

LANDESRECHT – DROIT NATIONAL – DIRITTO NAZIONALE

1 Staat – Volk – Behörden Etat – Peuple – Autorités Stato – Popolo – Autorità

Vgl. auch / Voir aussi / Cfr. anche

No 59 (Bild- und Datenträger im Verwaltungs- und Verwaltungsverfahrenrecht)

No 60 (Einsicht in Akten des Bundesarchivs)

No 61 (Rechtsgleichheit bei der Stempelabgabe)

No 64 (Verfahren bei der Festlegung von Lärmzonen)

No 67 (Rechtsgleichheit in der Arbeitslosenversicherung)

No 70, 71, 88 (Asyl und EMRK)

No 80 (Vereinbarkeit der Begründung einer Fernhaltmassnahme mit der Unschuldsvermutung der EMRK)

No 89, 90 (Diskriminierungsverbot nach EMRK)

Staatsverträge. Ausscheidung der Zuständigkeiten zwischen Bundesversammlung und Bundesrat im Vertragsabschlussverfahren. Kategorien von Staatsverträgen, die vor ihrer Ratifikation keiner parlamentarischen Genehmigung bedürfen. Abschluss von Bagatellverträgen durch den Bundesrat unter Vorbehalt der Information der eidgenössischen Räte, welche die nachträgliche Durchführung des ordentlichen Genehmigungsverfahrens veranlassen können. Grenzen der Subdelegation von Vertragsabschlusskompetenzen.

58

Traités. Répartition des compétences entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral dans la procédure de conclusion. Catégories de traités ne requérant pas d'approbation parlementaire avant leur ratification. Conclusion de traités mineurs par le Conseil fédéral, sous réserve d'une information des Chambres fédérales, qui peuvent demander l'application ultérieure de la procédure ordinaire d'approbation. Limites de la sous-délégation de la compétence de conclure des traités.

Accordi internazionali. Ripartizione delle competenze tra l'Assemblea federale e il Consiglio federale nella procedura di conclusione di un accordo. Categorie di accordi internazionali che non richiedono l'appro-



vazione parlamentare prima della loro ratificazione. Conclusione di accordi internazionali minori da parte del Consiglio federale, con riserva dell'informazione delle Camere federali, che possono richiedere l'applicazione ulteriore della procedura ordinaria d'approvazione. Limiti della subdelega delle competenze relative alla conclusione di accordi internazionali.

ABSCHLUSS VON STAATSVETRÄGEN

Abgrenzungen zwischen dem ordentlichen und dem vereinfachten Verfahren

Einleitung

Völkerrechtliche Verträge sind ein wesentlicher Bestandteil der schweizerischen Rechtsordnung. Ihre quantitative und qualitative Bedeutungszunahme zeigt sich darin, dass sie einerseits sämtliche staatlichen Tätigkeitsbereiche betreffen und andererseits vermehrt rechtsetzender Natur im Sinne von Art. 5 Abs. 2 des Geschäftsverkehrsgesetzes vom 23. März 1962 (SR 171.11) sind. Im Geschäftsbericht für das Jahr 1983 hat der Bundesrat dazu folgendes festgehalten: «Will man den Grundsatz vom Vorrang des Rechts verwirklichen, so sind rechtsetzende Staatsverträge heute gleich unabdingbar wie nationales Gesetzesrecht. Mehr noch. Für ein kleines Land wie die Schweiz stellen Staatsverträge ein wirksames Mittel dar, um in einer internationalen Landschaft, die noch weitgehend von Machtstreben beherrscht ist, ihre Unabhängigkeit zu wahren.»¹ Dieser Stellenwert von völkerrechtlichen Verträgen in der Schweiz bedingt, dass die verfassungsrechtliche Zuständigkeitsordnung für Vertragsabschlüsse möglichst eindeutig konkretisiert wird. Damit wird auch einem eminent rechtsstaatlichen und demokratischen Bedürfnis Rechnung getragen.

So rechtfertigt die schon seit mehreren Jahrzehnten beobachtete Zunahme von Abschlüssen und Revisionen völkerrechtlicher Verträge durch die Schweiz, sowie die sich parallel dazu entwickelte schweizerische Vertragsabschlusspraxis eine Bestandesaufnahme, insbesondere unter dem Blickwinkel der wechselseitigen Beziehungen zwischen der Bundesversammlung und dem Bundesrat im Rahmen des Verfahrens zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge. Eine Klärung der Rechtslage ist für den Bundesrat wichtig, weil er den verfassungsrechtlichen Auftrag hat, für die Beobachtung der Verfassung zu sorgen (Art. 102 Abs. 2 BV), und für die Bundesversammlung nötig, weil sie die Oberaufsicht über die Eidgenössische Verwaltung wahrzunehmen hat (Art. 85 Ziff. 11 BV).

Der nachstehende Bericht ist nach folgendem Plan gegliedert: Einleitend wird die in der schweizerischen Vertragsabschlusspraxis übliche Unterscheidung nach dem ordentlichen und dem vereinfachten Verfahren in Erinnerung gerufen. Eini-

¹ Geschäftsbericht des Bundesrates 1983, S. 134.

ge statistische Angaben sollen die relative Bedeutung der beiden Verfahrensarten beleuchten. Nach der Darstellung der verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsordnung, insbesondere wie sie in der Praxis betreffend die parlamentarische Genehmigung von völkerrechtlichen Verträgen nach Art. 85 Ziff. 5 BV konkretisiert wurde, werden die Möglichkeiten und Grenzen des vereinfachten Vertragsabschlussverfahrens (ausdrückliche und stillschweigende Vertragsabschlussermächtigung, Vorausgenehmigung, provisorische Anwendung dringlicher Verträge) beleuchtet. Anschliessend wird begründet, weshalb gewisse Verträge von beschränkter Tragweite (Bagatellverträge) ebenfalls nach einem vereinfachten Verfahren abgeschlossen werden können und sollen, wobei die rechtzeitige Information der zuständigen parlamentarischen Kommissionen und, a posteriori, der Bundesversammlung selbst, sicherzustellen ist. Schliesslich werden einige Überlegungen zu schwierigen Fragen betreffend die Zulässigkeit und Grenzen der Subdelegation von Vertragsabschlusskompetenzen des Bundesrates an die Departemente und an Bundesämter dargestellt.

1. Staatsverträge werden von den Bundesbehörden entweder nach dem ordentlichen oder nach einem vereinfachten Verfahren abgeschlossen. Beim *ordentlichen Verfahren* genehmigt die Bundesversammlung die vom Bundesrat ausgehandelten und unterzeichneten Verträge ausdrücklich, und zwar bevor diese Verträge vom Bundesrat ratifiziert, das heisst völkerrechtlich und landesrechtlich endgültig abgeschlossen werden. Beim *vereinfachten Verfahren* hingegen entfällt das parlamentarische Genehmigungsverfahren zwischen Verhandlungsabschluss und Ratifikation.

Das Staatsvertragsreferendum ist, innert der in Art. 89 Abs. 3 bis 5 BV festgelegten Grenzen immer vorbehalten. Referendumpflichtige Verträge können in der Regel nicht im vereinfachten Verfahren abgeschlossen werden².

2. Eine neuere, von der Direktion für Völkerrecht durchgeführte *Untersuchung* der etwa 620 Verträge oder Vertragsänderungen, welche im Zeitraum von 1975 bis 1984 in der Amtlichen Sammlung der eidg. Gesetze veröffentlicht wurden³, hat folgendes ergeben:

Mehr als die Hälfte der untersuchten Vereinbarungen sind Vertragsänderungen, -anpassungen oder -erneuerungen und betreffen als solche in erster Linie die Verwaltung und die Anpassung an geänderte Verhältnisse des internationalen Vertragsrechts der Schweiz.

Die Bundesversammlung genehmigte im beobachteten Zeitraum rund 300 Verträge.

Bei den etwa 320 vom Bundesrat im vereinfachten Verfahren abgeschlossenen Verträgen lag in 275 Fällen eine ausdrückliche Vertragsabschlussermächtigung,

² Vgl. aber als gesetzlich geregelte Ausnahme zum Beispiel Art. 2 des BG vom 25. Juni 1982 über aussenwirtschaftliche Massnahmen (SR 946.201).

³ Gemäss Art. 2 des Publikationsgesetzes vom 21. März 1986 (SR 170.512, AS 1987 600).

sei es in Form eines landesrechtlichen Erlasses (195), sei es in Form eines von der Bundesversammlung genehmigten völkerrechtlichen Vertrages (80) vor. Die restlichen ungefähr 45 Verträge oder Vertragsänderungen der untersuchten Zehn-Jahres-Periode hat der Bundesrat selbständig abgeschlossen, weil es sich um «Verträge» ohne neue Verpflichtungen für die Schweiz und ohne Verzicht auf bestehende Rechte, um blossе Ausführungsvereinbarungen zu bestehenden Verträgen oder um Verträge in Sachbereichen handelte, zu deren landesrechtlichen Regelung der Bundesrat zuständig ist und die grenzüberschreitende Aspekte aufweisen.

Während das ordentliche Abschlussverfahren im gesamten Spektrum des Staatsvertragsrechts zur Anwendung kam, und zwar schwerpunktmässig dort, wo materiell neue Verträge mit einer gewissen politischen und rechtlichen Tragweite zur Frage standen⁴, ist das vereinfachte Verfahren vor allem dort verbreitet, wo eine Vielzahl von meist bilateralen Verträgen, welche einen bestimmten Themenkomplex oft technischer Natur betreffen und sich materiell auf ein klar abgegrenztes Gebiet beschränken, abzuschliessen war⁵.

3. Die *Praxis*, wonach der Bundesrat in gewissen Fällen und unter bestimmten Voraussetzungen Staatsverträge selbständig abschliessen kann, reicht ins 19. Jahrhundert zurück⁶, blieb in ihren Grundzügen bis heute auch von der Bundesversammlung unbestritten und wird von der herrschenden Doktrin anerkannt⁷. So können insbesondere die Zulässigkeit der Vertragsabschlussermächtigung und die Fähigkeit des Bundesrates, dringliche Verträge abzuschliessen und deren provisorische Anwendung anzuordnen, als Verfassungsgewohnheitsrecht angesehen werden⁸.

⁴ Zum Beispiel internationales Ehe- und Familienrecht, internationales Wirtschafts- und Steuerrecht, internationales Seeschiffahrts- und Luftfahrtrecht, internationales Recht der sozialen Sicherheit, Kriegsvölkerrecht, Recht der internationalen wissenschaftlichen Zusammenarbeit.

⁵ Zum Beispiel Strassenverkehrsabkommen, Verträge der Entwicklungszusammenarbeit, Währungsvereinbarungen, Forschungsverträge, Sitzabkommen mit internationalen Organisationen, Vereinbarungen betreffend Grenzabfertigungsstellen, Ausführungsvereinbarungen zu Sozialversicherungsabkommen.

⁶ Zum Beispiel Gegenrechtserklärungen im internationalen Auslieferungsrecht, Art. 1 des BG vom 22. Januar 1892 betreffend die Auslieferung gegenüber dem Auslande (BS 3, S. 509); Vereinbarungen über die Fischereipolizei in Grenzgewässern, Art. 30 des BG vom 21. Dezember 1888 betreffend die Fischerei (BS 9, S. 564, 571).

⁷ *Aubert Jean-François*: *Traité de droit constitutionnel suisse*, Bd. II und III, Neuenburg 1967, N. 1319; *Häfelin Ulrich/Haller Walter*: *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich 1984, S. 307; *Hangartner Yvo*: *Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts*, Zürich 1980, Bd. I, S. 189 f.; *Monnier Jean*: *Les principes et les règles constitutionnels de la politique étrangère suisse*, in der Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZSR), Nf Bd. 105, 1986 II, S. 221.

⁸ VPB 42 (1978) Nr. 76, S. 352, siehe auch Amtl. Bull. N 1975 1081, Amtl. Bull. S 1975 772.

In der Verwaltungspraxis und in der Verfassungslehre wurden die Anwendungsfälle des vereinfachten Abschlussverfahrens in fünf Kategorien gebündelt, nämlich⁹:

- Verträge, die der Schweiz nur Rechte, aber keine Verpflichtungen bringen;
- provisorische und dringliche Verträge;
- Verträge über die Vollziehung früherer Verträge;
- Verträge zu deren Abschluss der Bundesrat aufgrund einer Ermächtigung in einem Gesetz, allgemeinverbindlichen Bundesbeschluss oder Vertrag befugt ist;
- Verträge über Gegenstände, zu deren innerstaatlichen Regelung der Bundesrat allein kompetent ist, sofern die Kompetenz grenzüberschreitende Aufgaben umfasst.

