révision du régime établi en 1934 ¹. La troisième zone, ayant été créée par un acte unilatéral de la France au profit de ses sujets de la Savoie, il n'en est pour la Suisse résulté aucun droit et pour la France aucune obligation.

C'est la guerre qui mit fin au régime établi par les traités de 1815 et 1816. Le gouvernement français fit en 1914 avancer son cordon de police douanière jusqu'à sa frontière politique de telle sorte que les produits des zones ne furent plus guère exportés, mais servirent davantage au ravitaillement de la population française. Il s'agissait, dès lors, après la cessation des hostilités, ou de rétablir le régime des zones franches, unilatéralement aboli par la France, conformément aux traités encore en vigueur de 1815 et de 1816, ou de conclure un nouvel accord ². Telle fut la base du traité franco-suisse signé à Paris le 7 avril 1921 ³ et qui réglait de façon nouvelle le statut des zones franches. C'est cette convention qui fut rejetée par le peu-

¹ *Journal de Genève*, 19 avril 1936.

² Art. 435 du traité de Versailles : « Les hautes Parties Contractantes reconnaissent, que les traités de 1815 et les autres actes complémentaires relatifs aux zones franches de la Haute Savoie et du Pays de Gex ne correspondent plus aux circonstances actuelles et qu'il appartient à la France et à la Suisse de régler entre elles, d'un commun accord, les régimes de ces territoires dans les conditions jugées opportunes par les deux pays. »

³ Cf. notes diplomatiques FF. 1921, vol. IV, p. 611 et s.

ple suisse le 18 février 1923 par 414,305 voix contre 93,892. Le referendum avait obtenu 56,457 signatures et la participation au scrutin ne fut que de 51 % des votants inscrits.

Il est intéressant d'examiner les réactions du peuple suisse à l'occasion de cette première application de la réforme constitutionnelle de 1921 et de rechercher les motifs principaux qui influencèrent sa décision. La convention constatait la suppression des zones moyennant, pour la Suisse, en compensation, et durant une période de dix ans, des franchises douanières et des facilités de trafic. Or on ne comprenait tout d'abord pas ce que la guerre avait, en fait, changé dans la situation de Genève qui restait du point de vue géographique, dans ses limites de 1815 et de 1816. Certains voyaient, en outre, dans le nouveau traité la création d'un régime préférentiel au profit des cantons de Genève, Vaud et Valais qu'ils considéraient comme contraire à « L'unité idéale de la Suisse »¹. Mais c'est l'occupation de la Ruhr par les troupes françaises qui a rallié le plus de suffrages contre le traité et cela, surtout parmi les cantons de la Suisse allemande qui n'étaient, au fond, intéressés qu'indirectement à l'affaire des zones. Il est curieux, à ce propos, de constater l'influence prépondérante qu'ont joué, dans cette affaire, des événements tout à fait étrangers à la question et de considérer qu'ils ont contribué pour la plus grande part, au rejet d'un traité qui n'avait aucune relation directe avec les événements de la Ruhr².

Le 10 novembre 1923 le gouvernement français faisait à nouveau avancer son cordon et ses postes douaniers

¹ BATELLI, *op. cit.*, p. 233.

² Cf. discours de M. le Conseiller fédéral Motta. *Bull. Stén.* 1923 CE, p. 44; *Journal de Genève* des 28 et 29 mars 1923; FERMAUD, G., *op. cit.*, p. 120 et s.; BATELLI, *op. cit.*, p. 233 et s.

jusqu'à la frontière politique et abolissait ainsi *de facto* et par résolution unilatérale, les zones franches qui avaient été rétablies à la suite du refus de ratification du traité du 7 août 1921 par le peuple suisse.

Un compromis qui avait pour but de saisir la Cour permanente de Justice Internationale de La Haye fut alors signé le 30 octobre 1924 entre la Suisse et la France. Bien que la clause référendaire accompagnât l'arrêté d'approbation, le compromis put être ratifié le 21 mars 1928 sans que le referendum eût été demandé. La Cour Permanente de Justice Internationale dans son arrêt du 7 juin 1932 admit la thèse suisse et déclara que l'article 435, alinéa 2 du traité de Versailles n'avait pas abrogé les dispositions des articles 1 n° 3 du traité de 1815 et 3 du traité de Turin de 1816 relatifs aux zones franches. La France devait par conséquent reculer, en date du 1^{er} janvier 1934, son cordon douanier et ses postes frontières jusqu'à la limite des frontières économiques des zones franches ¹.

Il semble dans cette première expérience de réglementation d'une question de politique étrangère par le suffrage universel, que le sens du verdict populaire ne soit pas dénué de toute influence, de tout argument manifestement électoral, c'est-à-dire dépourvu de logique et d'objectivité. C'est une constatation analogue qui a permis à un journaliste suisse d'écrire en 1920 à l'occasion de l'entrée de la Suisse dans la S. d. N. et de la votation qui l'a précédée : « Il est regrettable que l'évacuation de Francfort par les Français ne nous ait pas été annoncée trois jours plus tôt; cette nouvelle nous aurait ramené des milliers de voix perdues ². »

Il est d'autre part remarquable que la votation rela-

¹ Cf. *Journal de Genève* 8 juin 1932.

² Cf. FERMAUD, G., *op. cit.*, p. 126.

tive au traité des zones ne passionna pas l'opinion publique puisque la participation au scrutin ne fut que de 51,4 % des électeurs inscrits. Il est vrai que la question n'avait qu'un intérêt régional et était d'une extrême complexité; n'était-il pas dès lors paradoxal d'aller demander au plus humble citoyen son opinion sur le point litigieux ? Nous touchons ici à une objection relative à l'institution et au principe même du suffrage universel mais elle n'en est pas moins exacte appliquée au referendum sur les traités et présente même, en l'espèce, une acuité qui en fait mieux ressortir le fondement.

Il est certain que le peuple suisse aura à se prononcer dans l'avenir sur des questions de politique étrangère d'intérêt général, mais il est presque aussi certain, que celles-ci seront toujours d'une extrême complexité. Et, en dépit des difficultés de toutes sortes qu'elles présenteront, ce ne sera toujours qu'à la lumière de ce que nous avons appelé des arguments électoraux qu'elles seront résolues en bien ou en mal suivant que le hasard aura fait prévaloir oui ou non. Cela suffit à démontrer le danger qu'il y avait à laisser sortir de l'intimité des cabinets des techniciens et des spécialistes les suprêmes intérêts du pays.

B. Question de la B. R. I.

Il faut signaler enfin une application caractéristique et originale de l'article 89, alinéa 3 de la Constitution lors de la conclusion de la convention sur la Banque des Règlements Internationaux du 20 janvier 1930¹. Il s'agissait de trouver un moyen pour soustraire au referendum le traité qui devait être ratifié sans délai. Le Conseil fédéral envisagea alors le procédé de la double ratification². Il

¹ FF. 1930, vol. I, p. 96.

² FF. 1930, vol. I, p. 86 et s.

procéda tout d'abord à une première ratification du traité pour une durée de quinze ans; les délais nécessaires à une votation populaire étaient ainsi évités et la ratification pouvait être immédiate. Une seconde ratification intervint plus tard, pour toute la durée de la banque lorsque furent écoulés les délais référendaires ¹.

