

(Gemeinsame Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz und der Direktion für Völkerrecht, vom 26. April 1989; Publication commune de l'Office fédéral de la justice et de la Direction du droit international public, du 26 avril 1989)

Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht im Rahmen der schweizerischen Rechtsordnung. Rechtliche Grundlagen und Konsequenzen des Vorrangs des Völkerrechts.

Rapports entre le droit international et le droit interne au sein de l'ordre juridique suisse. Fondements juridiques et conséquences de la primauté du droit international.

Rapporti tra diritto internazionale e diritto interno nell'ambito dell'ordine giuridico svizzero. Fondamenti giuridici e conseguenze del primato del diritto internazionale.

Das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht im Rahmen der schweizerischen Rechtsordnung

## I. EINFÜHRUNG

### 1. Die Schweiz und das Völkerrecht

Der Bundesrat hat in seinem Geschäftsbericht für das Jahr 1983[1] hervorgehoben, dass «im 20. Jahrhundert die Staatsverträge ein wesentlicher Bestandteil jeder staatlichen Rechtsordnung geworden sind, vor allem weil die Normen auf die eine oder andere Art im Landesrecht zur direkten Anwendung gelangen sollen. Ein kurzer Blick auf den internationalen Teil der Systematischen Sammlung des Bundesrechts - er ist noch nicht vollständig veröffentlicht - lässt deutlich erkennen, dass die Staatsverträge heute die gesamte staatliche Tätigkeit beschlagen und in alle Bereiche des materiellen Rechts hineinreichen.» Er führt weiter aus, dass «sich die für die Schweiz verbindlichen Staatsverträge auch massgeblich auf die Ausarbeitung unserer innerstaatlichen Gesetzgebung auswirken» und dass «rechtsetzende Staatsverträge heute gleich unabdingbar sind wie nationales Gesetzesrecht, wenn man den Grundsatz vom Vorrang des Rechts verwirklichen will». Zum Schluss schreibt er: «Für ein kleines Land wie die Schweiz stellen Staatsverträge ein wirksames Mittel dar, um in einer internationalen Landschaft, die noch weitgehend vom Machtstreben beherrscht ist, die Unabhängigkeit zu wahren.»

### 2. Besondere Verantwortlichkeit des Bundesrates und der Bundesverwaltung

Die drei Staatsgewalten (Gesetzgeber, Exekutive, Gerichte) sind regelmässig mit Problemen des Verhältnisses zwischen Völkerrecht und Landesrecht konfrontiert. Sie haben deshalb ein unmittelbares und gemeinsames Interesse daran, dieses Verhältnis zu klären, dies besonders in einer Zeit der wachsenden Internationalisierung jeglicher Staatstätigkeit.

Der Bundesrat, der die verfassungsmässige Aufgabe hat, «für die Beobachtung der Verfassung ... zu wachen», die «völkerrechtlichen Beziehungen» der Eidgenossenschaft zu wahren und der «die auswärtigen Angelegenheiten überhaupt» besorgt (Art. 102 Ziff. 2 und 8 BV), übernimmt in dieser Hinsicht eine zentrale Verantwortung; dies sowohl im Stadium des Vertragsabschlusses (worin er seine Kompetenzen mit der Bundesversammlung teilt, die für die Genehmigung der Verträge zuständig ist, Art. 85 Ziff. 5 BV) wie auch im Falle der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Eidgenossenschaft (der Bundesrat ist letztlich alleine verantwortlich für die Wahrnehmung der Pflichten, die der Schweiz obliegen).

a. In der Phase der Rechtsetzung hat er darüber zu wachen, dass die der Bundesversammlung unterbreiteten Vorlagen mit den internationalen Verpflichtungen unseres Landes vereinbar sind. Aus diesem Grund ist er auch intensiv mit der internationalen Rechtsvereinheitlichung befasst, auf regionaler wie auch auf weltweiter Ebene. Auf Ersuchen der Bundesversammlung hat er den Botschaften neuerdings ein Kapitel über Europarecht beizufügen, um die Vorlagen systematischer auf die Vereinbarkeit mit gesetztem oder in Entstehung begriffenem Europarecht überprüfen zu können[2]. Diese Prüfung, die unter einem speziellen Blickwinkel erfolgt, ersetzt keineswegs die Prüfung der Vereinbarkeit mit dem die Schweiz bindenden Völkerrecht, die wie bis anhin erfolgt.

b. Im Stadium der Rechtsanwendung sind Bundesrat und Bundesverwaltung ständig und in den verschiedensten Bereichen mit Problemen des Verhältnisses zwischen Völkerrecht und Landesrecht konfrontiert (Privatrecht und öffentliches Recht, Grundrechte, insbesondere im Zusammenhang mit der Europäischen Menschenrechtskonvention). Dabei muss betont werden, dass diese Beziehungen meistens nicht streitiger Natur sind.

c. Bundesrat und Bundesverwaltung haben ebenfalls ein unmittelbares Interesse an einer klaren Definition unserer Auffassung des Verhältnisses zwischen Völkerrecht und Landesrecht, um die Glaubwürdigkeit der Vertreter der Schweiz bei internationalen Verhandlungen sicherzustellen. Diese Verhandlungen betreffen schon heute beinahe alle Gebiete der Staatstätigkeit. Wir können von unseren ausländischen Partnern nur dann die Erfüllung ihrer internationalen Verpflichtungen uns gegenüber verlangen, wenn wir unsererseits in der Lage sind, ihnen zu garantieren, dass unsere Verpflichtungen nicht nachträglich durch einseitige Staatsakte gesetzgeberischer, verordnender oder richterlicher Natur aufgehoben werden.

d. Das ständige Ineinandergreifen von Landesrecht und Völkerrecht erfordert die Entwicklung einer möglichst einheitlichen und kohärenten administrativen und gerichtlichen Praxis. Umfang und Vielfalt der neueren Auseinandersetzungen der schweizerischen Lehre über das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht (siehe unten, Ziff. 11) rechtfertigen es, dass auch die Bundesverwaltung zu einer Anzahl konkreter Fragen Stellung nimmt. Sie kann so im Interesse der Rechtssicherheit einen Beitrag zur Klärung der Debatte leisten.

e. Angesichts deren Stellung und Aufgabe im Staatsgefüge sollten Bundesrat und Bundesgericht darauf achten, in Fragen der Rechtsanwendung eine möglichst einheitliche Praxis zu entwickeln. Das Verfassungsrecht - und ganz besonders Art. 113 Abs. 3 BV - setzt ihnen im Stadium der Rechtsanwendung dieselben Schranken und verleiht ihnen dieselben Kompetenzen in der - oftmals schwer erfüllbaren - Verpflichtung, die Bundesgesetze und die von der Bundesversammlung genehmigten Staatsverträge gleichzeitig anzuwenden.

f. Schliesslich scheint es unumgänglich, dass die Bundesverwaltung im jetzigen Zeitpunkt erneut die Frage des Verhältnisses zwischen Völkerrecht und Landesrecht ausführlich überprüft, zumal auch das Bundesgericht und das Eidgenössische Versicherungsgericht einen Meinungsaustausch zu diesem Thema wünschen[3]. Das Bundesgericht selbst unterstreicht die

Aktualität der Frage, indem es schreibt: «Aus dem Verhältnis zwischen Landesrecht und Staatsvertragsrecht ergeben sich dann Schwierigkeiten, wenn es um die Feststellung geht, ob eine staatsvertragliche Norm, die im Widerspruch zum Bundesrecht steht, dieser vorgeht oder nicht. (...) Es ist unter Umständen unvermeidlich, dass es [das Bundesgericht] sich über eine für es verbindliche Norm hinwegsetzen muss. (...) Die geschilderte Problematik beschäftigt das Bundesgericht in besonderem Masse, und sie kam auch bei verschiedenen Veranstaltungen zur Sprache, an denen Mitglieder des Bundesgerichts teilnahmen.»[4]

## II. DAS PRINZIP VOM VORRANG DES VÖLKERRECHTS IN DER INTERNATIONALEN RECHTSORDNUNG

### 3. Die Besonderheit des Völkerrechts

Die Diskussion um das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht ist weitgehend durch die Wesensunterschiede der beiden Ordnungen bestimmt.

Der Bundesrat hat in seinem Geschäftsbericht 1988 vom 22. Februar 1989[5] darauf hingewiesen, dass dieser Unterschied besonders aus der Tatsache hervorgeht, «dass ein Vertrag regelmässig ein Verhandlungsergebnis widerspiegelt», das von Staaten, den hauptsächlichen Schöpfern internationalen Rechts, erzielt wurde.

Schon in seiner Botschaft über die Neuordnung des Staatsvertragsreferendums vom 23. Oktober 1974 hat der Bundesrat folgendes hervorgehoben[6]

«Rechtlich besteht ein grundlegender Unterschied zwischen völkerrechtlichen Verträgen und Landesrecht. Während bei letzterem der Staat allein Gesetzgeber ist und über weitgehende Handlungsfreiheit verfügt, sind bei Verträgen mehrere Staaten im Zusammenwirken Rechtsetzer. Die Handlungsfreiheit des Einzelnen ist beschränkt; Völkerrecht entsteht nur im Zusammenwirken der Staaten, liegt also auf einer anderen Ebene.

Daraus ergibt sich, dass auch das Rechtsetzungsverfahren ein von der internen Gesetzgebung verschiedenes sein muss.»

Es ist im gemeinsamen Interesse der Staaten, den Hauptakteuren auf dem internationalen Parkett, unter sich eine gerechte und friedliche Völkerrechtsordnung zu schaffen. Das setzt die Respektierung ihrer völkerrechtlichen Verpflichtungen in Treu und Glauben voraus[7].

### 4. Der Vorrang des Völkerrechts im allgemeinen Völkerrecht und in der völkerrechtlichen Gerichtspraxis

Im allgemeinen Völkerrecht drückt sich der Grundsatz vom Vorrang des Völkerrechts in drei grundlegenden Prinzipien aus: 1. In der Verpflichtung des Staates, die ihn bindende völkerrechtliche Norm zu erfüllen (Grundsatz *pacta sunt servanda*, Art. 26 der Wiener Vertragsrechtskonvention vom 23. Mai 1969, nachfolgend VRK); 2. im Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 26 VRK); und 3. im Verbot für alle Vertragsparteien, sich auf innerstaatliches Recht zu berufen, um die Nichterfüllung eines Vertrages zu rechtfertigen - eine Regel, die sich übrigens direkt aus den zwei ersten Grundsätzen ableitet (Art. 27 VRK).

Selbst vor dem Abschluss der Wiener Konvention vom 23. Mai 1969 hat die völkerrechtliche Rechtsprechung wiederholt betont, dass die Berufung auf die innerstaatliche Rechtsordnung die Nichterfüllung völkerrechtlicher Verpflichtungen nicht rechtfertigen könne.

So hat zum Beispiel der Haager Ständige Internationale Gerichtshof (CIJ) in einem Gutachten vom 7. Juni 1932 betreffend die Freihandelszonen («*zones franches*») von Haute-Savoie und Pays de Gex - ein die Schweiz direkt betreffender Fall - folgendes erklärt[8]:

«Il est constant que la France ne saurait se prévaloir de sa législation pour restreindre la portée de ses obligations internationales.»

Es ist hervorzuheben, dass der Grundsatz nicht nur für die Gesetzgebung, sondern auch für das Verfassungsrecht eines Staates gilt. Dies hat auch der Haager Gerichtshof in seinem Gutachten vom 4. Februar 1932 («*affaire du traitement des nationaux polonais*») festgehalten[9]:

«Un Etat ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre Etat sa propre constitution pour se soustraire aux obligations que lui impose le droit international ou les traités en vigueur.»

Der Grundsatz vom Vorrang des Völkerrechts vor dem Landesrecht ist erst kürzlich wieder durch den Internationalen Gerichtshof (CIJ) bestätigt worden. In seinem Gutachten vom 26. April 1988 in der «*affaire de l'applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la Section 21 de l'Accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'ONU*» hat er ausgeführt: «Il suffirait de rappeler le principe fondamental en droit international de la prééminence de ce droit sur le droit interne.»[10]

### 5. Monismus und Dualismus im Licht der Verpflichtung, völkerrechtliche Verträge nach Treu und Glauben zu erfüllen

Bekanntlich bilden Monismus und Dualismus die beiden Hauptlehren zum Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht.

Im Dualismus stellen Völkerrecht und Landesrecht zwei unterschiedliche, getrennte Rechtsordnungen dar, die sich jede an unterschiedliche Adressaten richten, keine Verbindungen untereinander haben und zwischen denen es infolgedessen auch keine direkten Konflikte geben kann. Gemäss dieser Auffassung braucht es einen besonderen Akt, damit eine Norm des Völkerrechts in das Landesrecht übergehen kann (Transformations- oder Adoptionstheorie). Die Transformation der völkerrechtlichen Regel in das Landesrecht verleiht dem Vertrag Gesetzesrang. Die Anwendung der herkömmlichen Interpretationsgrundsätze (namentlich der *lex posterior* - Regel) führt zur Derogation des früheren, einem Gesetz gleichgestellten Vertrages durch das spätere Gesetz.

Im Monismus dagegen besteht zwischen Landesrecht und Völkerrecht Einheit und Wechselwirkung, da diese beiden Ordnungen als offene Systeme betrachtet werden. Der Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages durch einen Staat lässt den Vertrag vom Zeitpunkt seines Inkrafttretens an Bestandteil der Rechtsordnung des Staates werden. Der Monismus anerkennt allgemein den Vorrang des Völkerrechts vor dem Landesrecht als eine hierarchische Überordnung, die auf der Natur der völkerrechtlichen Norm basiert. Diese Hierarchie schliesst die Anwendung der *lex posterior* - Regel zur Lösung von Konflikten zwischen den zwei Arten von Normen aus[11].

Obschon die Staaten im Prinzip frei sind, die Beziehungen zwischen Völkerrecht und Landesrecht zu regeln, «wie es ihnen beliebt», setzt ihnen das Völkerrecht doch exakte Grenzen, die im Ergebnis auf folgende unbedingte Verpflichtung hinauslaufen: Die völkerrechtliche Norm ist nach Treu und Glauben zu erfüllen, wie es Art. 26 und 27 VRK vorschreiben. Die Lehre stimmt dem zu[12]. Der Grundsatz von Treu und Glauben bildet in dieser Hinsicht das entscheidende Element. Der Internationale Gerichtshof selbst hat ihn in der Sache Australien c/Frankreich (betreffend Nuklearversuche) angerufen[13]:

«L'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi. La confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale, surtout à une époque où, dans bien des domaines, cette coopération devient de plus en plus indispensable.»

Die völkerrechtliche Verpflichtung, Verträge nach Treu und Glauben zu erfüllen, stellt damit in der internationalen Rechtsordnung das Fundament des Vorranges des Völkerrechts vor dem Landesrecht dar. Die nationalen Rechtsordnungen, ob in dualistischer oder monistischer Tradition stehend, können sich nicht auf die beschränkten Sanktionsmöglichkeiten des Völkerrechts im innerstaatlichen Bereich berufen, um absichtlich Völkerrechtsverletzungen zu begehen oder zu tolerieren - zum Beispiel durch den Erlass einseitiger gesetzgebender, administrativer oder richterlicher Akte, die gegen den entsprechenden Staat bindendes Völkerrecht verstossen. Zumindest für Staaten mit monistischer Tradition bedeutet das traditionelle Institut der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit nur die ultima ratio (siehe unten, Ziff. 17.2). Dieses Institut kann die Staatsorgane (Legislative, Exekutive und Justiz) nicht von ihrer gemeinsamen Verantwortung entbinden, die völkerrechtlichen Verpflichtungen des Staates strikte einzuhalten und im Rahmen ihrer jeweiligen Kompetenzen darauf zu achten, dass sich das nationale Recht nach dem Völkerrecht richtet und nicht umgekehrt.

### III. GRUNDLAGE DES PRINZIPIES VOM VORRANG DES VÖLKER-RECHTS VOR DEM LANDESRECHT IN DER SCHWEIZERISCHEN RECHTSORDNUNG

#### 6. Rechtliche Grundlagen des Verhältnisses zwischen Völkerrecht und Landesrecht

Die Schweiz kann, wie jeder Staat, innerhalb der oben (Ziff. 3-5) dargelegten Schranken der Prinzipien des Völkerrechts die Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Völkerrecht und Landesrecht innerhalb ihrer Rechtsordnung selbst festlegen - dies unter Berücksichtigung des gemeinsamen Interesses aller Staaten, die Beziehungen nicht zu behindern, die zum Zweck der Errichtung einer gerechten und friedlichen internationalen Rechtsordnung freiwillig eingegangen worden sind. Die diesbezüglichen Prinzipien des Völkerrechts (Art. 26 und 27 VRK) sind für die Schweiz bindend, soweit sie Ausdruck von Völkergewohnheitsrecht sind[14]. Der Bundesrat hat dem Parlament am 17. Mai 1989 eine Botschaft betreffend den Beitritt der Schweiz zu den Wiener Vertragsrechtskonventionen von 1969 und 1986 unterbreitet[15].

Zwar ist nicht auszuschliessen, dass im Landesrecht Normen geschaffen werden, die gegen Völkerrecht verstossen[16]. Es stimmt ebenso, dass das Völkerrecht nicht die Nichtigkeit einer völkerrechtswidrigen landesrechtlichen Norm vorschreibt. Man darf aber, wie oben (Ziff. 5) erwähnt, aus den beschränkten Sanktionsmöglichkeiten des Völkerrechts im innerstaatlichen Bereich nicht schliessen, dass es nicht dem Landesrecht vorgeht.

Aufgrund des Prinzips der Herrschaft des Rechts («prééminence du droit», «rule of law») sind Staatsorgane und Bürger dem objektiven Recht unterworfen. Die Staatsorgane sind auch an von ihnen selbst gesetztes Landesrecht und Völkerrecht gebunden. Wie Hangartner erläutert[17], verlangt das Prinzip vom Vorrang des Rechts, dass eine gewisse Anzahl Axiome respektiert werden, welche die Basis der Rechtsordnung bilden: Das Prinzip der Widerspruchlosigkeit; das Prinzip der Hierarchie für Normen unterschiedlichen Ranges; das Prinzip, dass die neuere Norm der älteren Norm gleicher Stufe vorgeht (lex posterior); das Prinzip, dass die speziellere Norm der gleichzeitig erlassenen allgemeinen Norm vorgeht. Aus diesem objektiven Legalitätsprinzip leitet sich systematisch das Prinzip vom Vorrang des Völkerrechts vor dem Landesrecht ab. Auf anderer Stufe gilt dieses Prinzip in Form des Vorranges von Bundesrecht vor dem interkantonalen und kantonalen Recht. Hangartner formuliert das so: «Im Bundesstaat geht das Bundesrecht dem interkantonalen Recht und dem kantonalen Recht aller Stufen vor (...), das interkantonale Recht dem kantonalen Recht (...). Das Völkerrecht geht dem nationalen Recht vor.»

#### 7. Keine ausdrücklichen Hinweise in der Bundesverfassung von 1874

Die Bundesverfassung von 1874 enthält keine ausdrückliche Regelung des Verhältnisses zwischen Völkerrecht und Landesrecht.

Gemäss einhelliger Lehre regelt Art. 113 Abs. 3 BV diese Frage nicht speziell, indem er das Bundesgericht verpflichtet, die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse sowie die von ihr genehmigten Staatsverträge anzuwenden.

1874 wollte der Verfassungsgeber mit dieser Norm die Gewaltenteilung zwischen der Bundesversammlung und dem Bundesgericht regeln. Die primäre Absicht, die für Jakob Dubs bei Art. 113 Abs. 3 im Vordergrund stand, war sicherzustellen, dass «die richterliche Gewalt nicht über die gesetzgebende sich erhebe». Die Materialien zu Art. 113 Abs. 3 ergeben, dass die Erwähnung der völkerrechtlichen Verträge als der richterlichen Kontrolle nicht unterworfenen Akte zu jener Zeit keinen Anlass zu Diskussionen über völkerrechtliche Fragen gab[18]. Die Beziehungen zwischen dem Prinzip der Gewaltenteilung und dem vom Vorrang des Völkerrechts werden später untersucht (unten, Teil V).

Mangels einer Lösung in Art. 113 Abs. 3 BV muss die Frage des Verhältnisses zwischen Völkerrecht und Landesrecht innerhalb der schweizerischen Rechtsordnung im Licht der Prinzipien und der Praxis des Völkerrechts, des Verfassungsrechts und der Lehre untersucht werden[19].

#### 8. Stellung des Völkerrechts in der schweizerischen Rechtsordnung

Die schweizerische Rechtsordnung - sie umfasst die Gesamtheit der kantonalen, interkantonalen, eidgenössischen und völkerrechtlichen Normen, die auf die Rechtssubjekte dieser Ordnung (Organe des Staates und Einzelne) anwendbar sind - ist monistisch. In der Tat sind, wie dies das Bundesgericht und der Bundesrat oft und in Übereinstimmung mit der Lehre[20] erwähnt haben, die Normen des Völkerrechts (vertragliche, gewohnheitsrechtliche oder einseitige) von dem Zeitpunkt an, in dem sie für unser Land rechtskräftig werden, ein fester Bestandteil der schweizerischen Rechtsordnung. Von diesem Moment an und solange, wie sie für die Schweiz in Kraft sind, müssen alle Staatsorgane (politische, administrative und richterliche Instanzen) sie

einhalten und anwenden. Der Einzelne kann sich auf sie berufen, um aus ihnen Rechte und Pflichten zulasten des Staates oder Anderer abzuleiten. Völkerrechtliche Verträge können indessen für den Einzelnen nur dann Pflichten begründen, wenn sie publiziert worden sind[21].

Wie Bundesgericht[22] und Bundesrat[23] übereinstimmend festhalten, setzt die Anrufung von völkerrechtlichen Normen durch Einzelne vor Gericht voraus, dass die Normen «wenn man sie im Gesamtzusammenhang sowie im Lichte von Gegenstand und Zweck des Vertrages betrachtet, unbedingt und eindeutig genug formuliert sind, damit sie eine direkte Wirkung erzeugen und in einem konkreten Fall angewendet werden beziehungsweise die Grundlage für eine Entscheidung darstellen können». Weil Verträge heute meistens zur direkten Anwendung in den internen Rechtsordnungen bestimmt sind, muss diese direkte Anwendbarkeit auch weitgehend zugelassen werden, denn sie bildet oft einen wichtigen Bestandteil der internen Erfüllung der Verträge[24]. Tatsächlich ist, wie der Bundesrat neulich hervorgehoben hat, «die unmittelbare Anwendbarkeit [von Verträgen] geeignet, [ihre] konkrete Bedeutung im Bewusstsein der Bürger stärker zu verankern und dadurch im Ergebnis die Verwirklichung der Abkommensziele zu fördern. Gerade die Wachsamkeit der an der Wahrung ihrer (...) [Rechte] interessierten Einzelnen stellt ein zusätzliches wirksames Mittel dar, um die (...) [interne Wirkung dieser Verträge] zu gewährleisten.»[25] Wenn völkerrechtliche Verträge nicht direkt anwendbar sind, weil sie zu wenig bestimmt sind oder die unmittelbare Anwendbarkeit ausschliessen, so müssen sie von den zuständigen nationalen Instanzen auf dem Gesetzgebungs- oder Verordnungsweg konkretisiert werden.

#### IV. DER VORRANG DES VÖLKERRECHTS IN DER VERFASSUNGSRECHTLICHEN PRAXIS

Die Organe des Bundes - hauptsächlich der Bundesrat und das Bundesgericht - haben den Vorrang des Völkerrechts mehrfach bestätigt.

##### 9. Frühere Stellungnahmen des Bundesrates

Der Bundesrat hat selten in allgemeiner Weise zum Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht Stellung genommen.

In seiner Antwort vom 12. Oktober 1968 auf die Interpellation von Nationalrat Korner[26] hob Bundesrat Spühler, Vorsteher des Politischen Departements, im Namen des Gesamtbundesrates hervor, dass es für die Regelung der Konflikte zwischen Völkerrecht und Landesrecht «unumgänglich [scheint], vom Vorrang des Völkerrechts auszugehen. Ebenso wie wir von unseren ausländischen Vertragspartnern erwarten, dass sie sich an die mit uns geschlossenen Verträge halten, ebenso müssen wir selbst vertragstreu bleiben. Die internationale Ethik, Friedensordnung und nicht zuletzt der Gedanke der Rechtsstaatlichkeit erheischen gebieterisch eine solche Lösung.» Der Bundesrat führte weiter aus: «Wenn das schweizerische Landesrecht nicht im Einklang steht mit unseren völkerrechtlichen Verpflichtungen, so müssen wir unser Recht so umgestalten, dass es dem Völkerrecht entspricht. Kein Staat kann sich seinen Völkerrechtspflichten dadurch entziehen, dass er sich auf abweichendes inländisches Gesetzes- oder Verfassungsrecht beruft.»

Der Bundesrat rief das Prinzip vom Vorrang des Völkerrechts in seiner Botschaft vom 29. Oktober 1986 betreffend die Genehmigung des Übereinkommens über die Überstellung verurteilter Personen[27] klar in Erinnerung. Unter weiteren Beispielen sei auf den Bericht vom 29. Juni 1988 über die Friedens- und Sicherheitspolitik der Schweiz erwähnt, in welchem der Bundesrat sagt: «Indem die Schweiz den Vorrang des Völkerrechts vor dem Landesrecht anerkennt und durch ihre Rechtsprechung garantiert, beweist sie anschaulich ihre Sorge um die Achtung des Völkerrechts.»[28]

##### 10. Mangelnde Einheitlichkeit der Gerichtspraxis

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Eidgenössischen Versicherungsgerichts ist uneinheitlich.

In der alten Rechtsprechung anerkannte das Bundesgericht regelmässig den Vorrang des Völkerrechts vor dem Landesrecht sowohl als Prinzip wie auch im Einzelfall.