Solche Systematisierungsbemühungen sind nützlich, weil die Praxis transparent, übersichtlich und möglichst genau rechtlich eingegrenzt sein soll. Andererseits hat die Vielfalt und Eigendynamik der völkerrechtlichen Vertragspraxis gezeigt, dass die landesrechtliche Vertragsabschlussordnung, wie die auswärtige Staatstätigkeit überhaupt, einer starren Schematisierung oder einer detaillierten Normierung schwer zugänglich ist. Die Schwierigkeiten bei der praktischen Handhabung der fünf Kategorien sind teils in der Doktrin hervorgehoben worden¹⁰ und veranlassten Frau Bundesrätin E. Kopp an der Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins am 27. September 1986, an welcher die Verfassungsgrundsätze der Schweizerischen Aussenpolitik behandelt wurden, zu folgender Feststellung:

«Es zeigt sich je länger je mehr das Bedürfnis, die Praxis in sinnvoller Weise neu zu strukturieren und diese fünf Kategorien allenfalls zu ergänzen, was verfassungsrechtlich vertretbar wäre. So scheint mir namentlich der Gedanke einer Kategorie von Bagatellverträgen diskussionswürdig, die der Bundesrat in eigener Kompetenz abschliessen könnte.»¹¹

Unabhängig von der praktischen Nützlichkeit einer gewissen Schematisierung von Vertragskategorien hat die Grenzziehung zwischen dem ordentlichen und dem vereinfachten Abschlussverfahren im Einzelfall direkt aufgrund des Verfassungsrechts und aufgrund der sich daraus ergebenden generellen Gestaltungsgrundsätze für die aussenpolitische Zuständigkeitsverteilung zwischen den Bundesbehörden zu erfolgen.

⁹ Zum Beispiel VEB 25 (1955) Nr. 18, VEB 30 (1961) Nr. 13; VPB 42 (1978) Nr. 76; Aubert, a.a.O., Bd. II und III, N. 1319; *Wildhaber Luzius*: Bundesstaatliche Kompetenzausscheidung, in: Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik, Bern 1975, S. 269 ff; Monnier, a.a.O., S. 221.

¹⁰ Häfelin/Haller, a.a.O., S. 307; Aubert, a.a.O., Bd. II, N. 1319; Wildhaber, a.a.O., S. 269 ff.

¹¹ Siehe Protokoll der 120. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins, veröffentlicht in der ZSR Nf Bd. 105, 1986 II, S. 543.

4. Während der Bundesrat nach Art. 102 Ziff. 8 BV «innert der Schranken der gegenwärtigen Verfassung die Interessen der Eidgenossenschaft nach aussen, wie namentlich ihre völkerrechtlichen Beziehungen» zu wahren und «die auswärtigen Angelegenheiten überhaupt» zu besorgen hat, fallen nach Art. 85 Ziff. 5 BV die «Bündnisse und Verträge mit dem Ausland» «in den Geschäftskreis beider Räte».

Diese für das Vertragsabschlussverfahren zentralen Verfassungsbestimmungen sind im Lichte der Gesamtheit der für die Konkretisierung der schweizerischen Aussenpolitik massgebenden Verfassungsordnung zu betrachten. An dieser Konkretisierung sind alle Staatsorgane, in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich, beteiligt¹².

Die *explizite verfassungsrechtliche Zuständigkeitsordnung* für den Abschluss völkerrechtlicher Verträge ist hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Bundesversammlung und Bundesrat karg. Art. 85 Ziff. 5 BV fixiert zum Beispiel weder den genauen Zeitpunkt noch die Rechtsform der parlamentarischen Mitwirkung bei Vertragsabschlüssen. In Verbindung mit der funktionalen Betrachtungsweise der aussenpolitischen Zuständigkeitsordnung insgesamt, wie sie sich die Studienkommission der Eidgenössischen Räte im Schlussbericht «Zukunft des Parlaments» zu eigen gemacht hat¹³, ergeben sich immerhin Gestaltungsgrundsätze, aufgrund welcher Natur und institutionelle Rollenverteilung bei Vertragsabschlüssen bestimmt werden können. Im Unterschied zu einem statischen, strukturellen oder hierarchischen Verfassungsverständnis erlaubt der funktionale Ansatz, die Interdependenz beider mit je eigenen und mit sich zum Teil überlappenden auswärtigen Kompetenzen ausgestatteten Behörden als zweckmässige und sinnvolle Grundlage für die Konkretisierung der Kompetenzordnung zu nutzen: Sowohl die Bundesversammlung als auch der Bundesrat haben sich, jeder auf die für ihn typische Weise und mit den ihm eigenen Mitteln, zu ergänzen, damit sie in kooperativer Art und Weise die Verantwortung für die gesamte auswärtige Staatstätigkeit übernehmen können.

Während der Bundesrat Verträge aushandelt, unterzeichnet, ratifiziert und allenfalls kündigt, obliegt es der Bundesversammlung, jedem völkerrechtlichen Vertrag die Genehmigung zu erteilen oder zu verweigern¹⁴. Dabei sind völkerrechtliche Verträge alle jene Hoheitsakte, mit welchen zwei oder mehrere Völkerrechtssub-

¹² Zusätzlich für den *Bundesrat*: Art. 102 Ziff. 2, 7 und 9 BV; zusätzlich für die *Bundesversammlung*: Art. 85 Ziff. 2, 6, 11 und 89 Abs. 4 BV; für das *Stimmvolk*: Art. 89 Abs. 3 und 4 BV; für den *Verfassungsgesetzgeber*: Art. 89 Abs. 5 BV; für das *Bundesgericht* – und implizit für alle schweizerischen Rechtsanwendungsbehörden: Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 114^{bis} Abs. 3 BV.

¹³ BBl 1978 II 996 ff.

¹⁴ Siehe statt vieler: Müller Jörg Paul / Wildhaber Luzius: Praxis des Völkerrechts, 2. Aufl., Bern 1982, S. 55 mit Hinweisen.

jekte ihrem übereinstimmenden Willen Ausdruck geben, völkerrechtliche Verpflichtungen zu übernehmen oder entsprechende Rechtspositionen aufzugeben. Wenn aufgrund völkerrechtlicher Massstäbe (z. B. internationales Vertrags- oder Verantwortlichkeitsrecht) Zweifel über die Vertragsnatur eines internationalen Hoheitsaktes bestehen, und wenn weder die Textanalyse, noch die einem internationalen Instrument zugrunde liegende, feststellbare Absicht der daran beteiligten Parteien Klarheit verschafft¹⁵, ist für die Annahme des Vertragscharakters im Sinne von Art. 85 Ziff. 5 BV zu entscheiden.

Der Bundesrat verfügt über jenen aussenpolitischen Gestaltungsraum, der nötig ist, damit er jederzeit selbständig die völkerrechtlichen Beziehungen der Schweiz wahren (Art. 102 Ziff. 8 BV) und die entsprechende Verantwortung übernehmen kann. Auch in diesem Bereich ist er an die grossen aussenpolitischen Linien und Grundsätze gebunden.

5. Beim Abschluss internationaler Instrumente, die für die Schweiz weder neue Pflichten begründen noch den Verzicht auf bestehende Rechte zur Folge haben, hat die Bundesversammlung nach konstanter Praxis nicht mitzuwirken¹⁶. Sie fallen nicht in den *Anwendungsbereich von Art. 85 Ziff. 5 BV*, sondern gehören zu jenen Mitteln völkerrechtlichen Handelns, mit denen der Bundesrat die völkerrechtlichen Beziehungen der Schweiz selbständig wahrt.

Zu dieser Kategorie internationaler Hoheitsakte gehören insbesondere:

- Verträge, die lediglich punktuell Völkergewohnheitsrecht wiedergeben, ohne das Ausmass eigentlicher Kodifikationen solchen Rechts anzunehmen¹⁷;
- Verträge, die lediglich die Befolgung von Verwaltungsformalitäten, etwa die Verwendung von gewissen amtlichen Formularen¹⁸ oder die Übermittlung von amtlichen Dokumenten zwischen Behörden¹⁹ regeln, sofern damit keine Auswirkungen in der Rechtsstellung der Betroffenen verbunden sind;

¹⁵ Art. 31-33 der Wiener Konvention vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (in Müller/Wildhaber, a.a.O., S. 581, 589 f).

¹⁶ Antwort des Bundesrates auf eine Interpellation Oehen vom 7. Juni 1977 (betr. Zusatzabkommen zum Abkommen zwischen der Schweiz und den USA über die friedliche Verwendung der Atomenergie, Sten. Bull. N 1978 1767); Abkommen vom 16. Februar 1923 zwischen der Schweiz und Belgien zur Regelung der Stellung der Schweizer im Belgischen Kongo (SR 0.142.111.722); Abkommen vom 12. Juli 1977 über den spanischen und portugiesischen Wortlaut des Abkommens zwischen der Schweiz, Österreich und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zur Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Bestimmungen über das gemeinschaftliche Versandverfahren (noch nicht veröffentlicht).

¹⁷ VPB 47 (1983) Nr. 38, S. 192; Botschaft vom 28. Juli 1955 über das rechtliche Statut der Organisation der Vereinigten Nationen und anderer internationaler Organisationen in der Schweiz (BBl 1955 II 377, 388).

¹⁸ VEB 30 (1961) Nr. 13, S. 35.

¹⁹ Protokoll vom 1. Mai 1869 betreffend die Vollziehung der am 22. Juli 1868 in Bern und Florenz zwischen der Schweiz und Italien abgeschlossenen und unterzeichneten Verträge

- Neuere Formen und Instrumente der internationalen Zusammenarbeit, wie etwa die gemeinsame Absichtserklärung, ein Gentleman Agreement, ein Memorandum of Understanding, Agreed Minutes oder ein Verhaltenskodex²⁰, es sei denn, die Textanalyse oder die anderweitig feststellbare Absicht der beteiligten Parteien lasse den Schluss zu, dass solche Instrumente obligatorische Rechtsfolgen bewirken²¹;
- Verträge zum Vollzug früherer Verträge, die lediglich die im Grundvertrag bereits festgelegten Rechte und Pflichten und die organisatorischen Grundsätze näher ausgestalten, und zum Zeitpunkt ihres Abschlusses der Realisierung des ursprünglich vereinbarten Vertragszweckes dienen²². Die Zuständigkeit und Verantwortung des Bundesrates, den Vollzug von völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz zu sichern²³, sei es durch den Erlass innerstaatlicher Nor-

und Übereinkünfte (SR 0.142.114.541.1); Erklärung vom 29. November 1900 zwischen der Schweiz und Belgien betreffend den direkten gerichtlichen Verkehr (SR 0.274.181.721); Erklärung vom 30. April 1910 zwischen der Schweiz und Deutschland betreffend Vereinfachung des Rechtshilfeverkehrs (SR 0.274.181.362); Briefwechsel vom 12./15. Februar 1979 zwischen der Schweiz und dem Grossherzogtum Luxemburg betreffend die Übermittlung von gerichtlichen und aussergerichtlichen Urkunden sowie von Ersuchungsschreiben (SR 0.274.185.181).

²⁰ Schlussakte der Konferenz über Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (KSZE) vom 1. August 1975 (BBl 1975 II 924 ff); Dokument der Stockholmer Konferenz über vertrauens- und sicherheitsbildende Massnahmen und Abrüstung in Europa, einberufen in Übereinstimmung mit den einschlägigen Bestimmungen des abschliessenden Dokuments des Madrider Treffens der Konferenz über Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa, vom 19. September 1986 (BBl 1986 III 926 ff); Botschaft vom 11. Mai 1977 über die Mitwirkung der Schweiz an der Europäischen Zusammenarbeit auf dem Gebiet der wissenschaftlichen und technischen Forschung (COST), BBl 1977 II 661, 666; VPB 36 (1972) Nr. 24; EUREKA-Grundsatzerklärung, verabschiedet in Hannover am 6. November 1985 (BBl 1986 I 564 ff); Vereinbarung vom 30. Juli 1986 über das EUREKA-Sekretariat zwischen den EUREKA-Mitgliedern (BRB vom 9. Juni 1986, nicht veröffentlicht); Agreed minutes des Pariser Clubs betreffend Schuldenkonsolidierungen.

²¹ Vgl. den Stellenwert des OECD-Kodexes zur Liberalisierung des Kapitalverkehrs für die Ausgestaltung der schweizerischen Bewilligungspflicht beim Grundstückerwerb durch Ausländer (BBl 1981 III 585, 644).

²² Beispielsweise die in Anwendung des Abkommens vom 28. September 1960 zwischen der Schweiz und Frankreich über die nebeneinanderliegenden Grenzabfertigungsstellen und die Grenzabfertigung während der Fahrt (AS 1961 569) errichteten Grenzabfertigungsstellen; Abkommen zwischen der Schweiz und der Internationalen Atomenergieorganisation vom 6. September 1978 über die Anwendung von Sicherungsmassnahmen im Rahmen des Vertrages über die Nichtverbreitung von Kernwaffen (SR 0.515.031); Abschluss eines Schiedskompromisses mit einem anderen Staat in Anwendung eines Schiedsvertrages; gütliche Regelungen in Anwendung von Art. 28 Bst. b Europäische Menschenrechtskonvention (SR 0.101); VPB 42 (1978) Nr. 76, S. 353/4.

²³ Vgl. dritter Bericht vom 22. Februar 1984 über die Schweiz und die Konvention des Euro-
parates, BBl 1984 I 784, 791.

men²⁴, sei es durch den Abschluss von Vollzugsverträgen, gründet direkt auf Art. 102 Ziff. 5 und 8 BV. Unerheblich ist, ob das Bedürfnis nach einer Vollzugsvereinbarung schon im Zeitpunkt des Abschlusses des Grundvertrages ersichtlich ist.

Wird hingegen mit Folgeverträgen das zugrunde liegende Vertragsregime auf neue Bereiche erweitert oder in einer Weise konkretisiert, dass damit bloss Programmartikel oder allgemeine Zielsetzungen des Grundvertrags zu konkreten Pflichten werden²⁵, so fallen diese Verträge in den Anwendungsbereich von Art. 85 Ziff. 5 BV. Ob alsdann das ordentliche oder das vereinfachte Abschlussverfahren zur Anwendung kommt, hängt von den Umständen im Einzelfall ab.