Cette manœuvre fut sans aucun doute judicieuse mais il est indéniable qu'elle suscita un certain mépris et provoqua une sorte de méfiance des puissances à notre égard. M. Joseph-Barthélémy dans le cours qu'il fit en 1932 à la fondation Carnégie à Paris prononça, en effet, cette phrase qui n'est pas dépourvue d'une certaine aigreur : « Lorsque le gouvernement suisse a obtenu, après combien de difficultés, que la B. R. I. ait son siège en Suisse, alors que nous avons contristé la Belgique en ne lui accordant pas ce siège à tel point que les représentants belges étaient partis en faisant claquer les portes, lorsque la Suisse eut donné son adhésion, en offrant même un palais, elle est revenue en disant : je ne puis m'engager que pour quinze ans car au delà, la ratification du peuple peut être nécessaire. »

Cela montre avec une clarté suffisante que désormais dans les négociations internationales, la nouvelle disposition référendaire de l'article 89, alinéa 3 pèse sur la Suisse comme un lourd « handicap » dont elle n'avait certes pas besoin.

4. *La ratification.*

La dernière phase du processus nécessaire au traité, avant qu'il atteigne sa perfection et sa pleine autorité, est la ratification ². Elle est, en quelque sorte, la confirmation donnée aux puissances cosignataires que le projet de

¹ FF. 1930, vol. I, p. 141 et 900.

² Cf. *Supra* p. 21 et s.

traité élaboré par les plénipotentiaires et soumis au parlement, sera exécuté. Le traité n'est, avant la ratification, qu'un projet qui ne devient traité international que par la ratification du Conseil fédéral ¹.

Bien que d'après un principe de droit international généralement admis, ce soit l'exécutif qui ratifie les traités, il est cependant toute une catégorie d'auteurs qui soutient que la ratification incombe à l'Assemblée fédérale ². Cela n'implique naturellement pas l'échange des lettres de ratification par l'Assemblée elle-même, mais par le Conseil fédéral mandaté par l'Assemblée fédérale. Le pouvoir du Conseil fédéral de ratifier les traités ne serait donc pas, selon ces auteurs discrétionnaire. L'exécutif ne pourrait agir qu'en vertu d'un ordre des Chambres, un traité approuvé par l'Assemblée fédérale devrait nécessairement être ratifié par le Conseil fédéral.

Il est vrai que la Constitution ne confère expressément dans aucune de ses dispositions au Conseil fédéral le droit de ratifier et que l'article 113, alinéa 3 semble militer en faveur de l'opinion ci-dessus exposée lorsqu'il parle de « traités ratifiés par l'Assemblée fédérale » ³. Nous croyons, au contraire, que c'est à tort que l'article 113 parle ici de ratification. Si cette dernière était en effet du ressort de l'Assemblée fédérale, l'approbation du traité par les Chambres impliquerait toujours ratification. Or il est, d'une part, une pratique constante selon laquelle le Conseil fédéral, suivant les besoins de la cause, a le droit de ratifier ou de ne pas ratifier un traité ⁴ et il est, d'autre

¹ BURCKHARDT, W. *Kommentar*, p. 673.

² BLUMER-MOREL, *Handbuch des Schw. Bundesstaatsrechts*, III, p. 348-9.

SCHOLLENBERGER, J. *Kommentar der Schw. Bundesverfassung*, 1905, p. 164.

KUNDERT, R., *op. cit.*, p. 43.

³ GEORG, E., *op. cit.*, p. 206 et s.

⁴ BURCKHARDT, W. *Kommentar*, p. 603.

part, logique de reconnaître au Conseil fédéral ce droit exclusif ¹, car un traité pourra fort bien, après son approbation, ne plus répondre à son but, si des circonstances se sont produites, entre temps, qui lui enlèvent sa raison d'être.

Mais sans même, enfin, s'attarder à cette considération et au grand nombre des autres arguments invoqués à ce propos ², il nous suffit de nous rapporter au texte des arrêtés d'approbation et de ratification pour pouvoir soutenir avec certitude que la ratification est du ressort du Conseil fédéral tandis que l'Assemblée fédérale ne fait qu'approuver les traités qui lui sont soumis.

D'une part, en effet, l'arrêté d'approbation des Chambres est ainsi conçu :

« Arrêté fédéral *approuvant* le traité entre la Suisse et du
L'Assemblée fédérale de la Confédération Suisse, vu le message du Conseil fédéral du
arrête :

Article 1. Le traité entre la Suisse et
concernant, conclu le,
est *approuvé*.

Ainsi arrêté par le Conseil des Etats.

Berne, le

Ainsi arrêté par le Conseil National.

Berne, le

et d'autre part, l'arrêté du Conseil fédéral dit en outre, expressément que :

« Le Conseil fédéral déclare que la convention ci-dessus est *ratifiée* et a force de loi dans toutes ses parties, promettant au nom de la Confédération Suisse, de

¹ Art. 102 de la Constitution.

² GEORG, E., *op. cit.*, p. 204.

l'observer consciencieusement et en tout temps, pour autant que cela dépend de celle-ci : en foi de quoi la présente ratification a été signée par le Président et le Chancelier de la Confédération Suisse et munie du sceau fédéral. »

Le droit de ratification du Conseil fédéral est un corollaire nécessaire du droit d'initiative et de négociation que nous lui avons reconnu plus haut, et cela d'autant plus que la majorité des auteurs considère que la ratification est un acte de droit international public¹.

SECTION II.

FORMALITÉS NON ESSENTIELLES A LA CONCLUSION DES TRAITÉS

Formalités déclaratives.

Afin d'éviter que les obligations et les devoirs souscrits par les gouvernements envers les Etats contractants restent lettres mortes, il s'agit d'en assurer et d'en faciliter l'exécution; il s'agit, puisque c'est en définitive les sujets et les citoyens qui, d'une façon ou d'une autre, en assument les charges ou en retirent les bénéfices, de veiller à leur observation parfaite à l'intérieur de l'Etat.

Nous étudierons dans les paragraphes suivants les formalités déclaratives de l'existence des traités. La promulgation et la publication ne sont, en effet, pas des conditions essentielles de validité des conventions dont il faut faire dépendre l'autorité. Ce ne sont que des formalités à l'usage des particuliers et des autorités, destinées uniquement à faciliter l'exécution du traité sur le terrain de droit interne.

¹ Cf. *Supra* p. 23.

§ 1. *La promulgation* ¹.

La promulgation des lois et des arrêtés de portée générale est du ressort du Conseil fédéral. Dès que le texte de loi est définitivement voté par les Chambres, qu'une expédition originale en a été dressée par la Chancellerie et qu'elle a été signée par les présidents et secrétaires des deux conseils, elle est communiquée au Conseil fédéral pour qu'il la fasse publier et la mette à exécution.

Beaucoup d'auteurs attachent à la promulgation une importance considérable et y voient une formalité essentielle dont dépend la force obligatoire du traité ². Nous croyons, au contraire, avec Barthélémy et Duez qu'elle ne peut ajouter à la disposition à laquelle elle s'applique « aucune vertu juridique nouvelle » ³, car d'après les termes de l'article 85, alinéa 5, les lois et arrêtés sont de la compétence de l'Assemblée fédérale.

Il ne faut pas non plus considérer la promulgation comme cet acte qui « transformerait » en droit interne les dispositions juridiques d'un traité international. Nous ne voyons pas, en effet, l'utilité qu'il y aurait de recourir à un tel artifice puisque le droit international conventionnel régulièrement élaboré constitue, aussi bien que la loi, une norme parfaitement valable par elle-même.

La promulgation n'est que la constatation, l'attestation par l'organe compétent que la loi ou l'arrêté a passé par tous les stades nécessaires à sa perfection constitu-

¹ Cf. loi du 9 octobre 1902 sur les rapports des conseils ainsi que sur la forme de la promulgation des lois et arrêtés et de leur publication. RO n. s. 19, p. 362.

² BONFILS, H. *Traité de droit international*, 4^{me} édit. par Fauchille, p. 425.