In Bezug auf das Prinzipielle schrieb das Bundesgericht schon im Entscheid Caudéran: «Il est tout d'abord évident que la convention (...) comme tout autre traité international ne peut être modifiée par la volonté unilatérale de l'un des Etats contractants, et que, par conséquent, la loi fédérale (...) n'a pu établir aucune prescription dérogeant à cette convention.»[29] Diese Rechtsprechung umfasst nicht nur Auslieferungsfälle[30], wie dies oft angenommen wird, sondern auch das Markenrecht[31], die Zwangsvollstreckung[32], die Vormundschaft[33], die vertragliche Haftung[34], den Zivilprozess[35] und, erst kürzlich, das Kartellrecht[36] sowie das Sozialversicherungsrecht[37].

Das Bundesgericht bezeichnet auch heute noch das Prinzip vom Vorrang des Völkerrechts als allgemeinen Grundsatz[38]:

«Selon les conceptions du droit suisse et la jurisprudence constante relatives à la hiérarchie des normes, le droit international conventionnel prime le droit interne en matière d'extradition comme dans les autres domaines (cf. ATF 105 Ib 296, consid. Ia). Un Etat qui s'engage par traité doit en respecter les clauses, quelles que soient ses propres normes internes.» In anderen Entscheiden sagt das Bundesgericht, auf einschränkendere Art, dass das Prinzip vom Vorrang auf dem Gebiet der Auslieferung wie «dans d'autres domaines» gilt[39].

Auch das Eidgenössische Versicherungsgericht spricht sich in konstanter Praxis für den Vorrang des Völkerrechts im Bereich der Sozialversicherung aus[40]:

«Nach schweizerischer Lehre und Praxis geht Staatsvertragsrecht internem Landesrecht grundsätzlich vor (BGE 106 Ib 402E. 5a mit Hinweisen; Imboden Max/Rhinow René A., Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5. Aufl., Bd. I, S. 80 ff.). Dies gilt, wie das Eidg. Versicherungsgericht in ständiger Rechtsprechung festgehalten hat, insbesondere auch hinsichtlich zwischenstaatlicher Sozialversicherungsabkommen (BGE 109 V 224, BGE 96 V 140; Zeitschrift für die Ausgleichskassen [ZAK, Publikation des Bundesamtes für Sozialversicherung] 1973 S. 498 E. 4).»

Das Militärkassationsgericht anerkennt den Vorrang des Völkerrechts vor dem Landesrecht, selbst wenn dieses das spätere ist. Es sei folgende Stelle zitiert[41]:

«Es ist sodann anzunehmen, dass die Konvention auch späteren Bundesgesetzen vorgeht. Überwiegende Lehrmeinungen, die neuere bundesgerichtliche Praxis und andere amtliche Verlautbarungen zielen in Richtung eines Primats des Völkerrechts, das

heisst eines Vorranges des Staatsvertrages auch vor späteren Bundesgesetzen (Müller Jörg Paul, Zeitschrift für schweizerisches Recht [ZSR] 94, S. 377 f.; SchindlerDietrich, ZSR 94, 5.369; Wildhaber Luzius, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins [ZbJV] 1969, S. 261; Trechsel, a. a. O., S. 161 f.; BGE 101 IV 253 und BGE 102 Ia 482; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die EMRK vom 4. März 1974, S. 25; Amtl. Bull. N 1974 1465 und 1469).»

In der Behandlung konkreter Fälle ist die Praxis des Bundesgerichts weniger einheitlich. In einigen oft zitierten Fällen liess das Bundesgericht das Gesetz dem völkerrechtlichen Vertrag vorgehen[42]:

So meint das Bundesgericht in seinem Entscheid Steenworden[43], dass das Gesetz und der Vertrag unter dem Gesichtspunkt des Landesrechts dieselbe Tragweite haben («portée identique au point de vue législatif interne») und dass Konflikte zwischen ihnen nach dem Grundsatz *lex posterior derogat priori* gelöst werden müssen. In seiner neueren Rechtsprechung hält es das Bundesgericht jedoch wiederum für «sehr fraglich», ob die *lex posterior*-Regel auch für das Verhältnis zwischen einem völkerrechtlichen Vertrag und einem späteren landesrechtlichen Gesetz gelten könne[44].

Der Entscheid Frigerio von 1968[45] nimmt dazu anders Stellung:

Nachdem es erläutert hat, dass das Verhältnis zwischen einem Abkommen und einem späteren Gesetz in Rechtsprechung und Lehre umstritten sei, führt das Bundesgericht im weiteren aus (S. 678): «Zu diesen Fragen muss nicht abschliessend Stellung genommen werden. Es genügt festzuhalten, dass der Bundesgesetzgeber gültig abgeschlossene Staatsverträge gelten lassen will, sofern er nicht ausdrücklich in Kauf nimmt, dass völkerrechtswidriges Landesrecht zustande komme. Im Zweifel muss innerstaatliches Recht völkerrechtskonform ausgelegt werden.» Im konkreten Fall befreite das Bundesgericht einen Beschwerdeführer davon, eine Konzession zur gewerbsmässigen Beförderung von Reisenden auf dem Rhein zwischen Neuhausen und Basel zu lösen. Die Verpflichtung zum Lösen einer Konzession für den gewerbsmässigen Personentransport basiert auf dem Postverkehrsgesetz vom 2. Oktober 1924 (PVG, SR 783.0); der Beschwerdeführer stützte sich jedoch auf das Übereinkommen vom 10. Mai 1879 zwischen der Schweiz und dem Grossherzogtum Baden betreffend den Wasserverkehr auf dem Rhein von Neuhausen bis unterhalb Basel (SR 0.747.224.32), das eine Konzessionspflicht verbietet (S. 679-680).

Bei den Fällen offener Konflikte findet sich der schwerwiegendste Verstoß gegen das Prinzip vom Vorrang des Völkerrechts im berühmten Entscheid Schubert von 1973, der zum Bundesbeschluss von 1961 /1970 über die Bewilligungspflicht für den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland gefällt worden ist[46]:

«Damit wird grundsätzlich der Vorrang des internationalen Rechts anerkannt - gleichgültig, ob es älter oder weniger alt als die landesrechtliche Norm ist. Die Möglichkeit einer bewussten Abweichung seitens des Gesetzgebers gestattet es, Härten zu mildern und berechnete Interessen zu wahren. Eine solche bewusste Abweichung kann zwar die völkerrechtlichen Rechte und Pflichten eines Staates nicht ändern, ist aber im innerstaatlichen Bereich massgebend und für das Bg verbindlich (BV 113 III).»

Dieser Entscheid hat zu anhaltender Kritik in der Lehre geführt[47].

Trotzdem wurde der Entscheid Schubert kürzlich durch das Bundesgericht bestätigt[48], ohne dass es auf die Diskussionen der Lehre eingegangen wäre. Ebenso hat auch das Eidgenössische Versicherungsgericht in einem Fall entschieden, der allerdings mehr das Problem der unmittelbaren Anwendbarkeit als das des Vorranges des Völkerrechts betraf[49]:

«Obwohl sich die Rechtsprechung, wie erwähnt für den Vorrang des internationalen Rechts vor dem Landesrecht ausgesprochen hat, macht das Bundesgericht einen Vorbehalt für den Fall, dass der eidgenössische Gesetzgeber sich weigert, die internationalen Verpflichtungen der Schweiz anzuerkennen und sich in Kenntnis der widersprechenden Landesrechtsnormen für die letzteren entscheidet. In diesem Fall wendet das Bundesgericht die von der Bundesversammlung erlassenen Bestimmungen an (BGE 99 Ib 44 ff.). Kritisiert von mehreren Autoren (s. besonders die beiden oben erwähnten Artikel von Jacot-Guillarmod sowie Wildhaber, Bemerkungen zum Fall Schubert betreffend das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht 1974, 5.195 ff. und Hans Huber, ZbJV 1974, S. 493), wird diese Rechtsprechung hingegen von Grisel gutgeheissen, der bemerkt, dass sie nicht unberechtigt erscheine, da im Falle, in dem das Parlament wissentlich und willentlich die Pflichten seines Landes gegenüber anderen Staaten nicht anerkenne, das nationale dem internationalen Recht vorgehe und das Bg daran gebunden sei (S. 92).»

In einem neueren Entscheid[50] im Zusammenhang mit der EMRK hat das Bundesgericht über die Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde in Asylsachen folgendes erklärt:

«Gegen die Asylverweigerung und die Wegweisung ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ausgeschlossen (Art. 100 Bst. b Ziff. 2 und 4 OG). Diese Ausschlussbestimmungen wurden vor Ratifikation der EMRK durch die Schweiz erlassen. Die EMRK, als ein von der Bundesversammlung genehmigter Staatsvertrag, ist für die rechtsanwendenden Behörden nicht weniger verbindlich als die Bundesgesetze (Art. 113 Abs. 3 BV); sie geht als jüngeres Recht den früher erlassenen Bundesgesetzen, unter Umständen auch jüngerem Gesetzesrecht vor. Würden die Ausschlussbestimmungen des OG dazu führen, dass in einem Fall, der die durch die EMRK garantierten Rechte und Freiheiten tangiert, die wirksame Beschwerde an eine nationale Instanz fehlt, so hätten die Ausschlussbestimmungen allenfalls vor Art. 13 EMRK zurückzuweichen.

Voraussetzung ist allerdings, dass Art. 13 EMRK unmittelbar anwendbar (self-executing) ist, was davon abhängt, ob die Bestimmung justizabel ist, d. h. vom Richter in die Wirklichkeit umgesetzt werden kann (...).

Wie es sich mit dem erst nach Inkrafttreten der EMRK erlassenen Asylgesetz (SR 142.31) verhält, das den Departemententscheid über die Asylverweigerung und die damit zusammenhängende Wegweisung für endgültig erklärt (Art. 11 Abs. 2 und Art. 21a Abs. 2), kann offen bleiben.»

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass das Bundesgericht in einigen Entscheiden den Staatsvertrag zugunsten eines Bundesgesetzes nicht angewendet hat[51], während in vielen Fällen das Gesetz zugunsten des älteren oder neueren Vertrages nicht angewendet wurde[52].

Es ist hervorzuheben, dass gewisse Entscheide in der Frage des Vorranges wenig zur Klärung beitragen, da es das Bundesgericht bei hypothetischen Äusserungen bewenden liess[53].

Es ist auch zuzugeben, dass die - übrigens seltenen - Fälle, in denen das Bundesgericht vom Prinzip vom Vorrang des

Völkerrechts abgewichen ist, heikle innenpolitische Bereiche betrafen[54]. Das Bundesgericht hat aber in anderen Fällen, die ebenfalls heikle Gebiete betrafen, dem Völkerrecht den Vorrang gegeben. Es darf daher nicht ausser Acht gelassen werden, dass die Schweiz an Glaubwürdigkeit gegenüber dem Ausland einbüßen würde, wenn die Gerichte den Vorrang des Völkerrechts nur in für uns problemlosen Fällen anerkennen würden.

## 11. Tendenzen der Lehre

Mit Ausnahme einiger Dissertationen[55] waren in der Schweiz die rechtswissenschaftlichen Arbeiten, die sich mit dem Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht befassten, während Jahrzehnten eher selten. Seit Beginn der siebziger Jahre sind nun aber zahlreiche Studien erschienen, die nicht nur aus der Feder von Völkerrechtlern stammen, sondern auch - speziell in den letzten Jahren - von Staatsrechtlern[56].

Es gibt daher in der schweizerischen Lehre seit langem viele Autoren, die - zumindest in prinzipieller Hinsicht - den Vorrang des Völkerrechts vor dem Landesrecht bestätigen[57].

Andere Autoren lassen dem Völkerrecht nur theoretisch den Vorrang und wollen im Konfliktfall die *lex posterior* - Regel anwenden lassen, falls der Widerspruch nicht durch Auslegung beseitigt werden kann (völkerrechtskonforme Auslegung, *lex specialis*)[58].

Die Lehre bejaht einhellig die Zulässigkeit des Prinzips der völkerrechtskonformen Auslegung des Landesrechts (diese Feststellung ist von besonderem Interesse, da diese Methode eine implizite Anerkennung des Prinzips vom Vorrang des Völkerrechts vor dem Landesrecht bedeutet). Die Lehre nimmt auch ausnahmslos an (einige Autoren gestützt auf Art. 113 Abs. 3 BV), dass der spätere völkerrechtliche Vertrag der Verfassung vorgeht[59].

Trotz der grossen Anzahl von Autoren, die dem Völkerrecht den Vorrang vor dem Landesrecht einräumen, gibt es eigenartigerweise nur wenige, die daraus die rechtliche Konsequenz für die Praxis klar ziehen: Die Nichtanwendung der völkerrechtswidrigen innerstaatlichen Norm im konkreten Fall.

In dieser Frage halten einige dafür, dass die spätere landesrechtliche Gesetzesnorm dem Staatsvertrag vorgeht[60]. Andererseits sind zahlreiche Autoren dafür, dass im Konfliktfall der völkerrechtliche Vertrag dem widersprechenden landesrechtlichen Gesetz in jedem Fall vorgeht, ganz gleich ob dieses älter oder jünger ist[61].

Aber auch unter den Autoren, die als Folge des Vorranges des Völkerrechts die Nichtanwendbarkeit der widersprechenden landesrechtlichen Norm (sei diese auf Verfassungs- oder Gesetzesstufe) befürworten, gibt es einige, die zumindest in bestimmten Fällen andere Lösungen zulassen wollen (das Bundesgericht soll feststellen, dass das Landesrecht vom die Schweiz bindenden Völkerrecht abweicht und die Frage an die politischen Behörden zurückweisen)[62].

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass der überwiegende Teil der Lehre im Fall eines offenen Konfliktes zwischen einer Völkerrechtsregel und einem Bundesgesetz die Nichtanwendbarkeit der völkerrechtswidrigen Norm des Bundesgesetzes befürwortet[63]. Selbst die Autoren, die diesen Standpunkt nicht vertreten, anerkennen ihn doch als die in der Schweiz herrschende Lehre[64].

Schliesslich sei erwähnt, dass mehrere Autoren der Meinung sind, das Prinzip vom Vorrang des Völkerrechts - das sich, wie einige sagen, aus juristischen, logischen, politischen und ethischen Gründen rechtfertigt[65] - zähle zu den Grundsätzen des ungeschriebenen Verfassungsrechts[66].

## V. VORRANG DES VÖLKERRECHTS UND GEWALTENTEILUNG: FOLGEN FÜR DIE JEWEILIGEN KOMPETENZEN DER STAATSORGANE

Im schweizerischen Verfassungsrecht tritt das Prinzip der Gewaltenteilung in verschiedener Weise auf: Namentlich Art. 71 BV bestimmt, dass Volk und Stände über der Bundesversammlung stehen und diese wiederum über dem Bundesrat und dem Bundesgericht; Art. 85 Ziff. 11 BV statuiert die Oberaufsicht des Parlaments über die eidgenössische Verwaltung und Rechtspflege; Art. 85 Ziff. 2, Art. 89 Abs. 2 und Art. 95 ff. BV regeln die Kompetenzverteilung zwischen Gesetzgeber und Exekutive auf interner Ebene; Art. 85 Ziff. 5, Art. 102 Ziff. 8 und 9 BV regeln die Kompetenzverteilung zwischen Parlament und Exekutive auf völkerrechtlichem Gebiet; schliesslich legen Art. 113 Abs. 3 und Art. 114bis Abs. 3 BV - im vorliegenden Zusammenhang von besonderem Interesse - den Vorrang des Gesetzgebers vor den rechtsanwendenden Organen fest.

Ist der Grundsatz der Gewaltenteilung ein Hindernis bei der Verwirklichung des Prinzips vom Vorrang des Völkerrechts? Genauer gefragt: Verbieht das Gewaltenteilungsprinzip - vom Bundesgericht als ungeschriebener Grundsatz des Verfassungsrechts betrachtet, der sich aus der Aufteilung der Staatsaufgaben auf verschiedene Gewalten ergibt[67] - es dem Bundesgericht, ein Bundesgesetz nicht anzuwenden, wenn dieses gegen die Schweiz bindendes Staatsvertragsrecht verstösst?

Dazu gibt es zwei Auffassungen, die es zuerst darzulegen gilt, bevor versucht wird, Elemente einer Synthese zu entwickeln.

## 12. These von der Bindung der Rechtsanwendungsinstanzen an den Gesetzgeber

Nach einer ersten These lässt der Vorrang des Völkerrechts vor dem Landesrecht dem Staat die völlige Freiheit, im Landesrecht abschliessend festzulegen, welche Organe zur Aufhebung von völkerrechtswidrigem Landesrecht zuständig sind. Es stellt sich die Frage, ob aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung nicht folgt, dass nur der Gesetzgeber selbst den Widerspruch zwischen Völkerrecht und Landesrecht beseitigen könne, nicht aber das Bundesgericht und weitere Rechtsanwendungsinstanzen im konkreten Fall.

a. Art. 113 Abs. 3 BV besagt ohne jede Einschränkung, dass die Gesetze für das Bundesgericht massgeblich seien. Diese Bindung gilt nicht nur im Verhältnis zum übergeordneten Landesrecht (der Bundesverfassung), sondern auch gegenüber dem Staatsvertragsrecht. Dass diese Bindung an das Gesetz auch gegenüber Staatsverträgen gilt, wird unter anderem daraus ersichtlich, dass nach Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV das Bundesgericht auch Beschwerden von Privaten wegen «Verletzung von Staatsverträgen» zu beurteilen hat, dass aber «in allen diesen Fällen» (Abs. 3) die Gesetze massgebend bleiben. Aus der Tatsache, dass in Art. 113 Abs. 3 BV die Staatsverträge neben den Gesetzen genannt sind, kann zwar geschlossen werden, dass spätere Staatsverträge früheres Gesetzesrecht derogieren, nicht aber, dass die Rechtsanwendungsinstanzen sich entgegen dem späteren Gesetzesrecht auf frühere Staatsverträge berufen können.

b. Die Materialien zeigen eindeutig, dass mit Art. 113 Abs. 3 BV der Vorrang der Bundesversammlung vor dem Bundesgericht festgelegt werden sollte. Die Lehre spricht in diesem Zusammenhang von einer «politisch höheren Bewertung, die die Legislative gegenüber der Justiz durch den Verfassungsgeber erfährt»[68]. Deshalb wird die Bundesversammlung (unter Vorbehalt der Rechte des Volkes und der Kantone) in Art. 71 BV auch als «oberste Gewalt des Bundes» bezeichnet. Es ist daher logisch, dass neben den Gesetzen auch die von der Bundesversammlung genehmigten Staatsverträge gegenüber dem Bundesgericht vorbehalten werden, denn diese sind ebenfalls von der Bundesversammlung sanktioniert worden, und daran soll das Bundesgericht nicht rütteln. Das Verhältnis der Gesetze zu den Staatsverträgen kam 1874 gar nicht zur Sprache.

Mit der Einführung des Gesetzesreferendums ist der Vorrang des Gesetzgebers zusätzlich demokratisch begründet worden. Das Bundesgericht erklärt[69]:

«Auf eidgenössischer Ebene gilt: Was das Volk ausdrücklich oder stillschweigend auf Grund des fakultativen Referendums beschlossen hat, ist mangels ausdrücklicher Bestimmung von keiner Behörde zu überprüfen (vgl. Art. 113 Abs. 3 BV).»

c. Zweck der Gewaltenteilung ist es also, dass das Bundesgericht den Gesetzgeber nicht unter Berufung auf höherrangiges Recht korrigieren darf. Die Bundesverfassung verlangt vom Bundesgericht eine gewisse politische Zurückhaltung. Wenn der Gesetzgeber aufgrund der Abklärungen des Bundesrates in der Botschaft und aufgrund eigener Prüfung zum Schluss gekommen ist, eine gesetzliche Bestimmung sei mit dem geltenden Staatsvertragsrecht vereinbar, dann sollen Bundesgericht und allenfalls weitere Rechtsanwendungsinstanzen diesen Entscheid nicht umstürzen können. Aus den gleichen Überlegungen werden ja auch die von der Bundesversammlung gewährleisteten kantonalen Verfassungen nicht mehr überprüft.

Das Bundesgericht kann den Gesetzgeber auch nicht daran hindern, bewusst entgegen einem geltenden Staatsvertrag zu legislieren[70].

Aus den gleichen Überlegungen sind bisher auch nie Volksinitiativen für ungültig erklärt worden. Die Bundesbehörden haben eine solche Konsequenz bisher zweimal abgelehnt[71].

Die Gewaltenteilung, wie sie in der Bundesverfassung angelegt ist, bestimmt also, dass der Gesetzgeber, nicht das Bundesgericht das letzte Wort haben soll. Dieser Zweck wird nur erreicht, wenn der Vorbehalt des Gesetzgebers nicht nur gegenüber der Verfassung, sondern auch gegenüber früheren Staatsverträgen gilt. Man kann nicht nachträglich auf dem Wege der Interpretation diese verfassungsrechtliche Ordnung partiell umstürzen und eine Korrektur der gesetzgeberischen Entscheide durch das Bundesgericht und andere Rechtsetzungsinstanzen unter Berufung auf bisheriges Staatsvertragsrecht zulassen. Eine solche Neuerung muss auf den Weg der Verfassungsrevision verwiesen werden.

d. Diese Funktionenteilung zwischen Bundesversammlung und Bundesgericht ist auch deshalb gerechtfertigt, weil zur Beseitigung eines Widerspruchs zwischen Staatsvertrag und Bundesgesetz regelmässig mehrere Optionen offen stehen.

Das Gesetz kann meist auf verschiedene Weise angepasst werden, oder der Staatsvertrag kann revidiert oder gekündigt werden. Es ist eine wesentliche politische Frage, welches Vorgehen gewählt wird. Das Bundesgericht und die Rechtsanwendungsinstanzen sollen diese Optionen den obersten politischen Behörden überlassen. Die Rechtslage ist dann gleich, wie wenn Staatsverträge nicht direkt anwendbare Gesetzgebungsaufträge enthalten. Auch in diesem Fall muss grundsätzlich der Gesetzgeber vorangehen.

### 13. These von der gemeinsamen Verantwortung der Staatsorgane für die interne Verwirklichung staatsvertraglicher Verpflichtungen

Nach einer zweiten These darf sich die Diskussion um das Verhältnis zwischen dem Prinzip vom Vorrang des Völkerrechts und dem der Gewaltenteilung nicht nur unter Berücksichtigung des schweizerischen Verfassungsrechts abwickeln, sondern muss auch einige Grundprinzipien des Völkerrechts berücksichtigen, die ebenfalls Teil der schweizerischen Rechtsordnung sind.

a. Im Völkerrecht bindet ein Vertrag nicht nur die Exekutive oder die Legislative, sondern den Staat als solchen. Das allgemeine Völkerrecht verbietet dem Staat jedes völkerrechtswidrige Verhalten, dies unabhängig davon, «que cet organe appartienne au pouvoir constituant, législatif, exécutif, judiciaire ou autre, que ses fonctions aient un caractère international ou interne, et que sa position dans le cadre de l'organisation de l'Etat soit supérieure ou subordonnée»[72].

b. Diese völkerrechtlichen Grundprinzipien gelten ohne Einschränkung in der monistischen schweizerischen Rechtsordnung, zu der Staatsverträge als «integrierende Bestandteile» gehören. Der Bundesrat selbst hat kürzlich unterstrichen, dass dort, wo ein Vertrag von «Vertragsparteien» spricht, die Schweiz und ihre Partner «mit all ihren Organen, die einen nützlichen Beitrag zur Verwirklichung des gemeinsamen Ziels leisten können»[73], gemeint sind. Die entscheidende rechtliche Konsequenz ist folgende: Durch die - völkerrechtliche und verfassungsmässige - Verpflichtung, Staatsverträge zu erfüllen (Art. 26 und 27 VRK in Verbindung mit Art. 113 Abs. 3 BV), sind alle Organe der Eidgenossenschaft unmittelbar gebunden, und zwar als interne Ausführungsorgane einer für die Schweiz geltenden völkerrechtlichen Norm. In Erfüllung dieser Aufgabe kann sich die Justiz nicht einfach hinter dem Gesetzgeber verstecken, und dieser sich nicht hinter der Exekutive, die ja letzten Endes die völkerrechtliche Verantwortung der Schweiz trägt.

c. Das schweizerische Verfassungsrecht lässt keine anderen Schlussfolgerungen zu.

Es ist bezeichnend, dass die Verfassung von 1874 den politischen Gewalten zum Abschluss von Staatsverträgen Kompetenzen erteilt hat, die sich klar von jenen unterscheiden, die ihnen im Gesetzgebungsprozess zukommen: Der Bundesrat verhandelt, unterzeichnet und ratifiziert die Verträge, bringt Vorbehalte an, kündigt Verträge und übernimmt letztlich die völkerrechtliche Verantwortlichkeit[74]. Das Parlament, durch dessen Intervention das Verfahren des Vertragsabschlusses nicht abgeschlossen wird, genehmigt die Verträge in jedem Fall, sei es ausdrücklich oder stillschweigend[75].