Der Anwendungsbereich von Art. 85 Ziff. 5 BV ist, entsprechend den allgemeinen Gestaltungsgrundsätzen für die aussenpolitische Kompetenzordnung, weit gefasst. Die obenerwähnten Ausnahmen sind deshalb aufgrund strenger Massstäbe zu handhaben. Art. 85 Ziff. 5 BV ist insbesondere anwendbar auf: die vertragliche «Konsolidierung» von Landesrecht²⁶; die Kodifizierung von Völkergewohnheitsrecht, soweit damit über die schriftliche Wiedergabe von Völkergewohnheitsrecht hinausgegangen wird²⁷; Vertragsverlängerungen auch ohne inhaltliche Vertragsänderungen, es sei denn, in den betreffenden Verträgen sei eine Pflicht zu einer einmaligen Leistung übernommen worden, die nach Ablauf der ursprünglich vorgesehenen Vertragsdauer noch nicht vollumfänglich erbracht worden ist²⁸; organisatorische Vertragsanpassungen, sofern damit die Rechtsstellung der Schweiz als Vertragspartei beeinträchtigt wird; Verträge, die Rechte und Pflichten von bloss beschränkter Tragweite enthalten oder vorwiegend verwaltungstechnischer Natur sind (sog. Bagatellverträge, Beispiele s. hinten, Ziff. 9).²⁹

6. In über 80% der Fälle des *vereinfachten Vertragsabschlussverfahrens* ratifiziert der Bundesrat die von ihm ausgehandelten Verträge aufgrund einer *Ermäch-*

²⁴ BGE 105 IV 218, 221; VEB 31 (1962–63) Nr. 2, S. 17.

²⁵ Protocole du 28 septembre 1984 à la Convention de 1979 sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, relatif au financement à long terme du programme concerté de surveillance continue et d'évaluation du transport à longue distance des polluants atmosphériques en Europe (BRB vom 11. März 1985); Protokoll vom 8. Juli 1985 zum Übereinkommen von 1979 über weiträumige grenzüberschreitende Luftverschmutzung, betreffend die Verringerung von Schwefelemissionen oder ihres grenzüberschreitenden Flusses von mindestens 30 Prozent (BBl 1986 III 182).

²⁶ VEB 30 (1961) Nr. 13, S. 35 f.

²⁷ Zum Beispiel Wiener Konvention vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge in Müller/Wildhaber, a. a. O., S. 581 ff.); Vienna Convention of 21 March 1961 on the law of treaties between States and International Organizations or between International Organizations (in: International Legal Materials XXV Nr. 3, p. 543 ff.).

²⁸ VEB 5 (1931) Nr. 9; Schlussakte der Konferenz der Bevollmächtigten vom 17. März 1977 zur Verlängerung des ESRANGE-Übereinkommens (SR 0.425.111).

²⁹ Unzulässig ist in diesem Zusammenhang die sogenannte «Saldo-Methode», welche einen Vertrag in neue Rechte und neue Pflichten aufteilt, wobei dieser nur dann zur Genehmigung vorgelegt würde, wenn er der Schweiz per Saldo mehr Pflichten als Rechte bringen würde.

tigung, die an die Stelle der ordentlichen parlamentarischen Vertragsgenehmigung vor der Vertragsunterzeichnung oder vor der Ratifikation treten kann. Die Zulässigkeit solcher Ermächtigungen gründet sich auf Verfassungsgewohnheitsrecht, wobei folgende materiellen Voraussetzungen erfüllt sein müssen: die Ermächtigung darf keine Blankodelegation sein, denn die Bundesversammlung hat bei jedem Vertragsabschluss nicht nur formell, organisationsrechtlich, sondern grundsätzlich auch materiell mitzuwirken. Nur so kann sie die Mitverantwortung für das schweizerische Vertragsrecht übernehmen. Erfolgt die Mitwirkung, bevor Verträge vom Bundesrat unterzeichnet sind, so hat sie darin zu bestehen, dass die Bundesversammlung zu Händen des Bundesrates möglichst klare Richtlinien für die Gestaltung grundsätzlicher Fragen der grenzüberschreitenden Regelung einer bestimmten Materie festlegt³⁰. Die Elemente solcher Richtlinien variieren von Fall zu Fall, und ob ein Ermächtigungsbeschluss den materiellen Mindestanforderungen genügt, um keine Blankodelegation zu sein, hat aufgrund völkerrechtlicher (z. B. betreffend mögliche Vertragspartner, Vertragsdauer) und landesrechtlicher (z. B. betreffend bestehendes oder entstehendes Landesrecht) Beurteilungselemente zu erfolgen. Die von der Rechtsprechung entwickelten Schranken der Gesetzesdelegation³¹ sind indessen nur beschränkt für völkerrechtliche Verträge brauchbar; bei internationalen Vertragsverhandlungen bedarf der Bundesrat eines verhandlungsbedingten Gestaltungsspielraums, der für die landesinterne Rechtsetzung nicht immer in gleichem Masse nötig ist³².

³⁰ Zum Beispiel Kriegsvollmachtenbeschlüsse von 1914 und 1939 (AS 1914 347, 1939 769); Art. 10 des BG vom 19. März 1976 über die internationale Entwicklungszusammenarbeit und humanitäre Hilfe (SR 974.0); Art. 5 des BG vom 14. Dezember 1973 über die Fischerei (SR 923.0); Art. 16 des BG vom 7. Oktober 1983 über die Forschung (SR 420.1); Art. 2 und 10 des BG vom 25. Juni 1982 über aussenwirtschaftliche Massnahmen (SR 946.201); Art. 106 des BG vom 19. Dezember 1958 über den Strassenverkehr (SR 741.01); Art. 1 des BB vom 1. Oktober 1952 über die Ermächtigung des Bundesrates zum Austausch von Gegenrechtserklärungen betreffend die Besteuerung von Unternehmungen der Seeschifffahrt, der Binnenschifffahrt und der Luftfahrt (SR 672.1); BB vom 30. September 1955 betreffend Vereinbarungen mit internationalen Organisationen über ihr rechtliches Statut in der Schweiz (SR 192.12); BB vom 27. September 1963 betreffend den Abschluss von Abkommen über den Schutz und die Förderung von Kapitalinvestitionen (SR 975); BB vom 20. Juni 1980 über den Abschluss von Schuldenkonsolidierungsabkommen (SR 946.240.9); BB vom 20. März 1975 über die Mitwirkung der Schweiz an internationalen Währungsmassnahmen (Fassung gemäss BB vom 22. März 1985, SR 941.13); Botschaft vom 12. April 1978 über die Mitwirkung der Schweiz bei den Energieforschungsprojekten der Internationalen Energie-Agentur (BBl 1979 I 917, 937); VPB 42 (1978) Nr. 76, S. 354; BGE 105 IV 218, 220.

³¹ BGE 98 Ia 592, 102 Ia 64, 103 Ia 374, 104 Ia 310.

³² Auch wenn die landesrechtliche Rechtsetzung (z. B. im Bereich der Wirtschaft) von Verhältnissen im Ausland abhängig ist, ist ein relativ grosser Gestaltungsspielraum des Bundesrates unumgänglich (vgl. Art. 1 des BG vom 25. Juni 1982 über aussenwirtschaftliche Massnahmen [SR 946.201] und Art. 23 des Landwirtschaftsgesetzes vom 3. Oktober 1951 [SR 910.1]).

Die Bundesversammlung kann die von ihr in einem landesrechtlichen Erlass erteilte Vertragsabschlussermächtigung rückgängig machen oder revidieren. Andererseits ist der Bundesrat nicht verpflichtet, von einer Ermächtigung Gebrauch zu machen. Aufgrund der ihm ausschliesslich übertragenen auswärtigen Führungs- und Verhandlungsfunktion kann er auch jederzeit Verträge aushandeln und unterzeichnen, die den Richtlinien in der parlamentarischen Ermächtigung nicht Rechnung tragen. Diesfalls muss allerdings das ordentliche Abschlussverfahren durchgeführt werden.

Die parlamentarische Ermächtigung hat in der Regel ausdrücklich in einem landesrechtlichen oder in einem völkerrechtlichen Rechtsakt³³ zu figurieren. Ausnahmsweise kann sie aber auch stillschweigend erteilt werden, etwa in Verbindung mit einer innerstaatlichen Kompetenzdelegation. Der Umstand, dass im Rahmen einer Verordnungskompetenz des Bundesrates grenzüberschreitende Aspekte vorliegen, die bei Bedarf praktisch nur mittels völkerrechtlicher Regelungen erfasst werden können³⁴, ist ein starkes Indiz dafür, dass eine Vertragsabschlussermächtigung implizit in der innerstaatlichen Kompetenzdelegation enthalten ist. Die in der Sache zuständige Behörde beurteilt, in Zusammenarbeit mit andern interessierten Stellen, ob im Einzelfall ein Bedarf für eine völkerrechtliche Regelung besteht.

Auch in Verträgen, die die Bundesversammlung genehmigt hat, kann eine stillschweigende Ermächtigung, insbesondere zur Änderung oder Ergänzung dieser Verträge³⁵, oder deren meist technischen Anhänge³⁶, enthalten sein. So kann

³³ Zum Beispiel Art. 18 des Emosson-Vertrages mit Frankreich (AS 1964 1247), welcher es den Regierungen erlaubt, allfällige später abgeschlossene Doppelbesteuerungsabkommen mit einfachem Notenwechsel auf den Vertrag anzuwenden (Abs. 3), und die Rechtsgrundlage des in AS 1978 1382 publizierten Notenaustausches bildet; Art. 4 des Europäischen Übereinkommens vom 17. September 1974 über den Austausch von Reagenzien zur Gewebstypisierung (AS 1977 1247), nach dessen Absatz 4 die Regierungen der Vertragsparteien das Protokoll und seine Anlage selbständig ergänzen oder ändern können.

³⁴ Zum Beispiel Art. 25 des BG vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (SR 142.20) betreffend Vereinbarungen zur Aufhebung der Visumpflicht; Art. 4 des BG vom 23. Dezember 1959 über die friedliche Verwendung der Atomenergie und den Strahlenschutz (SR 732.0), Art. 39 und 119 ZGB (SR 210) und die darauf gestützte V vom 1. Juni 1953 über das Zivilstandswesen (SR 211.112.1); Art. 54 und 57 des BG vom 8. Dezember 1905 über den Verkehr mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen (SR 817.0).

³⁵ Siehe beispielsweise territoriale Anwendung des Doppelbesteuerungsabkommens mit Dänemark auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen vom 23. November 1973 (AS 1974 1720) durch den Briefwechsel vom 20. März 1978 zwischen dem schweizerischen Bundesrat und der dänischen Regierung über die Ausdehnung des Abkommens auf die Färöer-Inseln (AS 1978 457).

³⁶ Art. VII, Bst. B des Abkommens über die Zusammenarbeit zwischen der schweizerischen Regierung und der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika auf dem Gebiete der friedlichen Verwendung der Atomenergie vom 30. Dezember 1965 (AS 1966 1267).

sich aus dem Vertragszweck oder aus andern Umständen, namentlich kurzer Revisionsfristen, ergeben, dass praktisch nur der Bundesrat zuständig sein kann. In diesen Fällen sollte bereits in der Botschaft zu den Grundverträgen ausdrücklich auf eine implizite Ermächtigung hingewiesen werden, sodass ausser Zweifel steht, dass mit der Vertragsgenehmigung automatisch eine zusätzliche Vertragsabschlussermächtigung des Bundesrates verbunden ist³⁷.

Formell sind Vertragsabschlussermächtigungen an den Bundesrat – wenn sie ausdrücklich landesrechtlich ergehen – in referendumpflichtige Erlasse auf Gesetzesstufe zu kleiden. Diese Praxis³⁸ gründet auf der Annahme, dass Vertragsabschlussermächtigungen rechtsetzende Zuständigkeitsregeln im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Geschäftsverkehrsgesetz sind. In der Lehre, die sich mit dieser Frage bisher kaum einlässlich befasste, wird diese Praxis befürwortet oder zumindest mehrheitlich nicht kritisiert³⁹. Vereinzelt sind allerdings, unter Hinweis auf die besondere Rechtsnatur der Ermächtigungsbeschlüsse, Zweifel am Erfordernis formeller Delegationsgesetze für das vereinfachte Vertragsabschlussverfahren geäußert worden⁴⁰.

7. Die Bundesversammlung kann Staatsverträge ausnahmsweise genehmigen, bevor deren Inhalt endgültig ausgehandelt ist. Voraussetzung ist allerdings, dass die wesentlichen Einzelheiten solcher Verträge im Zeitpunkt der Genehmigung feststehen. Eine solche *Vorausgenehmigung* unterscheidet sich von der beim ordentlichen Verfahren üblichen parlamentarischen Genehmigung lediglich dadurch, dass sie nicht nach, sondern schon vor der Vertragsunterzeichnung – aber eben in Kenntnis des wesentlichen Vertragsinhalts – erteilt wird⁴¹. Von der formellen Vertragsabschlussermächtigung, wie sie oben unter Ziff. 6 dargestellt ist,

³⁷ So kündigte der Bundesrat in der Botschaft zu den Doppelbesteuerungsabkommen mit Dänemark (BBl 1974 I 649) den Abschluss eines Notenwechsels über die Anwendung des Abkommens über die Einkommens- und Vermögenssteuern auf die Färöer-Inseln an (S. 651).