MESTRE, A., *op. cit.*, p. 255.

³ BARTHÉLÉMY et DUEZ. *Traité de droit constitutionnel*. Paris 1926, p. 569.

tionnelle, c'est-à-dire que par exemple le Conseil fédéral affirme qu'un referendum n'a pas été demandé ou qu'il constate, au contraire, que la loi a été valablement acceptée par le peuple.

La promulgation ne comporte aucun commandement aux individus; les sujets sont liés par le seul fait de l'existence de la loi, de son élaboration par les Chambres (art. 85 de la Constitution).

La formule même des arrêtés fédéraux dans son article 2: « Le Conseil fédéral est chargé de l'exécution du présent arrêté », ne se prête à aucune autre interprétation. Lorsqu'en effet, quelqu'un est chargé d'assurer l'exécution d'un ordre il doit en contrôler l'observation, c'est-à-dire contraindre, si besoin est, *manu militari* les contrevenants à la disposition. Le contrôle de l'exécution de l'ordre n'implique pas l'ordre lui-même. La loi contient cet ordre par le fait seul qu'elle procède des autorités compétentes chargées de son élaboration.

Si cependant la promulgation n'est pas un ordre adressé à *tous* les citoyens, mais un simple ordre adressé aux autorités administratives et judiciaires qui dépendent du pouvoir central de « faire exécuter la loi et de la faire observer, au besoin *manu militari* »¹, il appert plus clairement encore, que la loi ou l'arrêté ne sont pas obligatoires en vertu de la promulgation mais qu'ils le sont en vertu de leur confection régulière. « La promulgation se borne à attester et à constater la naissance de la loi, laquelle est due à l'adoption par les Chambres; elle certifie donc l'existence de cette loi et elle en authentifie le texte..., elle n'a rien d'un ordre d'exécution..., le décret de promulgation a seulement pour effet d'ouvrir la période

¹ CHAILLEY, P., *op. cit.*, p. 249.

d'exécution, c'est-à-dire de préciser le moment à partir duquel les forces que possédait la loi du fait de son adoption parlementaire et qui, jusque là étaient restées immobiles, commenceront à entrer en mouvement ¹. »

Nous ne nions donc pas qu'il peut exister un ordre émanant de l'organe exécutif, mais nous nous refusons à penser que c'est de cet ordre que dépend la force obligatoire des traités.

Toutes ces considérations basées sur la promulgation des lois s'appliquent naturellement aussi bien à la promulgation des traités.

Nous ne croyons, en effet, pas pouvoir, dans l'élaboration des traités, distinguer deux phases dont la première aboutirait à une formule qui resterait lettre morte si la seconde, la promulgation, ne la faisait pas entrer dans la réalité, pénétrer dans le sein de la vie juridique étatique. La promulgation n'est que la constatation officielle de l'existence d'une loi ou d'un arrêté qui sont déjà pleinement et « juridiquement obligatoires » du seul fait de leur élaboration régulière.

Il serait donc inexact de vouloir donner à la promulgation un autre sens que celui généralement admis, de certificateur de norme préexistante, en en faisant dépendre la force obligatoire des conventions internationales ².

§ 2. *La publication.*

La publication des traités est obligatoire en vertu de l'article 33 de la loi du 9 octobre 1902 sur les rapports des deux conseils qui stipule que : « Tous les lois, arrêtés et ordonnances d'une importance générale ainsi que les traités avec les Etats étrangers après l'échange des rati-

¹ CARRÉ DE MALBERG. *La loi*, p. 146-148.

² CHAILLEY, *op. cit.*, p. 251; Loi du 9 octobre 1902. Cf. encore en ce sens SCELLE, *op. cit.*, p. 352-353.

fications seront publiés dans le recueil des lois et ordonnances de la Confédération suisse. »

Il n'est pas dit dans cet article, ni nulle part ailleurs d'une manière expresse, que les traités ne sont obligatoires pour les autorités et les citoyens qu'après cette publication. M. Burckhardt pense cependant que la force obligatoire des traités dépend de leur publication : « On considère toujours que le traité est rendu obligatoire du point de vue interne par sa publication ¹ », « même les arrangements, dit-il encore, que le Conseil fédéral conclut avec les gouvernements étrangers sans recourir à l'approbation de l'Assemblée fédérale portent effet par la seule publication au recueil des lois ou dans la feuille fédérale. »

Mais nous croyons que la publication des traités n'est, pas plus que la promulgation, un acte dont dépend la force obligatoire du traité ou de la loi. C'est une formalité nécessaire et utile, et répondant au principe qui dit que nul n'est censé ignorer la loi. Toute disposition de la loi est, après sa publication, opposable aux citoyens et nul n'est plus, dès lors, justifié à se prévaloir de son ignorance ².

Le Tribunal fédéral ne donne pas à la publication un sens différent quand il dit dans l'arrêt rendu le 22 juin 1929 dans le litige qui opposait le canton de Zurich au canton de Glaris que « la validité de l'arrangement ainsi conclu (il s'agissait, en l'espèce d'un concordat), ne dépendait pas davantage, comme semble le soutenir le canton de Glaris dans sa réponse, de l'approbation du Conseil fédéral ou de la *publication* de l'entente intervenue, dans

¹ BURCKHARDT. *Komm.*, p. 674; BURCKHARDT-S., II, p. 464.

Cf. encore en ce sens, NOEL, *op. cit.*, p. 36 et 40.

LABAND. *Le droit public de l'Empire allemand*. T. II, p. 440 et s.

² SCELLE, *op. cit.*, p. 353.

le recueil des lois... Il n'existe pas de disposition qui fasse dépendre le caractère obligatoire d'une convention de sa publication dans la feuille fédérale ou dans le recueil officiel ».

La publication n'est donc pas une formalité essentielle dont dépend la force obligatoire des traités, elle n'est pas davantage l'opération qui « transforme » les règles du droit international en droit interne car nous savons que cette transformation est inutile et superflue; la seule raison d'être de la publication s'explique par des considérations administratives et non par des raisons constitutionnelles; elle n'a pour but que de faciliter l'exécution d'une norme juridique obligatoire préexistante.

SECTION III.

ENREGISTREMENT DES TRAITÉS PAR LE SECRÉTARIAT DE LA SOCIÉTÉ DES NATIONS

L'organisation de la Société des Etats par le Pacte de la S. d. N., que l'on peut considérer comme une sorte de constitution internationale, comporte une disposition qui intéresse notre sujet. L'article 18 du covenant de Genève stipule, en effet, que : « Tout traité ou engagement international conclu à l'avenir par un membre de la Société devra être immédiatement enregistré par le Secrétariat et publié par lui aussitôt que possible. Aucun de ces traités ou engagements internationaux ne sera *obligatoire* avant d'avoir été enregistré. »

A première lecture, il paraît qu'en vertu de cette disposition aucun traité ne liera les parties avant d'avoir été communiqué au Secrétariat de la S. d. N. pour y être enregistré et publié. Mais dans les premières années de la vie de la S. d. N. déjà, la mise en pratique de cet

article 18 fit l'objet de discussions et d'interprétations nombreuses ¹.

Le texte ne dit tout d'abord pas clairement quels sont les actes soumis à l'enregistrement et on ne sait guère ce qu'il faut faire entrer dans la notion de traité ou d'engagement international. Les conséquences du défaut d'enregistrement paraissent ensuite si énergiques qu'il semble absurde de dire qu'un « traité non enregistré est à peu près dans la même situation qu'un traité non ratifié » ².