Dieser grundlegende Unterschied zwischen dem Abschluss eines Staatsvertrages und dem Gesetzgebungsverfahren hat seinen Ursprung in der unterschiedlichen Natur des Staatsvertrages und des nationalen Gesetzes[76]. Daraus ergibt sich, dass sich das Bundesgericht nicht hinter dem nationalen Gesetzgeber verschanzen kann, oder wie André Grisel, früherer Bundesrichter, sagt: «En réalité, lorsque la loi et le traité sont en désaccord, l'avis du partenaire étranger n'importe pas moins que celui du législateur national.»[77]

d. Die Materialien zu Art. 113 Abs. 3 BV zeigen deutlich, dass der Verfassungsgeber seinerzeit ausschliesslich das Verhältnis zwischen Gesetz und Verfassung regeln wollte (siehe oben, Ziff. 7). Es wäre daher methodisch ungeschickt, diese Materialien zur Lösung des Problems des Verhältnisses zwischen Gesetz und Staatsvertrag heranzuziehen, da das Parlament in der Entstehung dieser Akte völlig unterschiedliche Rollen spielt.

e. Da heute Staatsverträge ein «wesentlicher Bestandteil» unserer Rechtsordnung geworden sind[78], wäre es paradox, die Wahrnehmung der völkerrechtlichen Beziehungen ausschliesslich den politischen Behörden (Legislative und Exekutive) zu überlassen und den Richter für den Fall eines Konfliktes zwischen einem Bundesgesetz und einem älteren Staatsvertrag auf das Legalitätsprinzip im engeren Sinn als einzigen Massstab zu verweisen. Diese Konzeption ist schwerlich mit dem Gedanken des Rechtsstaates vereinbar, und es wird nicht allein dadurch Genüge getan (der Bundesrat hat dies mehrfach hervorgehoben), «dass (die Vertragsparteien) ihre Verpflichtungen auf internationaler Ebene einhalten, sondern auch dadurch, dass auf nationaler Ebene die zur Verfügung stehenden Mittel eingesetzt werden, damit die eingegangenen Verpflichtungen ihre bestmöglichen Wirkungen entfalten können»[79].

#### 14. Elemente der Synthese

Der Vorrang des Völkerrechts verlangt von allen Rechtsanwendungsinstanzen eine völkerrechtskonforme Auslegung des Landesrechts. Das heisst, dass nicht nur jede Gesetzesnorm, sondern auch jeder Verfassungssatz - also auch Art. 113 Abs. 3 BV - im Licht der anerkannten Prinzipien des Völkerrechts betrachtet werden muss (besonders unter Berücksichtigung der Art. 26 und 27 VRK). Der Grundsatz der Gewaltenteilung spricht nicht gegen die völkerrechtskonforme Auslegung. Da man grundsätzlich davon ausgehen kann, dass der Gesetzgeber sich an geltendes Völkerrecht halten will, wird in den meisten Fällen eine Interpretation möglich sein, die einen offenen Widerspruch zwischen Völkerrecht und Landesrecht vermeidet. Aber es muss gleichzeitig, im Einklang mit der Lehre, betont werden, dass der Anwendungsbereich der völkerrechtskonformen Auslegung beschränkt ist und Fälle von offenen Konflikten nicht lösen kann.

Einig ist man sich auch darin, dass die Gewaltenteilung nicht verbietet, dass das Bundesgericht und weitere Rechtsanwendungsinstanzen einen allfälligen Widerspruch zwischen früherem Staatsvertragsrecht und späterem Gesetzesrecht feststellt und nötigenfalls die politischen Behörden ersuchen kann, den Widerspruch zu beseitigen (siehe unten, Ziff. 17.2 a). Die Feststellung des Widerspruchs ist notwendiger Bestandteil der juristischen Analyse im konkreten Fall.

Schliesslich ist unbestritten, dass alle Organe des Bundes für ihren Kompetenzbereich einen Teil der Verantwortung zur Verwirklichung des Völkerrechts tragen und vermeiden müssen, dass es, als ultima ratio, zur völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Schweiz kommt. Diese hat nach der Bundesverfassung der Bundesrat zu tragen (Art. 102 Ziff. 8 BV). Unter diesem Aspekt verlangt Art. 113 Abs. 3 BV von den Staatsorganen ein konsequentes Verhalten, indem er sie verpflichtet, Staatsverträge einzuhalten. Sie tragen alle eine gemeinsame Verantwortung für die Erfüllung der Verträge und müssen sich dessen stets bewusst sein.

#### VI. KONSEQUENZEN DES VORRANGES DES VÖLKERRECHTS FÜR DIE PRAXIS DER BEHÖRDEN

##### 15. Grundsatz: Die Verpflichtung, Völkerrecht zu respektieren, bindet sämtliche Staatsorgane

Die obenstehende Übersicht über die Praxis der Verwaltung (Ziff. 9), der Gerichte (Ziff. 10) und der Lehre (Ziff. 11) bestätigt, dass das Prinzip vom Vorrang des Völkerrechts vor dem Landesrecht im Grundsätzlichen wohl ein anerkanntes Prinzip der schweizerischen Rechtsordnung ist, es jedoch im Einzelfall an der entsprechenden Durchsetzung mangelt.

Wir wollen deshalb im folgenden Möglichkeiten für die Durchsetzung dieses Prinzips festlegen:

a. Der Bundesrat hat kürzlich wieder festgehalten, dass die Verwirklichung des Prinzips vom Vorrang des Völkerrechts allen Organen des Staates obliegt, die an seiner Durchführung teilhaben; dies nicht nur in den Beziehungen nach aussen, sondern auch im Innern[80]. Er hat im weiteren ausgeführt, dass der Erfüllung der Verträge «nicht allein dadurch Genüge getan wird, dass [die Staaten] ihre Verpflichtungen auf internationaler Ebene einhalten, sondern auch dadurch, dass auf nationaler Ebene die zur Verfügung stehenden Mittel eingesetzt werden, damit die eingegangenen Verpflichtungen ihre bestmöglichen Wirkungen entfalten können». Alle Organe des Staates könnten und müssten «einen nützlichen Beitrag zur Verwirklichung (...) [der Vertragsziele] leisten»[81].

b. Das Prinzip vom Vorrang des Völkerrechts vor dem Landesrecht kann nicht nur selektiv angewendet werden: Es gilt nicht nur für einzelne Bereiche (z. B. Auslieferungsrecht); es gilt für alle Bereiche des Rechts[82].

c. Das Prinzip vom Vorrang gilt unabhängig von der Frage der direkten Anwendbarkeit der völkerrechtlichen Regel[83]. Natürlich stellt sich dem Richter in der Praxis das Problem eines Konfliktes zwischen einer völkerrechtlichen - vertraglichen (häufigster Fall), einseitigen[84] oder allgemeinen[85] - und einer landesrechtlichen Norm vor allem dann, wenn die völkerrechtliche Norm unmittelbar anwendbar ist[86]. Trotzdem sind aus rechtlicher Sicht alle Staatsorgane (Exekutive, Legislative und Justiz) verpflichtet, im Rahmen ihrer Kompetenzen das die Schweiz bindende Völkerrecht zu respektieren, unabhängig davon, ob dieses Recht genügend bestimmt ist, um allein schon Grundlage für ein konkretes Urteil zu sein. Es trifft zu, dass in letzterem Fall manchmal das Tätigwerden des Gesetzgebers (Parlament oder Bundesrat) notwendig ist, um Ausführungsbestimmungen zu nicht direkt anwendbaren Völkerrechtsnormen zu erlassen[87].

d. Das Prinzip vom Vorrang gilt für alle von der Eidgenossenschaft im Sinn von Art. 8 BV geschlossenen Verträge unabhängig vom Verfahren beim Abschluss des Vertrages. Nach einer unbestrittenen Praxis, die als Verfassungsgewohnheitsrecht betrachtet wird, gelten die vom Bundesrat eingegangenen Staatsverträge in jedem Fall als von der Bundesversammlung genehmigt, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, im voraus oder nach Vertragsschluss[88].

e. Aus den von der Lehre angeführten Gründen ist die juristische Form der internen Anerkennung des Staatsvertrages für dessen innerstaatliche Geltung ohne Bedeutung[89].

f. Die Lehre nimmt mit gutem Grund an, dass Art. 113 Abs. 3 BV sich nicht nur auf die von der Bundesversammlung ausdrücklich genehmigten Staatsverträge bezieht, sondern auf alle Verträge, die für die Eidgenossenschaft verbindlich sind. So wollen es das Völkerrecht[90] und das Verfassungsgewohnheitsrecht[91].

g. Es muss ebenfalls, im Einklang mit der Lehre, präzisiert werden, dass sich Art. 113 Abs. 3 BV nicht nur an das Bundesgericht, sondern an alle Rechtsanwendungsinstanzen wendet. Der Bundesrat hat dies auch in seiner Antwort auf die Einfache Anfrage Oehen bestätigt[92].

h. Die erwähnte Methode der völkerrechtskonformen Auslegung des Landesrechts ist sicherlich nützlich, wenn die beiden Regeln miteinander vereinbar sind. Sie ist aber nicht anwendbar in den - seltenen - Fällen eines offenen Konflikts zwischen völkerrechtlicher und landesrechtlicher Norm[93]. Das Prinzip der völkerrechtskonformen Auslegung ist daher kein Ersatz für das Prinzip vom Vorrang des Völkerrechts, auch wenn es für diesen Vorrang ein Indiz ist (man interpretiert die landesrechtliche Norm - auch die Verfassung - gemäss dem Völkerrecht, nicht umgekehrt).

i. Schliesslich ist die lex posterior - Regel nicht anwendbar, um einen Konflikt zwischen Gesetz und Staatsvertrag zu lösen. Das vertrat Burckhardt schon seit 1915 mit überzeugender Begründung. Die Völkerrechtsnorm ist nämlich von Natur aus anders und von übergeordnetem Rang (vgl. oben, Ziff. 3). Wenn man es als gegeben ansieht, dass völkerrechtliche Verträge den Staat als solchen und in seiner Gesamtheit binden, dann kann sein Landesrecht von einer monistischen Rechtsordnung nicht als gleich- oder sogar höherrangig betrachtet werden. Zweifellos hat es das Bundesgericht aus prinzipiellen Überlegungen als «sehr fraglich» bezeichnet, ob diese Methode im Fall eines Konfliktes zwischen Gesetz und Staatsvertrag anwendbar sei[94].

Es sind nun die Wirkungen zu untersuchen, die das Prinzip vom Vorrang des Völkerrechts vor dem Landesrecht für jedes Staatsorgan hat. Dies geschieht unter Berücksichtigung des fundamentalen Grundsatzes - den auch das Bundesgericht bekräftigt -, dass ein Staat, der sich vertraglich bindet, den Vertragsinhalt respektieren muss, unabhängig davon, wie sein Landesrecht ausgestaltet ist[95].

Dazu ist es von Vorteil, dem Vorschlag der Lehre zu folgen[96] und eine Unterscheidung zu treffen zwischen der Phase der Rechtsetzung (der hier auch die Bildung von Völkerrecht zugerechnet wird) einerseits und der Phase der Rechtsanwendung andererseits.

#### 16. Konsequenzen des Prinzips vom Vorrang des Völkerrechts für den Gesetzgebungsprozess

Die Schaffung von Landesrecht und das Aushandeln von völkerrechtlichen Verträgen folgen eigenen Regeln, nämlich landesrechtlichen im ersten Fall, völkerrechtlichen im zweiten[97]. Die Stellungen des nationalen Parlaments und der Regierung sind jeweils völlig verschieden. Ziel der politischen Organe des Staates ist es, eine möglichst weitgehende Harmonie der landesrechtlichen und der völkerrechtlichen Normen im Stadium der Verhandlungen sicherzustellen, dies mit Rücksicht auf die Wahrung des Rechts und die juristische Transparenz (Einhaltung der für die Gesetzgebung geltenden landesrechtlichen Normen, Einhaltung der völkerrechtlichen Regeln für den Abschluss von Staatsverträgen).

Aus diesen Prämissen ergeben sich für den Bundesrat einige zwingende Folgen für seine Beteiligung am Rechtsetzungsverfahren:

##### a. Untersuchung und Erfassung möglicher Konflikte

Das für die Schweiz geltende Völkerrecht setzt der Gesetzgebung Schranken. Die Justizabteilung hat dies in einem Rechtsgutachten vom 1. Mai 1975 mit folgenden Worten unterstrichen[98]:

«Une suppression unilatérale, de la part du législateur, des avantages accordés par traité constituerait une violation du droit international pour la double raison que seule la dénonciation permet de mettre fin volontairement à un traité et que le droit de dénoncer un traité n'appartient, en droit suisse, pas au législateur, mais au gouvernement (sur ce dernier point, Aubert, Traité, op. cit. No 1324).»

Deshalb muss der Bundesrat in seinen Botschaften und Berichten an die Räte im Rahmen der Prüfung der Verfassungsmässigkeit der Gesetzgebungsvorhaben[99] (oder der geplanten Verfassungsänderungen) jeweils auch systematisch die möglichen Konflikte mit geltendem oder in Entstehung befindlichem Völkerrecht untersuchen. Das Parlament muss bei der Beratung einer Gesetzesvorlage sämtliche Aspekte und Bezüge zum Völkerrecht kennen. Als Folge eines Postulates des Nationalrates hat der Bundesrat ein spezielles Verfahren zur Prüfung der relevanten Verbindungen zum Europarecht vorgesehen[100]. Es wäre deshalb angemessen, den Art. 43 Abs. 2 GVG durch einen neuen Absatz zu ergänzen, der etwa so lauten könnte:

«Weiterhin behandelt der Bundesrat in einem besondern Abschnitt der Botschaften zu Gesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen die Fragen ihrer Übereinstimmung mit geltendem oder sich entwickelndem Völkerrecht.»

In diesem Zusammenhang muss hervorgehoben werden, dass es im Stadium des Abschlusses eines Staatsvertrages nicht möglich ist, sämtliche Probleme vorauszusehen, die sich bei seiner Anwendung ergeben könnten. Wenn allfällige Unvereinbarkeiten zur Zeit des Vertragsschlusses durch die politischen Instanzen nicht erkannt und beseitigt worden sind, dann liegt es an den Rechtsanwendungsorganen selbst, dem Prinzip vom Vorrang des Völkerrechts vor anderslautendem Landesrecht Nachachtung zu verschaffen[101].

##### b. Vorschläge zu Gesetzesänderungen

Das einfachste Mittel ist es, das Landesrecht in Einklang mit den völkerrechtlichen Normen zu bringen, die die Schweiz binden. Diese Vorschläge zu Gesetzesänderungen sind oft die logische Folge der oben beschriebenen Untersuchungen.

Unter einer Vielzahl von Beispielen sei die Botschaft des Bundesrates betreffend die Änderung des BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 29. Mai 1985[102] erwähnt, worin der Bundesrat feststellt, dass die Funktionen des Bundesanwaltes teilweise gegen Art. 5 Abs. 3 EMRK verstossen. Der Bundesrat schlägt vor, diesen teilweise durch einen eidgenössischen Untersuchungsrichter zu ersetzen und erklärt dazu:

«Die gesetzliche Regelung gestattet (...), die richterähnliche Unabhängigkeit des Bundesanwaltes grundsätzlich in Zweifel zu ziehen, weil seine Doppelfunktion Artikel 5 Ziffer 3 EMRK widerspricht. Unter diesen Umständen drängt sich die Einschaltung des eidgenössischen Untersuchungsrichters für die Haftprüfung auf.»[103]

Der Bundesrat schlägt daher eine Änderung von Art. 47 Abs. 1 des BG vom 15. Juni 1934 über die Bundesstrafrechtspflege (SR 312.0) vor[104].

#### c. Übergangslösungen

Für die Zeit zwischen dem Zeitpunkt, in dem der Widerspruch des Landesrechts gegen das Völkerrecht entdeckt wird, und dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Gesetzesänderung muss eine provisorische Lösung gefunden werden, welche die Verletzung von Völkerrecht verhindert. In einem solchen Fall bemüht sich der Bundesrat, die Verletzung von Völkerrecht durch Massnahmen zu verhindern, die letzten Endes der Nichtanwendung des völkerrechtswidrigen Bundesrechts gleichkommen. Die Ergreifung solcher vorläufiger Massnahmen kommt hauptsächlich dann in Frage, wenn die Anwendung eines neuen Staatsvertrages im Widerspruch zu geltendem Recht steht.

Dazu zwei Beispiele:

1° Im Anschluss an den Fall Lynas, der schliesslich vor die Europäische Menschenrechtskommission gelangte[105], erkannten Bundesrat und Bundesgericht, dass Art. 23 AuslG gegen die EMRK verstiesse, das BG über internationale Rechtshilfe in Strafsachen aber noch nicht in Kraft war (dies ist unterdessen, am 1. Januar 1983, geschehen, SR 351.1). Sie kamen daher in einem Briefwechsel vom 27. Dezember 1976 und vom 9. Mai 1977 überein, dass das Bundesgericht eine ausserordentliche Kompetenz habe, über Begehren um vorläufige Haftentlassung im Zusammenhang mit Auslieferungssachen zu befinden. Der Bundesrat und das Bundesgericht anerkannten den Vorrang des Völkerrechts und gaben Art. 5 Abs. 4 EMRK den Vorzug, unter Verweis auf die Verfassungsbestimmung von Art. 113 Abs. 3 BV. Das Bundesgericht selbst hielt fest, dass durch diese provisorische Lösung der Gehalt des BG über die Auslieferung teilweise verändert wurde[106].

2° In einem Entscheid F. c/Schweiz vom 18. Dezember 1987[107] beurteilte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte das befristete Verbot von Art. 150 ZGB der Wiederverheiratung nach der Scheidung als Verstoss gegen Art. 12 EMRK (Recht, eine Ehe einzugehen). Um weitere Verurteilungen in dieser Sache zu vermeiden und in Erwartung der Revision des Scheidungsrechts (die allerdings nicht vor 1993 in Kraft treten wird) forderte daher das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement nicht nur die Expertenkommission dazu auf, die gesetzgeberischen Konsequenzen zu ziehen, sondern machte auch die kantonalen Gerichte und das Bundesgericht auf die Verpflichtung der Schweiz aufmerksam, sich an Art. 12 EMRK in der Interpretation des Gerichtshofes zu halten. Auch hier gab der Bundesrat, indem er seine völkerrechtliche Verantwortung aus Art. 53 EMRK (Verpflichtung, sich nach den Entscheidungen des Gerichtshofes zu richten) wahrnahm, den schweizerischen Gerichten zu verstehen, dass es besser sei, Art. 150 ZGB in Erwartung seiner formellen Aufhebung nicht anzuwenden.

d. Information des Parlamentes über die offenstehenden Möglichkeiten und die Konsequenzen, die der Erlass völkerrechtswidriger interner Akte verursachen könnte

Es ist die Pflicht des Bundesrates, das Parlament in aller Klarheit über die ernsthaften Konsequenzen zu informieren, die der Erlass von völkerrechtswidrigen landesrechtlichen Normen nach sich ziehen könnte. Unter zahlreichen Beispielen sei der folgende Fall zitiert:

In seiner Botschaft vom 18. September 1961 zum Entwurf eines BG über Kartelle und ähnliche Organisationen erinnerte der Bundesrat daran, «dass gegenteilige staatsvertragliche Bindungen (wie insbesondere Art. 15 der EFTA-Konvention) dem Landesrecht nach herkömmlicher Praxis vorgehen. Die im Gesetz [über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 4. Januar 1962, AS 1964 53] vorgesehene Erleichterung könnte somit einem klagenden EFTA-Partner nicht entgegengehalten werden.»[108]

e. Vorschlag, bestehende Verträge zu kündigen oder zu revidieren

Aus der Besonderheit der Entstehung völkerrechtlicher Normen ergibt sich, dass sie schwerer zu revidieren sind als ein landesrechtlicher Erlass. Ausserdem kann sich die Revision eines Staatsvertrages als unmöglich erweisen, wenn die Vertragspartner nicht Hand dazu bieten wollen. Andererseits ist die Kündigung eines Staatsvertrages ein völkerrechtlicher Akt von einiger Tragweite, weshalb sie nur bei Vorliegen wichtiger Gründe in Erwägung gezogen werden sollte. Trotzdem bleiben Kündigung oder Revision in bestimmten Fällen die einzigen Möglichkeiten für den Bundesrat, wenn es keine anderen Mittel gibt, Verfassung oder Bundesgesetze einzuhalten[109].

f. Behandlung von parlamentarischen Initiativen oder Volksinitiativen auf Verfassungsänderung

Welche Haltung soll der Bundesrat einnehmen, wenn eine Verfassungsinitiative zu Konflikten mit geltendem Völkerrecht führt?

In seinem berühmt gewordenen Bericht von 1954 über die Rheinau-Initiative hat der Bundesrat folgendes geschrieben: «Mit einer Verfassungsinitiative kann (...) eine Verfassungsänderung auch dann verlangt werden, wenn sich aus ihr Eingriffe in staatsvertragliche Verpflichtungen des Schweiz ergeben.»[110] Der Bundesrat hatte in der Folge selten die Gelegenheit, zu dem Thema Stellung zu nehmen.

Zwanzig Jahre später hat sich der Bundesrat in der Botschaft zu der Initiative der Nationalen Aktion über das Staatsvertragsreferendum wie folgt ausgedrückt:

«Die Verwerfung eines bestehenden Vertrages in der Abstimmung würde seine sofortige, einseitige Beendigung ohne Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist bedeuten. Eine solche einseitige Beendigung kündbarer und - erst recht - unkündbarer völkerrechtlicher Verträge ohne Zustimmung der anderen Vertragspartei stellte einen selten klaren Bruch des Satzes *pacta sunt servanda* dar, wäre ein völkerrechtlich nichtiger Akt und würde die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Schweiz nach sich ziehen.

Der bundesrätliche Bericht zur Rheinau-Initiative und ein Teil der Literatur gehen davon aus, dass es keine materiellen Schranken der Verfassungsrevision gebe - auch nicht in Form des Völkerrechts, dass also kein Volksbegehren als verfassungswidrig betrachtet werden dürfe. Entscheidend für diese Argumentation ist die Überlegung, dass der Grundsatz *Ikerrecht bricht Landesrecht* bis heute keine Anerkennung als bindender Rechtssatz gefunden hat. Vielmehr wird anerkannt, dass es

völkerrechtswidriges Landesrecht geben kann, wobei allerdings jeder Staat verpflichtet bleibt, Völkerrechtswidrigkeiten zu beheben und dem geschädigten Staat gegebenenfalls Schadenersatz zu leisten.

Eine Initiative jedoch, deren Annahme zum einseitigen Bruch beliebiger, die Schweiz bindender Staatsverträge führen könnte, wäre klar völkerrechtsverletzend. Der Kleinstaat Schweiz hat aber an der Einhaltung des Völkerrechts und an der Erhaltung einer internationalen Ethik und Moral ein überragendes Interesse. Es wäre zutiefst bedauerlich, wenn er sich aus freien Stücken unter die Rechtsbrecher reihen wollte.»[111]

In seiner Botschaft vom 25. Mai 1988 über die Volksinitiative «für eine Schweiz ohne Armee und für eine umfassende Friedenspolitik» schrieb der Bundesrat neulich: «Durch die Abschaffung der Armee würde sich die Schweiz eines wesentlichen Bestandteiles ihrer Neutralität berauben. Sie könnte inskünftig nicht mehr auf die Respektierung ihres Neutralitätsstatus durch die anderen Staaten zählen. Die Abschaffung der Armee würde somit nicht nur unsere politisch-strategische Glaubwürdigkeit zerstören, sondern der Preisgabe unserer völkergewohnheitsrechtlich verankerten und völkervertragsrechtlich anerkannten dauernden Neutralität gleichkommen.»[112] Dies bedeutet, dass eine Annahme der Initiative für die Schweiz die Konsequenz hätte, dass sie im gegebenen Moment nicht mehr in der Lage wäre, die Verpflichtungen wahrzunehmen, die sich aus ihrem Status der immerwährenden Neutralität ergeben.

Schliesslich hat der Bundesrat im Bericht über die Stellung der Schweiz im europäischen Integrationsprozess vom 24. August 1988 im Zusammenhang mit dem sicherlich speziellen Fall eines allfälligen Beitritts der Schweiz zur Europäischen Gemeinschaft (EG) folgendes erklärt: «Eine Initiative, die inhaltlich in einen bereits von der EG geregelten Bereich übergreifen würde, müsste unter Umständen für ungültig erklärt werden. Das Gemeinschaftsrecht würde somit für die Revision der Bundesverfassung (...) materielle Schranken setzen.»[113]

Vielleicht sind bisher die Mittel unterschätzt worden, die unsere verfassungsrechtliche Ordnung bietet, um Probleme der Harmonisierung von Völkerrecht und Landesrecht zu lösen, welche sich bei einer Verfassungsinitiative stellen könnten. Eine Bestandsaufnahme dieser Mittel ist um so notwendiger, als sich seit 1874 das für die Schweiz geltende Völkerrecht beträchtlich geändert und in einem Masse zugenommen hat, dass solche Harmonisierungsprobleme auch häufiger auftreten.

Man kann die folgenden Fälle unterscheiden:

a. Parlament und Bundesrat können bei der Ausarbeitung von Verfassungsänderungen (Art. 85 Ziff. 2, Art. 93 oder Art. 102 Ziff. 4 BV) das die Schweiz bindende Völkerrecht in formeller und materieller Hinsicht berücksichtigen. Wenn sich das Änderungsvorhaben nicht völlig mit den Anforderungen des Völkerrechts in Einklang bringen lässt, könnten Bundesrat und Parlament in den Änderungsentwurf immer noch eine Übergangsbestimmung zur Regelung des Problems aufnehmen. Eine derartige Übergangsbestimmung könnte vorsehen, dass die Verfassungsänderung, sofern sie angenommen wird, erst in Kraft treten kann, wenn die völkerrechtlichen Verpflichtungen angepasst worden sind (z. B. durch Kündigung eines Staatsvertrages, wenn dieser kündbar ist). Es handelte sich in diesem Fall um ein verzögertes Inkrafttreten, eine Möglichkeit, die Art. 15 Abs. 3 des BG vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte (BPR, SR 161.1) bietet.

b. Bei Volksinitiativen auf Verfassungsänderung muss unterschieden werden, ob es sich um eine Initiative in der Form der allgemeinen Anregung oder des ausgearbeiteten Entwurfs handelt.