³⁸ Entwurf des BB über die Mitwirkung der Schweiz an der Europäischen Zusammenarbeit auf dem Gebiet der wissenschaftlichen und technischen Forschung (COST, BBl 1977 II 676); Botschaft vom 14. September 1977 über die Beteiligung der Schweiz an der Sonderaktion zugunsten einkommensschwacher Entwicklungsländer (BBl 1977 III 161, 172); VEB 26 (1956) Nr. 1, S. 9 ff; Botschaft vom 28. August 1974 zu einem BG zum Staatsvertrag mit den USA über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen (BBl 1974 II 631, 647).

³⁹ Hangartner, a.a.O., S. 190; *Fleiner Fritz/Giacometti Zaccharia*: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923, Nachdruck Zürich 1949, 1969, S. 825; *Eichenberger Kurt*: Die oberste Gewalt im Bunde, Diss. Zürich 1947, S. 126.

⁴⁰ Monnier, a.a.O., S. 226; *Spinner Bruno*: Parlamentarische Genehmigungs- und Delegationsbeschlüsse beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge in der Schweiz, in Schweizerische Juristenzeitung (SJZ) 1979, S. 106 ff; *Burckhardt Walter*: Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Aufl., Bern 1931, S. 676 f.

⁴¹ Botschaft vom 14. September 1977 über die Beteiligung der Schweiz an der Sonderaktion zugunsten einkommensschwacher Entwicklungsländer (BBl 1977 III 161, 172 f).

unterscheidet sie sich dadurch, dass zum Zeitpunkt der Vorausgenehmigung bereits ein vorläufiges Verhandlungsergebnis oder ein Vertragsmuster als Genehmigungsobjekt vorliegt⁴². Es wird nur ein noch nicht endgültig ausgehandelter Vertrag oder ein bestimmtes Vertragsmuster vorzeitig genehmigt, nicht aber die Ermächtigung zum Abschluss einer unbestimmten Anzahl von Staatsverträgen für die Zukunft erteilt. Die parlamentarische Genehmigungskompetenz wird somit nicht an den Bundesrat delegiert, sondern vorzeitig ausgeübt, und die Vorausgenehmigung hat folglich, wie die Vertragsgenehmigung im ordentlichen Verfahren, in Form eines einfachen, nicht dem Gesetzesreferendum unterstehenden Bundesbeschlusses zu erfolgen⁴³.

8. In seltenen Fällen ist das vereinfachte Vertragsabschlussverfahren dadurch gekennzeichnet, dass die parlamentarische Mitwirkung erst nach erfolgter Anordnung der provisorischen Anwendung eines Vertrages möglich ist. So kann als verfassungsgewohnheitsrechtlich anerkannt werden, dass der Bundesrat in Ausübung seiner auswärtigen Führungsfunktion und Führungsverantwortung Verträge abschliessen und ohne Verzug deren provisorische Anwendung anordnen kann, wenn zur Wahrung wesentlicher schweizerischer Interessen eine derartige zeitliche Dringlichkeit vorliegt, dass ein ordentliches parlamentarisches Genehmigungsverfahren nicht in Frage kommt. Die Bundesversammlung hat nachträglich die Möglichkeit, den Vertragsabschluss rechtswirksam zu Fall zu bringen; allerdings fällt bei sehr kurzfristigen, dringlichen und provisorisch angewendeten Verträgen die nachträgliche parlamentarische Genehmigung dahin, wenn das Genehmigungsverfahren erst zum Abschluss käme, wenn der Vertrag schon ausgelaufen ist⁴⁴. Immerhin sollte hier eine nachträgliche Orientierung der Bundesversammlung erfolgen.

Das vereinfachte Verfahren zur provisorischen Anwendung dringlicher Verträge wurde für den ausserwirtschaftlichen Bereich ausdrücklich legalisiert⁴⁵. Dies ändert nichts daran, dass der Bundesrat auch in allen anderen Bereichen die schweizerischen Interessen mit allen rechtmässigen Mitteln, also auch mittels Anordnung der provisorischen Anwendung eines dringlichen Vertrages, zu wahren hat.

9. Es kann mit guten Gründen die Meinung vertreten werden, dass das vereinfachte Vertragsabschlussverfahren mit bloss nachträglicher parlamentarischer Mitwirkung im Sinne einer Sanktionierung von vom Bundesrat selbständig abge-

⁴² Siehe Fussnote 41, S. 161 ff.

⁴³ BBl 1977 III 173.

⁴⁴ Siehe beispielsweise Briefwechsel vom 18. Dezember 1985 zwischen der Schweiz und den Europäischen Gemeinschaften über die Verlängerung des Handelsregimes mit Spanien und Portugal: AS 1985 2046, BBl 1986 III 5.

⁴⁵ Art. 2 BG vom 25. Juni 1982 über ausserwirtschaftliche Massnahmen (SR 946.201); Art. 4 des BG vom 19. Juni 1959 über den schweizerischen Zolltarif (SR 632.10).

schlossenen Verträgen auch für sogenannte *Bagatellverträge* anwendbar ist. Die rasante zahlenmässige Zunahme von Vertragsabschlüssen und von Vertragsänderungen, oft in Fragen ohne erhebliche materielle Bedeutung, die durch die internationalen Realitäten diktierte Notwendigkeit, den Bundesrat in die Lage zu versetzen, eine aktive und zeitgerechte Aussenpolitik zu führen, sowie der Wille des Parlaments, mit einem Vertragsabschluss nur in jenen Fällen befasst zu werden, in denen die Bedeutung des Vertragsgegenstandes die parlamentarische Mitwirkung rechtfertigt⁴⁶, sind Elemente, die die Entwicklung der Verfassungspraxis beim Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen mitbestimmen. So erscheint insbesondere die einzelfallweise Vorlage von Verträgen mit Rechten und Pflichten von beschränkter Tragweite oder von Verträgen vorwiegend verwaltungstechnischer Natur zur parlamentarischen Genehmigung aus rechtspolitischen und verfahrensökonomischen Gründen als unverhältnismässig. Im gleichen Sinne hat das Schweizerische Bundesgericht festgestellt, dass bei der Abgrenzung zwischen dem ordentlichen und vereinfachten Vertragsabschlussverfahren auch die «Bedeutung der Sache» eine Rolle spielt⁴⁷. Die parlamentarische Mitwirkung beim Abschluss von Bagatellverträgen sollte sich auf eine Nachkontrolle beschränken. So könnte sinnvollerweise der Abschluss solcher Verträge den Räten, zum Beispiel in einer jährlichen Mitteilung anlässlich der Vorlage des Geschäftsberichts, zur Kenntnis gebracht werden. Es stünde alsdann der Bundesversammlung frei, im einen oder andern Fall vom Bundesrat zu verlangen, dass das ordentliche Genehmigungsverfahren nachgeholt wird. Sollte im Laufe eines solchen nachträglichen Verfahrens die parlamentarische Genehmigung für einen Bagatellvertrag verweigert werden, so wäre der Bundesrat gehalten, den in eigener Verantwortung abgeschlossenen Vertrag kurzfristig zu kündigen.

Im einzelnen wäre folgendes Vorgehen möglich:

Die vom Bundesrat während der Berichtszeit abgeschlossenen Bagatellverträge werden summarisch in einer speziellen Mitteilung anlässlich der Vorlage des Geschäftsberichtes dargestellt. Die vollständigen Texte könnten, sofern dies gewünscht wird, den Präsidenten der mit den betreffenden Materien betrauten ständigen parlamentarischen Kommissionen oder Kommissionen für auswärtige Angelegenheiten zur Verfügung gestellt werden. Sollte die Bundesversammlung den einen oder anderen in der Mitteilung erwähnten Bagatellvertragsabschluss nach Massgabe der für die Räte gültigen Verfahrensordnungen kritisieren, so hätte der Bundesrat folgende Möglichkeiten: er könnte entweder die betreffenden Verträge in separaten Botschaften der Bundesversammlung zur Genehmi-

⁴⁶ Siehe Schlussbericht der Studienkommission der eidgenössischen Räte «Zukunft des Parlamentes» BBl 1978 II 996, insbesondere S. 1010: «Eher technische Fragen und Probleme der reinen Sachkunde sind der Verantwortung von Bundesrat und Verwaltung zuzuweisen. ... Wird vom Parlament eine höhere Effizienz gefordert, so muss dies ... eine Konzentration seiner Tätigkeit auf die wesentlichen Aufgaben bedeuten.»

⁴⁷ BGE 112 Ia 75, 81.

gung im ordentlichen Verfahren vorlegen, oder aber er könnte auf eine solche separate Vorlage verzichten. Diesfalls würde der Bundesrat die von ihm endgültig abgeschlossenen Verträge auf den nächstmöglichen Termin kündigen.

Es stellt sich die Frage nach der Verfassungsmässigkeit eines solchen Vorgehens: im Vergleich mit der gewohnheitsrechtlich anerkannten Kompetenz des Bundesrates, dringliche Verträge abzuschliessen und provisorisch anzuwenden, würde die hier diskutierte Zuständigkeit des Bundesrates, Bagatellverträge innert gewisser Grenzen selbständig abzuschliessen, keinen Einbruch in das geltende Verfassungsrecht darstellen. Beim Abschluss von Bagatellverträgen mag es zwar an zeitlicher Dringlichkeit fehlen; dieser Mangel wird jedoch durch die «Bagatellität» und die kurzfristige Kündbarkeit der Verträge gleichsam kompensiert.

Entscheidend ist allerdings, dass sich in der Praxis ein Konsens über den kaum generell-abstrakt bestimmbar Bagatellitätsbegriff entwickelt. Einige Anhaltspunkte zur Umgrenzung der Bagatellität lassen sich jedoch jetzt schon festlegen. Wie schon eingangs erwähnt, werden Bagatellverträge im allgemeinen administrativ-technische Angelegenheiten von beschränkter Tragweite regeln und sich in erster Linie an Behörden und nicht an Einzelpersonen direkt richten. Die Bagatellität wird in der Regel dort zu verneinen sein, wo ein Vertrag Gesetzesänderungen erfordert, in die rechtlich geschützten Interessen der Individuen eingreift oder bedeutende finanzielle Aufwendungen verursacht. Derartige Konsequenzen wären mit der erforderlichen beschränkten Tragweite eines Bagatellabkommens nicht vereinbar. Zum Selbstverständnis des Bagatellvertrages wird man auch die Voraussetzung zählen dürfen, dass er sich problemlos ins allgemeine innen- und aussenpolitische sowie ins wirtschaftliche Umfeld einfügt. Als Beispiele derartiger Verträge lassen sich aufzählen: technische Regelungen zu bilateralen Grenzgewässerschutzabkommen; Vertragsergänzungen, welche die Verbindlichkeit zusätzlicher Sprachen zu einem bereits bestehenden Vertragstext festlegen; Vereinbarungen, die Personen verpflichten, im grenzüberschreitenden Verkehr bestimmte Formulare zu verwenden; bilaterale Detailregelungen mit befreundeten Staaten zu Konsularfragen der beidseitig anwendbaren Wiener Konvention; die Übernahme des Inhalts multilateraler Vereinbarungen in bilaterale Verträge mit Staaten, die grundsätzlich dem multilateralen Übereinkommen beitreten könnten. Eine ausgewogene Praxis des Bundesrates und die aufmerksame parlamentarische Nachkontrolle sind auf jeden Fall geeignet, Einbrüche in das geltende Verfassungsrecht zu vermeiden.

In der bisherigen Praxis wurde von dieser Nutzbarmachung des vereinfachten Vertragsabschlussverfahrens abgesehen. Das Parlament wurde mit zahlreichen Bagatellverträgen im ordentlichen Genehmigungsverfahren belastet⁴⁸. Die Ent-

⁴⁸ Zum Beispiel die Änderung oder Ergänzung zu bestehenden bilateralen Vereinbarungen auf dem Gebiet des Films, so die Ergänzung vom 22. September 1986 der Vereinbarung vom 22. Juni 1977 über die Beziehungen der Schweiz und Frankreich auf dem Gebiet des Films (siehe BBl 1986 III 1005), Botschaft des Bundesrates in BBl 1986 III 997 (vgl. dortige Ausführungen zur Genehmigung derartiger Änderungen durch das Parlament: S. 1001).

wicklung der völkerrechtlichen Geschäftsführung des Bundesrates zeigt jedoch deutlich, dass es im Zuge der Bagatellisierung und Kurzlebigkeit von rein technischem und administrativem Vertragsrecht dringlich wird, bestehende verfassungsmässige Möglichkeiten zur verfahrensmässigen Vereinfachung und Beschleunigung des Vertragsabschlussverfahrens auszuschöpfen. In einigen Jahren wird die nach den hier dargestellten Kriterien neu strukturierte Praxis, namentlich in bezug auf das vereinfachte Abschlussverfahren für Bagatellverträge, zu überprüfen sein.

10. Im Bereich des vereinfachten Vertragsabschlussverfahrens hat grundsätzlich der Bundesrat als Gesamtbehörde die Verantwortung für Vertragsabschlüsse zu tragen und dementsprechend, wie übrigens auch beim ordentlichen Verfahren, über die wesentlichen Verfahrensschritte, wie die formelle Verhandlungseröffnung (inkl. Ernennung der Verhandlungsdelegation und Genehmigung von Verhandlungsinstruktionen), die Unterzeichnung und allenfalls die Ratifikation, Beschluss zu fassen.