La commission des juristes, puis la sous-commission compétente de la première commission et enfin la commission nommée à l'effet de préciser la portée de cet article se rallièrent à l'opinion que l'enregistrement n'affecte pas l'existence du traité, mais qu'il constitue une formalité nécessaire à lui conférer « une force obligatoire positive aussi bien entre parties qu'à l'égard des tiers » ³.

L'enregistrement des traités à la S. d. N. n'est donc pas la condition ni de leur existence juridique ni de leur validité ⁴. Il serait en effet, peu conforme à la logique de faire enregistrer à Genève des traités qui n'ont encore aucune validité par eux-mêmes et de laisser aussi au pouvoir de chaque Etat contractant la faculté de retarder cet enregistrement aussi longtemps que son intérêt l'exige.

Si l'on remarque enfin que la soumission à l'enregistrement d'un traité entre un membre et un non membre de la Société est affectée d'une « condition purement potestative », la portée des dispositions de cet article en ressort singulièrement limitée et la sévérité dont on pouvait le croire doté à première vue est en définitive réduite à une

¹ RAY, J., *op. cit.*, p. 527.

² RAY, J., *op. cit.*, p. 549-550.

³ RAY, J., *op. cit.*, p. 550.

⁴ CHAILLEY, P., *op. cit.*, p. 289 et *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. XXX, 1923 et le *Rapport Adatci-de Visscher*.

simple prescription relative à la publication des engagements internationaux. « L'efficacité de ce texte, si elle ne se mesure pas au nombre de pages publiées en vertu de ses dispositions, se manifeste tout de même d'une façon éclatante par l'abondance, la variété, l'intérêt des documents mis à la disposition du public dans le recueil des traités ¹. »

La formalité de l'enregistrement peut donc ne pas être considérée comme une condition de validité des traités; elle peut tout au plus se présenter comme une formalité de laquelle dépend l'exécution de certains traités.

Un traité est, en effet, juridiquement obligatoire dès qu'il a été ratifié.

¹ Un grand nombre de traités sans importance générale et politique apparente, c'est-à-dire d'ordre technique ou administratif, ne sont en outre, pas soumis à l'enregistrement. (Cf. La communication du gouvernement britannique du 15 février 1921 (J. O. 1921, p. 224) et une proposition de la première commission (A. 1921 C. I., p. 76 et s.).

RAY, J., *op. cit.*, p. 552.

CHAPITRE III

Du contrôle de la constitutionnalité des traités

Supposons qu'un traité n'ait pas été conclu selon les règles posées par la Constitution, qu'il soit entaché de quelque vice de forme. (Nous ne nous sommes préoccupés jusqu'ici que de la constitutionnalité extrinsèque du traité, car nous croyons que sa constitutionnalité intrinsèque, c'est-à-dire la constitutionnalité de son objet, n'influe en aucune manière sur l'autorité du traité.) Qu'il n'ait pas, par exemple, été muni de la clause référendaire alors qu'il était conclu pour une durée de plus de quinze ans et qu'il n'était pas dénonçable par la Confédération, ou encore que l'assentiment des Chambres n'ait pas été requis, les tribunaux suisses ont-ils le droit, dans ces diverses éventualités, d'en refuser l'application pour raison d'inconstitutionnalité ?

Le contrôle de la constitutionnalité des lois par l'autorité judiciaire n'est pas admis en droit suisse (art. 113, al. 3 de la Constitution). Le Tribunal fédéral n'est pas non plus compétent pour connaître de la constitutionnalité des traités. L'arrêt rendu le 20 janvier 1928 par le Tribunal fédéral dit, en effet, expressément que ce dernier « doit se conformer aux traités que l'Assemblée fédérale a ratifiés. *Il ne saurait examiner si les traités sont en harmonie avec la Constitution fédérale*, ni dès lors, déclarer inapplicable telle ou telle disposition d'un texte par le motif

qu'elle serait contraire à une disposition de droit suisse »¹.

A diverses reprises des propositions émanant de la Société des juristes en 1911, de M. de Rabours au Conseil National en 1923, de M. Scherrer en 1928 pour l'élaboration d'une cour administrative, tentèrent de modifier l'article 113 de la Constitution voté à la suite du plaidoyer de Dubs en 1872².

Toutes se heurtèrent à l'opposition du Conseil fédéral qui estimait que le referendum était une garantie suffisante contre le soi-disant arbitraire du pouvoir central et cela, en dépit du bon sens et de la logique qui devraient lui faire dire que le juge serait un meilleur interpréteur de la Constitution que l'homme politique législateur qui est fatalement homme de parti.

L'institution de ce contrôle en matière de lois fédérales et d'arrêtés de portée générale est une nécessité qui se fait de plus en plus pressante³. Mais si l'on conçoit facilement qu'il en résulterait des avantages certains, il n'en

¹ A. T. F., T. 54, p. 40.

² « C'est ainsi, disait Dubs, qu'à l'égard de la loi sur les mariages mixtes (loi fédérale du 3 déc. 1850 et loi fédérale complémentaire du 3 févr. 1862) il y eut une controverse qui subsista longtemps. Les uns prétendaient qu'elle était constitutionnelle, les autres soutenaient le contraire. Il en a été de même des traités conclus avec la France en 1864. C'est ainsi que par exemple, Bâle-Campagne a cru ne pas être lié par ces traités quant au droit d'établissement et de commerce des Israélites, tandis que l'Assemblée fédérale a décrété le contraire. De même un tribunal de première instance a prétendu à Genève qu'un traité conclu avec la France en matière de propriété littéraire, n'était pas obligatoire pour le canton. Ma proposition a pour but d'empêcher le Tribunal fédéral de se livrer à de pareilles critiques et, si elle avait été en vigueur déjà précédemment on n'aurait pu mettre en doute ni la validité de la loi sur les mariages mixtes ni des traités, choses dont les tribunaux n'ont pas à connaître. »

³ *Gazette de Lausanne* du 9 août 1935 : « Il est certain notamment que l'arbitraire du parlement est une des causes essentielles du divorce qui s'accuse de jour en jour davantage entre les autorités fédérales et le peuple.

Il importe de donner aux citoyens et aux cantons plus de sécurité en leur garantissant le respect de la Constitution..., car les cantons dont la souveraineté est parfois violée et les citoyens dont les droits sont transgressés ne peuvent pas se défendre contre des actes arbitraires par des moyens légaux. » MESTRE, A., *op. cit.*, p. 240 et s.

serait pas de même s'il était appliqué aux traités internationaux; il en découlerait de graves inconvénients et des complications diplomatiques innombrables. « Tels seraient ceux qui résulteraient par exemple, du fait que cet examen, pouvant intervenir à toute époque, certains traités dont l'application régulière aurait pu se poursuivre sans incidents pendant de longues périodes, se trouveraient tout d'un coup déclarés inapplicables en certaines espèces à la suite de certaines décisions judiciaires ayant constaté leur irrégularité ¹. »

La Constitution de certains Etats, celle des Etats-Unis d'Amérique en particulier, confère au juge le droit de connaître de pareils conflits, de refuser l'application des traités dont les dispositions sont en contradiction avec la Constitution ². La généralisation et l'universalisation d'une telle mesure seraient en tous points souhaitables si l'on en faisait une condition essentielle de la validité des traités au même titre que la signature, l'approbation, le referendum et la ratification. En réservant, à côté de l'exécutif et du législatif, au pouvoir judiciaire, ce rôle de contrôle nécessaire, on éviterait les inconvénients que nous avons mentionnés et qu'illustrent les exemples cités de Dubs. La sécurité internationale en serait considérablement augmentée car les puissances auraient ainsi la certitude qu'aucun vice de forme ou de fond n'entache les traités qu'elles ont signés. On ne pourrait plus alors prétendre qu'un traité peut être valable en droit international et nul sur le terrain du droit interne. Un pas de plus serait ainsi fait vers l'internationalisation du droit constitutionnel et le monisme absolu.