1. Im ersten Fall hat der Bundesrat denselben Handlungsspielraum, der eben dargelegt worden ist: Wenn die Initiative unter dem Gesichtspunkt des Völkerrechts Probleme aufwirft, kann der Bundesrat, unter Berücksichtigung des Willens der Initianten, den Erlass von Übergangsbestimmungen vorschlagen, die es erlauben, den Volkswillen im Einklang mit dem Völkerrecht zu verwirklichen.

2. Bei einem ausgearbeiteten Entwurf ist es natürlich am besten, wenn die Initiative selbst «völkerrechtsfreundlich» ist.

So zum Beispiel die Volksinitiative «für eine Zukunft ohne weitere Atomkraftwerke» vom 11. Dezember 1981[114], die «staatsvertragliche Verpflichtungen zur Rücknahme von in der Schweiz erzeugten und im Ausland wiederaufbereiteten radioaktiven Abfällen» vorbehalten hatte. Sie wurde vom Souverän abgelehnt[115].

3. Wenn eine Volksinitiative in der Form des ausgearbeiteten Entwurfs geltendem Völkerrecht widerspricht und keine Bestimmungen über das Inkrafttreten enthält, so tritt die Verfassungsänderung gemäss Art. 15 Abs. 3 BPR sofort nach ihrer Annahme durch Volk und Stände in Kraft. Um eine solche Situation zu vermeiden, ohne aber die heikle Frage der völkerrechtlichen Schranken der Verfassungsrevision aufzuwerfen, könnte Art. 15 Abs. 3 BPR durch folgende Bestimmung ersetzt werden:

«Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten von Änderungen der Bundesverfassung, der Bundesgesetze und der allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse, sofern die Vorlage nichts anderes bestimmt.»

Auf diese Weise würde der Bundesrat über ein Mittel verfügen, das Inkrafttreten einer geltendem Staatsvertragsrecht widersprechenden Verfassungsänderung solange aufzuschieben, bis der Staatsvertrag gekündigt oder angepasst, beziehungsweise bis die Kündigung oder Änderung wirksam wäre. Gleichzeitig erlaubte diese Gesetzesänderung, in Zukunft die typische Formulierung «Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten» am Ende von Gesetzestexten wegzulassen.

4. Diese Gesetzesänderung könnte indessen Konflikte zwischen Völkerrecht und einer Volksinitiative nicht verhindern, wenn die Volksinitiative selbst eine Bestimmung über das Inkrafttreten enthält, die einen Konflikt mit dem Völkerrecht nicht ausschliessen kann. Die Frage stellt sich, ob der Gesetzgeber zur Umgehung dieser Schwierigkeit eine Regelung vorsehen soll, die im Falle der Annahme einer solchen Initiative ihr ganzes oder teilweises Inkrafttreten solange aufzuschieben könnte, bis der Widerspruch zum Völkerrecht durch Kündigung oder Änderung des Staatsvertrages beseitigt worden wäre. In diesem Fall würde der Teil der Initiative, der das Inkrafttreten regelt, vorläufig nicht angewendet. Man kann sich fragen, ob eine solche Regelung nicht eine materielle Schranke der Verfassungsrevision darstellt und deshalb auf Verfassungsebene verankert werden müsste. Wir sind jedoch der Meinung, dass diese Frage in die Kompetenz des Gesetzgebers fällt, da es sich um Näheres «über das Verfahren bei den Volksbegehren und den Abstimmungen betreffend Revision der Bundesverfassung» im Sinn von Art. 122 BV handelt. Eine entsprechende Bestimmung, die im BG über die politischen Rechte stehen müsste, könnte folgenden Inhalt haben:

«Der Bundesrat kann das Inkrafttreten einer von Volk und Ständen angenommenen Volksinitiative trotz entgegenstehendem

Initiativtext ganz oder teilweise aufschieben, solange sie geltendem Staatsvertragsrecht widerspricht. Er muss in diesem Fall widersprechende Staatsverträge auf den frühestmöglichen Zeitpunkt kündigen oder anpassen.»

5. Selbst mit dieser Regelung wären die - sicher sehr seltenen - Fälle nicht gelöst, in welchen eine Volksinitiative gegen eine zwingende Norm des allgemeinen Völkerrechts (jus cogens im Sinn von Art. 64 VRK) oder gegen unbefristete und unkündbare Staatsverträge verstossen würde. In diesen Fällen müssten sich Bundesrat und Bundesversammlung wieder die Frage stellen, ob die Initiative nicht in Anwendung von Art. 24 Abs. 2 GVG für ungültig erklärt werden müsse[116]. Die Lehre hält mit guten Gründen fest, dass es sich hierbei nur um ein letztes Mittel handle, das nur erwogen werden dürfe, wenn die oben erwähnten Methoden nicht zur Anwendung gelangen können[117].

Die herrschende Lehre bestreitet die Existenz von «autonomen» materiellen Schranken der Verfassungsrevision selbst dann, wenn eine Initiative unausführbar ist[118].

Hangartner und Müller, zusammen mit anderen Autoren, lassen materielle (in Wirklichkeit formelle, «heteronome») Schranken der Verfassungsrevision durch das Völkerrecht zu[119].

Es gehört jedoch nicht hierher, diese Frage abstrakt zu entscheiden. Man wird das allenfalls unter Berücksichtigung aller Umstände tun können, wenn sich das Problem in konkreter Form stellt.

## 17. Praktische Folgen des Vorranges des Völkerrechts für die Rechtsanwendung

Die rechtsanwendenden Organe (kantonale und eidgenössische Verwaltung und Gerichte) werden häufig mit der Frage der Wechselwirkungen zwischen völkerrechtlichen und landesrechtlichen Normen konfrontiert. Meistens sind diese Verhältnisse problemlos. Art. 113 Abs. 3 BV, der die Frage des Vorranges zwischen Gesetz und Staatsvertrag offen lässt, verbietet nicht die Anwendung von Prinzipien, die Verfassungsrecht und die Schweiz bindendes Völkerrecht in Einklang bringen.

Um den - letztlich seltenen - Fall des offenen Konfliktes zwischen Völkerrecht und Landesrecht in die richtigen Proportionen zu setzen, betrachten wir diesen speziellen Fall in Verbindung mit verschiedenen, nachstehend (Bst. a - d) aufzuzählenden Fällen. Diese spielen in der Praxis eine wichtige Rolle bei der Lösung der Konflikte zwischen einer landesrechtlichen und einer völkerrechtlichen Norm, obwohl sie keinen unmittelbaren Bezug zum Problem des Vorranges haben.

### 17.1. Folgen in Fällen, in denen kein Konflikt besteht

#### a. Vorbehalt des Landesrechts zugunsten des Völkerrechts

Gesetze enthalten manchmal einen ausdrücklichen Vorbehalt zugunsten des Völkerrechts[120]. Unter vielen Beispielen sei Art. 1 Abs. 1 IRSG und Art. 1 Abs. 2 des BG vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG, SR 291), das am 1. Januar 1989 in Kraft getreten ist, zitiert. Letzter Artikel sieht vor: «Völkerrechtliche Verträge sind vorbehalten». Solche Bestimmungen rechtfertigen sich hauptsächlich in Bereichen wie etwa der internationalen Rechtshilfe, in denen Überlagerungen von Völkerrecht und Landesrecht vorhersehbar und zahlreich sind.

Es muss aber hervorgehoben werden, dass das Prinzip des Vorbehalts zugunsten der Staatsverträge auch ohne ausdrückliche Erwähnung im Gesetz gilt[121]. Ohne die Vermutung des Vorbehalts von Staatsverträgen wäre das Prinzip vom Vorrang des Völkerrechts in der schweizerischen Rechtsordnung in vielen Fällen ohne praktische Bedeutung und würde seines «effet utile» beraubt.

#### b. Renvoi des Völkerrechts auf das Landesrecht

Hier handelt es sich ebenfalls um eine häufige Erscheinung, speziell bei Abkommen des internationalen Privatrechts. So bestimmt zum Beispiel Art. 4 des Haager Übereink. vom 2. Oktober 1973 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht (SR 0.211.213.01): «Für die in Art. 1 genannten Unterhaltspflichten ist das am gewöhnlichen Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten geltende innerstaatliche Recht massgebend.» Diese Vorschrift darf nun aber nicht als Ausdruck des Vorranges des Landesrechts vor dem Völkerrecht betrachtet werden. Es handelt sich vielmehr um eine internationale Kollisionsnorm, welche die Anwendung jeder anderen, geltenden oder zukünftigen widersprechenden Regel ausschliesst, die ein nationales Gesetz über internationales Privatrecht enthalten könnte.

#### c. Staatsvertragskonforme Interpretation

Diese Methode wird vom Bundesgericht recht häufig angewendet[122]. Ein Bundesgesetz muss nicht nur völkerrechtskonform ausgelegt werden[123], auch seine verfassungskonforme Auslegung muss unter Berücksichtigung der Bestimmungen von Staatsverträgen erfolgen[124].

Im Entscheid Frigerio[125], einem typischen Beispiel für vertragskonforme Auslegung, erklärt das Bundesgericht folgendes:

«Im Zweifel muss innerstaatliches Recht völkerrechtskonform ausgelegt werden; d. h. so, dass ein Widerspruch mit dem Völkerrecht nicht besteht. Diese Auslegungsregel erlaubt es, Konflikte zwischen den beiden Rechtsordnungen meistens zu vermeiden.»

Es muss aber einmal mehr daran erinnert werden, dass diese Interpretationsmethode, die bei leichten Divergenzen zwischen Gesetz und Staatsvertrag gute Dienste leistet, nicht herangezogen werden kann, um offene Konflikte zwischen Völkerrecht und Landesrecht zu lösen[126]. Der vorzitierte Entscheid bestätigt das (durch die Verwendung des Wortes «meistens»).

#### d. Im Fall einer echten Lücke des Völkerrechts anwendbare Prinzipien

Hier kann der Entscheid Lanusse[127] angeführt werden, worin das Bundesgericht, nach Bestätigung des Prinzips vom Vorrang des Völkerrechts vor dem Landesrecht, präzisiert: «... les dispositions de la loi ne s'appliquent que sur les points qui n'ont pas été réglés expressément ou tacitement par le traité.»

Auch hier muss erneut der subsidiäre und beschränkte Charakter der Anwendung der landesrechtlichen Regel als Ergänzung

zum Völkerrecht betont werden. Sie kann nur erfolgen, wenn die Interpretation des Völkerrechts - gemäss den Art. 31 bis 33 VRK - die Existenz einer Lücke des (vertraglichen oder allgemeinen) Völkerrechts bestätigt und die landesrechtliche Regel so als ergänzende (ausfüllende) Völkerrechtsregel eingesetzt werden kann.

## 17.2. Folgen in Fällen eines Konfliktes zwischen Gesetz und Staatsvertrag

### a. Feststellung des Widerspruchs des Landesrechts gegen das Völkerrecht durch das Rechtsanwendungsorgan

Ein Teil der Lehre betont heute, dass Art. 113 Abs. 3 BV dem Bundesgericht zwar verbietet, ein Bundesgesetz (oder einen Staatsvertrag) nicht anzuwenden, es aber nicht daran hindert, die Verfassungs- oder Völkerrechtswidrigkeit einer bundesrechtlichen Norm zu untersuchen<sup>[128]</sup>. Das Bundesgericht seinerseits hat bereits einen Schritt in diese Richtung getan, jedenfalls was die Beziehungen zwischen Verfassung und Gesetz betrifft, indem es in bestimmten Fällen die Mängel eines Gesetzes aufdeckte, das es anwenden musste<sup>[129]</sup>. In anderen Fällen hat es zwischen den Zeilen durchblicken lassen, dass ein Gesetz verfassungswidrig sei<sup>[130]</sup>.

Man kann ohne weiteres annehmen, dass das Bundesgericht feststellen kann, ob eine bundesrechtliche Norm gegen geltendes Völkerrecht verstosse oder nicht, ohne damit gegen Sinn und Wortlaut von Art. 113 Abs. 3 BV zu verstossen. Dies tat es denn auch in der Vergangenheit regelmässig<sup>[131]</sup>. Die Feststellung der Völkerrechtswidrigkeit einer bundesrechtlichen Norm durch die Rechtsanwendungsorgane - speziell Bundesgericht und Bundesrat - ist selbst dann zulässig, wenn man von der Annahme ausgeht (siehe oben, Ziff. 12), die Rechtsanwendungsorgane dürften gemäss dem Prinzip der Gewaltenteilung (speziell nach Art. 113 Abs. 3 BV) den Gesetzgeber nicht korrigieren.

### b. Nichtanwendung der völkerrechtswidrigen Norm im Einzelfall

Ist es mit Blick auf Art. 113 Abs. 3 BV vorstellbar, dass das Bundesgericht - oder ein anderes Rechtsanwendungsorgan - einer bundesrechtlichen Regel die Anwendung wegen eines Konflikts mit geltendem Völkerrecht versagt? Wir haben gezeigt, dass die herrschende Lehre dies gestützt auf eine ältere Praxis der Rechtsprechung (siehe oben, Ziff. 10) und im Widerspruch zu einigen neueren Urteilen bejaht (siehe oben, Ziff. 11).

Im Hinblick auf die Entwicklung der Praxis sind die beschränkten rechtlichen Wirkungen hervorzuheben, welche die Nichtanwendung von Bundesrecht im Einzelfall hat. Der Richter beschränkt sich in einem derartigen Fall darauf, die Verhältnisse in einem konkreten Einzelfall zu prüfen, überlässt aber die Aufgabe der generellen Harmonisierung von Landesrecht und Völkerrecht den politischen Organen. Man könnte daher diese Konstellation mit denjenigen Fällen vergleichen, in welchen das Bundesgericht im Rahmen der Prüfung der Verfassungsmässigkeit vorfrageweise einen kantonalen Rechtssatz als verfassungswidrig und im vorliegenden Fall als nicht anwendbar bezeichnet. Der fragliche Rechtssatz bleibt jedoch trotzdem in Kraft und kann von den kantonalen Behörden in anderen Fällen im Einklang mit der Bundesverfassung angewendet werden<sup>[132]</sup>.

### c. Appell des Bundesgerichts an die politische Verantwortung von Bundesrat und Parlament («Appellentscheid»)

Es kommt vor, dass das Bundesgericht mit der Aufforderung an einen kantonalen Gesetzgeber, ein verfassungswidriges kantonales Gesetz zu revidieren, indirekt auch den eidgenössischen Gesetzgeber ersucht, dasselbe mit dem entsprechenden Bundesgesetz zu tun<sup>[133]</sup> und die notwendigen gesetzgeberischen Entscheidungen zu treffen. So hat das Bundesgericht im Entscheid Wenk<sup>[134]</sup> erklärt:

«In Anbetracht der verschiedenen Lösungsmöglichkeiten ist es nicht Sache des Bundesgerichts, zu bestimmen, wie diese Ungleichheit zu beseitigen ist, obschon es hier um eine Verordnung ging, an die das Bundesgericht nicht gebunden ist.»

Man spricht hierbei von einem «Appellentscheid». Die neuere Lehre schlägt vor, solche Entscheide bei Konflikten zwischen Völkerrecht und Landesrecht zu treffen<sup>[135]</sup>.

Die beiden Vorgehensweisen, die zuvor (unter Bst. a und b) untersucht wurden, stellen in sich ebenfalls Appellentscheidungen dar: Die Feststellung des Widerspruchs der bundesrechtlichen Regel gegen das Völkerrecht bedeutet ebenso wie die Nichtanwendung von Bundesrecht in einem Einzelfall eine mehr oder weniger offensichtliche Einladung an die politischen Organe, ihre Verantwortung wahrzunehmen.

### d. Nichtigkeit der völkerrechtswidrigen landesrechtlichen Norm?

Niemand verlangt ernsthaft, dass ein Konflikt zwischen Landesrecht und Völkerrecht die Nichtigkeit der landesrechtlichen Norm zur Folge haben soll. Selbst in der Rechtsordnung der Europäischen Gemeinschaft führt das Prinzip vom Vorrang des gemeinschaftlichen Rechts nicht zur Nichtigkeit des widersprechenden Rechts eines Mitgliedstaates, sondern nur zu dessen Nichtanwendung<sup>[136]</sup>. In der schweizerischen Rechtsordnung könnte die Folge der Nichtigkeit höchstens im Fall eintreten, dass ein interner Rechtssatz gegen eine Norm des völkerrechtlichen jus cogens verstösst (Art. 64 VRK).

### e. Nichtanwendung im Einzelfall der vertraglichen Völkerrechtsregel, die gegen völkerrechtliches jus cogens verstösst

Diese Annahme ist nicht nur theoretisch. In einem Entscheid<sup>[137]</sup> hat das Bundesgericht es vorgezogen, den Auslieferungsvertrag vom 21. November 1906 zwischen der Schweiz und der Argentinischen Republik (SR 0.353.915.4) nicht anzuwenden, um nicht zu riskieren, eine Regel des jus cogens zu verletzen (Art. 3 EMRK). Die Lehre hat diese Rechtsprechung begrüsst<sup>[138]</sup>.

### f. Inkaufnahme der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Eidgenossenschaft

Die Verletzung einer Völkerrechtsnorm durch die Schweiz - das heisst durch irgendeines ihrer Organe - kann letztlich zur völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Schweiz führen. Es obliegt in erster Linie dem Bundesrat, darüber zu wachen, dass die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz erfüllt werden. Zu betonen ist, dass das bewusste Akzeptieren einer völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Schweiz (die im Einzelfall in einer Schadenersatzzahlung besteht) nur als ultima ratio in Kauf genommen werden darf. Sie darf nur in Frage kommen, wenn die Staatsorgane trotz aller Bemühungen nicht in der Lage waren, dem die Schweiz bindenden Völkerrecht Folge zu leisten.

## VII. SCHLUSSFOLGERUNGEN

Aufgrund der obenstehenden Ausführungen sind wir der Ansicht, dass in der schweizerischen Rechtsordnung das Prinzip vom Vorrang des Völkerrechts vor dem Landesrecht mit den erwähnten Mitteln der Rechtstechnik verwirklicht werden kann.

Die Bundesverwaltung wird im Rahmen der Totalrevision der Bundesverfassung prüfen, ob dieses Prinzip in ausdrücklicher Form in der Verfassung stehen oder ob zumindest eine Neuformulierung von Art. 113 BV klarer aufzeigen soll, dass das Bundesgericht die (schon heute bestehende) Möglichkeit hat, den Widerspruch einer bundesrechtlichen Norm gegen geltendes Völkerrecht festzustellen. Der Bundesrat wird in jedem Fall in seiner Botschaft an das Parlament all diejenigen Verfassungsbestimmungen aus dieser Perspektive kommentieren, welche als indirekte Verankerung des Prinzips vom Vorrang betrachtet werden könnten<sup>[139]</sup>.

Der zu erwartende Beitritt der Schweiz zu den Wiener Konventionen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 und vom 21. März 1986<sup>[140]</sup> wird zweifellos den Blick auf das allgemeine Völkerrecht weiter erhellen, das ja den Hintergrund des Verhältnisses zwischen Völkerrecht und Landesrecht in der schweizerischen Rechtsordnung bildet.

Die Bundesverwaltung ist weiter der Ansicht, es wäre nützlich, Art. 43 des Geschäftsverkehrsgesetzes zu revidieren, um die Harmonisierung des Verhältnisses zwischen Landesrecht und Völkerrecht durch die Gesetzgebung weiter voranzutreiben. Der Bundesrat sollte sich nicht nur über die Verfassungsmässigkeit von Gesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen aussprechen, sondern auch über Fragen der Völkerrechtskonformität solcher Projekte (siehe oben, Ziff. 16, Bst. a).

Aus ähnlichen Überlegungen sollte auch das BG über die politischen Rechte revidiert werden, um die Lösung der Probleme zu vereinfachen, welche Verfassungsinitiativen im Zusammenhang mit dem Völkerrecht aufwerfen können (siehe oben, Ziff. 16 f).

Rapports entre le droit international et le droit interne au sein de l'ordre juridique suisse

### I. INTRODUCTION

#### 1. La Suisse et le droit international

Dans son rapport de gestion pour l'année 1983<sup>[141]</sup>, le Conseil fédéral a souligné qu'aujourd'hui, «les traités internationaux sont devenus un élément essentiel de tout ordre juridique étatique, car souvent, la vocation première de ces normes est de pouvoir s'appliquer directement dans l'ordre juridique interne. Un simple coup d'oeil sur la partie internationale - encore en voie de publication - du nouveau Recueil systématique met d'emblée en évidence l'importance du phénomène: les traités internationaux portent sur l'ensemble des activités de l'Etat et, à ce titre, se superposent à chaque secteur du droit étatique.» Il ajoutait que les traités internationaux qui lient la Suisse «conditionnent également de manière décisive l'élaboration de notre législation interne», et qu'ils sont désormais, dans notre ordre juridique, des «instruments aussi indispensables que la loi pour réaliser le principe de la primauté du droit». Il concluait enfin: «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.»

#### 2. Responsabilités particulières du Conseil fédéral et de l'administration fédérale

Les organes de l'Etat (législateur, exécutif, pouvoir judiciaire) sont régulièrement confrontés à des problèmes de rapports entre le droit international et le droit interne. Ils ont donc un intérêt direct et commun à dégager des conceptions claires de ces rapports, à une époque caractérisée par l'internationalisation croissante des activités étatiques.

Le Conseil fédéral, qui a le mandat constitutionnel de veiller «à l'observation de la constitution», «à l'observation (des) rapports internationaux» de la Confédération et qui est, de manière générale, «chargé des relations extérieures» (art. 102 ch. 2 et 8 Cst.), assume à cet égard une responsabilité centrale, tant au stade de la procédure de conclusion des traités (où il partage ses attributions avec l'Assemblée fédérale, compétente pour l'approbation des traités, art. 85 ch. 5 Cst.) que dans l'éventualité de la mise en jeu de la responsabilité internationale de la Confédération (où le Conseil fédéral répond seul, en dernier ressort, de la responsabilité du respect des obligations incombant à la Suisse).

a. Dans la procédure législative, c'est à lui qu'incombe la tâche de veiller à ce que les projets qu'il soumet à l'Assemblée fédérale soient compatibles avec les obligations internationales de notre pays. Pour cette raison également, il est profondément engagé dans les travaux d'harmonisation internationale du droit, au niveau régional comme au niveau universel. A la demande de l'Assemblée fédérale, il a accepté d'inclure dorénavant dans ses messages un chapitre de droit européen, afin de veiller plus systématiquement à la compatibilité des projets législatifs avec le droit européen existant ou à l'état de projet<sup>[142]</sup>. Cet examen, opéré dans une optique particulière, ne remplace nullement l'examen de la compatibilité des projets législatifs avec le droit international en vigueur pour la Suisse, qui est effectué comme par le passé.

b. Au stade de l'application du droit, le Conseil fédéral et l'administration fédérale sont constamment confrontés à des problèmes de rapports entre le droit international et le droit interne, dans les domaines les plus divers (droit privé et droit public, droits fondamentaux, notamment en liaison avec la Convention européenne des droits de l'homme). Il convient de souligner que ces rapports sont souvent de nature non conflictuelle.

c. Le Conseil fédéral et l'administration fédérale ont également un intérêt direct à une définition claire de nos conceptions sur les rapports entre le droit international et le droit interne pour garantir la crédibilité des représentants de la Suisse dans les négociations internationales, qui touchent désormais la presque totalité des domaines de l'activité étatique. Nous ne pouvons exiger de nos partenaires étrangers qu'ils respectent, dans un domaine particulier, leurs engagements internationaux à notre égard que si, de notre côté, nous sommes en mesure de leur garantir que nos engagements ne seront pas remis en cause ultérieurement par des actes étatiques unilatéraux de nature législative, réglementaire ou judiciaire.

d. L'imbrication constante du droit interne et du droit international requiert le développement d'une pratique administrative et judiciaire aussi uniforme et cohérente que possible. L'ampleur et la richesse des récents débats doctrinaux consacrés en Suisse aux rapports entre le droit international et le droit interne (voir ci-après § 11) justifient que l'administration fédérale prenne elle aussi position sur un certain nombre de questions concrètes afin de contribuer à la clarté des débats dans l'intérêt de la sécurité juridique.

e. Compte tenu de leur statut et de leur rôle respectifs au sein de l'Etat, le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral devraient veiller à développer, sur les questions d'application du droit, des pratiques aussi cohérentes que possible. En effet, au stade de l'application du droit, le droit constitutionnel - et plus particulièrement l'art. 113 al. 3 Cst. - leur impose les mêmes contraintes et leur donne les mêmes compétences face à l'obligation - parfois impossible à satisfaire en même temps - d'appliquer les lois fédérales et les traités internationaux approuvés par l'Assemblée fédérale.

f. Enfin, il paraît indispensable que l'administration fédérale réexamine aujourd'hui de manière circonstanciée la question des rapports entre le droit interne et le droit international public, étant donné que le Tribunal fédéral et le Tribunal fédéral des assurances ont souhaité engager un échange de vues avec elle[143]. S'agissant de l'actualité de la question, le Tribunal fédéral relève lui-même que les rapports entre le droit interne et le droit international public «provoquent des difficultés lorsqu'il s'agit de déterminer si une norme conventionnelle, contraire au droit fédéral, prime ou non ce dernier». Après avoir souligné qu'en cas de conflit, «il est inévitable qu'il ait parfois à écarter une des normes le liant», il relève que ce problème «préoccupe le Tribunal fédéral dans une certaine mesure» et a fait l'objet, en 1988, de diverses réunions auxquelles des membres du Tribunal fédéral ont été appelés à participer[144].

## II. LE PRINCIPE DE LA PRIMAUTÉ DU DROIT INTERNATIONAL DANS L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL

### 3. Spécificité du droit international

La discussion des rapports entre le droit international et le droit interne est largement déterminée par la différence de nature qui existe entre le droit international et le droit national.

Dans son rapport sur sa gestion en 1988, du 22 février 1989[145], le Conseil fédéral relève que cette différence ressort en particulier du fait qu'un traité international «traduit régulièrement le résultat d'une négociation» entre Etats, principaux créateurs du droit international.