Die *Subdelegation der bundesrätlichen Vertragsabschlusskompetenz an Departemente* ist lediglich unter Beachtung folgender Schranken zulässig:

Sie hat ausdrücklich zu erfolgen, ist als generell-abstrakte Zuständigkeitsregel in eine Verordnung oder als konkrete Einzel- oder Sammelermächtigung in einen Bundesratsbeschluss zu kleiden und ist auf den Abschluss von Verträgen zu beschränken, die vorwiegend technische und administrative Fragen regeln. Die in der Praxis des Bundesgerichts für das Landesrecht entwickelten Subdelegations-schranken⁴⁹ sind für den auswärtigen Bereich analog gültig. Dabei ist hinsichtlich der Frage, ob die betreffenden Verträge technischen und administrativen Charakter aufweisen, ein besonders strenger Massstab anzulegen, weil völkerrechtliche Bindungen – im Unterschied zum Landesrecht – nicht mehr einseitig aufgelöst werden können⁵⁰, und weil beim Abschluss von Staatsverträgen regelmässig aussenpolitische und generell völkerrechtliche Aspekte zu berücksichtigen sind.

Bei der Subdelegation an Departemente obliegt es ausserdem dem Bundesrat, mittels geeigneter verwaltungsinterner Massnahmen dafür zu sorgen, dass bei jedem Vertragsabschluss die schweizerischen Gesamtinteressen berücksichtigt werden. Dazu müssen, sofern der Bundesrat nicht ausdrücklich etwas anderes angeordnet hat, ausnahmslos das Eidg. Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA), gegebenenfalls aber auch andere, materiell interessierte Departemente für den Entscheid über die Verhandlungseröffnung, zu den Verhandlungen und für den Entscheid über den Vertragsabschluss beigezogen werden. In diesem Zu-

⁴⁹ BGE 105 V 180, 184; 102 Ib 26, 31; 101 Ib 70, 74 f.

⁵⁰ Vgl. dazu auch VPB 42 (1978) Nr. 76, S. 356: die dortigen Ausführungen gelten sinngemäss auch hier.

sammenhang ist zu erwähnen, dass die Verantwortung des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements (EVD) für eine kohärente Aussenwirtschaftspolitik eine regelmässige Information des Departements auch bei Geschäften verlangt, die bloss mittelbar die Aussenwirtschaft betreffen.

Die *Subdelegation der Vertragsabschlusskompetenz an Bundesämter* ist, soweit sie sich auf Verträge bezieht, die Rechtssätze enthalten⁵¹ oder zur Rechtsetzung verpflichtet, nur aufgrund einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage möglich. Dies ergibt sich per Analogie aus Art. 7 Abs. 5 Verwaltungsorganisationsgesetz (SR 172.010).

II. Wenn in speziellen Fällen der Abschluss eines Vertrages derart dringlich ist, dass Verhandlung, Unterzeichnung und Inkraftsetzung notwendigerweise gleichzeitig erfolgen müssen⁵², so kann – sofern der Bundesrat selbständig zum Vertragsabschluss zuständig ist – ein Departement oder ein Bundesamt auch ohne besondere Ermächtigung diesen Vertrag abschliessen und provisorisch anwenden; ein solcher Vertrag ist sofort dem Bundesrat zur Genehmigung vorzulegen.

Auch hier gilt, dass die Direktion für Völkerrecht, welche für sämtliche völkerrechtlichen Aspekte zuständig ist, das Bundesamt für Justiz und die übrigen interessierten Verwaltungsstellen rechtzeitig zu konsultieren hat.

(Mitteilung der Direktion für Völkerrecht [EDA] und des Bundesamtes für Justiz [EJPD], nach zustimmender Kenntnisnahme durch den Bundesrat vom 14. Dezember 1987)

⁵¹ Siehe Art. 5 Abs. 2 Geschäftsverkehrsgesetz (SR 171.11).

⁵² Solche Fälle können insbesondere im ausserwirtschaftlichen Bereich auftreten; so zum Beispiel Botschaft vom 25. Februar 1981 über handels- und rohstoffpolitische Massnahmen im Bereich der Entwicklungszusammenarbeit (BBl 1981 II 1, 49/50); Botschaft vom 9. Januar 1985 zum Abkommen über die Änderung des Protokolls Nr. 3 zum Freihandelsabkommen Schweiz-EG (BBl 1985 I 474, 475); Botschaft vom 9. Januar 1985 zur Änderung des Anhangs G (Sonderbestimmungen für Portugal) zum Übereinkommen vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandels-Assoziation (EFTA, BBl 1985 I 479-481).

CONCLUSION DES TRAITÉS INTERNATIONAUX

Délimitations entre la procédure ordinaire et la procédure simplifiée

Introduction

Les traités internationaux sont une composante essentielle de l'ordre juridique suisse. L'accroissement de leur importance, tant sur le plan quantitatif que sur le plan qualitatif, ressort d'une part du fait qu'ils couvrent l'ensemble des activités étatiques et, d'autre part, qu'ils revêtent de plus en plus souvent un caractère de règles de droit au sens de l'art. 5 al. 2 de la LF du 23 mars 1962 sur les rapports entre les conseils (LREC, RS 171.11). Dans son rapport de gestion pour l'année 1983, le Conseil fédéral a constaté à cet égard ce qui suit: «Instruments aussi indispensables que la loi pour réaliser le principe de la primauté du droit, les traités internationaux sont de surcroît, pour un petit pays comme la Suisse, un moyen juridique efficace de sauvegarder son indépendance sur une scène internationale encore largement dominée par les rapports de force»¹. L'importance que revêtent les traités internationaux pour la Suisse exige que la répartition des compétences constitutionnelles relatives à la conclusion des traités internationaux soit déterminée aussi clairement que possible. Ainsi tiendra-t-on également compte des exigences d'un Etat démocratique fondé sur le droit.

La multiplication des conclusions et révisions de traités internationaux par la Suisse, que l'on peut observer depuis de nombreuses années déjà, d'une part, et le développement parallèle de la pratique suisse en matière de conclusion de traités internationaux, d'autre part, justifient que l'on dresse aujourd'hui un bilan, en particulier sous l'angle des rapports qui existent entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral dans la procédure de conclusion des traités internationaux. Le Conseil fédéral estime qu'une clarification de la situation juridique s'impose d'autant plus qu'il a l'obligation constitutionnelle de veiller à l'observation de la constitution (art. 102 ch. 2 Cst.); cette clarification est également nécessaire pour l'Assemblée fédérale, qui a la tâche d'assurer la haute surveillance de l'administration fédérale (art. 85 ch. 11 Cst.).

Le présent rapport s'articule de la manière suivante: il rappelle tout d'abord la distinction usuelle qui est faite, dans la pratique suisse relative à la conclusion des traités internationaux, entre la procédure ordinaire et la procédure simplifiée. Quelques indications statistiques éclairent l'importance relative des deux types de procédure. Après un exposé du partage des compétences constitutionnelles, tel qu'il est notamment appliqué dans la pratique relative à l'approbation parlementaire des traités internationaux selon l'art. 85 ch. 5 Cst., le rapport évoque les possibilités et les limites de la procédure simplifiée de conclusion des trai-

¹ Rapport de gestion du Conseil fédéral pour l'année 1983, p. 140.

tés (applicable dans le cas d'autorisation expresse ou tacite, d'approbation anticipée, d'application provisoire de traités urgents). Le rapport explique ensuite les raisons pour lesquelles certains traités de portée limitée (traités mineurs, «Bagatellverträge») peuvent et doivent également être soumis à une procédure simplifiée, sous réserve d'une information en temps utile des commissions parlementaires compétentes et, a posteriori, de l'Assemblée fédérale elle-même. Enfin, le rapport livre des réflexions sur quelques questions délicates concernant l'admissibilité et les limites de la sous-délégation, aux départements et aux offices, des compétences qu'a le Conseil fédéral en matière de traités internationaux.

1. Les traités internationaux sont conclus par les autorités fédérales soit selon la procédure ordinaire, soit selon la procédure simplifiée. Dans la *procédure ordinaire*, l'Assemblée fédérale approuve expressément les traités qui ont été négociés et signés par le Conseil fédéral. Cette approbation intervient avant que ces traités ne soient ratifiés par le Conseil fédéral, autrement dit avant qu'ils ne revêtent un caractère définitif tant sur le plan international que sur le plan interne. Dans la *procédure simplifiée* en revanche, il n'y a pas d'approbation parlementaire entre la fin des négociations et la ratification du traité.

La procédure de référendum en matière de traités internationaux est toujours réservée, dans les limites que lui assigne l'art. 89 al. 3 à 5 Cst. Les traités internationaux soumis au référendum ne peuvent généralement pas être conclus selon la procédure simplifiée².

2. Une *étude* récente, menée par la Direction du droit international public et portant sur quelque 620 traités ou révisions de traités publiés³ dans le Recueil officiel des lois fédérales entre 1975 et 1984 a donné les résultats suivants:

Dans plus de la moitié des instruments examinés, il s'agit de modifications, d'adaptations ou de reconductions de traités qui concernent en premier lieu l'administration et l'adaptation à des circonstances changeantes du droit international conventionnel de la Suisse.

Dans la période considérée, l'Assemblée fédérale a approuvé environ 300 traités.

Parmi les quelque 320 traités qu'il a conclus selon la procédure simplifiée, le Conseil fédéral était au bénéfice d'une autorisation expresse du Parlement dans 275 cas. Celle-ci était contenue soit dans un acte législatif interne (195 cas), soit dans un traité international approuvé par l'Assemblée fédérale (80 cas). Durant la décennie considérée, le Conseil fédéral a conclu ou modifié en toute autonomie les quelque 45 traités restants, parce qu'il s'agissait de «traités» ne consacrant aucune obligation nouvelle pour la Suisse ou ne portant pas renonciation à

² Voir cependant, à titre d'exception régie par la loi, par exemple l'art. 2 de la LF du 25 juin 1982 sur les mesures économiques extérieures (RS 946.201).

³ Conformément à l'art. 2 de la LF du 21 mars 1986 sur les publications officielles (RS 170.512, RO 1987 600).

des droits existants, ou de simples traités d'exécution de traités existants, ou encore de traités conclus dans des domaines où le Conseil fédéral est compétent sur le plan interne et qui comportent une dimension internationale.

Alors que la procédure ordinaire de conclusion a été suivie dans tous les domaines auxquels touche le droit des traités, et tout particulièrement lorsqu'il s'est agi de conclure de nouveaux traités d'une certaine portée politique et juridique⁴, la procédure simplifiée a surtout trouvé application pour nombre de traités essentiellement bilatéraux, qui portaient sur un objet précis, souvent de nature technique, et qui, sur le plan matériel, couvraient un domaine clairement délimité⁵.

3. La *pratique* selon laquelle le Conseil fédéral peut, dans certains cas et à certaines conditions, conclure de manière indépendante des traités internationaux, remonte au 19^e siècle⁶; dans ses principes, cette pratique n'a pas été contestée jusqu'à aujourd'hui, pas même par l'Assemblée fédérale, et elle est reconnue par la doctrine dominante⁷. Aussi peut-on en particulier considérer comme droit constitutionnel coutumier l'autorisation donnée au Conseil fédéral de conclure lui-même des traités internationaux et sa compétence de conclure des traités urgents et de décider leur mise en application provisoire⁸.

La pratique administrative et la doctrine de droit constitutionnel ont rangé les cas d'application de la procédure simplifiée dans les cinq catégories suivantes⁹:

⁴ Voir par exemple le droit international du mariage et de la famille, le droit international économique et fiscal, le droit des transports maritimes et le droit aérien, le droit international de la sécurité sociale, le droit international de la guerre, le droit de la coopération internationale en matière scientifique.

⁵ Voir par exemple les accords en matière de circulation routière, les traités sur la coopération au développement, les accords en matière monétaire, les accords en matière de recherche, les accords de siège avec des organisations internationales, les accords concernant les postes douaniers, les accords d'exécution d'accords en matière d'assurance sociale.

⁶ Voir par exemple les déclarations de réciprocité dans les accords internationaux relatifs à l'extradition, art. 1^{er} de la LF du 22 janvier 1892 concernant l'extradition aux Etats étrangers (RS 3, p. 501); accords sur la police de la pêche dans les eaux frontalières, art. 30 de la LF du 21 décembre 1888 sur la pêche (RS 9, p. 555, 562).

⁷ *Jean-François Aubert*, Traité de droit constitutionnel suisse, vol. II et III, Neuchâtel 1967, No. 1319; *Ulrich Häfelin/Walter Haller*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zurich 1984 p. 307; *Yvo Hangartner*, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Zurich 1980 vol. I, p. 189 ss; *Jean Monnier*, Les principes et les règles constitutionnels de la politique étrangère suisse, dans Revue de droit suisse (RDS), Nf vol. 105, 1986 II, p. 221.

⁸ JAAC 42 (1978) no 76, p. 352; voir également BO CN 1975 1081, BO CE 1975, p. 772.

⁹ Voir par exemple JAAC 25 (1955) no 18; JAAC 30 (1961) no 13; JAAC 42 (1978) no 76; Aubert, op.cit., vol. II et III, n. 1319; *Luzius Wildhaber*, Bundesstaatliche Kompetenzauscheidung, dans: «Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik», Berne 1975, p. 269 ss.; Monnier, op.cit., p. 221.