¹ MESTRE, A., *op. cit.*, p. 243.

² RAPPARD, W. *Le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales par le juge aux Etats-Unis et en Suisse*. Z. I. S. R. 1934.

CHAPITRE IV

Constitutionnalité et validité des traités¹

Nous savons qu'il n'y a pas de règles de droit international stipulant d'une façon précise la procédure à suivre dans la conclusion des traités, qu'il n'y a que des principes généralement admis et qu'il est du ressort de chaque constitution particulière de déterminer les organes compétents et la procédure à suivre dans la conclusion des traités.

La formation de la volonté étatique (*Willensbildung*) procède, en Suisse, de la collaboration, de l'entente du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral peut seul exprimer cette volonté étatique (*Willenserklärung*).

La validité des conventions internationales dépend-elle de la formation constitutionnelle de la volonté de l'Etat ou simplement du fait de la déclaration de cette volonté ? En d'autres termes une simple déclaration du Conseil fédéral suffit-elle à lier la Suisse sur le terrain du droit international ?

Les auteurs suisses les plus autorisés l'admettent. M. Burckhardt dit en substance que si le traité est ratifié sans l'approbation de l'Assemblée fédérale, il n'en lie pas moins la Suisse sur le terrain international mais que le Conseil fédéral est cependant responsable devant l'As-

¹ SCELLE, G., *op. cit.*, p. 359.

semblée fédérale ¹. M. Fleiner écrit de même que le Conseil fédéral peut juridiquement lier la Suisse par des traités sans que l'Etat étranger cocontractant ait à contrôler si, d'après le droit public suisse, la conclusion des traités est de la compétence du Conseil fédéral ².

Mais si l'on admet qu'un traité ne présente pas « deux faces », c'est-à-dire qu'il ne peut être valable en droit international et nul en droit interne, si les théories allemandes sont enfin, comme nous l'avons vu, incompatibles avec notre droit, l'on est forcément amené à dire que la validité des traités dépend de leur constitutionnalité extrinsèque, c'est-à-dire qu'ils sont valables ou nuls suivant que les conditions de droit public interne nécessaires à leur conclusion ont été observées ou non. Puisque c'est encore de l'organisation constitutionnelle que dépend l'exécution ou l'inexécution des traités, il est évident que les tribunaux et les administrations n'appliqueront pas une convention internationale si elle n'a pas force obligatoire à l'intérieur de l'Etat, c'est-à-dire si elle n'a pas d'après la Constitution, force de *loi* au sens matériel du mot. Or nous savons qu'un traité n'est obligatoire que lorsqu'il a accompli le cycle constitutionnel nécessaire à sa perfection (art. 85 et 102 de la Constitution), c'est-à-dire lorsqu'il traduit l'expression régulièrement formée de la volonté de l'Etat.

Il nous paraît, dès lors, paradoxal de dire que cependant le Conseil fédéral peut lier seul la Suisse sur le terrain du droit international. Il faut, au contraire, reconnaître que la validité internationale des traités et leur validité interne (puisqu'elles se confondent) dépendent de l'observation stricte des compétences constitutionnelles.

¹ BURCKHARDT, W. *Kommentar*, p. 673.

² FLEINER, F., *op. cit.*, p. 752.

Afin de rapprocher ces considérations de la réalité des faits il est utile de prendre un exemple dans la pratique fédérale. Il est dit dans le projet de traité du Gothard de 1909 que « la Convention est conclue sous *réserve de ratification* à Berne le 13 octobre 1909... » Si cette réserve de ratification ne figure pas dans tous les traités, on peut fort bien admettre qu'elle y est *toujours* sous-entendue et implique ainsi l'observation stricte des formalités constitutionnelles essentielles. Chaque puissance contractante n'aura donc qu'à contrôler si les formalités essentielles ont été observées pour s'assurer de la validité absolue du traité qu'elle conclut. Cela ne présente aucune difficulté puisqu'il suffit de vérifier si le traité a bien suivi la *filière*, c'est-à-dire s'il a passé par toutes les grandes phases de la conclusion des traités. Nous savons, en effet, que toutes les autres formalités sont d'ordre administratif, sans influence aucune sur la validité et l'autorité des traités.

S'il fallait en croire l'opinion dominante de la doctrine suisse, l'Etat pourrait s'obliger tout en ayant la volonté de ne pas exécuter ses obligations et l'on retomberait ainsi dans le principal reproche que l'on puisse faire à la théorie dualiste ¹.

Nous croyons donc que le Conseil fédéral ne peut pas valablement lier le pays sur le plan international ² et que l'opinion de MM. Burckhardt et Fleiner est incompatible avec le principe moniste qui domine notre droit public fédéral.

Si la validité internationale des traités dépend de leur validité interne, c'est une nouvelle garantie et l'assurance presque absolue que les traités seront exécutés.

¹ PREUSS. *Das Reich und Länder 1928*, p. 9 (cité par WOHLMANN, *L. op. cit.*, p. 42).

² Cf. *Supra*, exceptions, p. 40 et s.

Car il vaut mieux pour la sécurité de la collectivité faire dépendre le respect des engagements pris, de règles juridiques écrites que de principes internationaux dépourvus de sanctions et n'ayant d'autorité que celle que l'on reconnaît aux usages. « C'est donc aux droits constitutionnels des différents Etats qu'il appartient de déterminer les organes compétents et la procédure à l'effet de conclure les traités, la validité de ceux-ci étant subordonnée à l'observation de leurs dispositions ¹. »

¹ CHAILLEY, P., *op. cit.*, p. 234.

La conférence panaméricaine s'est prononcée en ce sens en 1928 dans l'article premier de sa déclaration qui stipule que : « Les traités seront conclus par les pouvoirs compétents des Etats ou par leurs représentants, selon la législation intérieure de chaque Etat. »

CHAPITRE V

De l'autorité des traités comparée à celle des lois¹

La force obligatoire des traités dépendant de l'observation des compétences constitutionnelles, et le droit international faisant partie intégrante de la législation étatique, l'autorité des traités ne peut être ni supérieure, ni inférieure à celle des lois. Toute idée que la loi est la source unique du droit étatique doit être, dès lors abandonnée, et il faut considérer que le droit international conventionnel, étant comme elle une émanation originelle de la volonté de l'Etat, est aussi revêtu de la même autorité.

Il nous reste à examiner quelle attitude devra adopter le juge en présence de deux normes internes et internationales qui se contredisent, quelle est la voie à suivre et le principe général applicable conduisant à la solution de ces conflits. Il est en effet, fatal que la juxtaposition de normes de nature différente mais d'égale autorité engendre des incompatibilités et des conflits.

C'est ainsi qu'il pourra se produire, d'une part, qu'un traité soit incompatible avec une disposition constitution-

¹ Il est évident que, d'une façon générale, lorsque nous entendons comparer l'autorité des lois à celle des traités, c'est des lois fédérales seules que nous voulons parler.

Le droit fédéral étant, par définition, supérieur aux lois cantonales, il n'est pas possible qu'un conflit puisse légitimement se produire entre eux.

nelle ou une loi préexistante et que, d'autre part, au contraire, une disposition constitutionnelle ou une loi postérieure entre en conflit avec un traité antérieur. Il en sera dans ces diverses éventualités que nous examinerons brièvement, exactement comme en droit interne lorsqu'une disposition en remplace ou en modifie une autre. Ou bien l'abrogation de l'ancienne disposition est expressément stipulée dans la nouvelle et il n'y a pas alors de conflit, ou bien la caducité de la plus ancienne résulte automatiquement et implicitement de leur incompatibilité. L'axiome *lex posterior derogat priori* suffit dès lors, à résoudre tous les conflits qui peuvent surgir entre normes internes et normes internationales ¹.