Dans son message concernant de nouvelles dispositions sur le référendum en matière de traités internationaux, du 23 octobre 1974, le Conseil fédéral soulignait déjà ce qui suit[146]:

«Il existe entre les traités internationaux et le droit national une différence fondamentale. Alors que, pour ce dernier, l'Etat est seul législateur et dispose d'une large liberté d'action, les traités sont le fruit de la collaboration de plusieurs Etats. Le droit international se situe donc sur un autre plan. Il s'ensuit que sa création diffère de celle du droit interne.»

Il est dans l'intérêt commun des Etats, principaux acteurs sur la scène internationale, de favoriser entre eux l'établissement d'un ordre international juste et pacifique, qui suppose le respect de bonne foi de leurs engagements internationaux[147].

### 4. La primauté du droit international dans le droit international général et la pratique jurisprudentielle internationale

En droit international général, le principe de la primauté du droit international s'exprime dans trois principes fondamentaux: l'obligation d'exécuter la règle internationale en vigueur pour l'Etat en question (principe *pacta sunt servanda*, art. 26 de la Conv. de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, ci-après CV); le principe de la bonne foi (art. 26 CV); et l'interdiction - découlant d'ailleurs directement des deux premiers principes - faite à toute partie à un traité d'invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution de ces traités (art. 27 CV).

Avant même l'adoption de la Conv. de Vienne précitée, la jurisprudence internationale avait, à maintes reprises, souligné que l'invocation de l'ordre juridique interne ne pouvait pas justifier la non-exécution d'engagements internationaux.

C'est ainsi, par exemple, que dans l'avis consultatif du 7 juin 1932 rendu dans l'affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex, qui intéressait directement la Suisse, la Cour permanente de justice internationale de La Haye (CPJI) a déclaré ce qui suit[148]:

«Il est constant que la France ne saurait se prévaloir de sa législation pour restreindre la portée de ses obligations internationales.»

Il convient de souligner que le principe ne vaut pas seulement vis-à-vis de la législation, mais également vis-à-vis du droit constitutionnel d'un Etat, comme l'a relevé la Cour de La Haye dans son avis consultatif du 4 février 1932 rendu dans l'affaire du traitement des nationaux polonais[149]:

«Un Etat ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre Etat sa propre constitution pour se soustraire aux obligations que lui impose le droit international ou les traités en vigueur.»

Le principe de la primauté du droit international sur le droit interne a été réaffirmé récemment par la Cour internationale de justice (CIJ) dans son avis consultatif du 26 avril 1988 dans l'affaire de l'applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la Section 21 de l'Ac. du 26 juin 1947 relatif au siège de l'ONU, où la Cour rappelle «le principe fondamental en droit international de la prééminence de ce droit sur le droit interne»[150].

### 5. Le monisme et le dualisme face à l'obligation de respecter de bonne foi les traités internationaux

Il est bien connu que le dualisme et le monisme représentent les deux principales constructions théoriques des rapports entre le droit international et le droit interne.

Pour le dualisme, le droit international et le droit interne représentent deux ordres juridiques distincts, séparés, ayant chacun ses destinataires propres, sans communication entre eux, entre lesquels il ne peut en conséquence pas exister de conflit direct. Selon cette construction, la pénétration d'une règle internationale dans l'ordre juridique interne exige un acte spécial (théorie de la transformation ou de l'adoption). La transformation de la règle internationale en une loi interne a pour effet de mettre le traité au rang d'une loi. L'application des principes traditionnels d'interprétation (notamment le principe de la *lex posterior*) a pour effet que la loi postérieure déroge au traité antérieur, assimilé à une loi.

Pour le monisme au contraire, il y a unité et osmose, au sein de l'ordre juridique interne ou de l'ordre juridique international

envisagés comme systèmes ouverts, entre le droit international et le droit national. La conclusion d'un traité international par un Etat a pour conséquence que ce traité fait partie intégrante, dès son entrée en vigueur, de l'ordre juridique interne de cet Etat. Le monisme admet généralement la primauté du droit international sur le droit interne, supériorité hiérarchique fondée sur la nature de la règle internationale. Cette supériorité exclut l'application du principe de la *lex posterior* pour résoudre les conflits entre les deux types de règles[151].

Si les Etats sont en principe libres de régir «comme ils l'entendent» les rapports entre le droit international et le droit interne, le droit international leur assigne des limites précises qui se résument dans une obligation inconditionnelle de résultat: l'exécution de bonne foi de la règle internationale, dans le cadre juridique tracé par les art. 26 et 27 CV. La doctrine le souligne[152]. Le principe de la bonne foi représente à cet égard l'élément décisif. La Cour internationale de justice l'a elle-même rappelé dans l'affaire *Australie c/France* à propos des essais nucléaires[153]:

«L'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi. La confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale, surtout à une époque où, dans bien des domaines, cette coopération devient de plus en plus indispensable.»

L'obligation internationale d'exécuter de bonne foi les traités internationaux représente ainsi le fondement même de la primauté du droit international sur le droit interne dans l'ordre juridique international. Qu'ils soient de tradition dualiste ou moniste, les ordres juridiques nationaux ne sauraient tirer argument des moyens de sanction limités dont dispose le droit international au niveau interne pour commettre ou tolérer consciemment des violations du droit international, par exemple par l'adoption d'actes unilatéraux législatifs, administratifs ou juridictionnels contraires au droit international en vigueur pour l'Etat. Pour les Etats à tradition moniste tout au moins, l'institution traditionnelle de la responsabilité internationale représente une *ultima ratio* (voir ci-dessous § 17.2). Cette institution ne saurait avoir pour effet de décharger les organes de l'Etat (pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire) de la responsabilité commune qu'ils ont de respecter intégralement les engagements internationaux de l'Etat et de veiller, dans le cadre de leurs compétences respectives, à aligner le droit national sur le droit international et non l'inverse.

### III. FONDEMENTS DU PRINCIPE DE LA PRIMAUTÉ DU DROIT INTERNATIONAL DANS L'ORDRE JURIDIQUE SUISSE

#### 6. Fondements juridiques des rapports entre le droit international et le droit interne

Comme chaque Etat, la Suisse peut prétendre, dans les limites des principes de droit international exposés ci-dessus (§ 3-5), définir les modalités des rapports, au sein de son ordre juridique, entre le droit international et le droit interne en ayant conscience de l'intérêt commun qu'ont tous les Etats à ne pas entraver des relations internationales librement consenties, destinées à fonder un ordre international juste et pacifique. Les principes fondamentaux du droit international pertinents (art. 26 et 27 CV) lient la Suisse en tant qu'expression du droit international coutumier[154]. Le Conseil fédéral a soumis au Parlement, le 17 mai 1989, un message relatif à l'adhésion de la Suisse aux Conv. de Vienne de 1969 et de 1986 sur le droit des traités[155].

Il est vrai qu'on ne peut pas exclure que des règles internes contraires au droit international ne soient créées[156]. Il est vrai aussi que le droit international ne prescrit pas la nullité d'une règle de droit interne qui violerait le droit international. Mais, comme indiqué plus haut (§ 5), on ne saurait déduire des moyens de sanction limités dont dispose le droit international sur le plan interne la conséquence que ce dernier ne prime pas le droit national.

En vertu du principe de la prééminence du droit («Herrschaft des Gesetzes», «rule of law»), les organes de l'Etat et les justiciables sont soumis à l'empire du droit objectif et les organes de l'Etat sont liés aux règles de droit internes et internationales qu'ils ont eux-mêmes posées. Comme le relève le professeur Yvo Hangartner[157], le principe de la primauté du droit exige que soient respectés un certain nombre d'axiomes qui sont à la base de l'ordre juridique: le principe de cohérence ou de non-contradiction; le principe de hiérarchie pour des règles de rang différent; le principe de postériorité pour les règles de même rang; et le principe de spécialité dans des hypothèses bien déterminées. De ce principe objectif de la légalité se déduit, par raisonnement systématique, le principe de la primauté du droit international sur le droit interne, principe qui complète, sur un autre plan, le principe de la primauté du droit fédéral sur le droit intercantonal et cantonal. Selon la formule du professeur Hangartner: «Im Bundesstaat geht das Bundesrecht dem interkantonalen Recht und dem kantonalen Recht aller Stufen vor ( ... ), das interkantonale Recht dem kantonalen Recht (...). Das Völkerrecht geht dem nationalen Recht vor.»

#### 7. Absence d'indications expresses dans la Constitution fédérale de 1874

La Constitution fédérale de 1874 ne contient pas de réglementation expresse des rapports entre le droit international et le droit interne.

Selon la doctrine unanime, l'art. 113 al. 3 Cst., qui oblige le Tribunal fédéral à appliquer les lois et arrêtés fédéraux votés par l'Assemblée fédérale de même que les traités internationaux approuvés par l'Assemblée fédérale, ne traite pas spécifiquement de cette question.

En 1874, le constituant a cherché à régler, par cette disposition, la répartition des pouvoirs entre l'Assemblée fédérale et le Tribunal fédéral. La préoccupation principale de Jakob Dubs, qui est à l'origine de l'art. 113 al. 3 Cst., était d'assurer que le pouvoir judiciaire ne s'érige pas en organe de contrôle du pouvoir législatif («damit [ . . . ] die richterliche Gewalt nicht über die gesetzgebende sich erhebe»). Les travaux préparatoires relatifs à l'art. 113 al. 3 Cst. témoignent que la mention des traités internationaux parmi les actes non soumis au contrôle judiciaire n'a pas donné lieu, à l'époque, à des discussions inspirées par des considérations tirées du droit international public[158]. Les rapports entre le principe de la séparation des pouvoirs et celui de la primauté du droit international seront examinés plus loin (V).

Faute d'être résolue par l'art. 113 al. 3 Cst., la question des rapports entre le droit international et le droit interne au sein de l'ordre juridique suisse doit l'être à la lumière des principes et de la pratique du droit international, du droit constitutionnel et de la doctrine[159].

#### 8. Statut du droit international dans l'ordre juridique suisse

L'ordre juridique suisse - qui recouvre l'ensemble des règles cantonales, intercantionales, fédérales et internationales applicables aux sujets de cet ordre juridique (organes étatiques et particuliers) - est moniste. En effet, comme le Tribunal fédéral et le Conseil fédéral l'ont souvent rappelé - en accord avec la doctrine unanime[160] - les règles de droit international (conventionnelles,

coutumières ou unilatérales) font en Suisse partie intégrante, à partir de leur prise d'effet pour notre pays, de l'ordre juridique suisse. A partir de ce moment et aussi longtemps que ces règles sont en vigueur pour la Suisse, tous les organes de l'Etat (autorités politiques, administratives et judiciaires) doivent les respecter et les appliquer et les particuliers peuvent les invoquer pour en déduire des droits et des obligations à charge des autorités ou d'autres particuliers. Les traités internationaux ne peuvent cependant être opposés aux particuliers que s'ils ont été publiés[161].

Pour les justiciables, l'invocabilité en justice de dispositions de droit international suppose que celles-ci, selon les conceptions concordantes du Tribunal fédéral[162] et du Conseil fédéral[163], soient, «considérées dans leur contexte et à la lumière tant de l'objet que du but du traité (...), inconditionnelles et suffisamment précises pour produire un effet direct et s'appliquer comme telles à un cas d'espèce et constituer le fondement d'une décision concrète». Etant donné qu'aujourd'hui, les traités ont souvent vocation à s'appliquer directement dans l'ordre juridique interne, cette application directe doit être admise largement, car elle représente souvent une composante essentielle de l'exécution interne des traités[164]. En effet, comme le Conseil fédéral l'a souligné récemment, «l'application directe [des traités] est de nature à renforcer la perception qu'a le citoyen de [leur] signification concrète et peut contribuer à la réalisation de l'effet utile de [ces instruments]. La vigilance que les particuliers intéressés sont portés à attacher à la défense de leurs droits représente un moyen supplémentaire efficace de promouvoir [l'exécution interne de ces traités].»[165] Si, en raison de leur imprécision, des traités internationaux ne sont pas directement applicables, ou s'ils excluent l'application directe, les autorités internes compétentes peuvent être amenées, par des actes législatifs ou réglementaires, à devoir préalablement les concrétiser.

#### IV. PRATIQUE CONSTITUTIONNELLE RELATIVE A LA PRIMAUTE DU DROIT INTERNATIONAL

A plusieurs reprises, les organes fédéraux - essentiellement le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral - ont affirmé la primauté du droit international.

##### 9. Prises de position antérieures du Conseil fédéral

Pour sa part, le Conseil fédéral s'est rarement exprimé de manière générale sur les rapports entre le droit international et le droit interne.

En répondant, le 12 octobre 1968, à l'interpellation du Conseiller national Korner[166], le Conseil fédéral, s'exprimant par M. Spühler, Chef du Département politique, relevait que pour régler les conflits entre le droit international et le droit interne, il «semble inévitable de partir du point de vue de la prééminence du droit international public. En effet, de même que nous attendons de nos partenaires étrangers qu'ils respectent les traités qu'ils ont conclus avec nous, ainsi devons-nous aussi nous en tenir à ces mêmes traités. La morale internationale, l'ordonnance de la paix et de plus l'idée de la primauté du droit exigent impérieusement une telle solution.» Le Conseil fédéral relevait encore: «Si le droit national suisse n'est pas en accord avec nos obligations internationales, nous devons alors modifier notre droit de manière à l'adapter au droit international public. Aucun Etat ne peut se soustraire à ses obligations de droit international en invoquant des dispositions contraires de sa constitution ou de ses lois internes.»

Le Conseil fédéral a rappelé clairement le principe de la primauté du droit international dans son message du 29 octobre 1986 relatif à l'approbation de la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées[167]. Parmi d'autres exemples, on citera le rapport du 29 juin 1988 sur la politique de paix et de sécurité, où le Conseil fédéral a dit qu'«en reconnaissant la primauté du droit des gens sur le droit national et en la garantissant au travers de ses tribunaux, la Suisse démontre concrètement son attachement au respect du droit international.»[168]

##### 10. Manque d'unité de la pratique jurisprudentielle

La jurisprudence du Tribunal fédéral et du Tribunal fédéral des assurances manque d'unité.

Pourtant, dans la jurisprudence ancienne, le Tribunal fédéral reconnaissait de manière systématique la primauté du droit international sur le droit interne, tant au niveau des principes que des déductions concrètes.

Sur le plan des principes, il considérait en effet comme «évident» qu'une convention internationale «ne peut être modifiée par la volonté unilatérale de l'un des Etats contractants» et que, par conséquent, une loi fédérale ne saurait déroger à un traité en vigueur pour la Suisse[169]. Cette jurisprudence ne concerne pas seulement les cas d'extradition[170], comme on le croit parfois, mais également le domaine des marques[171], l'exécution forcée[172], la tutelle des mineurs[173], la responsabilité contractuelle[174], la procédure civile[175] et, plus récemment, le droit des cartels[176] et le droit de la sécurité sociale[177].

Toujours au niveau des principes, le Tribunal fédéral réaffirme aujourd'hui régulièrement, de manière générale, le principe de la primauté du droit international en ces termes[178]:

«Selon les conceptions du droit suisse et la jurisprudence constante relatives à la hiérarchie des normes, le droit international conventionnel prime le droit interne en matière d'extradition comme dans les autres domaines (cf. ATF 105 Ib 296, consid. Ia). Un Etat qui s'engage par traité doit en respecter les clauses, quelles que soient ses propres normes internes.» Dans d'autres arrêts, le Tribunal fédéral dit, plus restrictivement, que le principe de la primauté vaut en matière d'extradition comme dans «d'autres domaines»[179].

Pour sa part, le Tribunal fédéral des assurances considère lui aussi de jurisprudence constante le principe de la primauté du droit international en matière de sécurité sociale[180]:

«Nach schweizerischer Lehre und Praxis geht Staatsvertragsrecht internem Landesrecht grundsätzlich vor (BGE 106 Ib 402 E. 5a mit Hinweisen; Imboden Max/Rhinow René A., Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5. Aufl., Bd. I, S. 80 ff.). Dies gilt, wie das Eidg. Versicherungsgericht in ständiger Rechtsprechung festgehalten hat, insbesondere auch hinsichtlich zwischenstaatlicher Sozialversicherungsabkommen (BGE 109 V 224, BGE 96 V 140; Zeitschrift für die Ausgleichskassen [ZAK, Publikation des Bundesamtes für Sozialversicherung] 1973, S. 498 E. 4).»

De son côté, le Tribunal militaire de cassation reconnaît lui aussi le principe de la primauté du droit international sur la règle interne même postérieure. On citera l'exemple suivant[181]:

«Es ist sodann anzunehmen, dass die Konvention auch späteren Bundesgesetzen vorgeht. Überwiegende Lehrmeinungen, die neuere bundesgerichtliche Praxis und andere amtliche Verlautbarungen zielen in Richtung eines Primats des Völkerrechts, das heisst eines Vorranges des Staatsvertrages auch vor späteren Bundesgesetzen (Müller Jörg Paul, Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZSR) 94, S. 377 f.; Schindler Dietrich, ZSR 94, 5.369; Wildhaber Luzius, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZbJV) 1969, S. 261; Trechsel, a. a. O., S. 161 f.; BGE 101 IV 253 und BGE 102 Ia 482; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die EMRK vom 4. März 1974, S. 25; Amtl. Bull. N 1974 1465 und 1469).»

Lorsque le Tribunal fédéral tranche des cas concrets, sa pratique est moins uniforme. On compte en particulier quelques arrêts, souvent cités, où le Tribunal fédéral accorde la préférence à la loi sur le traité[182]:

Ainsi, dans son arrêt Steenworden[183], le Tribunal fédéral estime que la loi et le traité ont une «portée identique au point de vue législatif interne», leur opposition devrait être résolue selon la maxime *lex posterior derogat priori*. Mais dans la jurisprudence plus récente, le Tribunal fédéral estime cependant pour le moins «très douteux» (sehr fraglich) que le principe de la *lex posterior* puisse valoir également dans le rapport entre un traité et une loi postérieure[184].

L'arrêt Frigerio de 1968[185] occupe une place à part:

Après avoir estimé que les rapports entre un traité et une loi postérieure étaient controversés dans la jurisprudence et dans la doctrine, le Tribunal fédéral ajoute (p. 678): «Zu diesen Fragen muss nicht abschliessend Stellung genommen werden. Es genügt festzuhalten, dass der Bundesgesetzgeber gültig abgeschlossene Staatsverträge gelten lassen will, sofern er nicht ausdrücklich in Kauf nimmt, dass völkerrechtswidriges Landesrecht zustande komme. Im Zweifel muss innerstaatliches Recht völkerrechtskonform ausgelegt werden.» Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral n'en dispense pas moins un particulier d'obtenir une concession en matière de transports professionnels de personnes sur le Rhin - obligation imposée par la LF du 2 octobre 1924 sur le Service des postes (LSP, RS 783.0) - en s'appuyant sur la Conv. du 10 mai 1879 entre la Suisse et le Grand-Duché de Bade au sujet de la navigation sur le Rhin, de Neuhausen jusqu'en aval de Bâle (RS 0.747.224.32), qui n'impose pas de concession (p. 679-680).

Dans les cas de conflits ouverts, la plus sérieuse atteinte au principe de la primauté se trouve dans le fameux arrêt Schubert de 1973, rendu à propos de l'AF de 1961/1970 concernant l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger[186]:

«En règle générale et en cas de conflit ouvert, le principe en question reconnaît la primauté du droit international, que celui-ci soit antérieur ou postérieur à la règle de droit interne. Le législateur, source suprême du droit interne, conserve cependant la faculté de déroger intentionnellement à ce principe; cela lui permet d'assouplir certaines conséquences trop rigoureuses du principe et de sauvegarder en pratique certains intérêts essentiels. Dans la mesure où il y a effectivement eu dérogation intentionnelle, celle-ci doit être respectée dans l'ordre juridique interne; elle lie le Tribunal fédéral (art. 113 al. 3 Cst.), mais ne peut pas modifier la portée des droits et obligations de l'Etat au sein de la communauté internationale.»

Cet arrêt a suscité des critiques très nourries dans la doctrine[187].

L'arrêt Schubert a pourtant été confirmé récemment par le Tribunal fédéral[188] - sans aucune allusion aux débats doctrinaux intervenus entre-temps - et par le Tribunal fédéral des assurances, dans un arrêt qui concernait toutefois davantage un problème d'application directe que de primauté du droit international[189]:

«Si, comme on l'a vu, la jurisprudence s'est prononcée pour la primauté du droit international sur le droit national, le Tribunal fédéral a cependant réservé l'hypothèse où le législateur fédéral refuse de respecter les obligations internationales de la Suisse et vote en connaissance de cause des dispositions internes qui les violent. Dans ce cas, le Tribunal fédéral applique les normes édictées par l'Assemblée fédérale (ATF 99 Ib 44 s.). Critiquée par plusieurs auteurs (voir notamment les deux articles susmentionnés d'Olivier Jacot-Guillarmod, ainsi que Luzius Wildhaber, Bemerkungen zum Fall Schubert, ASDI 30/1974, p. 195 s. et Hans Huber, RSJB 110/1974, p. 493), cette jurisprudence est en revanche approuvée par Grisel qui estime qu'elle ne paraît pas dépourvue de justification, attendu que si le Parlement fédéral méconnaît, le sachant et le voulant, les devoirs de son pays envers d'autres Etats, il tranche le problème de la priorité entre le droit international et le droit national en faveur du second, de manière à lier le Tribunal fédéral (op. cit., p. 92).»

Dans un arrêt récent[190], rendu à propos de la CEDH, le Tribunal fédéral a déclaré ce qui suit, à propos de la recevabilité du recours de droit administratif en matière d'asile:

«Gegen die Asylverweigerung und die Wegweisung ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ausgeschlossen (Art. 100 Bst. b Ziff. 2 und 4 OG). Diese Ausschlussbestimmungen wurden vor Ratifikation der EMRK durch die Schweiz erlassen. Die EMRK, als ein von der Bundesversammlung genehmigter Staatsvertrag, ist für die rechtsanwendenden Behörden nicht weniger verbindlich als die Bundesgesetze (Art. 113 Abs. 3 BV); sie geht als jüngerer Recht den früher erlassenen Bundesgesetzen, unter Umständen auch jüngerem Gesetzesrecht vor. Würden die Ausschlussbestimmungen des OG dazu führen, dass in einem Fall, der die durch die EMRK garantierten Rechte und Freiheiten tangiert, die wirksame Beschwerde an eine nationale Instanz fehlt, so hätten die Ausschlussbestimmungen allenfalls vor Art. 13 EMRK zurückzuweichen.

Voraussetzung ist allerdings, dass Art. 13 EMRK unmittelbar anwendbar (self-executing) ist, was davon abhängt, ob die Bestimmung justiziabel ist, das heisst vom Richter in die Wirklichkeit umgesetzt werden kann (...).

Wie es sich mit dem erst nach Inkrafttreten der EMRK erlassenen Asylgesetz (SR 142.31) verhält, das den Departemententscheid über die Asylverweigerung und die damit zusammenhängende Wegweisung für endgültig erklärt (Art. 11 Abs. 2 und Art. 21a Abs. 2), kann offen bleiben.»

En résumé, on constate que dans quelques arrêts, le Tribunal fédéral a laissé le traité inappliqué au profit d'une loi fédérale[191], alors que dans de nombreux cas, le Tribunal fédéral a laissé la loi fédérale inappliquée au profit du traité international antérieur ou postérieur[192].

Il faut souligner que sur la question de la primauté, certains arrêts sont peu éclairants, car le Tribunal fédéral en reste au niveau des hypothèses[193].

Force est bien d'admettre que les cas - au demeurant rares - dans lesquels le Tribunal fédéral a dérogé au principe de la

primauté du droit international étaient délicats sous l'angle de la politique interne[194]. Mais il faut reconnaître aussi que les divers cas concrets où le Tribunal fédéral a donné la priorité au traité touchaient également des domaines sensibles. A cet égard, il ne faut pas perdre de vue que les conceptions suisses en la matière perdraient singulièrement de leur crédibilité, vis-à-vis de l'étranger, si nos juridictions se bornaient à affirmer le principe de la primauté du droit international uniquement quand ce dernier ne nous pose aucun problème.

## 11. Courants doctrinaux

Hormis quelques thèses de doctorat[195], rares ont été, pendant des décennies, les études doctrinales consacrées, en Suisse, aux rapports entre le droit international et le droit interne. Depuis le début des années 70, on assiste au contraire à la parution de nombreuses études doctrinales non seulement sous la plume d'internationalistes, mais aussi, tout spécialement ces dernières années, sous la plume de publicistes[196].

Cela dit, il existe depuis longtemps, dans la doctrine suisse, de nombreux auteurs qui affirment, sur le plan des principes, la primauté du droit international sur le droit interne[197].

D'autres auteurs n'admettent la primauté du droit international qu'en théorie, mais estiment qu'en cas de conflit entre le traité et la règle interne il faut, si les moyens d'interprétation ne permettent pas de concilier les deux règles (interprétation conforme, *lex specialis*), préférer l'application du principe *les posterior derogat priori*[198].

La doctrine unanime admet la légitimité du principe de l'interprétation conforme du droit interne au droit international (cette constatation revêt une grande importance, puisque cette méthode d'interprétation suppose la reconnaissance implicite de la primauté du droit international sur le droit interne). La doctrine unanime admet aussi (certains auteurs s'appuyant sur l'art. 113 al. 3 Cst.) qu'en cas de conflit, le traité postérieur déroge à la constitution[199].

Il est assez paradoxal de constater qu'en dépit du nombre d'auteurs qui sont favorables au principe de la primauté du droit international sur le droit interne, rares sont ceux qui en admettent clairement la conséquence juridique décisive en pratique: l'inapplication, dans un cas d'espèce, de la règle interne contraire au traité.