- les traités qui ne confèrent que des droits à la Suisse, sans lui imposer des obligations;
- les traités provisoires et urgents;
- les traités relatifs à l'exécution de traités antérieurs;
- les traités pour la conclusion desquels le Conseil fédéral bénéficie d'une autorisation en vertu d'une loi, d'un arrêté fédéral de portée générale ou d'un traité;
- et les traités portant sur des objets qui relèvent, sur le plan interne, de la seule compétence du Conseil fédéral, dans la mesure où celle-ci revêt une dimension internationale.

Cet effort de systématisation s'est révélé utile, car il est indispensable d'avoir une vue d'ensemble d'une pratique qui doit être transparente et, sur le plan juridique, circonscrite de manière aussi précise que possible. D'un autre côté, la variété et la dynamique propre des traités internationaux ont montré que le partage des compétences internes en matière de conclusion de traités internationaux, comme d'ailleurs l'ensemble du domaine des relations extérieures, se laissent difficilement enfermer dans un schématisme rigide ou une réglementation détaillée. La doctrine a souligné certaines des difficultés d'application pratique qu'engendrent les cinq catégories¹⁰. Cette situation a amené Mme la Conseillère fédérale E. Kopp à faire la déclaration suivante, le 27 septembre 1986, lors de l'Assemblée générale annuelle de la Société suisse des juristes, précisément consacrée à l'examen des principes constitutionnels de la politique étrangère suisse:

«Plus le temps passe, plus on ressent le besoin de restructurer de manière adéquate la pratique et de compléter le cas échéant ces cinq catégories, opération qui paraît concevable du point de vue du droit constitutionnel. A cet égard, il me paraîtrait opportun de réfléchir en particulier à l'introduction d'une catégorie de traités mineurs («Bagatellverträge») que le Conseil fédéral pourrait conclure dans le cadre de sa compétence propre.»¹¹

Indépendamment de l'utilité pratique d'une certaine systématisation des catégories de traités, la délimitation entre la procédure ordinaire et la procédure simplifiée de conclusion des traités doit s'opérer dans chaque cas concret, à la lumière du droit constitutionnel et des principes généraux qui en découlent pour la répartition des compétences entre les autorités fédérales en matière de relations extérieures.

4. Alors qu'en vertu de l'art. 102 ch. 8 Cst., le Conseil fédéral «veille aux intérêts de la Confédération au-dehors, notamment à l'observation de ses rapports internationaux», et qu'il est «en général, chargé des relations extérieures», «la conclusion d'alliances et de traités avec les Etats étrangers» tombe, en vertu de l'art. 85 ch. 5 Cst., dans la compétence des deux conseils.

¹⁰ Häfelin/Haller, op. cit., p. 307; Aubert, op. cit., n. 1319; Wildhaber, op. cit., p. 269 ss.

¹¹ Voir procès-verbal de la 120e Assemblée générale de la Société suisse des juristes, publié dans RDS 105, 1986 II, p. 543.

Ces dispositions constitutionnelles, qui jouent un rôle central dans la procédure de conclusion des traités, doivent être considérées à la lumière de l'ensemble des dispositions constitutionnelles pertinentes pour la mise en œuvre de la politique étrangère suisse. Il incombe à tous les organes étatiques, chacun dans sa propre sphère de compétence, de participer à cette mise en œuvre¹².

Les indications que fournit le *texte constitutionnel sur la répartition des compétences* en matière de conclusion de traités internationaux sont peu explicites en ce qui concerne les rapports entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral. C'est ainsi que l'art. 85 ch. 5 Cst. ne fixe par exemple ni le moment précis, ni la forme juridique de la participation parlementaire à la conclusion d'un traité. Toutefois, si l'on se réfère à l'approche fonctionnelle et globale de la répartition des compétences dans le domaine de la politique étrangère – approche à laquelle la Commission d'études des Chambres fédérales s'est ralliée dans son rapport final intitulé «L'avenir du Parlement»¹³ – il existe des principes dont on peut déduire la nature et le partage institutionnel des fonctions en matière de conclusion des traités. Par opposition à une conception statique, structurelle ou hiérarchique de la constitution, l'approche fonctionnelle permet de tirer judicieusement parti de l'interdépendance des deux autorités fédérales dotées chacune d'attributions propres et d'attributions partiellement communes en matière de relations extérieures pour concrétiser le régime des compétences: l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral doivent, chacun à sa manière et avec ses moyens propres, agir de manière complémentaire afin d'assumer en étroite coopération la responsabilité de l'ensemble de l'activité étatique dans le domaine des relations extérieures.

Alors que le Conseil fédéral négocie les traités internationaux, les signe, les ratifie, et le cas échéant, les dénonce, il incombe à l'Assemblée fédérale de donner ou de refuser son approbation à chaque traité international¹⁴. Par traité international, il faut entendre tout acte de souveraineté par lequel deux ou plusieurs sujets de droit international manifestent de manière concordante leur volonté d'assumer des engagements régis par le droit international ou de renoncer à des prérogatives juridiques correspondantes. Si, en vertu des critères d'appréciation relevant du droit international public (p. ex. du droit des traités ou du droit de la responsabilité internationale), il subsiste un doute sur la nature conventionnelle d'un acte de souveraineté international, et si ni l'analyse du texte, ni l'intention qui se trouve à la base de l'instrument international et qui est manifestée par les

¹² Voir de surcroît, pour le *Conseil fédéral*, art. 102. ch. 2, 7 et 9 Cst.; pour l'*Assemblée fédérale*, art. 85 ch. 2, 6, 11 Cst. et art. 89 al. 4 Cst.; pour le *peuple*, art. 89 al. 3 et 4 Cst.; pour le *constituant*, art. 89 al. 5 Cst.; pour le *Tribunal fédéral* – et implicitement pour toutes les autorités suisses chargées de l'application du droit –, art. 113 al. 1, ch. 3 Cst. et 114 bis al. 3 Cst.

¹³ FF 1978 II 1017 ss.

¹⁴ Voir, parmi beaucoup d'autres, *Jörg Paul Müller/Luzius Wildhaber*, *Praxis des Völkerrechts*, 2e éd., Berne 1982, p. 55, avec références.

parties contractantes n'apportent la lumière souhaitée¹⁵, il faut alors présumer l'existence d'un traité au sens de l'art. 85 ch. 5 Cst.

Le Conseil fédéral dispose de la marge de manœuvre qui lui est nécessaire pour veiller en tout temps et de manière indépendante à l'observation des rapports internationaux de la Suisse (art. 102 ch. 8 Cst.) et assumer la responsabilité en la matière. Même dans ce domaine, il est lié aux grands principes et règles de la politique étrangère.

5. Selon une pratique constante, l'Assemblée fédérale n'a pas à intervenir lors de la conclusion d'instruments internationaux qui ne créent pas de nouvelles obligations pour la Suisse ou qui ne portent pas renonciation à des droits existants¹⁶. Ces instruments ne tombent pas dans le *champ d'application de l'art. 85 ch. 5 Cst.*, mais font partie des moyens d'action internationaux par lesquels le Conseil fédéral assure lui-même les relations internationales de la Suisse.

Font notamment partie de cette catégorie d'actes internationaux:

- les traités qui reflètent seulement de manière ponctuelle le droit international coutumier, sans revêtir l'ampleur d'une véritable codification d'un tel droit¹⁷;
- les traités qui se bornent à régler des formalités administratives, comme, par exemple, l'utilisation de certains formulaires officiels¹⁸ ou la transmission de documents officiels entre autorités¹⁹, pour autant qu'il n'en découle pas d'effet sur la situation juridique des intéressés;
- de nouvelles formes et instruments de coopération internationale, tels que la déclaration commune d'intention, le «gentlemen's agreement», le «memo-

¹⁵ Art. 31 à 33 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (reproduite dans Müller/Wildhaber op. cit., p. 581, 589 ss).

¹⁶ Réponse du Conseil fédéral à une interpellation Oehen du 7 juin 1977 (relative à l'accord complémentaire à l'accord entre la Suisse et les USA sur l'utilisation pacifique de l'énergie atomique, BO CN 1978 1767); accord du 16 février 1923 entre la Suisse et la Belgique pour régler la situation de la Suisse au Congo belge (RS O.142.111.722); accord du 12 juillet 1977 sur la version espagnole et portugaise de l'accord entre la Suisse, l'Autriche et la Communauté économique européenne portant extension du domaine d'application des dispositions sur la procédure d'expédition communautaire (non encore publié).

¹⁷ JAAC 47 (1983) no 38, p. 192; message du 28 juillet 1955 sur le statut juridique en Suisse de l'ONU et d'autres organisations internationales (FF 1955 II 389, 400).

¹⁸ JAAC 34 (1969) no 13, p. 35.

¹⁹ Protocole du 1^{er} mai 1869 concernant l'exécution des conventions conclues et signées à Berne et à Florence entre la Suisse et l'Italie le 22 juillet 1868 (RS 0.142.114.541.1); déclaration du 29 novembre 1900 entre la Suisse et la Belgique concernant la transmission directe des actes judiciaires, etc. (RS 0.274.181.721); déclaration du 30 avril 1910 entre la Suisse et l'Allemagne concernant la simplification des relations en matière d'assistance judiciaire (RS 0.274.181.362); échange de lettres des 12/15 février 1979 entre la Suisse et le Grand-Duché de Luxembourg sur l'acheminement des actes judiciaires et extra-judiciaires en matière civile et commerciale (RS 0.274.185.181).

randum of understanding», les «agreed minutes» ou le code de conduite²⁰, à moins qu'il ne résulte d'une analyse du texte ou de toute autre intention manifestée par les parties que de tels instruments doivent déployer des effets juridiques obligatoires²¹;

- des traités destinés à exécuter des traités antérieurs, qui se bornent à préciser des droits et des devoirs ou des principes d'organisation qui sont déjà contenus dans le traité de base, ou qui, au moment de leur conclusion, servent à poursuivre la réalisation de l'objectif conventionnel initial²². La compétence et la responsabilité du Conseil fédéral relatives à l'exécution d'obligations internationales de la Suisse²³ par l'adoption de normes internes²⁴ ou la conclusion de traités d'exécution, reposent directement sur l'art. 102 ch. 5 et 8 Cst. Peu importe si le besoin d'un tel accord d'exécution était déjà déterminable ou non au moment de la conclusion du traité de base.

Cependant, si le traité de base est étendu, par des traités successifs, à de nouveaux domaines, ou si ces traités successifs transforment en obligations concrètes des dispositions du traité de base qui ne revêtaient que le caractère de programmes ou de buts généraux²⁵, ces traités tombent alors dans le champ

²⁰ Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (CSCE) du 1^{er} août 1975 (FF 1975 II 939 ss); document de la Conférence de Stockholm sur les mesures de confiance et de sécurité et sur le désarmement en Europe, tenue conformément aux dispositions respectives du document de clôture de la réunion de Madrid de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, du 19 septembre 1986 (FF 1986 III 889 ss); 2^e Message, du 11 mai 1977, relatif à la participation de la Suisse à la coopération européenne dans le domaine de la recherche scientifique et technique (COST), FF 1977 II 629, 635; JAAC 36 (1972) no 24; déclaration de base EUREKA, publiée à Hanovre le 6 novembre 1985 (FF 1986 I 569 ss); accord du 30 juillet 1986 sur le secrétariat d'EUREKA entre les Etats membres d'EUREKA (décision du Conseil fédéral du 9 juin 1986, non publiée); «agreed minutes» du Club de Paris relatives aux consolidations de dettes.

²¹ Cf. la portée du Code de l'OCDE sur la libéralisation des mouvements de capitaux, en ce qui concerne la mise au point du régime d'autorisation pour l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (FF 1981 III 553, 614).

²² Voir par exemple l'application de la convention du 28 septembre 1960 entre la Suisse et la France relative aux bureaux à contrôles nationaux juxtaposés et aux contrôles en cours de route (RO 1961 574); accord entre la Suisse et l'Agence internationale de l'énergie atomique du 6 septembre 1978 relatif à l'application de garanties dans le cadre du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (RS 0.515.031); conclusion d'une clause compromissoire avec un autre Etat en application d'un traité d'arbitrage; règlement amiable en application de l'art. 28 let. b de la Convention européenne des droits de l'homme (RS 0.101); JAAC 42 (1978) no 76, p. 353-354.

²³ Voir le 3^e rapport du Conseil fédéral, du 22 février 1984, sur la Suisse et les conventions du Conseil de l'Europe, FF 1984 I 792, 798.

²⁴ ATF 105 IV 218, 221; JAAC 31 (1962-1963) no 2, p. 17.

²⁵ Protocole du 28 septembre 1984 à la Convention de 1979 sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, relatif au financement à long terme du programme

d'application de l'art. 85 ch. 5 Cst. La question de savoir si, dans ces cas, c'est la procédure ordinaire ou la procédure simplifiée qui s'applique, dépend des circonstances du cas d'espèce.

Le champ d'application de l'art. 85 ch. 5 Cst. est vaste, à l'instar des principes généraux qui régissent la répartition des compétences en matière de politique étrangère. L'admission des exceptions susmentionnées doit par conséquent s'appuyer sur des critères stricts. L'art. 85 ch. 5 Cst. est en particulier applicable: à la «consolidation» conventionnelle du droit interne²⁶; à la codification du droit international coutumier, dans la mesure où cette opération dépasse la simple transcription de ce droit international coutumier²⁷; à la reconduction de traités, même sans modification de leur contenu, à moins qu'il ne s'agisse, dans les traités en question, que d'une obligation portant sur une prestation unique qui, à l'expiration du délai conventionnel initialement fixé, n'a pas encore été complètement exécutée²⁸; à des adaptations conventionnelles en matière d'organisation, dans la mesure où ces adaptations affectent le statut juridique de la Suisse en tant que partie contractante; à des traités qui ne contiennent que des droits et obligations de portée limitée ou qui sont essentiellement de nature technique ou administrative (traités dit mineurs, ou «Bagatellverträge», voir exemples ci-dessous, ch. 9)²⁹.