SECTION 1.

LOI POSTÉRIEURE EN CONFLIT AVEC UN TRAITÉ

Il s'agit de déterminer l'attitude du juge interne en face d'une loi postérieure contraire au traité, de savoir laquelle de ces dispositions devra prévaloir, la loi ou le traité ?

Nous avons vu que dans l'affaire Baumann contre Obersteg & C^{ie}, le Tribunal fédéral dans son arrêt du

¹ FLEINER, F., *op. cit.*, p. 758 : « Die Regel *lex posterior derogat priori* gilt auch für das Verhältnis zwischen Staatsvertrag und Bundesgesetz : der spätere Vertrag ändert ein älteres Bundesgesetz ab, und dasselbe vermochte ein neueres Bundesgesetz gegenüber einem bestehenden Staatsvertrag zu tun. »

Arrêt du Tribunal fédéral du 28 mars 1934 relatif à la convention germano-suisse sur la double imposition (ATF 1934, T. 60, p. 128).

Arrêt du Tribunal fédéral du 12 juillet 1934 (ATF 1934, T. 60, p. 220).

Cf. encore TRIEPEL. *Le droit international et le droit interne*. (Traduction de Brunet, Paris 1920) — publication de la dotation Carnégie — : « ... on doit donc dès l'abord écarter toute tentative de considérer comme nulle une loi réellement ou apparemment contraire au droit international et la maxime *lex posterior derogat priori* est aussi bien applicable au droit international récent par rapport au droit interne plus ancien qu'au droit interne récent par rapport au droit international plus ancien. »

Cf. encore NOEL, *op. cit.*, p. 126 et s.

22 mai 1922¹ admettait dans son argumentation une certaine hiérarchie des normes juridiques, la supériorité étant donnée au droit international : « Le traité international conclu entre les parties crée du droit international, les dispositions de la convention sont la loi des parties et *ont le pas sur le droit interne*... il s'en suit que l'une des hautes parties contractantes ne peut pas abroger unilatéralement la convention ni restreindre la responsabilité de ses chemins de fer. »

Nous n'avons pas admis ce principe de primauté et nous l'avons rejeté comme étant contraire à l'esprit et à la lettre de notre droit fédéral. Il nous faut donc substituer à ce rapport de prééminence un conflit « entre normes égales et de sources concurrentes ». De nombreux auteurs ont cherché une explication, une solution à ce conflit qui soit du ressort du droit positif car il ne suffit naturellement pas de se contenter d'affirmer que l'Etat doit faire face à ses engagements et que le droit naturel prêche le respect des traités².

Il faut tout d'abord remarquer qu'une loi dite contraire peut ne pas être en contradiction directe avec un traité mais qu'elle peut n'en modifier « que les conditions d'application, en bouleverser l'équilibre économique » et qu'il est dès lors, très difficile de savoir si la loi est contraire ou non au traité préexistant³.

¹ J. d. T. 1922, p. 537. Cf. Supra, p. 31.

² NIBOYET, M. *Manuel de droit international privé*, Paris 1928, p. 40 et s. et RÉGLADE, M., R. D. P. 1924, p. 507, partent de la base suivante : tout traité est un contrat, or en droit interne une loi ne peut porter atteinte à un contrat, donc les lois ne sauraient déroger aux traités.

CHAILLEY, P., *op. cit.*, p. 319.

LA PRADELLE, G., R. D. I. 1927, p. 55.

NOEL, M., *op. cit.*, p. 161 : « Dans notre doctrine le traité étant très supérieur à la loi, une telle chose (qu'une norme interne soit en conflit avec un traité antérieur) ne pourra pas légitimement se produire. »

³ Traité douanier italo-suisse et la loi italienne de 1893 qui en modifie la portée.

Il n'y aura pas dans ce cas de violation propre d'un traité, « il y aura une sorte d'incidence, de répercussion et c'est une pure appréciation de fait de savoir s'il y a vraiment conflit entre la loi et le traité ¹ ».

Mais alors même qu'il est formellement établi que la loi postérieure est en contradiction avec les dispositions d'un traité antérieur, il ne faut pas chercher d'autre solution à ce conflit que celle qui admet que la norme la plus récente en date prévaut sur la plus ancienne. Un arrêt du Tribunal fédéral du 17 juillet 1933 dans la cause Steenworden c. Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique est à ce propos caractéristique et d'un intérêt capital pour notre thèse : « Au point de vue interne, en effet, dit le tribunal, les conventions internationales n'ont pas d'autre valeur qu'une loi quelconque régulièrement votée et promulguée. *Si donc il y avait opposition entre une loi fédérale et une convention internationale réglant le même objet, la convention ne devrait pas être forcément préférée à la loi. L'une et l'autre ayant une portée identique au point de vue législatif interne, leur opposition devrait être résolue comme une opposition entre deux textes de lois contradictoires en vertu de la maxime *lex posterior derogat priori*. Conformément à cette maxime le traité récent abroge *ipso facto* la disposition contraire de la loi antérieure et inversement la loi récente paralyse l'application en Suisse des dispositions contraires d'un traité plus ancien ². »*

La jurisprudence du Tribunal fédéral reconnaît donc aux traités internationaux exactement la même autorité qu'aux lois : « Si, en l'espèce, la loi fédérale du 7 décembre 1922 sur le droit d'auteur est postérieure à la convention de Berne révisée à Berlin et s'il y a divergence entre l'ar-

¹ NOEL, M., *op. cit.*, p. 160 et s.

² ATF, T. 59 II, p. 331 et s.

ticle 13 de la convention et l'article 21 de la loi fédérale, c'est donc celui-ci qui doit l'emporter ¹. »

Nous croyons que ces considérants sont, par eux-mêmes, suffisamment explicites pour se passer de tout autre commentaire et pour démontrer que le droit public suisse n'est pas comme on l'a prétendu, fortement teinté de dualisme, mais que c'est au contraire un principe moniste à base de concurrence des normes (*International law is a part of the law of the land*) qui domine toute notre législation.

SECTION 2.

TRAITÉ EN CONFLIT AVEC UNE LOI ANTÉRIEURE CONTRAIRE ²

La question est de savoir ici si un traité valablement conclu peut déroger à une loi antérieure préexistante. En vertu de l'article 1 du traité sur la Banque des Règlements internationaux de 1930, la Suisse s'est engagée à reconnaître sans délai force obligatoire aux statuts de la Banque, de les maintenir et de ne leur apporter aucun changement ni amendement. Or ces statuts sont en contradiction avec les règles préexistantes du droit privé en matière de société par actions, et en opposition avec les lois fiscales fédérales et bâloises en vigueur. Les dispositions des statuts de la banque n'ont pas prévalu parce qu'un ordre spécial de droit a été promulgué de les observer ni parce que le droit international conventionnel est hiérarchiquement supérieur au droit interne mais parce que leur validité dépend

¹ ATF, T. 59 II, p. 338.

² NOEL, M., *op. cit.*, p. 156 : « Aux Etats-Unis la jurisprudence assimile l'autorité des traités à celle des lois fédérales et il est dès lors normal qu'un traité postérieur puisse déroger à la législation existante. La même doctrine a inspiré le Tribunal fédéral dans un arrêt du 20 et 26 déc. 1900 (aff. Hof c. Turuvani). Il a décidé que la convention de La Haye du 14 mars 1896 est un traité qui, ayant été approuvé par l'Assemblée fédérale, lie le Tribunal fédéral comme toute loi fédérale et toute décision de l'Assemblée fédérale ayant force de loi. »

naturellement de ce que la Suisse s'est engagée vis-à-vis des puissances signataires du plan Young à considérer ces statuts comme le droit interne¹, mais elle dépend encore et surtout de leur « Gesetzqualität », c'est-à-dire du caractère de leur autorité.