Sur cette question précise, un certain nombre admettent que la loi postérieure a la priorité sur le traité[200]. Par contraste, de nombreux autres auteurs soutiennent qu'en cas de conflit, le traité prime dans tous les cas la loi interne contraire, antérieure ou postérieure[201].

On observera encore que parmi les auteurs qui estiment que la sanction de la primauté du droit international réside, en cas de conflit, dans l'inapplication de la règle interne contraire (législative ou constitutionnelle) se trouvent des auteurs qui estiment que, dans certains cas au moins, d'autres moyens de sanction pourraient être utilisés (constat par le Tribunal fédéral de la non-conformité de la règle interne au droit international en vigueur pour la Suisse et renvoi de la question aux organes politiques)[202].

En résumé, la doctrine majoritaire préconise, en cas de conflit ouvert entre une règle internationale et une loi fédérale, l'application de la loi fédérale contraire à la règle internationale[203]. On observera que même les auteurs qui ne partagent pas ce point de vue admettent qu'il s'agit bien aujourd'hui, en Suisse, de la doctrine dominante[204].

On relèvera enfin que plusieurs auteurs estiment que le principe de la primauté du traité sur la loi - qui se justifie, selon certains, pour des raisons d'ordre juridique, logique, politique et éthique[205] - constitue un principe de droit constitutionnel non-écrit[206].

## V. PRIMAUTE DU DROIT INTERNATIONAL ET SEPARATION DES POUVOIRS: CONSEQUENCES POUR LES COMPETENCES RESPECTIVES DES ORGANES DE L'ETAT

En droit constitutionnel suisse, le principe de la séparation des pouvoirs trouve toute une série d'expressions: en particulier à l'art. 71 Cst., qui veut que le constituant et le corps électoral dominant l'Assemblée fédérale et celle-ci le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral; à l'art. 85 ch. 11 Cst., qui prévoit la haute surveillance du Parlement sur l'administration et la justice fédérales; aux art. 85 ch. 2, 89 al. 2 et 95 ss Cst., qui consacrent le partage des compétences internes entre le législateur et l'exécutif; aux art. 85 ch. 5 et 102 ch. 8 et 9 Cst., s'agissant du partage des compétences internationales entre le parlement et l'exécutif; et enfin aux art. 113 al. 3 et 114bis al. 3 Cst., - d'un intérêt tout particulier ici - qui consacrent la primauté du législateur sur les organes d'application du droit.

Le principe de la séparation des pouvoirs est-il un obstacle à la mise en oeuvre du principe de la primauté du droit international? Plus concrètement: le principe de la séparation des pouvoirs, considéré par le Tribunal fédéral comme un «principe du droit constitutionnel fédéral non-écrit qui résulte de la répartition des tâches étatiques entre divers organes»[207] interdit-il au Tribunal fédéral de laisser une loi fédérale inappliquée en cas de contrariété de celle-ci avec un traité international en vigueur pour la Suisse?

A cet égard, il existe deux conceptions qu'il convient d'exposer avant de tenter de dégager des éléments de synthèse.

## 12. Thèse de la soumission des organes d'application du droit au législateur

Selon une première thèse, la primauté du droit international sur le droit interne laisse une liberté intégrale à l'Etat en ce qui concerne l'attribution à un organe déterminé de lever l'incompatibilité entre le droit interne et le droit international. Le principe de la séparation des pouvoirs exige que l'on se pose la question de savoir si ce n'est pas le législateur seul qui doit supprimer une contradiction entre le droit international et le droit interne, à l'exclusion du Tribunal fédéral et des autres autorités d'application du droit, dans un cas particulier.

a. L'art. 113 al. 3 Cst. prévoit, sans limitation d'aucune sorte, que le Tribunal fédéral doit appliquer les lois et arrêtés fédéraux. Cette obligation ne vaut pas seulement dans les rapports de la loi avec le droit interne de rang supérieur (la Constitution fédérale), mais également dans les rapports de la loi fédérale avec le droit international conventionnel. Cette dernière conséquence ressort en particulier du fait que l'art. 113 al. 1 ch. 3 Cst. donne au Tribunal fédéral la compétence de connaître des réclamations de particuliers pour «violation (...) de traités», alors que l'art. 113 al. 3 Cst. prévoit que l'obligation d'appliquer les lois fédérales vaut «dans tous les cas pré mentionnés». Du texte de l'art. 113 al. 3 Cst., on peut certes déduire de la circonstance que les traités internationaux sont mentionnés à côté des lois fédérales la conséquence que les traités internationaux postérieurs dérogent aux

lois fédérales antérieures, mais non que les autorités d'application du droit peuvent se fonder sur des traités antérieurs à l'encontre de lois fédérales postérieures.

b. Les travaux préparatoires montrent clairement que dans le système de l'art. 113 al. 3 Cst., l'Assemblée fédérale a la primauté sur le Tribunal fédéral. La doctrine parle dans ce contexte de la valeur politique plus élevée dont le législatif est nanti par rapport au pouvoir judiciaire[208]. En conséquence, l'Assemblée fédérale (sous réserve des droits du peuple et des cantons) est désignée par l'art. 71 Cst. comme «l'autorité suprême de la Confédération». Il est dès lors logique qu'à côté des lois fédérales, les traités internationaux approuvés par l'Assemblée fédérale soient réservés, car ces derniers sont également sanctionnés par le Parlement et le Tribunal fédéral ne saurait le contester. Il convient d'ailleurs d'observer que le rapport des lois avec les traités internationaux n'a pas été discuté en 1874.

A l'occasion de l'introduction du référendum en matière législative, la primauté du législateur a reçu de surcroît une caution démocratique. Selon le Tribunal fédéral[209]:

«Au niveau fédéral vaut le principe selon lequel ce que le peuple a décidé expressément ou tacitement par le référendum facultatif ne peut être examiné - faute de disposition expresse - par aucune autorité (cf. l'art. 113 al. 3 Cst.).»

c. Le but de la séparation des pouvoirs est d'empêcher le Tribunal fédéral d'invoquer un droit de rang supérieur pour corriger le législateur. La Constitution fédérale exige du Tribunal fédéral une certaine retenue politique. Lorsque le législateur, sur la base des explications données par le Conseil fédéral dans un message et sur la foi de son propre examen, parvient à la conclusion qu'une disposition législative est compatible avec le droit international en vigueur, le Tribunal fédéral et, le cas échéant, d'autres autorités d'application du droit ne peuvent pas renverser cette décision. C'est en vertu des mêmes principes que les constitutions cantonales qui ont reçu la garantie de l'Assemblée fédérale ne sont plus contrôlées par le juge.

Le Tribunal fédéral ne peut pas non plus empêcher le législateur de légiférer consciemment contre un traité en vigueur[210].

Pour des raisons voisines, aucune initiative populaire n'a jusqu'ici été déclarée irrecevable pour violation de traités internationaux. Les autorités fédérales ont jusqu'ici refusé à deux reprises une telle conséquence[211].

La séparation des pouvoirs, telle qu'elle est conçue dans la Constitution fédérale, veut que le législateur - et non le Tribunal fédéral - ait le dernier mot. Ce but ne peut être atteint que si le principe de la primauté du législateur ne vaut pas seulement vis-à-vis de la constitution, mais également vis-à-vis des traités internationaux antérieurs. On ne peut pas, après coup, par le biais de l'interprétation, renverser en partie l'ordre constitutionnel et admettre que le Tribunal fédéral et d'autres instances d'application du droit puissent, en se fondant sur un traité international antérieur, corriger un choix législatif. Un tel changement doit se faire par le biais d'une révision constitutionnelle.

d. Cette séparation des fonctions entre l'Assemblée fédérale et le Tribunal fédéral se justifie également par le fait que la suppression d'une contradiction entre un traité et une loi fédérale offre en règle générale plusieurs options. La loi peut généralement être adaptée de plusieurs manières et le traité peut être révisé ou adapté. Le choix de la procédure est une question politique essentielle que le Tribunal fédéral et les autorités d'application du droit doivent laisser aux organes politiques suprêmes. Juridiquement, la situation est dès lors comparable à celle où des traités internationaux non directement applicables contiennent des mandats législatifs. Dans ce cas également le législateur est, fondamentalement, l'organe de décision.

### 13. Thèse de la responsabilité commune des organes de l'Etat dans la mise en oeuvre interne des obligations internationales

Selon une seconde thèse, la discussion des rapports entre le principe de la primauté du droit international et celui de la séparation des pouvoirs doit se faire non seulement à l'aide des indices contenus dans le droit constitutionnel suisse, mais à la lumière des exigences de quelques principes fondamentaux du droit international applicables dans l'ordre juridique suisse.

a. En droit international, un traité ne lie pas seulement l'exécutif ou le législateur, mais l'Etat comme tel. Le droit international général impute à l'Etat tout comportement contraire au droit international indépendamment du fait que l'organe étatique qui est à l'origine de ce comportement «appartienne au pouvoir constituant, législatif, exécutif, judiciaire ou autre, que ses fonctions aient un caractère international ou interne, et que sa position dans le cadre de l'organisation de l'Etat soit supérieure ou subordonnée»[212].

b. Ces principes fondamentaux du droit international valent sans restriction dans l'ordre juridique moniste qu'est l'ordre juridique suisse, dans lequel les traités internationaux font «partie intégrante» de la légalité. Le Conseil fédéral a souligné lui-même récemment que lorsqu'un traité fait référence aux «parties contractantes», il vise la Suisse et ses partenaires «dans tous leurs organes pouvant concourir utilement à la réalisation de l'objectif commun»[213]. La conséquence juridique décisive est la suivante: face à l'obligation - internationale et constitutionnelle - d'exécuter les traités (art. 26 et 27 CV, en liaison avec l'art. 113 al. 3 Cst.), tous les organes de la Confédération sont visés de manière immédiate, comme organes d'exécution internes d'une règle internationale en vigueur pour la Suisse. Dans cette tâche, le pouvoir judiciaire ne saurait se dissimuler derrière le législateur, ni le législateur derrière l'exécutif, qui assume en dernier ressort la responsabilité internationale de la Confédération.

c. Le droit constitutionnel suisse ne permet pas de tirer des conclusions contraires.

En premier lieu, il est significatif qu'en matière de conclusion de traités internationaux, le constituant de 1874 ait réservé aux organes politiques des compétences qui se distinguent clairement de celles qui leur incombent dans la procédure législative: le Conseil fédéral négocie, signe, ratifie les traités, formule des réserves, dénonce les traités et assume en dernière analyse la responsabilité internationale[214] alors que le Parlement - dont l'intervention, de manière significative, ne clôt pas la procédure de conclusion - approuve dans tous les cas - expressément ou tacitement - les traités[215].

Cette différence fondamentale qui existe entre la procédure de conclusion des traités et la procédure législative tire son origine de la différence de nature qui existe entre un traité international et un acte législatif unilatéral national[216]. Il en découle que le Tribunal fédéral ne saurait se retrancher derrière le législateur national car, comme le relève le professeur André Grisel, ancien juge fédéral, «en réalité, lorsque la loi et le traité sont en désaccord, l'avis du partenaire étranger n'importe pas moins que celui du législateur national.»[217]

d. Les travaux préparatoires de l'art. 113 al. 3 Cst. montrent clairement que le constituant de l'époque a eu comme seule

préoccupation réelle les rapports entre la loi et la constitution (voir ci-dessus § 7). Il est artificiel de transposer les enseignements de ces travaux préparatoires à ce dernier titre pour prétendre résoudre le problème des rapports entre la loi et le traité, actes dans la création desquels le parlement joue un rôle fondamentalement différent.

e. Enfin, à une époque où les traités internationaux sont devenus «un élément essentiel» de notre ordre juridique,[218] il serait paradoxal de confier la sauvegarde des intérêts extérieurs de la Suisse aux seuls pouvoirs politiques (législatif et exécutif) en confinant le juge - en cas de conflit entre une loi fédérale et un traité antérieur - à un impératif national reconnu comme prioritaire dans ce cas, à savoir l'impératif légal. Cette conception est difficilement compatible avec celle d'un Etat de droit qui postule, comme le Conseil fédéral l'a souligné à plusieurs reprises, que l'exécution d'un traité «ne s'épuise pas dans le respect scrupuleux (des) engagements sur le plan international, mais implique la mise en oeuvre, sur le plan interne, des moyens propres à donner à ces engagements un effet optimal»[219].

#### 14. Eléments de synthèse

La primauté du droit international exige, de la part de toutes les autorités d'application du droit, une interprétation du droit national conforme au droit international en vigueur pour la Suisse. Cela signifie en particulier que non seulement toute disposition législative, mais toute disposition constitutionnelle pertinente - notamment l'art. 113 al. 3 Cst. - doit s'interpréter à la lumière des principes reconnus du droit international général (notamment les art. 26 et 27 CV). Le principe de la séparation des pouvoirs ne s'oppose pas à l'utilisation du principe de l'interprétation conforme au droit international. On peut même admettre qu'étant donné que le législateur doit veiller à respecter le droit international en vigueur, l'interprétation conforme permettra, dans la plupart des cas, d'éviter une contradiction entre le droit international et le droit interne. Mais il faut souligner en même temps, avec la doctrine, les limites du champ d'application du principe de l'interprétation conforme, qui ne permet pas de résoudre les cas de conflits patents.

On peut également s'accorder à reconnaître que le principe de la séparation des pouvoirs n'interdit pas au Tribunal fédéral et aux autres organes d'application du droit de constater une éventuelle contradiction entre un traité et une loi postérieure, en invitant le cas échéant les autorités politiques à remédier à cette contradiction (voir ci-dessous, § 17.2. a). La constatation de la contradiction représente en effet un élément nécessaire de l'analyse juridique dans un cas d'espèce.

Enfin, il est incontestable que dans la mise en oeuvre du droit international, chaque organe de la Confédération assume, dans sa propre sphère de compétences, la responsabilité commune d'éviter la mise en jeu, à titre d'ultima ratio, de la responsabilité internationale de l'Etat que le Conseil fédéral, dans le système constitutionnel suisse, assume en dernier ressort (art. 102 ch. 8 Cst.). A cet égard, l'art. 113 al. 3 Cst., qui invite les organes de l'Etat à se conformer aux traités, exige d'eux des comportements conséquents, dans le sens d'une responsabilisation constante de chacun d'eux dans les fonctions spécifiques qu'ils assument au regard de leur devoir commun de respecter les traités internationaux en vigueur pour la Suisse.

#### VI. CONSEQUENCES PRATIQUES, POUR LES AUTORITES, DE LA PRIMAUTE DE LA REGLE INTERNATIONALE SUR LA REGLE INTERNE

##### 15. Principe: l'obligation de respect du droit international s'impose à l'ensemble des organes de l'Etat

Le survol opéré ci-dessus de la pratique administrative (§ 9), jurisprudentielle (§ 10) et doctrinale (§ 11) permet d'affirmer que le principe de la primauté du droit international sur le droit interne est, dans l'ordre juridique suisse, un principe bien établi au niveau des principes, sinon au niveau des conséquences.

Nous nous déterminons comme suit sur certaines conséquences concrètes du principe:

a. Comme l'a relevé récemment le Conseil fédéral, la mise en oeuvre du principe de la primauté du droit international pèse sur tous les organes de l'Etat pouvant concourir à l'exécution, non seulement sur le plan international mais sur le plan interne, de cette obligation[220]. Il ajoutait que l'exécution des traités «ne s'épuise pas dans le respect scrupuleux de [nos] engagements sur le plan international, mais implique la mise en oeuvre, sur le plan interne, des moyens propres à donner à ces engagements un effet optimal», tous les organes de l'Etat pouvant et devant concourir utilement à la réalisation des objectifs fixés dans ces traités[221].

b. Le principe de la primauté du droit international sur le droit interne ne saurait avoir d'acception sélective: il ne vaut pas seulement pour certains domaines (p. ex. l'extradition); il vaut pour tous les domaines du droit[222].

c. Le principe de la primauté vaut indépendamment de la question de savoir si la règle internationale en cause est ou non directement applicable[223]. Sans doute le juge ne sera-t-il généralement saisi, en pratique, d'un problème de conflit entre une règle internationale et une règle interne que si la règle internationale - conventionnelle (cas le plus fréquent), unilatérale[224] ou générale[225] - est directement applicable[226]. Il n'en demeure pas moins qu'en droit, les organes de l'Etat (exécutif, législatif ou judiciaire) sont chacun tenus, dans le cadre de leurs compétences, de respecter le droit international en vigueur pour la Suisse indépendamment de la question de savoir si ce droit est suffisamment précis pour fonder à lui seul des décisions concrètes. Il est vrai que dans ce dernier cas, l'intervention du législateur (Parlement ou Conseil fédéral) est parfois nécessaire pour prendre des dispositions d'exécution de règles internationales d'application indirecte[227].

d. Par ailleurs, le principe de la primauté vaut pour tous les traités conclus par la Confédération au sens de l'art. 8 Cst., indépendamment de la procédure de conclusion de ces traités. En effet, même lorsque le Conseil fédéral conclut des traités internationaux, il bénéficie toujours de l'approbation (expresse ou tacite, anticipée ou accordée a posteriori) de l'Assemblée fédérale, selon une pratique non contestée ayant valeur de droit constitutionnel coutumier[228].

e. Pour les raisons exposées par la doctrine, la forme juridique de l'acte interne d'approbation du traité est sans pertinence sur l'effet du traité dans l'ordre juridique interne[229].

f. S'agissant de l'art. 113 al. 3 Cst., la doctrine unanime admet avec raison que dans cette disposition constitutionnelle, les traités visés ne sont pas seulement ceux expressément approuvés par l'Assemblée fédérale, mais tous les traités qui lient la Confédération, car ainsi le veulent le droit international[230] et le droit constitutionnel coutumier[231].

g. Il convient également de préciser, avec la doctrine unanime, que l'art. 113 al. 3 Cst. ne vise pas seulement le Tribunal fédéral, mais tous les organes d'application du droit, comme l'a d'ailleurs souligné le Conseil fédéral lui-même en réponse à la question

ordinaire Oehen[232].

h. La méthode dite de l'interprétation conforme de la norme interne au traité peut assurément se révéler utile lorsque la règle internationale et la règle interne sont conciliables. Mais cette méthode d'interprétation est impraticable pour résoudre les cas - rares - de conflits ouverts entre la règle internationale et la règle interne[233]. Le principe de l'interprétation conforme n'est donc pas un substitut adéquat du principe de la primauté, même s'il en est, on l'a vu, un indice (c'est la règle interne - y compris la constitution - qu'on interprète conformément au traité, non l'inverse).

i. Enfin, pour les raisons convaincantes soutenues par Burckhardt dès 1915, le principe de la *lex posterior* n'est pas applicable pour résoudre le conflit entre une loi et un traité, car la règle internationale est, de par sa nature, différente et d'un rang supérieur (voir ci-dessus § 3). Etant donné que le droit international conventionnel lie l'Etat comme tel et dans son ensemble, le droit national de cet Etat ne saurait être considéré, dans un ordre juridique moniste, comme prioritaire ni même comme équivalent. C'est sans doute la raison de principe pour laquelle le Tribunal fédéral lui-même a pu considérer comme «très douteux» que cette méthode fût applicable à un conflit entre une loi et un traité[234].

Il convient maintenant de recenser les effets qui découlent, pour chaque organe de l'Etat, du principe de la primauté du droit international sur le droit interne, en ayant à l'esprit le principe fondamental, rappelé par le Tribunal fédéral, selon lequel «un Etat qui s'engage par traité doit en respecter les clauses quelles que soient ses propres normes internes.»[235]

A cet égard, il est commode de distinguer, comme l'a suggéré la doctrine[236] entre, d'une part, la phase du processus législatif - phase de laquelle il convient de rapprocher, ici, celle de l'élaboration d'une règle internationale - et, d'autre part, la phase de l'application du droit.

#### 16. Conséquences de la primauté du droit international sur le processus législatif

La formation de la législation interne et l'élaboration des traités internationaux obéissent à des règles propres, de droit interne dans le premier cas, de droit international dans le second[237]. La position d'un parlement national et celle d'un gouvernement sont, dans ces deux contextes, fondamentalement différentes. Un des buts des organes politiques de l'Etat est d'assurer, de manière optimale, une harmonisation des règles législatives internes et des règles internationales en voie d'élaboration, dans un souci de respect du droit et de transparence juridique (respect des règles internes valables pour la formation des lois; respect des règles internationales qui régissent la formation des traités).

De ces prémisses découlent plusieurs exigences pour le Conseil fédéral dans sa participation au processus législatif:

##### a. Dépistage des incompatibilités potentielles

Le droit international en vigueur pour la Suisse impose des limites à la fonction législative. La Division fédérale de la justice l'avait souligné en ces termes dans un avis de droit du 1er mai 1975[238]:

«Une suppression unilatérale, de la part du législateur, des avantages accordés par traité constituerait une violation du droit international pour la double raison que seule la dénonciation permet de mettre fin volontairement à un traité et que le droit de dénoncer un traité n'appartient, en droit suisse, pas au législateur, mais au gouvernement (sur ce dernier point, Aubert, Traité, op. cit. N° 1324).»

Il en découle que lorsque, dans ses messages ou rapports adressés aux Chambres, le Conseil fédéral se prononce sur la question de la constitutionnalité des projets législatifs[239], il doit également procéder à un dépistage systématique des incompatibilités qui pourraient exister entre les projets législatifs ou constitutionnels en gestation et les obligations internationales qui lient ou vont lier la Suisse. Saisi d'un projet de loi, le Parlement doit en effet disposer de tous les éléments propres à l'éclairer sur les rapports de ce projet avec le droit international. En réponse à un postulat du Conseil national, le Conseil fédéral a prévu une procédure spécifique à cet effet en ce qui concerne les aspects de droit européen[240]. Il serait judicieux, à cet égard, de compléter l'art. 43 al. 2 LREC par un nouvel alinéa libellé comme suit:

«En outre, le Conseil fédéral se prononce, dans un chapitre spécial des messages, sur les questions de compatibilité des projets de lois et d'arrêtés fédéraux avec le droit international existant ou à l'état de projet.»

Il convient de souligner dans ce contexte qu'il n'est pas possible de prévoir, au stade de la procédure de conclusion d'un traité, toutes les difficultés qui pourraient surgir lors de l'application de ce traité. Si d'éventuelles incompatibilités n'ont pas été décelées et écartées au stade de la procédure de conclusion par les organes politiques, c'est aux organes d'application du droit qu'il incombe de mettre en oeuvre eux-mêmes le principe de la primauté du droit international sur le droit national contraire[241].

##### b. Propositions de modifications législatives

Il s'agit du moyen le plus simple de mettre le droit interne en harmonie avec les règles internationales qui lient la Suisse. Ces propositions de modifications législatives sont souvent la suite logique de l'activité de dépistage décrite plus haut.

Parmi une multitude d'exemples, on citera le cas du message du Conseil fédéral concernant la révision de la loi fédérale d'organisation judiciaire, du 29 mai 1985[242], où le Conseil fédéral observe que les fonctions du procureur général de la Confédération sont en partie contraires aux exigences de l'art. 5 § 3 CEDH. En proposant de le remplacer, pour certaines de ses fonctions, par un juge d'instruction fédéral, le Conseil fédéral déclare clairement:

«La réglementation légale permet (...) de douter d'une manière générale de l'indépendance judiciaire du procureur, car sa double fonction est contraire à l'art. 5 § 3 CEDH. Aussi l'intervention du juge d'instruction fédéral s'impose-t-elle pour examiner la détention.»[243]

Le Conseil fédéral proposait en conséquence de modifier l'art. 47 al. 1 de la LF du 15 juin 1934 sur la procédure pénale (PPF, RS 312.0)[244].

##### c. Solutions transitoires

Il arrive qu'entre le moment où la contrariété entre la règle interne et la règle internationale est décelée et le moment où la modification législative intervient, il faille trouver une solution provisoire pour empêcher la violation du droit international. Dans ces cas, il peut arriver que le Conseil fédéral s'efforce d'éviter la violation du droit international par d'autres moyens, qui consacrent en réalité la non-application de la règle de droit fédéral contraire au droit international. La mise en oeuvre de telles mesures transitoires peut en particulier entrer en ligne de compte lorsque l'application d'un nouveau traité révèle des contradictions avec la législation existante.