6. Dans plus de 80% des cas où l'on a recours à la *procédure simplifiée de conclusion des traités internationaux*, le Conseil fédéral ratifie les traités qu'il a négociés sur la base d'une *autorisation* (Ermächtigung) qui peut intervenir en lieu et place de l'approbation parlementaire ordinaire du traité. La légitimité de telles autorisations repose sur le droit constitutionnel coutumier. Ce dernier exige à cet égard que les conditions matérielles suivantes soient remplies: l'autorisation ne doit pas constituer une délégation «en blanc», car l'Assemblée fédérale doit par-

concerté de surveillance continue et d'évaluation du transport à longue distance des polluants atmosphériques en Europe (décision du Conseil fédéral du 11 mars 1985); Protocole du 8 juillet 1985 à la Convention de 1979 sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, relatif à la réduction des émissions de soufre ou de leurs flux transfrontières d'au moins 30 pour cent (FF 1986 III 183).

²⁶ JAAC 30 (1961) no 13, p. 35 ss.

²⁷ Voir par exemple la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (reproduite dans Müller/Wildhaber, op. cit., p. 581 ss); Convention de Vienne du 21 mars 1986 sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales, reproduite dans «International Legal Materials» vol. XXV, no 3, p. 543 ss.

²⁸ JAAC 5 (1931) no 9; acte final de la conférence des plénipotentiaires pour la reconduction de l'accord ESRANGE, du 17 mars 1977 (RS 0.425.111).

²⁹ On ne saurait admettre, dans ce contexte, la méthode dite du bilan («Saldo-Methode»), selon laquelle un traité qui comprend de nouveaux droits et de nouvelles obligations ne doit être soumis à l'approbation du Parlement que si, aux termes d'un bilan, ce traité apporte plus d'obligations que de droits à la Suisse.

ticiper à la conclusion de chaque traité non seulement d'une manière formelle, institutionnelle, mais aussi et surtout sur le fond. Ce n'est que de cette manière que l'Assemblée fédérale peut assumer pleinement sa coresponsabilité pour les traités internationaux conclus par la Suisse. Lorsque l'Assemblée fédérale exerce ses compétences avant la signature du traité par le Conseil fédéral, elle doit donner à celui-ci des directives aussi précises que possible sur sa façon d'envisager les questions fondamentales que pose la réglementation internationale d'une matière donnée³⁰. Le contenu de ces directives varie de cas en cas et la question de savoir si l'arrêté d'autorisation remplit les exigences matérielles minimales qui permettent d'exclure une simple délégation « en blanc » doit être résolue à l'aide d'éléments d'appréciation relevant du droit international public (p. ex. le cercle potentiel des parties contractantes, la durée prévisible du traité) et du droit interne (p. ex. des règles internes en vigueur ou en voie d'élaboration). C'est dire que les limites posées par la jurisprudence à l'admission d'une délégation législative³¹ ne sont pas transposables sans autre aux traités internationaux; pour négocier un traité sur le plan international, le Conseil fédéral a besoin d'une liberté de manœuvre qui réponde aux impératifs de la négociation; l'ampleur de cette liberté n'est pas nécessairement la même pour la législation interne³².

L'Assemblée fédérale peut révoquer ou modifier l'autorisation de conclure un traité préalablement donnée au Conseil fédéral dans un acte de droit interne. Pour sa part, le Conseil fédéral n'est pas obligé de faire usage de l'autorisation

³⁰ Voir par exemple les arrêtés fédéraux dits des pleins pouvoirs de 1914 et de 1939 (RO 1914 347; 1939 781); art. 10 de la LF du 19 mars 1976 sur la coopération au développement et l'aide humanitaire internationales (RS 974.0); l'art. 5 de la LF du 14 décembre 1973 sur la pêche (RS 923.0); l'art. 16 de la LF du 7 octobre 1983 sur la recherche (RS 420.1); les art. 2 et 10 de la LF du 25 juin 1982 sur les mesures économiques extérieures (RS 946.201); l'art. 106 de la LF du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (RS 741.01); l'art. 1^{er} de l'AF du 1^{er} octobre 1952 autorisant le Conseil fédéral à échanger des déclarations de réciprocité sur l'imposition des entreprises de navigation maritime, intérieure ou aérienne (RS 672.1); l'AF du 30 septembre 1955 concernant la conclusion ou la modification d'accords avec des organisations internationales en vue de déterminer leur statut en Suisse (RS 192.12); l'AF du 27 septembre 1963 concernant la conclusion de traités relatifs à la protection et à l'encouragement des investissements de capitaux (RS 975); l'AF du 20 juin 1980 concernant la conclusion d'accords relatifs à des consolidations de dettes (RS 946.240.9); l'AF du 20 mars 1975 sur la collaboration de la Suisse à des mesures monétaires internationales (dans la version de l'AF du 22 mars 1985, RS 941.13); le message du 12 avril 1978 concernant la collaboration de la Suisse aux projets de recherche en matière d'énergie de l'Agence internationale de l'énergie (FF 1979 I 921, 941); JAAC 42 (1978) no 76, p. 354; ATF 105 IV 218, 220.

³¹ ATF 98 Ia 592, 102 Ia 64, 103 Ia 374, 104 Ia 310.

³² Mais aussi lorsque la législation interne (p. ex. dans le domaine de l'économie) dépend de nos relations avec l'étranger, une marge de manœuvre relativement grande est indispensable au Conseil fédéral (voir l'art. 1^{er} de la LF du 25 juin 1982 sur les mesures économiques extérieures [RS 946.201] et l'art. 23 de la LF sur l'agriculture du 3 octobre 1951 [RS 910.1]).

qui lui a été accordée. Il peut également, en se fondant sur sa compétence exclusive de direction et de négociation dans le domaine des relations extérieures, négocier et signer lui-même, en tout temps, des traités dont les clauses s'écartent des directives contenues dans l'acte d'autorisation parlementaire. Dans ce cas, le traité doit à vrai dire être conclu selon la procédure ordinaire.

En règle générale, l'autorisation parlementaire doit figurer expressément dans un acte de droit interne ou de droit international³³. Exceptionnellement, cette autorisation peut toutefois être octroyée tacitement, en liaison par exemple avec une délégation de compétence interne. Le fait que, dans une matière relevant du pouvoir réglementaire du Conseil fédéral, certaines questions revêtant une dimension transfrontière ne peuvent pratiquement être régies qu'au moyen de règles internationales³⁴, constitue un indice important que l'autorisation de conclure un traité est implicitement contenue dans la délégation de compétence interne. C'est l'autorité compétente sur le fond qui apprécie de cas en cas, en collaboration avec les services intéressés, la nécessité d'une réglementation de droit international.

Une autorisation tacite peut également découler de traités que l'Assemblée fédérale a approuvés, notamment lorsqu'il s'agit de modifier ou de compléter ces traités³⁵ ou leurs annexes, qui revêtent le plus souvent un caractère technique³⁶. Il peut ainsi résulter du but d'un traité ou d'autres circonstances – notamment de la brièveté des délais de révision – que seul le Conseil fédéral puisse pratiquement être compétent. Dans ces cas, le Conseil fédéral devrait expressément attirer

³³ Voir par exemple l'art. 18 du traité d'Esson avec la France (RO 1964 1255), qui permet aux gouvernements concernés d'appliquer aux traités d'éventuels accords ultérieurs conclus en matière de double imposition par le biais de simples échanges de notes (al. 3), et qui constitue la base juridique de l'échange de notes publié dans RO 1978 1382; voir également l'art. 4 de l'accord européen du 17 septembre 1974 sur l'échange de réactifs pour la détermination des groupes tissulaires (RO 1977 1247), dont l'al. 4 permet aux gouvernements des parties contractantes de modifier ou de compléter de manière autonome le protocole et ses annexes.

³⁴ Voir par exemple l'art. 25 de la LF du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (RS 142.20) concernant des accords sur la levée de l'obligation du visa; l'art. 4 de la LF du 23 décembre 1959 sur l'utilisation pacifique de l'énergie atomique et la protection contre les radiations (RS 732.0); les art. 39 et 119 CC et l'O du 1^{er} juin 1953 sur l'état civil (RS 211.112.1) qui en découle; les art. 54 et 57 de la LF du 8 décembre 1905 sur le commerce des denrées alimentaires et de divers objets usuels (RS 817.0).

³⁵ Voir par exemple l'extension territoriale de l'accord de double imposition avec le Danemark dans le domaine des impôts sur le revenu et la fortune du 23 novembre 1973 (RO 1974 1720), extension qui a eu lieu par échange de lettres du 20 mars 1978 entre le Conseil fédéral suisse et le gouvernement danois sur l'extension de l'accord aux îles Féroé (RO 1978 457).

³⁶ Art. VII, let. B de l'accord de coopération entre le gouvernement suisse et le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique pour l'utilisation de l'énergie atomique à des fins pacifiques, du 30 décembre 1965 (RO 1966 1313).

l'attention du Parlement sur le fait que le traité de base contient une telle autorisation implicite, de sorte qu'il ne fasse pas de doute que l'approbation du traité implique automatiquement, au profit du Conseil fédéral, une autorisation complémentaire³⁷.

Sur le plan formel, les autorisations données au Conseil fédéral de conclure un traité doivent, si elles sont contenues expressément dans un acte de droit interne, revêtir la forme d'un acte législatif soumis au référendum. Cette pratique³⁸ se fonde sur l'idée que l'autorisation a le caractère d'une règle de droit fixant des compétences, au sens de l'art. 5 al. 2 LREC. La doctrine – qui s'est d'ailleurs peu penchée sur cette question – approuve cette pratique, ou du moins ne la critique généralement pas³⁹. Néanmoins, certains auteurs ont émis des doutes quant à la nécessité d'actes législatifs formels pour la conclusion de traités selon la procédure simplifiée, compte tenu de la nature juridique particulière de ces actes d'autorisation⁴⁰.

7. Exceptionnellement, l'Assemblée fédérale peut approuver un traité international avant que son contenu ait été définitivement négocié. Il faut cependant que les éléments essentiels du traité soient connus au moment de l'approbation. Cette *approbation anticipée* se distingue de celle qui est donnée dans le cadre de la procédure ordinaire uniquement par le fait qu'elle intervient non pas après, mais avant la signature du traité, et en connaissance des éléments essentiels de son contenu⁴¹. Elle se distingue également de l'autorisation formelle décrite au ch. 6 en ce sens qu'au moment où elle est donnée, le résultat provisoire des négociations ou un modèle de traité est connu⁴². L'approbation anticipée s'applique seulement à un traité dont la négociation se trouve à un stade avancé, ou à un

³⁷ Ainsi, le Conseil fédéral a annoncé, dans son message sur les accords de double imposition avec le Danemark (FF 1974 I 635), la conclusion d'un échange de notes sur les impôts sur le revenu et la fortune aux îles Féroé (p. 637).

³⁸ Projet d'AF sur la participation de la Suisse à la coopération européenne dans le domaine de la recherche scientifique et technique (COST, FF 1977 II 645); message du 14 septembre 1977 concernant la participation de la Suisse à l'Action spéciale en faveur de pays en développement à faible revenu (FF 1977 II 169 ss, 180); JAAC 26 (1956) no 1, p. 9 ss; message du 28 août 1974 à l'appui d'une loi relative au traité conclu avec les Etats-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale (FF 1974 II 632, 648).

³⁹ Hangartner, op. cit., vol. I, p. 190; Fritz Fleiner/Zaccharia Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923, reproduction Zurich 1949, 1969, p. 825; Kurt Eichenberger, Die oberste Gewalt im Bunde, thèse Zurich 1947, p. 126.

⁴⁰ Monnier, op. cit., p. 226; Bruno Spinner, Parlamentarische Genehmigungs- und Delegationsbeschlüsse beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge in der Schweiz, dans Revue suisse de jurisprudence (RSJ) 1979, p. 106 ss; Walter Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3^e éd., Berne 1931, p. 676 ss.

⁴¹ Message du 14 septembre 1977 sur la participation de la Suisse à l'Action spéciale en faveur de pays en développement à faible revenu (FF 1977 III 169, 180).

⁴² Voir note 41, p. 169 ss.

modèle de traité déterminé; elle n'équivaut pas à une autorisation portant sur un nombre indéterminé de futurs traités internationaux. La compétence d'approbation parlementaire n'est donc pas déléguée au Conseil fédéral, mais le Parlement en fait un usage anticipé. Elle doit donc revêtir la forme – à l'instar de l'approbation donnée lors de la procédure ordinaire – d'un arrêté fédéral simple non soumis au référendum⁴³.