Le juge interne étant désormais en présence d'une norme nouvelle émanant d'une manifestation particulière de la volonté de l'Etat, postérieure à la loi mais d'égale autorité se trouve automatiquement devoir appliquer cette disposition nouvelle contraire mais postérieure, en vertu de l'axiome *lex posterior derogat priori*.

Il est donc bien établi que la doctrine et la jurisprudence sont dans le même sens, c'est-à-dire qu'elles placent sur le même pied d'autorité les traités et les lois et que la dernière disposition en date, prime la disposition antérieure.

SECTION 3.

DISPOSITION CONSTITUTIONNELLE POSTÉRIEURE EN CONFLIT AVEC UN TRAITÉ ANTÉRIEUR

Les adversaires de la théorie de l'auto-limitation, on s'en souvient, en faisant ressortir le danger qu'il y a de faire reposer l'autorité des traités sur quelque chose « d'aussi contingent que la volonté »², ont fondé sur une modification constitutionnelle de cette nature une de leurs critiques qui semblait être des plus décisives. Or il n'est guère concevable qu'une procédure solennelle de modification de la Constitution soit mise en œuvre pour élaborer des règles directement contraires aux dispositions d'un traité international³. C'est là, semble-t-il, une question toute théorique que l'on pourrait laisser de côté. En Suisse

¹ Cf. encore conv. internationale du 30 sept. 1931 sur la traite des femmes et des enfants.

² Cf. *Supra*, p. 3.

³ CHAILLEY, P., *op. cit.*, p. 307 et s.

le droit d'initiative populaire n'exclut cependant pas une telle éventualité. Quoi qu'il en soit s'il en découlait un conflit de normes c'est la disposition la plus récente, qu'elle soit de l'ordre étatique ou de l'ordre interétatique, qui primerait sur la plus ancienne et qui s'imposerait au juge interne.

SECTION 4.

TRAITÉ POSTÉRIEUR EN CONFLIT AVEC UNE DISPOSITION CONSTITUTIONNELLE ANTÉRIEURE

Nous avons admis qu'un traité lie l'Etat sur le plan international et qu'il est obligatoire sur le plan interne dès qu'il satisfait aux formalités constitutionnelles essentielles de son élaboration ¹. Nous savons que le droit constitutionnel de chaque Etat détermine librement les organes chargés de conclure les traités. Il est cependant contradictoire, en raison de la souveraineté de l'Etat, qu'il limite, en quelque manière leur compétence. En conséquence un traité, qui serait contraire à une disposition constitutionnelle quelconque non déterminante, prévaudrait sur elle et serait parfaitement applicable. Nous n'avons, en d'autres termes, fait que de reconnaître au droit constitutionnel, et cela est naturel, le droit de déterminer le pouvoir que Locke appelait *fédératif*.

Il n'est plus, dès lors, besoin de faire appel à la notion de hiérarchisation des normes, ni à quelque autre notion plus ou moins fictive de primauté pour reconnaître au traité régulièrement conclu le pouvoir de déroger même aux dispositions de la charte fondamentale de l'Etat, tant qu'il ne s'en prend pas aux compétences essentielles du pouvoir fédératif.

Un arrêt du Tribunal fédéral consacre du reste cette manière de voir. Il déclare, en effet, dans l'affaire Heini c.

¹ Kelsen, H., *op. cit.*, p. 52.

Pietsch que « la question de savoir si une telle violation a été commise doit être examinée en toute liberté par le Tribunal fédéral et non pas seulement du point de vue de l'article 4 de la Constitution fédérale. C'est la convention austro-suisse qui détermine désormais à quelles conditions les jugements autrichiens seront reconnus et exécutés en Suisse. C'est elle dès lors qui est applicable à la question de l'exécution des arrêts autrichiens qui ont été rendus contre le recourant, même si elle ne devait pas concorder avec l'article 59 de la Constitution du moment que d'après l'article 113, alinéa 3 et l'article 175, alinéa 3 de l'O. J., le T. F. est tenu d'appliquer les traités ratifiés par l'Assemblée fédérale. L'article 59 ne peut être invoqué en vue de l'interprétation de la convention qu'autant que les dispositions de celle-ci tiennent compte de cette garantie constitutionnelle ¹ ».

Nous retrouvons donc dans ce paragraphe, comme dans les précédents l'axiome *lex posterior derogat priori*. Il est la clé et la solution des conflits qui peuvent naître entre deux systèmes juridiques revêtus, dans leur application, de la même autorité. La reconnaissance d'un tel principe est la condition de toute progression vers un fédéralisme international. L'assimilation pour ainsi dire totale, des dispositions du pacte de la S. d. N. au droit constitutionnel suisse ² démontre que si les Constitutions de beaucoup d'autres Etats ne présentent pas encore un caractère aussi avancé d'adaptation aux situations changeantes de la vie des peuples et aux progrès de l'organisation juridique internationale actuelle, le droit fédéral suisse leur en montre clairement le chemin ³.

¹ ATF 1931, T. 57 I, p. 19.

² Arr. féd. du 5 mars 1920.

³ MESTRE, A., *op. cit.*, p. 276.

CONCLUSIONS

Nous pouvons au terme de ce travail, tirer les conclusions suivantes :

1. Le principe anglo-américain *international law is a part of the law of the land* est aussi celui qui domine notre législation et cela ressort non seulement des textes constitutionnels, mais aussi de la jurisprudence du Tribunal fédéral.
2. La force exécutoire des traités dépend, en droit suisse, de l'observation stricte des formalités constitutionnelles essentielles à leur élaboration; elle est donc pareille à celle des lois.
3. Le traité constitue à côté de la loi et parallèlement à elle une source originelle autonome de droit interne. C'est dire qu'en reconnaissant dans le traité une source *sui generis* de normes à la fois internes et internationales nous ne faisons rien de plus que de reprendre les idées de Locke qui distinguait déjà, à côté des pouvoirs législatif et exécutif, un pouvoir « fédératif » ou pouvoir de diriger les affaires extérieures de l'Etat, impliquant la faculté de conclure des traités internationaux.

BIBLIOGRAPHIE

- AFFOLTER, A.** Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Zurich 1904.
- BATTELI, M.** Les institutions de démocratie directe en droit suisse et comparé. Paris 1931.
- BLUMER, J. J.** Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts, 3^{me} édit., par J. Morel, Bâle 1891.
- BLUNTSCHLI, J. C.** Le droit international codifié, traduit par C. E. Lardy, Paris 1870.
- BONFILS, H.** 4^{me} édit. par Fauchille.
- BRENNER, E.** Das Zusammenwirken von Bundesrat und Bundesversammlung bei Staatsverträgen. Berne 1918.
- BRYCE, J.** Les démocraties modernes. Paris 1924.
- BURCKHARDT, W.** Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874. 3^{me} édit.
Le droit fédéral (continuation de l'ouvrage de R. L. v. Salis).
Die staatliche Wirkung der Staatsverträge dans Zeitschrift für schw. Recht n. F. B. 34, 1915, p. 145.
L'Etat et le droit dans Zeitschrift für schw. Recht B. 50, 1931.
- CARRE DE MALBERG.** Contribution à la théorie générale de l'Etat, 2^{me} vol. Paris 1920-1922.