En voici deux exemples:

1° Lorsque, à la suite d'une affaire Lynas portée contre la Suisse devant la Commission européenne des droits de l'homme[245], le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral se sont rendu compte que tant que la LF sur l'entraide pénale internationale n'était pas entrée en vigueur (c'est chose faite depuis le 1er janvier 1983, RS 351.1), l'art. 23 LExtr violait la CEDH, ils sont convenus, par un échange de lettres des 27 décembre 1976 et 9 mai 1977, que jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, le Tribunal fédéral aurait une compétence exclusive de statuer sur les demandes de mise en liberté provisoire présentées dans un contexte extraditionnel. Le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral ont accordé la primauté au droit international, en préférant se conformer à l'art. 5 § 4 CEDH, selon l'exigence constitutionnelle de l'art. 113 al. 3, seconde phrase Cst. Le Tribunal fédéral lui-même a reconnu que par cette solution provisoire, «la portée de la LF sur l'extradition du 22 janvier 1892 (LExtr) a été partiellement modifiée.»[246]

2° Dans un arrêt F. c/Suisse rendu le 18 décembre 1987[247], la Cour européenne des droits de l'homme a estimé incompatible avec l'art. 12 CEDH (droit au mariage) une interdiction temporaire de remariage après divorce fondée sur l'art. 150 CC. Pour éviter d'autres condamnations du même type - dans l'attente de la révision du droit suisse du divorce, qui n'entrera pas en vigueur avant 1993 -, le Département fédéral de justice et police a non seulement invité la Commission d'experts à tirer les conséquences législatives de l'arrêt, mais a attiré l'attention des juridictions cantonales et des Tribunaux fédéraux sur l'obligation faite aux autorités suisses de se conformer à l'art. 12 CEDH tel qu'interprété par la Cour. Là aussi, le Conseil fédéral, assumant au nom de la Confédération ses responsabilités internationales dérivées de l'art. 53 CEDH (obligation pour la Suisse de se conformer aux arrêts de la Cour), a fait comprendre aux tribunaux suisses que dans l'attente d'une abrogation formelle de l'art. 150 CC, il était préférable de laisser cette disposition inappliquée.

d. Information du Parlement sur les options ouvertes et les conséquences que pourrait engendrer l'adoption de certains actes internes contraires au droit international

C'est le devoir du Conseil fédéral de veiller à informer, avec toute la clarté voulue, le Parlement sur les graves conséquences que pourrait entraîner l'adoption de règles internes incompatibles avec le droit international. Parmi de nombreux exemples, on citera le cas suivant:

Dans son message du 18 septembre 1961 à l'appui d'un projet de loi sur les cartels et les organisations analogues, le Conseil fédéral rappelle que «selon les principes traditionnels, les engagements internationaux (notamment l'art. 15 de la Conv. [instituant l'AELE, conclue à Stockholm le 4 janvier 1960, RS 0.632.31]) priment le droit national. Les facilités prévues par la loi [LF du 20 décembre 1962 sur les cartels et organisations analogues, RO 1964 49] ne pourraient être opposées à une plainte d'un membre de l'Association européenne de libre-échange.»[248]

e. Proposition de dénoncer ou de renégocier les traités existants

Il résulte des particularités de la formation des règles internationales conventionnelles que leur modification est moins aisée que celle d'un acte législatif interne. De surcroît, la renégociation d'un traité peut s'avérer impossible, si nos partenaires n'en ressentent pas le besoin. Par ailleurs, la dénonciation d'un traité est un acte international présentant une certaine gravité, de sorte qu'on ne saurait l'envisager que pour des motifs sérieux. Il n'en demeure pas moins que dans certains cas, la renégociation et la dénonciation pourraient être envisagées par le Conseil fédéral s'il n'y a pas d'autre moyen de veiller à l'observation de la constitution et des lois[249].

f. Traitement des initiatives parlementaires ou populaires tendant à la révision de la constitution

Quelle attitude le Conseil fédéral doit-il adopter lorsqu'une initiative tendant à la révision de la constitution soulève des problèmes de compatibilité avec le droit international en vigueur pour la Suisse?

Dans son célèbre rapport de 1954 sur l'initiative de Rheinau, le Conseil fédéral avait conclu: «une initiative constitutionnelle peut aussi avoir pour objet une révision portant atteinte à des engagements internationaux de la Suisse.»[250] Par la suite, le Conseil fédéral a rarement eu l'occasion de se prononcer.

Vingt ans plus tard, en 1974, le Conseil fédéral s'est exprimé comme suit dans son rapport sur l'initiative de l'Action nationale en matière de traités internationaux:

«Le rejet d'un traité dans la votation populaire signifierait qu'il y est mis fin immédiatement et unilatéralement, sans observation du délai de dénonciation. Cette annulation d'un traité dénonçable, mais surtout d'un traité indénonçable, sans l'assentiment de l'autre partie, constituerait au plus haut degré une violation du principe pacta sunt servanda. Elle serait un acte que le droit international ne saurait reconnaître et qui entraînerait la responsabilité internationale de la Suisse. Notre rapport sur l'initiative dite de Rheinau ainsi qu'une partie de la doctrine admettent qu'il n'y a pas de limites matérielles, même du fait du droit international, à une révision constitutionnelle, de sorte que le contenu d'aucune initiative ne peut être déclaré contraire à la constitution. L'argument déterminant réside dans le fait que le principe suivant lequel le droit international prime le droit national n'a pas été reconnu jusqu'ici comme une règle de droit ayant force obligatoire. On reconnaît, au contraire, qu'il peut y avoir un droit national en contradiction avec le droit international et que, dans ce cas, chaque Etat est, il est vrai, tenu de mettre ordre à la situation et de verser, éventuellement, des dommages-intérêts à la partie lésée. Mais une initiative dont l'acceptation entraînerait la rupture unilatérale de n'importe quel traité liant la Suisse violerait manifestement le droit international. Or, la petite Suisse a le plus grand intérêt à ce que le droit international soit respecté et que soit respectée également une morale internationale. Il serait extrêmement regrettable qu'elle prenne librement place parmi les Etats qui violent le droit.»[251]

Plus récemment, dans son message de 1988 concernant l'initiative populaire pour une Suisse sans armée et pour une politique globale de paix, le Conseil fédéral relevait: «La suppression de l'armée priverait la Suisse d'une composante essentielle de sa

neutralité. Il en résulterait que nous ne pourrions plus compter à l'avenir sur le respect de notre statut de neutralité ancré en droit international coutumier et reconnu par traité: notre crédibilité politico-stratégique s'en trouverait sérieusement entamée.»[252] Cela revient à dire qu'une acceptation de l'initiative aurait pour conséquence d'obliger la Suisse à constater, le moment venu, qu'elle se trouve dans l'impossibilité de respecter les droits et obligations découlant de son statut de neutralité permanente.

Enfin, tout récemment, dans son rapport du 24 août 1988 sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne et dans le cas certes particulier de l'évocation d'une éventuelle adhésion de la Suisse à la Communauté européenne (CE), le Conseil fédéral a admis que si la Suisse adhérerait à la CE, «toute initiative concernant un domaine déjà réglementé par la Communauté devrait - selon les circonstances - être déclarée nulle. Le droit communautaire imposerait ainsi des limites matérielles à la révision de la Constitution fédérale (...).»[253]

On a peut-être mésestimé, jusqu'ici, les moyens qu'offre notre ordre constitutionnel en vue de résoudre les problèmes d'harmonisation du droit international et du droit interne qui peuvent se poser à l'occasion d'une initiative parlementaire ou populaire tendant à la révision de la constitution. Le recensement de ces moyens est d'autant plus nécessaire que, de 1874 à nos jours, le droit international applicable à la Suisse s'est considérablement diversifié et a augmenté dans de telles proportions que la probabilité de la survenance de problèmes d'harmonisation a augmenté elle aussi.

A cet égard, il convient de distinguer les hypothèses suivantes:

a. Lorsque c'est le Parlement ou le Conseil fédéral qui font usage de leur droit d'initiative tendant à la révision de la constitution (art. 85 ch. 2, art. 93 ou 102 ch. 4 Cst.), ces organes peuvent tenir compte des exigences matérielles et formelles du droit international en vigueur pour la Suisse. Si le projet constitutionnel ne permet pas de répondre entièrement aux exigences du droit international, le Conseil fédéral et le Parlement pourraient encore insérer dans le projet de texte constitutionnel une disposition transitoire réglant le problème. Une telle disposition transitoire pourrait prévoir que si le texte de l'initiative est accepté, la modification constitutionnelle n'entrera en vigueur que si et au moment où nos obligations internationales ont été modifiées dans ce sens (p. ex. par la dénonciation du traité, si ce traité est dénonçable). Il s'agirait dans ce cas d'une entrée en vigueur différée, possibilité qu'offre l'art. 15 al. 3 de la LF du 17 décembre 1976 sur les droits politiques (LDP, RS 161.1).

b. Lorsque la proposition de modification de la constitution a pour origine une initiative populaire, il faut distinguer selon que cette initiative est rédigée en termes généraux ou formulée de toutes pièces.

1. Dans le premier cas, le Conseil fédéral dispose de la même marge de manoeuvre que dans le cas qui vient d'être évoqué: lorsque l'initiative populaire pose un problème sous l'angle du droit international, le Conseil fédéral pourra, en vue de respecter la volonté des initiants, proposer l'adjonction de dispositions transitoires qui permettent de concilier le respect de la volonté démocratique et celui de la primauté du droit international.

2. Si le projet est rédigé de toutes pièces, le cas le plus favorable est évidemment celui dans lequel l'initiative elle-même témoigne d'une «Völkerrechtsfreundlichkeit».

On citera, à titre d'exemple, le cas de l'initiative populaire «pour un avenir sans nouvelles centrales atomiques», du 11 décembre 1981[254], rejetée par le constituant[255], qui réservait «les clauses d'accords internationaux en vertu desquelles la Suisse est tenue de reprendre les déchets radioactifs produits sur son territoire qui ont été retraités à l'étranger».

3. Si l'initiative populaire, présentée sous forme d'un projet rédigé de toutes pièces, est en contradiction avec le droit international en vigueur, et que cette initiative ne contient pas de disposition relative à l'entrée en vigueur, la modification de la constitution entrerait en vigueur dès son acceptation par le peuple et les cantons, conformément à l'art. 15 al. 3 LDP. En vue d'éviter cette situation, sans pour autant soulever la délicate question des limites posées par le droit international à la revisibilité de la constitution, l'art. 15 al. 3 LDP pourrait être remplacée par la disposition suivante (nouvel article):

«Sous réserve des dispositions particulières prévues dans ces textes, le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur des modifications de la constitution, des lois fédérales et des arrêtés fédéraux de portée générale.»

Ainsi, le Conseil fédéral disposerait d'un moyen de différer l'entrée en vigueur d'une modification constitutionnelle contredisant un traité en vigueur jusqu'au moment où ce traité aurait été dénoncé ou adapté et jusqu'à la prise d'effets de la dénonciation ou de la révision du traité. En même temps, cette modification législative permettrait à l'avenir de se passer de la formule-type que l'on trouve à la fin des textes législatifs: «Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.»

4. Cette modification législative ne représenterait cependant pas un moyen adéquat d'empêcher la survenance de conflits entre une initiative populaire et le droit international lorsque l'initiative contient elle-même une disposition relative à l'entrée en vigueur qui n'exclut pas le conflit avec le droit international. Pour éviter cet écueil, la question se pose de savoir si le législateur fédéral ne devrait pas prévoir une réglementation qui permettrait, en cas d'acceptation du texte, de différer l'entrée en vigueur de tout ou partie de l'initiative jusqu'au moment où la contrariété avec le droit international serait éliminée par la dénonciation ou la modification du traité. En pareil cas, la partie de l'initiative qui traite de l'entrée en vigueur ne serait provisoirement pas appliquée. On peut se demander si une telle règle ne représenterait pas une limite matérielle au droit d'initiative et ne devrait pas en conséquence faire l'objet d'une disposition de rang constitutionnel. Nous estimons cependant qu'il s'agirait ici de questions qui tomberaient dans la compétence du législateur, dans la mesure où elles portent sur des «formalités à observer pour les demandes d'initiative populaire et les votations relatives à la révision de la constitution fédérale», au sens de l'art. 122 Cst. Une telle disposition législative, qui devrait figurer dans la loi fédérale sur les droits politiques, pourrait avoir la teneur suivante:

«Le Conseil fédéral peut, en dépit du texte d'une initiative populaire, reporter en tout ou en partie l'entrée en vigueur d'une initiative populaire acceptée par le peuple et les cantons, dans la mesure où le texte viole le droit international en vigueur. Il doit dans ce cas dénoncer ou adapter les traités internationaux correspondants dès que possible.»

5. Même avec une telle réglementation ne seraient pas résolus les cas - certes très rares en pratique - dans lesquels une initiative populaire violerait une norme impérative du droit international général (jus cogens, au sens de l'art. 64 CV), ou une initiative contredirait des traités conclus pour une durée indéterminée et indénonçables. Dans ces cas, le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale devraient se poser la question de savoir s'il ne faut pas déclarer nulle l'initiative en application de l'art. 24 al. 2 LREC[256]. La doctrine soutient avec raison qu'il ne saurait s'agir là que d'une dernière extrémité, lorsque les autres moyens

évoqués ci-dessus se révéleraient impraticables[257].

La doctrine dominante conteste qu'il existe des limites matérielles «autonomes» à la révision de la constitution, même si l'initiative est inexécutable[258].

Face au droit international, les professeurs Hangartner et Müller admettent, avec d'autres auteurs, qu'il existe des limites matérielles (en réalité formelles, «hétéronomes») à la revisibilité de la constitution[259].

Il ne se justifie toutefois pas de trancher cette question de manière abstraite ici. Le cas échéant, elle pourra l'être, à la lumière de l'ensemble des circonstances, lorsque le cas se présentera concrètement.

## 17. Conséquences de la primauté du droit international au niveau de l'application du droit

La question de l'articulation d'une règle internationale et d'une règle interne est un problème auquel se trouvent fréquemment confrontés les organes d'application du droit (organes administratifs et tribunaux, fédéraux et cantonaux). Le plus souvent d'ailleurs, ces problèmes d'articulation sont non conflictuels. L'art. 113 al. 3 Cst., qui laisse ouverte la question du rang de la loi par rapport au traité, n'interdit pas la mise en œuvre de principes d'articulation qui concilient les exigences du droit constitutionnel et celles du droit international en vigueur pour la Suisse.

Pour réduire à de justes proportions le cas - finalement rare - du conflit ouvert entre la règle internationale et la règle interne, il est commode de situer ce cas particulier par rapport à plusieurs hypothèses énumérées ci-dessous (let. a-d) qui, bien que ne concernant pas directement le problème de la primauté, jouent en pratique un rôle important dans l'articulation de la règle interne avec la règle internationale.

### 17.1. Conséquences en cas d'absence de conflit

#### a. Réserve de la règle interne en faveur de la règle internationale

Parfois, la loi réserve expressément l'application des traités internationaux[260]. Parmi de nombreux cas, on citera l'art. 1 al. 1 EIMP et l'art. 1 al. 2 de la LF du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP, RS 291) entrée en vigueur le 1er janvier 1989. Cette dernière disposition prévoit: «Les traités internationaux sont réservés.» De telles clauses législatives se justifient en particulier dans les domaines, tels que l'entraide internationale, où les interférences entre le droit international et le droit interne sont prévisibles et nombreuses.

Il convient cependant de souligner que le principe de la réserve légale en faveur des traités vaut également en cas d'absence de mention expresse[261]. Car s'il n'y avait pas de présomption que les traités internationaux sont réservés, le principe de la primauté du droit international dans l'ordre juridique suisse serait dépourvu de portée pratique dans bien des cas et menacé dans son effet utile par des raisonnements a contrario.

#### b. Renvoi de la règle internationale à la règle interne

Il s'agit, là aussi, d'un cas fréquent que l'on rencontre en particulier dans les conventions de droit international privé. On citera, à titre d'exemple, l'art. 4 de la Conv. de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires (RS 0.211.213.01), qui dispose: «La loi interne de la résidence habituelle du créancier d'aliments régit les obligations alimentaires visées à l'article premier.» On se gardera de considérer une telle disposition comme une expression de la primauté du droit interne sur le droit international. Il s'agit bien plutôt d'une règle de conflit internationale, qui exclut l'application de toute règle contraire, actuelle ou future, que contiendrait la loi nationale de droit international privé.

#### c. Interprétation conforme au traité

Cette méthode est assez fréquemment utilisée par le Tribunal fédéral[262]. Ce n'est pas seulement la loi fédérale qui doit être interprétée conformément au droit international[263], mais également l'interprétation de la loi conforme à la constitution qui doit, de surcroît, s'opérer compte tenu des dispositions du traité[264].

Comme exemple typique de la méthode d'interprétation conforme au traité, on citera l'arrêt Frigerio[265], dans lequel le Tribunal fédéral déclare:

«Im Zweifel muss innerstaatliches Recht völkerrechtskonform ausgelegt werden; das heisst so, dass ein Widerspruch mit dem Völkerrecht nicht besteht. Diese Auslegungsregel erlaubt es, Konflikte zwischen den beiden Rechtsordnungen meistens zu vermeiden.»

Il convient toutefois de rappeler une fois de plus que cette méthode d'interprétation, qui peut rendre des services en cas de divergences légères entre la loi et le traité, est impraticable pour résoudre de véritables conflits entre la règle internationale et la règle interne[266]. L'arrêt précité l'admet (utilisation de l'adverbe «meistens»).

#### d. Principes applicables en cas de lacune expresse de la règle internationale

Il convient de faire ici application de la jurisprudence Lanusse[267], dans laquelle le Tribunal fédéral, après avoir affirmé le principe de la primauté de la règle internationale sur la règle interne, précise que «les dispositions de la loi ne s'appliquent que sur les points qui n'ont pas été réglés expressément ou tacitement par le traité.»

A nouveau, il faut souligner le caractère subsidiaire et limité de l'application de la règle interne à titre de règle internationale supplétive. Ce n'est que si l'interprétation de la règle internationale - opérée selon les art. 31 à 33 CV - confirme l'existence d'une lacune du droit international (conventionnel ou général) que la règle interne correspondante peut intervenir comme règle internationale supplétive.

### 17.2. Conséquences en cas de conflit entre la loi et le traité

#### a. Constat, par l'organe d'application du droit, de l'incompatibilité de la règle interne avec la règle internationale

Une partie de la doctrine contemporaine souligne que la lettre de l'art. 113 al. 3 Cst. interdit certes au Tribunal fédéral de laisser inappliquée une loi fédérale (ou un traité), mais ne l'empêcherait pas d'examiner l'inconstitutionnalité ou la non-conformité à un traité d'une règle fédérale[268]. Pour sa part, le Tribunal fédéral a déjà fait - en ce qui concerne les rapports entre la constitution et la loi - un pas dans ce sens en relevant, dans certains cas, les incohérences d'une loi fédérale qu'il doit appliquer[269]. Dans d'autres cas, il a laissé entendre, entre les lignes, qu'une loi fédérale est inconstitutionnelle[270].

Il y a tout lieu de penser que le Tribunal fédéral peut, sans violer l'esprit ni même la lettre de l'art. 113 al. 3 Cst., dire qu'une règle fédérale est contraire ou non à une règle internationale en vigueur pour la Suisse. C'est d'ailleurs ce qu'il faisait régulièrement par le passé[271]. La constatation, par les organes compétents d'application du droit - en particulier par le Tribunal fédéral et le Conseil fédéral - de la contrariété d'une règle de droit fédéral avec le droit international en vigueur pour la Suisse est admissible même lorsqu'on part de la thèse (voir ci-dessus § 12) selon laquelle le principe de la séparation des pouvoirs (en particulier l'art. 113 al. 3 Cst.) interdit aux organes d'application du droit de corriger le législateur.

b. Inapplication, dans le cas d'espèce, de la règle interne contraire à la règle internationale

Serait-il concevable, au regard de l'art. 113 al. 3 Cst., que le Tribunal fédéral - ou un autre organe d'application du droit - laisse une règle fédérale inappliquée, en raison d'un conflit avec une règle internationale en vigueur pour la Suisse? On a vu que sur la foi d'une pratique jurisprudentielle ancienne dans ce sens, et en dépit de quelques arrêts récents (voir ci-dessus § 10), la doctrine dominante l'admet aujourd'hui (voir ci-dessus § 11).

Dans la perspective d'une évolution de la pratique, il convient de souligner les effets juridiques limités d'une inapplication de la règle fédérale au cas d'espèce. Le juge se borne en pareil cas à trancher une espèce concrète, en laissant le soin aux organes politiques de rétablir de manière générale l'harmonie entre le droit national et le droit international. Il est tentant, à cet égard, de rapprocher ce cas de ceux dans lesquels, à l'occasion du contrôle incident de la constitutionnalité des actes ératiques cantonaux, le Tribunal fédéral constate - à titre préjudiciel - la non-constitutionnalité de l'acte cantonal et le déclare inapplicable au cas d'espèce. Cela n'empêche pas l'acte en question de demeurer en vigueur et d'être appliqué par les autorités cantonales dans d'autres cas non inconstitutionnels[272].

c. Renvoi du Tribunal fédéral à la responsabilité politique du Conseil fédéral et du Parlement («Appellentscheid»)

Sur le plan interne, il arrive que lorsque le Tribunal fédéral invite un législateur cantonal à réviser une loi cantonale inconstitutionnelle, il invite indirectement le législateur fédéral à en faire de même à propos de la loi fédérale de même contenu[273] en procédant lui-même aux choix législatifs qui s'imposent. Ainsi, dans l'arrêt Wenk[274], le Tribunal fédéral relève-t-il ce qui suit:

«In Anbetracht der verschiedenen Lösungsmöglichkeiten ist es nicht Sache des Bundesgerichts, zu bestimmen, wie diese Ungleichheit zu beseitigen ist, obschon es hier um eine Verordnung ging, an die das Bundesgericht nicht gebunden ist.»

On parle alors d'«Appellentscheid», dont la doctrine récente a suggéré l'utilisation dans le contexte des rapports entre le droit international et le droit interne[275].

On constatera que les deux hypothèses qui viennent d'être envisagées (sous let. a et b) constituent, en elles-mêmes, des «Appellentscheidungen» implicites: tant le constat de la contrariété de la règle fédérale à la règle internationale que l'inapplication de la règle fédérale dans un cas d'espèce constituent assurément des invitations, plus ou moins solennelles, adressées aux organes politiques afin qu'ils prennent leurs responsabilités.

d. Nullité de la règle interne contraire?

Personne n'exige sérieusement que la sanction du conflit entre une règle internationale et une règle interne contraire réside dans la nullité de la règle interne contraire. Même au sein de l'ordre juridique communautaire, la primauté du droit communautaire sur le droit national des Etats membres n'entraîne pas la nullité des actes de ces derniers, mais leur inapplication de plein droit[276]. Dans l'ordre juridique suisse, la sanction de la nullité ne pourrait survenir que dans l'hypothèse d'un acte interne contraire à une norme de jus cogens de droit international (art. 64 CV).

e. Inapplication, dans le cas d'espèce, de la règle internationale conventionnelle contraire à une règle internationale de jus cogens

Cette hypothèse n'est pas abstraite. Dans un arrêt[277], le Tribunal fédéral a préféré laisser inappliquée la Conv. d'extradition des criminels du 21 novembre 1906 entre la Suisse et la République argentine (RS 0.353.915.4) plutôt que de risquer de violer une règle de jus cogens (art. 3 CEDH). La doctrine a salué cette jurisprudence[278].

f. Acceptation de la responsabilité internationale de la Confédération

Enfin, la violation d'une règle internationale par la Suisse - par l'un quelconque de ses organes - pourrait entraîner, en dernière analyse, la mise en jeu de la responsabilité internationale de la Confédération. C'est en effet le Conseil fédéral qui doit assumer en dernier recours, sur le plan international, la responsabilité du respect des obligations incombant à la Suisse. Il convient de souligner ici que l'engagement effectif de la responsabilité internationale de la Suisse (assortie, le cas échéant, d'une réparation pécuniaire) n'intervient que comme ultima ratio. Elle n'entre en ligne de compte que si, sur le plan interne, les organes de l'Etat n'ont, malgré leur détermination à agir dans ce sens, pas été en mesure de respecter le droit international en vigueur pour la Suisse.

## VII. CONCLUSIONS

Au terme des développements qui précèdent, nous estimons qu'au sein de l'ordre juridique suisse, le principe de la primauté du droit international sur le droit interne peut être mis en oeuvre de manière conséquente à l'aide des techniques juridiques recensées.

L'administration fédérale examinera, à l'occasion des travaux relatifs à la révision totale de la constitution, s'il convient de faire figurer expressément ce principe dans la constitution, ou si tout au moins une reformulation de l'art. 113 Cst. rendrait plus apparente la possibilité qui existe aujourd'hui déjà, pour le Tribunal fédéral, de constater l'incompatibilité d'une règle de droit fédéral

avec le droit international en vigueur pour la Suisse. En tous les cas, dans le message qui sera adressé au Parlement, le Conseil fédéral commentera dans cette perspective les dispositions constitutionnelles qui pourraient servir d'ancrages indirects au principe de la primauté[279].

La prochaine adhésion de la Suisse aux Conv. de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 et du 21 mars 1986[280] contribuera sans doute à renforcer la transparence du cadre de droit international général qui forme la toile de fond des rapports entre le droit international et le droit interne dans l'ordre juridique suisse.

En vue de favoriser concrètement l'harmonisation des rapports entre le droit international et le droit interne lors du processus législatif, l'administration fédérale estime qu'il serait opportun de procéder à une modification de l'art. 43 de la LF sur les rapports entre les conseils, en vue d'indiquer que le Conseil fédéral doit non seulement se prononcer sur la question de la constitutionnalité des projets de loi et arrêtés fédéraux, mais également sur les questions de compatibilité avec le droit international de ces projets (voir ci-dessus § 16 a).

Dans le même ordre d'idées, il serait opportun de saisir l'occasion de la procédure législative en cours pour proposer la modification de la LF sur les droits politiques, en vue de faciliter la résolution des problèmes d'harmonisation des initiatives populaires tendant à la révision de la constitution avec le droit international en vigueur pour la Suisse (voir ci-dessus § 16 f).

[1] Bericht des Bundesrates über seine Geschäftsführung im Jahre 1983, Bern 1984, S. 133-134.

[2] Siehe BBl 1988 III 249 ff., besonders Anhang 6 des Berichts, S. 456.

[3] Dieser Meinungs austausch fand am 8. Mai 1989 in Bern aufgrund der vorliegenden Stellungnahme statt.

[4] Bericht des Schweizerischen Bundesgerichts über seine Amtstätigkeit im Jahre 1988 vom 14. Februar 1989, Bern 1989, S. 441 ff., S. 448.

[5] Bericht des Bundesrates über seine Geschäftsführung im Jahre 1988 vom 22. Februar 1989, Bern 1989, S. 47.

[6] BBl 1974 II 1133 ff., S. 1149.

[7] In diesem Sinn, Seidl-Hohenveldern Ignaz, Völkerrecht, 5. Ausgabe, Köln 1987, S. 9, Nr. 31; Lauterpacht Hersch, International Law, Bd. 1, General Works, Cambridge 1970, S. 16.

[8] CPJl, Serie A/B, Nr. 46, S. 167.

[9] CPJl, Serie A/B, Nr. 44, S. 24.

[10] ClJ, Recueil 1988, S. 34.