8. Il peut arriver, dans de rares cas, que la procédure simplifiée de conclusion d'un traité international se caractérise par le fait que *l'intervention des Chambres ne peut avoir lieu qu'après la mise en application provisoire du traité*. On peut admettre que c'est le droit constitutionnel coutumier qui reconnaît au Conseil fédéral la compétence, dans l'exercice de son rôle directeur et de sa responsabilité dans la conduite des relations extérieures, de conclure et d'ordonner immédiatement l'application provisoire d'un traité lorsque la sauvegarde d'intérêts suisses essentiels ou une urgence particulière l'exigent, et qu'il n'est en conséquence pas possible de respecter la procédure d'approbation parlementaire ordinaire. L'Assemblée fédérale a la possibilité, après coup, d'anéantir les effets juridiques de la conclusion du traité; l'approbation parlementaire a posteriori ne se justifie cependant pas lorsqu'il s'agit de traités urgents et provisoires conclus pour une durée très limitée, si la procédure d'approbation ne peut être menée à son terme qu'une fois le traité devenu caduc⁴⁴. Dans ces cas cependant, l'Assemblée fédérale devrait être orientée après coup.

La procédure simplifiée relative à l'application provisoire de traités urgents a trouvé une expression législative concrète dans le domaine de la politique économique extérieure⁴⁵. Il n'en demeure pas moins que le Conseil fédéral se doit aussi de sauvegarder les intérêts suisses dans tous les autres domaines par tous les moyens juridiques disponibles, y compris l'application provisoire de traités urgents.

9. On peut à bon droit penser que la procédure simplifiée de conclusion des traités internationaux, assortie de l'intervention a posteriori du Parlement – dans le sens d'une confirmation des traités conclus par le Conseil fédéral de manière autonome – s'applique aussi aux *traités d'importance mineure* («Bagatellverträge»). L'accroissement considérable du nombre des conclusions et modifications de traités dans des domaines souvent sans importance matérielle notable, d'une part, la nécessité, dictée par les réalités internationales, de permettre au Conseil fédéral de mener une politique étrangère active et adaptée aux circonstances du

⁴³ FF 1977 III 180.

⁴⁴ Voir par exemple l'échange de lettres du 18 décembre 1985 entre la Suisse et les Communautés Européennes sur la prolongation du régime des échanges avec l'Espagne et le Portugal: RO 1985 2046; FF 1986 III 5.

⁴⁵ Art. 2 de la LF du 25 juin 1982 sur les mesures économiques extérieures (RS 946.201); art. 4 de la LF du 19 juin 1959 sur le tarif des douanes suisses (RS 632.10).

moment, d'autre part, ainsi que la volonté du Parlement de n'être associé à la conclusion de traités internationaux que dans les cas où l'importance de l'objet du traité justifie son intervention⁴⁶, sont autant d'éléments qui déterminent le développement de la pratique constitutionnelle relative à la conclusion de traités internationaux. De ce point de vue, il apparaît disproportionné, notamment sous l'angle de la politique juridique et de l'économie de la procédure, de soumettre de cas en cas à l'approbation parlementaire des traités qui ne consacrent que des droits et obligations de portée limitée ou ayant essentiellement une nature technique ou administrative. Dans le même ordre d'idées, le Tribunal fédéral a constaté que, dans la délimitation entre la procédure ordinaire et la procédure simplifiée de conclusion des traités internationaux, l'importance de l'objet couvert par le traité joue aussi un rôle⁴⁷. La participation parlementaire à la conclusion de traités internationaux d'importance mineure devrait se limiter à un contrôle a posteriori. Ainsi la conclusion de tels traités pourrait-elle être utilement portée à la connaissance des Chambres au moyen du rapport de gestion du Conseil fédéral. Il demeurerait loisible à l'Assemblée fédérale d'inviter de cas en cas le Conseil fédéral à soumettre néanmoins un traité à la procédure d'approbation ordinaire. Si, à l'occasion d'une telle procédure différée, l'approbation parlementaire devait être refusée à un traité d'importance mineure, le Conseil fédéral serait tenu de dénoncer à bref délai l'acte conclu sous sa propre responsabilité.

Concrètement, la procédure pourrait être la suivante:

Les traités d'importance mineure qui auraient été conclus par le Conseil fédéral pendant la période visée dans le rapport de gestion seraient présentés de manière sommaire dans un chapitre spécial dudit rapport, dont un tiré à part serait remis aux Commissions des affaires étrangères. Le cas échéant, le texte intégral des instruments en question pourrait être mis à la disposition des présidents des commissions parlementaires compétentes dans les domaines considérés ou des Commissions des affaires étrangères. Si la conclusion de l'un ou l'autre des traités d'importance mineure était critiquée par l'Assemblée fédérale, selon les règles de sa procédure interne, le Conseil fédéral disposerait des possibilités suivantes: il pourrait soit soumettre lesdits traités à l'approbation de l'Assemblée fédérale dans le cadre de la procédure ordinaire avec des messages séparés, soit renoncer à une telle soumission séparée. Dans ce dernier cas, le Conseil fédéral devrait dénoncer les traités qu'il aurait conclus lui-même de manière définitive pour le plus prochain terme possible.

Une telle procédure est-elle constitutionnelle? A la lumière de la compétence du Conseil fédéral – reconnue par le droit constitutionnel coutumier – de conclure

⁴⁶ Voir le Rapport final de la Commission d'études des Chambres fédérales intitulé «L'Avenir du Parlement», *FF 1978 II 1017*, en particulier p. 1033 s.: «Quant aux questions d'ordre plutôt technique et aux problèmes relevant des spécialistes, il appartient au Conseil fédéral et à l'administration qui lui est subordonnée de les résoudre. ... Exiger du Parlement une plus grande efficacité revient à dire qu'il lui faut se consacrer à l'essentiel».

⁴⁷ ATF 112 Ia 75, 81.

lui-même des traités urgents et de les appliquer provisoirement, la compétence du Conseil fédéral dont il est question ici (conclusion, dans certaines limites, de manière autonome, de certains traités d'importance mineure) ne constituerait pas une entorse au droit constitutionnel en vigueur. Certes ne peut-on pas arguer de l'urgence dans le cas de la conclusion de traités d'importance mineure; cette absence d'urgence est toutefois compensée tant par le caractère mineur des traités en question que par la possibilité de les dénoncer à bref délai.

Ce qui paraît déterminant, c'est que la pratique développe un consensus sur la notion de «peu d'importance», qui se laisse difficilement enfermer dans des critères généraux et abstraits. Pour circonscrire le concept, on peut cependant faire appel à quelques éléments de référence. Comme il a déjà été relevé à titre liminaire, les traités d'importance mineure règlent généralement des questions administratives ou techniques de portée limitée et s'adressent en premier lieu aux autorités et non aux personnes privées. On niera généralement le caractère «mineur» d'un traité lorsqu'il porte atteinte aux intérêts juridiquement protégés des individus, ou encore lorsqu'il entraîne d'importantes dépenses. De telles conséquences seraient incompatibles avec la portée nécessairement limitée d'un traité d'importance mineure. Un autre élément d'appréciation, qui permettra de conclure sans difficulté à l'existence d'un traité d'importance mineure, consistera dans la constatation qu'il s'intègre sans difficulté dans le contexte général de politique interne et de politique extérieure, de même que dans son environnement économique. A titre d'exemples de tels traités, on mentionnera: des règles techniques relatives à des accords bilatéraux de protection des eaux dans les régions frontalières; des dispositions conventionnelles complémentaires qui ajoutent de nouvelles langues à la liste de celles qui font foi selon le texte conventionnel existant; des accords qui obligent les personnes à utiliser des formulaires déterminés dans le trafic frontalier; des réglementations bilatérales de détail relatives à des questions consulaires avec certains Etats en vue d'une application mutuelle harmonieuse de la Convention de Vienne régissant cette matière; la reprise, au niveau bilatéral, du contenu de traités multilatéraux avec des Etats qui pourraient en principe y adhérer. Une pratique équilibrée du Conseil fédéral et un contrôle a posteriori attentif de la part du Parlement sont certainement propres à éviter des entorses au droit constitutionnel.

Jusqu'ici, la pratique a négligé certains avantages que présente la procédure simplifiée de conclusion des traités internationaux. On a soumis à un Parlement surchargé, par le biais de la procédure d'approbation ordinaire, quantité de traités d'importance mineure⁴⁸. Le développement des affaires de droit international réglées par le Conseil fédéral montre cependant clairement – si l'on considère le caractère mineur et souvent éphémère de traités de nature purement technique

⁴⁸ Par exemple les modifications ou avenants aux accords bilatéraux existant dans le domaine des relations cinématographiques, ainsi que l'avenant du 22 septembre 1986 relatif à l'accord du 22 juin 1977 sur les relations cinématographiques entre la Suisse et la

ou administrative – qu'il est urgent de faire pleinement usage des possibilités qu'offrent les textes constitutionnels en vue de simplifier notablement et d'accélérer la procédure de conclusion des traités internationaux. D'ici quelques années, la pratique qui aura été développée sur la base des critères qui viennent d'être exposés pourra faire l'objet d'un réexamen, notamment pour ce qui est de l'application de la procédure simplifiée aux traités d'importance mineure.

10. Dans le champ d'application de la procédure simplifiée, c'est en principe le Conseil fédéral, en tant qu'organe collégial, qui assume la responsabilité de la conclusion du traité et qui, en conséquence – comme c'est d'ailleurs le cas dans le cadre de la procédure ordinaire – prend les décisions sur les étapes principales de la procédure, telles que l'ouverture formelle de négociations (y compris la désignation de délégations en vue de négociations et l'approbation d'instructions destinées à celles-ci), la signature et, le cas échéant, la ratification des traités.

La compétence du Conseil fédéral de conclure des traités internationaux ne peut faire l'objet d'une *sous-délégation aux départements* que dans les limites suivantes:

La sous-délégation doit être expresse, que celle-ci figure dans une ordonnance, comme règle de compétence générale et abstraite, ou dans un arrêté du Conseil fédéral envisagé comme autorisation concrète donnée dans un cas particulier ou pour une pluralité de cas analogues; elle doit de surcroît se limiter à la conclusion de traités qui règlent essentiellement des questions techniques et administratives. Les limites de la sous-délégation développées dans la jurisprudence du Tribunal fédéral pour le droit interne⁴⁹ valent par analogie pour le domaine des relations extérieures. A cet égard, s'agissant de la question de savoir si les traités en question présentent un caractère technique et administratif, il convient d'utiliser des critères d'appréciation particulièrement sévères, car les engagements internationaux – à la différence des règles internes – ne peuvent plus être rapportés unilatéralement⁵⁰, et lors de la conclusion de traités internationaux, il faut régulièrement prendre en considération des éléments de politique étrangère et, d'une façon générale, de droit international.

Lors de la sous-délégation aux départements, il incombe par ailleurs au Conseil fédéral de veiller, par des mesures administratives internes appropriées, à ce que les intérêts suisses globaux soient pris en considération lors de chaque conclusion d'un traité. A moins que le Conseil fédéral n'en ait expressément décidé autrement, le Département fédéral des affaires étrangères doit être associé dans tous

France (cf. FF 1986 III 965). Message du Conseil fédéral publié dans FF 1986 III 957 (cf. les considérations émises à propos de l'approbation de telles modifications par le Parlement: p. 961).

⁴⁹ ATF 105 V 180, 184; 102 Ib 26, 31; 101 Ib 70, 74 ss.

⁵⁰ Voir à ce propos également JAAC 42 (1978) no 76, p. 356: les développements qui y figurent valent également par analogie ici.

les cas – si nécessaire de concert avec d'autres départements intéressés matériellement – à la décision relative à l'ouverture de négociations, aux négociations et à la décision de conclure le traité. A cet égard, il y a lieu de relever que le Département fédéral de l'économie publique, responsable de la conduite d'une politique économique extérieure cohérente, doit être régulièrement informé, même lorsque des intérêts économiques ne sont qu'indirectement visés.

La compétence de conclure des traités internationaux ne peut, lorsqu'il s'agit de traités qui contiennent des règles de droit⁵¹ ou qui obligent à légiférer, être *sous-déleguée aux offices* qu'en présence d'une base légale expresse. Cela découle d'une interprétation analogique de l'art. 7 al. 5 de la LF du 19 septembre 1978 sur l'organisation de l'administration (RS 172.010).

II. Lorsque, dans certains cas spéciaux, la conclusion d'un traité est à ce point urgente que la négociation, la signature et l'entrée en vigueur doivent nécessairement intervenir simultanément⁵², il est possible à un département ou à un office – pour autant que le Conseil fédéral soit compétent pour la conclusion – de conclure ce traité sans délégation particulière et de l'appliquer provisoirement; un tel traité doit être soumis immédiatement au Conseil fédéral pour approbation.

Dans ces cas également, la Direction du droit international public, qui est compétente pour toutes les questions de droit international public, de même que l'Office fédéral de la justice et les autres services intéressés de l'administration, doivent être consultés à temps.

(Communication de la Direction du droit international public du DFAE et de l'Office fédéral de la justice du DFJP, dont le Conseil fédéral a pris acte, en l'approuvant, le 14 décembre 1987)

⁵¹ Voir l'art. 5 al. 2 de la LF sur les rapports entre les Conseils (RS 171.11).

⁵² De tels cas peuvent en particulier se produire dans le domaine des affaires économiques extérieures; ainsi par exemple le message du 25 février 1981 sur des mesures commerciales et des mesures relatives aux produits de base dans le cadre de la coopération au développement (FF 1981 II 1, 50); message du 9 janvier 1985 relatif à l'accord sur la modification du protocole N° 3 à l'accord de libre-échange suisse – CEE (FF 1985 I 483, 484); message du 9 janvier 1985 sur l'amendement de l'annexe G (dispositions spéciales pour le Portugal) à la Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de libre échange (AELE), (FF 1985 I 488, 489–490).