- CHAILLEY, B. De la nature juridique des traités internationaux selon le droit contemporain. Paris 1932.
- COLIN, A. et CAPITANT. Cours élémentaire de droit civil français, 3 vol., 4^{me} édit. Paris 1923-1925.
- CURTI, Th. Le referendum, histoire de la législation populaire en Suisse, traduit de l'allemand par J. Ronjat, Paris 1905.
- DUBS, J. Le droit public de la Confédération suisse. 2 vol. Genève 1878-1879.
- DUGUIT, L. L'Etat. 2^{me} vol. Paris 1901-1903. Droit constitutionnel, édit. 1921.
- DUPUIS, C. Le droit des gens. (Cours professé en 1932-1933 à l'Ecole des Sciences politiques, à Paris.)
- EGGER, A. Kommentar zum schw. Zivilgesetzbuch, 2^{me} édit., Zurich 1930.
- ESMEIN. Traité élémentaire de droit constitutionnel, 2^{me} édit. 1899.
- FERMAUD, G. Le referendum sur les traités internationaux (thèse Montpellier 1932).
- FLEINER, F. Schweizerisches Bundesstaatsrecht, édit. 1923. Le referendum et l'initiative populaire en Suisse (rapp. présenté à l'Institut de droit international et de droit public, 1929).
- GENÉT, R. Traité de diplomatie et de droit diplomatique. Paris 1932. La clause tacite de ratification. R. D. I. P. 1931.
- GEORG, E. Le contrôle du peuple sur la politique étrangère, Genève 1916 (thèse).

- GIACOMETTI, prof. Dr Z.** Die Verfassungsmässigkeit des Bundesgesetzgebung und ihre Garantien (dans schw. Juristenzeitung 1933 nr. 19 p. 289 et J. d. T. 1934, p. 262).
- HAURIOU, M.** Précis de droit constitutionnel, édit. 1929.
- HIS, Dr E.** Die rechtliche Geltung der Staatsverträge (in Z. f. s. R. 1915, vol. 34).
- JEZE, G.** Principes généraux du droit administratif.
- JOSEPH-BARTHÉLÉMY.** Démocratie et politique étrangère. Paris 1917.
- JOSEPH-BARTHÉLÉMY et DUEZ.** Traité de droit constitutionnel. Paris 1927.
- KELSEN, H.** Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. C. A. D. I. IV 1926.
- KUNDERT, R.** Völkerrechtlicher Vertrag und Staatsvertragsgesetz im Schweizerischen Rechte. Zurich 1918.
- LABAND, P.** Le droit public de l'Empire allemand. Paris 1901, traduit par C. Gandilhon.
- LAPRADELLE, G. de.** Consultation relative à l'application des traités par les tribunaux internationaux. R. I. P. 1927.
- LE FUR, L.** Précis de droit international public. Paris 1931.
- LOCKE.** Essay on civil, Government.
- MESTRE, A.** Les traités et le droit interne. C. A. D. I. XXXVIII 1931 IV.
- MIRKINE-GUÉTZÉVITCH.** Les nouvelles tendances du droit constitutionnel. Paris 1931.
Le droit constitutionnel dans ses rap-

ports avec le droit international public. (Cours professé au centre européen de la dotation Carnégie à Paris 1932-1933.)

- NIBOYET, J.-P. Manuel de droit international privé (2^{me} édit. du manuel Pillet-Niboyet). Paris 1928.
- NOEL, M. De l'autorité des traités comparés à celle des lois. (Thèse, Paris 1921.)
- PILLET, A. Des personnes morales en droit international privé, Paris 1921.
- RAY, Jean. Commentaire du pacte de la Société des Nations. Paris 1930.
- REGLADE, M. De la nature juridique des traités internationaux et du sens de leur distinction en traité-lois et traité-contrats. R. D. P. 1924, p. 507 et s.
- RUCK, E. Schweizerisches Staatsrecht. Zurich 1934.
- SALIS, R.-L. de. Le droit fédéral suisse. Jurisprudence du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale en matière de droit public et administratif. Traduit par E. Borel. Berne 1904-1907, 5^{me} vol.
- SCELLE, G. Précis de droit des gens. Principes et systématique. Paris 1932.
- SELIGMANN. Beiträge zur Lehre vom Staatsgesetz und Staatsvertrag, vol. 2, 1890.
- SCHOLLENBERGER, J. Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung. 1905.
- SCHWAB, R. Die Registrierung der Internationalen Verträge beim Völkerbund. Thèse, Berne 1929.

- TRIEPEL.** Les rapports entre le droit interne et le droit international. C. A. D. I. 1923, p. 76 et s.
- VERDROSS, A.** Staatsrecht und Völkerrecht. Die Stellung der neuen deutschen und österreichischen Verfassungen zum Völkerrecht. (Juristen-Zeitung XVII 1920-1921.)
- WACKERNAGEL, J.** Die Bedeutung des Normenvertrages im Völkerrecht (in Z. f. s. R. T. 50, 1931).
- WASMER, E.** Staatsverträge und Referendum. Bâle 1913.
- WOHLMANN, L.** Die Kompetenz zum Abschluss von Staatsverträgen nach Völkerrecht. Thèse, Zurich 1931.

Publications périodiques :

Ancien moniteur.

Bibliothèque universelle.

Clunet, Journal de droit international.

Le Correspondant.

Gazette de Lausanne.

Journal de Genève.

Die Praxis des Bundesgerichts.

Journal des tribunaux.

Recueil des arrêts du Tribunal fédéral.

Revue de droit international public.

Revue de droit int. et de législation comparée.

Revue générale de droit international.

Revue de Genève.

Revue de l'École des Sciences politiques, Paris.

Le Temps.

Zeitschrift für schweizerisches Recht (Z.f.s.R.).

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

I. Autorité du droit international	7
II. Théories des rapports entre le droit interne et le droit international	10
1. La doctrine dualiste	10
2. La doctrine autrichienne de la primauté ..	13
3. La théorie moniste de la concurrence des normes	16

CHAPITRE PREMIER

La législation suisse et les doctrines dualiste et monistes

21

Section 1. La législation suisse et la doctrine dualiste	22
Section 2. La législation suisse et la doctrine autrichienne	27
Section 3. La législation suisse et la règle: international law is a part of the law of the land ..	30

CHAPITRE II

La conclusion des traités internationaux en droit public suisse

33

Section 1. Formalités essentielles à la conclusion des traités	33
§ 1. Initiative et négociation	34
§ 2. Approbation des traités par l'Assemblée fédérale	36
§ 3. Le referendum en matière de traités internationaux	40

§§ 1. Généralités	40
§§ 2. Historique	42
§§ 3. Nature juridique de l'arrêté d'appro- bation des traités par les Chambres	45
§§ 4. Applications	51
A. Question des zones franches ..	57
B. Question de la B. R. I.	61
§ 4. Ratification	62
Section 2. Formalités non essentielles à la conclusion des traités	65
§ 1. La promulgation	66
§ 2. La publication	68
Section 3. Enregistrement des traités par le Secrétariat de la S. d. N.	70

CHAPITRE III

<i>Du contrôle de la constitutionnalité des traités</i>	73
---	----

CHAPITRE IV

<i>Constitutionnalité et validité des traités</i>	76
---	----

CHAPITRE V

<i>De l'autorité des traités comparée à celle des lois</i>	81
Section 1. Loi postérieure en conflit avec un traité	81
Section 2. Traité en conflit avec une loi antérieure contraire	84
Section 3. Disposition constitutionnelle postérieure en conflit avec un traité antérieur	85
Section 4. Traité postérieur en conflit avec une dis- position constitutionnelle antérieure	86

CONCLUSIONS

Bibliographie	90
-----------------------	----