[11] Zur schweizerischen Tradition des Monismus siehe unten, Ziff. 8.

[12] Siehe insbesondere Partsch Karl Josef, Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Bd. 6, Karlsruhe 1964, S. 22 ff.

[13] ClJ, Recueil 1974, S. 268.

[14] Siehe oben, Ziff. 4. Über die Bedeutung der Wiener Konvention für die Schweiz, auch vor dem Beitritt unseres Landes, siehe namentlich VPB 44.89 (1980) und VPB 47.59 (1983); BGE 110 Ib 287, BGE 110 Ib 291; BGE 110 Ib 392, BGE 110 Ib 395; BGE 112 Ia 75, BGE 112 Ia 79, BGE 112 Ia 80; siehe auch unten, N. 140.

[15] BBl 1989 II 757 ff.

[16] Siehe BBl 1974 II 1152-1153, zitiert unten, Ziff. 16 f.

[17] Hangartner Yvo, Grundzüge des schweizerischen Rechts, Bd. I, Zürich 1980, S. 196-197.

[18] In diesem Sinne siehe Haller Walter, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Basel 1987, ad Art. 113, Nr. 142-144; siehe ebenso Auer Andreas, La juridiction constitutionnelle en Suisse, Basel 1983, S. 100, Nr. 74 und Kälin Walter, Der Geltungsgrund des Grundsatzes «Völkerrecht bricht Landesrecht», Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZbJV), 124bis/1988, S. 45-65, besonders S. 62.

[19] Siehe, bereits in diesem Sinn, die Antwort des Bundesrates auf die Interpellation Korner von 1968, Sten. Bull. N 1969, S. 225-226; im gleichen Sinn, Grisel André, A propos de la hiérarchie des normes juridiques, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl) 88/1987, S. 377-395, besonders S. 390; siehe ebenso oben, Ziff. 4 und unten, Ziff. 9-11.

[20] Siehe die Lehre zitiert in: Wildhaber Luzius/Breitenmoser Stefan, The relationship between customary international law and municipal law in Western European Countries, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV), Jg. 48, 1988, S. 163-207, S. 196.

[21] Betreffend die Anforderungen an die Publikation von Völkerrecht in der Schweiz, siehe die Art. 2, 4, 6 Abs. 2, 8 Abs. 2, 9 Abs. 2 und 10-15 des BG vom 21. März 1986 über die Gesetzessammlungen und das Bundesblatt (Publikationsgesetz, SR 170.512) und die V vom 15. April 1987 (Publikationsverordnung, SR 170.512.1).

[22] BGE 112 Ib 184.

[23] BBl 1988 III 347.

[24] Siehe, in diesem Sinn, den Geschäftsbericht des Bundesrates 1983, Bern 1984, S. 133, zitiert oben, Ziff. 1; siehe ebenfalls Jacot-Guillarmod Olivier, L'application directe des traités internationaux en Suisse: histoire d'un détour inutile, Jubiläumsband zum 75-jährigen Bestehen der Schweizerischen Vereinigung für internationales Recht, Zürich, Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht (SJR) 45, 1989, S. 129-151.

[25] BBl 1988 III 347.

[26] Siehe, bereits in diesem Sinn, die Antwort des Bundesrates auf die Interpellation Korner von 1968, Sten. Bull. N 1969, S. 225-226; im gleichen Sinn, Grisel André, A propos de la hiérarchie des normes juridiques, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl) 88/1987, S. 377-395, besonders S. 390; siehe ebenso oben, Ziff. 4 und unten, Ziff. 9-11.

[27] BBl 1986 III 769 ff., S. 778-779.

[28] BBl 1989 I 668 ff., S. 680.

[29] Entscheid Caudéran BGE 21/1895, 705, 710; siehe ebenfalls BGE 7/1881, 774, 782-785; BGE 35/1909 I 596.

[30] Unter vielen Beispielen, siehe BGE 22/1896, 1025, 1030; BGE 27/1901 I 52, usw.

[31] BGE 7/1881, 774, 782-785.

[32] BGE 21/1895, 705, 710-711.

[33] BGE 35/1909 I 467, 472-473.

[34] BGE 48/1922 II 260-261.

[35] BGE 54/1928 I 40, 43.

[36] BGE 93 II 192, BGE 93 II 197.

[37] BGE 110 V 72, BGE 110 V 76.

[38] BGE 109 Ib 165, BGE 109 Ib 173; siehe auch BGE 102 Ia 317, BGE 102 Ia 319; BGE 106 Ib 400, BGE 106 Ib 402.

[39] BGE 100 Ia 407, BGE 100 Ia 410; BGE 103 Ia 624, BGE 103 Ia 626, BGE 103 Ia 627.

[40] BGE 110 V 72, BGE 110 V 76.

[41] Entscheid Sutter vom 21. Oktober 1977, Entscheidungen des Militärkassationsgerichtes (MKGE) 9, 1973-1979, Nr. 136.

[42] Über die Stellung dieser Fälle in einem historischen Zusammenhang, siehe Kälin, ZbJV 124bis/1988 (N. 18), S. 59 ff.

[43] BGE 59 II 331, BGE 59 II 337, BGE 59 II 338.

[44] BGE 105 IV 218, BGE 105 IV 222.

[45] BGE 94 I 669.

[46] BGE 99 Ib 39; Übersetzung in Praxis des Bundesgerichts (Pra) Nr. 621973, Nr. 106, S. 291-293, S. 292.

[47] Huber Hans, Die verwaltungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1973, ZbJV 110/1974, S. 492-493; Macheret Augustin, Les traités d'établissement et les législations nationales de police des étrangers, Cahiers de droit européen (CDE) 10, 1974, S. 209-210; Malinverni Giorgio, Mémoires de la Faculté de droit de Genève, Nr. 49, 1976, S. 25-28; Müller Jörg Paul, Völkerrecht und schweizerische Rechtsordnung, Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik, Bern/Stuttgart 1975, S. 224-227; Wildhaber Luzius, Bemerkungen zum Fall Schubert betreffend das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, SJR 30/1974, S. 195-201; Jacot-Guillarmod Olivier, Fondements juridiques internationaux de la primauté du droit international dans l'ordre juridique suisse, ZbJV 120/1984, S. 227-244, S. 229; Grisel, ZBI 1987 (N. 19), S. 391-393; Kahn, ZbJV 124bis/1988 (N. 18), S. 60-64; Saladin Peter, Völkerrechtliches jus cogens und schweizerisches Landesrecht, ZbJV 124bis/1988, S. 81-82.

[48] BGE 112 II 13, E. 8.

[49] Entscheid Courtet vom 23. Oktober 1985, BGE 111 V 201, BGE 111 V 202, BGE 111 V 203; Übersetzung in Pra 75, 1986, Nr. 128, S. 412-419, S. 414-415.

[50] X c/EJPD vom 29. Mai 1985, BGE 111 Ib 68, BGE 111 Ib 71, BGE 111 Ib 72.

[51] BGE 99 Ib 39, Schubert, bestätigt in BGE 112 II 13, Wohnbau AG Giswil; BGE 111 V 201, Courtet.

[52] Siehe unter anderen den Entscheid Riesow von 1881, BGE 7, 774, 782-783, Vorrang eines Staatsvertrages mit Frankreich von 1864 und eines Vertrages mit der Deutschen Zollunion von 1869 vor einem BG von 1879; Entscheid Spengler vom 10. Juni 1909, BGE 35 I 467, BGE 35 I 472, BGE 35 I 473, Vorrang einer Haager Konvention von 1902 vor dem BG von 1891 betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter (NAG); Entscheid Schärp vom 20. Januar 1928, BGE 54 I 40, BGE 54 I 43, Vorrang der Haager Konvention von 1905 vor Art. 4 BV; Entscheid Heini vom 20. Februar 1931, BGE 57 I 19, BGE 57 I 22, BGE 57 I 23, Vorrang eines Abk. zwischen der Schweiz und Österreich vor Art. 59 BV; Entscheid Collet vom 5. März 1952, BGE 78 I 117, BGE 78 I 119, BGE 78 I 120, BGE 78 I 121, Vorrang des Abk. mit Frankreich von 1869 vor dem BG von 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs; Entscheid Librairie Hachette vom 21. März 1967, BGE 93 II 192, BGE 93 II 197, Vorrang des französisch - schweizerischen Abk. von 1869 vor dem Kartellgesetz von 1962; Entscheid Frigerio vom 22. November 1968, BGE 94 I 669, BGE 94 I 679, BGE 94 I 680, stillschweigend gewährter Vorrang im Postgesetz von 1924 zugunsten des Abk. von 1879 zwischen der Schweiz

und dem Grossherzogtum Baden betreffend die Rheinschiffahrt; ebenso eine grosse Anzahl von Entscheiden aus den Gebieten Auslieferung und Sozialversicherung (siehe, unter vielen, BGE 22/1896, 1025-1030; BGE 27 I 52; neueren Datums sind: BGE 95 I 462, BGE 95 I 465; BGE 96 V 140; BGE 100 Ia 407, BGE 100 Ia 410; BGE 103 Ia 624, BGE 103 Ia 626; BGE 106 Ib 400, BGE 106 Ib 402; BGE 109 V 224; BGE 110 V 72, BGE 110 V 76; usw.); erwähnt seien noch die Entscheide Dharmaradjah von 1981, BGE 107 Ib 68, BGE 107 Ib 69 und Bozano von 1980, BGE 106 Ib 16, BGE 106 Ib 17, auf die später noch eingegangen wird (Ziff. 16 c). Diese Entscheide liessen Art. 5 Abs. 4 EMRK dem Art. 23 des heute aufgehobenen BG vom 22. Januar 1892 betreffend die Auslieferung gegenüber dem Auslande (AuslG, BS 3509) vorgehen; dies mit Rücksicht auf eine Gesetzesrevision, die am 1. Januar 1983 in Kraft getreten ist (BG vom 20. März 1981 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen [IRSG], SR 351.1).

[53] Siehe zum Beispiel den Entscheid Steenworden von 1933, BGE 59 II 331, BGE 59 II 337, BGE 59 II 338, im Sinne des Vorrangs des Gesetzes; Entscheid X c/EJPD von 1985, BGE 111 Ib 68, BGE 111 Ib 71, BGE 111 Ib 72, im Sinne des Vorrangs des Vertrages.

[54] Für eine quantitative Analyse, siehe Kälin, ZbJV 124bis/1988 (N. 18); zum heiklen politischen Charakter der Entscheide, in denen das Bundesgericht das Prinzip vom Vorrang des Völkerrechts nicht angewendet hat, siehe Patry Robert, Le Tribunal fédéral et le droit international, Mélanges Assista, Genf 1989, S. 519-531, S. 527 f.

[55] Paur Marguerite, Der Abschluss von Staatsverträgen im Bundesstaat, Zürich 1938, S. 140; Freymond Pierre, La ratification des traités et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne, Lausanne 1947, S. 158; Furgler Kurt, Grundprobleme der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Staaten unter besonderer Berücksichtigung der Haager Kodifikationskonferenz, sowie der Praxis der Vereinigten Staaten und der Schweiz, Winterthur 1948, S. 22; Zumstein Hans, Die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung von Staatsverträgen, Bern 1952, S. 52-53; Lardy Pierre, La force obligatoire du droit international en droit interne, Neuenburg/Basel 1966, S. 203-222, 243.

[56] Wildhaber Luzius, Treaty-making power and Constitution (An international and comparative study), Basel/Stuttgart 1971, (412 Seiten) und SJR 30/1974 (N. 47); Huber, ZbJV 110/1974 (N. 47), S. 489; Müller, Handbuch, 1975 (N. 47); Perrin Georges, Les rapports entre le droit international et le droit interne, en particulier dans l'arrêt Barcelona Traction, Festschrift für Bernhard C. H. Aubin zum 65. Geburtstag, Strassburg 1979, S. 127; Spinner Bruno, Parlamentarische Genehmigungs- und Delegationsbeschlüsse beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge in der Schweiz, Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 75/1979, S. 106-109; Krafft Mathias-Charles, Observations sur les rapports entre le droit international et le droit suisse à la lumière notamment de certains développements récents de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in: Mélanges Georges Perrin, Lausanne 1984, S. 187-197; Jacot-Guillarmod, ZbJV 120/1984 (N. 47); Jacot-Guillarmod Olivier, La primauté du droit international face à quelques principes directeurs de l'Etat fédéral suisse, Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 104/1985, S. 383-428; Jacot-Guillarmod, SJR 1989 (N. 24); Monnier Jean, Les principes et les règles constitutionnels de la politique étrangère suisse, ZSR 105/1986, S. 107-247; Grisel, ZBI 88/1987 (N. 19); Kälin, ZbJV 124bis/1988 (N. 18); Patry, Mélanges Assista, 1989 (N. 54); Saladin, ZbJV 124bis/1988 (N. 47); Wildhaber/Breitenmoser, ZaöRV 1988 (N. 20); Spira Raymond, L'application du droit international de la sécurité sociale par le juge, Mélanges Berenstein, Lausanne 1989, S. 471-487; Malinverni Giorgio, L'article 113, alinéa 3 de la Constitution fédérale et le contrôle de la conformité des lois fédérales à la Convention européenne des droits de l'homme, Festschrift für Otto K. Kaufmann, Bern 1989, S. 381-397.

[57] Burckhardt Walter, Die staatliche Wirkung der Staatsverträge, ZSR 34/1915, S. 145 ff., S. 159; Paur, Der Abschluss von Staatsverträgen ..., 1938 (N. 55), S. 140; Freymond, La ratification ..., 1947 (N. 55), S. 158; Furgler, Grundprobleme ..., 1948 (N. 55), S. 22; Zumstein, Die staatsrechtliche Beschwerde ..., 1952 (N. 55), S. 52-53; Schultz Hans, Das schweizerische Auslieferungsrecht, Bern 1953, S. 134-143; Guggenheim Paul, Völkerrechtliche Schranken im Landesrecht, Vortrag, Karlsruhe 1955, S. 10-11; Dominicé Christian, Le droit international coutumier dans l'ordre juridique suisse, Mémoires de la faculté de droit de Genève, Nr. 27, 1969, S. 29-33; Wildhaber Luzius, Verfassungsrang der Europäischen Menschenrechtskonvention in der Schweiz?, ZbJV 105/1969, S. 259-261, 264; ebenso Wildhaber, SJR 30/1974 (N. 47), S. 195-201; Wildhaber Luzius, Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZSR 98 II, 1979, S. 229-379, S. 331; Wildhaber, Treaty-making power ..., 1971 (N. 56); Trechsel Stefan, Die Europäische Menschenrechtskonvention, ihr Schutz der persönlichen Freiheit und die schweizerischen Strafprozessrechte, Bern 1974, S. 161-162; Eichenberger Kurt/Morand Charles-Albert/Kaufmann Otto K./WildhaberLuzius, «Document

de travail I» der Expertenkommission für die Totalrevision der Bundesverfassung, Bern 1974, S. 102-103, Art. 3.6.2 (Entwurf des Artikels über den Vorrang); Schindler Dietrich, Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention für die Schweiz, ZSR 94 I, 1975, S. 357-372, S. 369; Malinverni, Mémoires 1976 (N. 47) und Malinverni, Festschrift O. K. Kaufmann, 1989 (N. 56), S. 386; Spinner Bruno, Die Kompetenzdelegation beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge in der Schweiz, Zürich 1977; Haller Gret, Die innerstaatliche Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention in der Schweiz, ZBI 78/1977, S. 521-531;

Poncet Dominique, La protection de l'accusé par la Convention européenne des droits de l'homme, Genf 1977, S. 17-26; Jacot-Guillarmod Olivier, Le droit de procédure pénale neuchâteloise sous l'angle de la CEDH, Recueil de jurisprudence neuchâteloise, 1980-1981, S. 11-36, S. 14; Jacot-Guillarmod, ZbJV 120/1984 (N. 47) und ZSR 104/1985 (N. 56), S. 404 ff.; Saladin Peter, Grundrechte im Wandel, 3. Ausgabe, Bern 1982, S. XII; und Saladin, ZbJV 124bis/1988 (N. 47), S. 90-91; Krafft, Mélanges Georges Perrin, 1984 (N. 56), S. 192-195; Grisel, ZBI 88/1987 (N. 19), S. 390-391; Haller, Kommentar 1987 (N. 18), S. 37; Kälin, ZbJV 124bis/1988 (N. 18), S. 64; Spira, Mélanges Berenstein, 1989 (N. 56), S. 480-481.

[58] Bolla Plinio, Protokoll der 67. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins, ZSR 1932, S. 653a; Fleiner Fritz/Giacometti Zaccaria, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923, Neuauflage Zürich 1949, 1969; Favre Antoine, Cours de droit des gens, Freiburg 1955, S. 154; Aubert Jean-François, Traité de droit constitutionnel suisse, Paris und Neuenburg 1967, S. 483; siehe auch Hangartner, Grundzüge I, 1980 (N. 17), S. 196-197, 201; Siegenthaler Paul, Völkerrecht und Landesrecht nach schweizerischer Rechtsordnung. Das Problem des Staatsvertragsrechts im Landesrecht, ZbJV 120/1984, S. 201-226.

[59] In diesem Sinne namentlich Lardy, La force obligatoire ..., 1966 (N. 55), S. 230; Aubert, Traité, 1967 (N. 58), S. 483-484; Müller, Handbuch, 1975 (N. 47), S. 224; Auer, La juridiction constitutionnelle en Suisse, 1983 (N. 18), S. 100, Nr. 173; Siegenthaler, ZbJV 120/1984 (N. 58), S. 219.

[60] Fleiner/Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1949 (N. 58), S. 830; Favre Antoine, Droit constitutionnel suisse, Freiburg 1966, S. 446-447, 462-463; Lardy, La force obligatoire ..., 1966 (N. 55), S. 210-221; Aubert, Traité, 1967/1982 (N. 58), S. 483, Nr. 1326; Barrelet Denis, La liberté de l'information, Diss. Neuenburg, Bern 1972, S. 66; Siegenthaler Paul, Die materiellen Schranken der Verfassungsrevision als Problem des positiven Rechts, Bern 1970, S. 116; Siegenthaler, ZbJV 120/1984 (N. 58), S. 219.

[61] In diesem Sinne: Freymond, La ratification des traités, 1947 (N. 55), S. 158; Zumstein, Die staatsrechtliche Beschwerde ..., 1952, (N. 55), S. 52-53; Schultz, Das schweizerische Auslieferungsrecht, 1953 (N. 57), S. 134-143; Guggenheim, Völkerrechtliche Schranken im Landesrecht, 1955 (N. 57), S. 10-11; Wildhaber, ZbJV 105/1969 (N. 57), S. 259-261, 264; siehe weiterhin: Burckhardt, ZSR 34/1915 (N. 57), S. 159; Huber, ZbJV 110/1974 (N. 47), S. 493; Spinner, Die Kompetenzdelegation ..., 1977 (N. 57), S. 61-79; Fleiner-Gerster Thomas, Grundzüge des allgemeinen und des schweizerischen Verwaltungsrechts, Zürich 1980, S. 807; Jacot-Guillarmod, ZSR 104/1985 (N. 56), S. 403-408; Grisel, ZBI 88/1987 (N. 19), S. 382-383, 390-391; Haller, Kommentar, 1987 (N. 18), S. 37, zitiert Müller, 1975 (N. 47), S. 380; Kälin, ZbJV 124bis/1988 (N. 18), S. 64; Spira, Mélanges Berenstein, 1989 (N. 56), S. 480-481; ebenfalls: Malinverni, Festschrift O. K. Kaufmann, 1989 (N. 56), S. 387, der Saladin, Wildhaber und Müller zitiert; Jacot-Guillarmod Olivier, Strassburg, Luxemburg, Lausanne und Luzern: méthodes d'interprétation comparées de la règle internationale conventionnelle, herausgegeben von der Conférence universitaire romande im Sammelband «Les règles d'interprétation communément admises par les juridictions suisses», Freiburg 1989, S. 109-125, S. 124; Unter den Autoren, die nicht klar Stellung beziehen seien zitiert: Imboden Max/Rhinow René A., Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel 1976, S. 79 und 81; Koller Arnold, Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge und des EWG-Vertrages im innerstaatlichen Bereich, Bern 1971, S. 145.

[62] In diesem Sinn, aber mit Nuancen, Müller, Handbuch, 1975 (N. 47), S. 225-226; Grisel, ZBI 88/1987 (N. 19), S. 392, der sich auf die deutsche Lehre der «Appellentscheidungen» bezieht, die vom Richter an den Gesetzgeber gerichtet sind; Kälin, ZbJV 124bis/1988 (N. 18), S. 63 ff., im Fall der «political question»; ebenso, mit einer anderen Prämisse, Patry Robert, Le juge suisse face au libre-échange européen, in: «L'avenir du libre-échange européen: vers un Espace économique européen?», Actes des 4e et 5e Séminaires de droit international et de droit européen de l'Université de Neuchâtel, 14.-16. Oktober 1988 und 3. November 1989, Zürich 1990, Nos 636-637; Dicke Detlev-Christian, Les traités internationaux et le droit interne dans le système juridique suisse, in: Veröffentlichungen des schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Nr. 5, Zürich 1986, S. 91-106, S. 105.

[63] In diesem Sinn: Haller, Kommentar, 1987 (N. 18), S. 37; ebenso Spira, Mélanges Berenstein, 1989 (N. 56), S. 481.

[64] In diesem Sinn: Aubert, Suppl. 1982 (N. 58), S. 219.

[65] So Grisel, ZBI 88/1987 (N. 19), S. 390-391.

[66] In diesem Sinne: Jacot-Guillarmod, ZSR 1985 (N. 56), S. 402 und 427; Kälin, ZbJV 124bis/1988 (N. 18), S. 64; Saladin, ZbJV 124bis/1988 (N. 47), S. 90.

[67] BGE 93 I 38, BGE 93 I 44; BGE 108 Ia 178, BGE 108 Ia 180.

[68] Fleiner/Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1949 (N. 58), S. 932.

[69] BGE 92 I 481.

[70] Siehe Fall Schubert, BGE 99 Ib 39.

[71] Die Rheinau-Initiative 1954 und die Staatsvertragsinitiative 1974 der Nationalen Aktion (NA); siehe auch unten, Ziff. 16 f.

[72] Siehe den Entwurf des Art. 6, erarbeitet von der International Law Commission (ILC) der UNO über die Verantwortlichkeit der Staaten, abgedruckt in: Müller Jörg Paul/Wildhaber Luzius, Praxis des Völkerrechts, 2. Aufl., Bern 1982, S. 328-329; ebenfalls Entscheid Zimmermann et Steiner c/Suisse vom 13. Juli 1983, Série A 66, S. 13, Ziff. 32, in welchem der Gerichtshof präzisiert: «Il y a (...) eu violation de l'art. 6 § 1 [CEDH]. La Cour n'a pas à préciser à quelle autorité ce manquement est imputable: seule se trouve en jeu la responsabilité internationale de l'Etat.»

[73] BBI 1988 III 346.

[74] Art. 102 Ziff. 8 BV; siehe auch Art. 113 Abs. 3 BV, der ihn ebenfalls verpflichtet, sich im Stadium der Rechtsanwendung den Staatsverträgen anzupassen.

[75] Art. 85 Ziff. 5 BV; siehe auch die gemeinsame Publikation der Direktion für Völkerrecht des EDA und des Bundesamtes für Justiz, vom Bundesrat am 14. Dezember 1987 zustimmend zur Kenntnis genommen, VPB 51.58 (1987), S. 369-385, S. 374.

[76] Zu diesem Unterschied, der auch vom Bundesrat bestätigt wird, siehe oben, Ziff. 3.

[77] Grisel, ZBI 88/1987 (N. 19), S. 391-392.

[78] Siehe den Geschäftsbericht 1983 des Bundesrates (N. 1), S. 133; ebenfalls den Geschäftsbericht 1988 (N. 5), S. 47.

[79] BBI 1984 I 791; BBI 1988 III 346.

[80] Siehe BBI 1988 III 346.

[81] BBI 1988 III 346 und BBI 1984 I 791; siehe ebenfalls, in diesem Sinn, die Antwort des Bundesrates auf die Interpellation Korner von 1968 (N. 19); ebenso Entscheid Zimmermann und Steiner c/Schweiz (N. 72), S. 13, Ziff. 32; für die Lehre, siehe Jacot-Guillarmod, ZSR 104/1985 (N. 56), S. 400-402; Monnier, ZSR 105/1986 (N. 56), S. 191-192; Spira, Mélanges Berenstein, 1989 (N. 56), S. 486-487; contra, Patry, Le juge suisse ... (N. 62), N° 637.

[82] Diese These unterstützen BGE 102 Ia 317, BGE 102 Ia 319; BGE 106 Ib 400, BGE 106 Ib 402; BGE 109 Ib 165, BGE 109 Ib 173; BGE 110 V 72, BGE 110 V 76; sowie die oben zitierte Rechtsprechung (N. 30 ff. und 52); siehe auch Jacot-Guillarmod, ZbJV 120/1984 (N. 47), S. 228; Grisel, ZBI 88/1987 (N. 19), S. 390 und Spira, Mélanges Berenstein, 1989 (N. 56), S. 479; einschränkender: BGE 100 Ia 407, BGE 100 Ia 410; BGE 103 Ia 624, BGE 103 Ia 626; Aubert, Suppl. 1982 (N. 58), S. 147, Nr. 1326 und Patry, Le juge suisse ... (N. 62), N° 637.

[83] In diesem Sinn, mit Begründung, Saladin, ZbJV 124bis/1988 (N. 47), S. 81; contra, Patry, Le juge suisse ... (N. 62), N° 627.

[84] BGE 100 Ib 226.

- [85] BGE 108 Ib 408.
- [86] In diesem Sinn, im Zusammenhang mit vertraglichen Normen, siehe Patry, *Le juge suisse ...* (N. 62), N° 627.
- [87] Zu dieser Frage siehe Marcoff Marco G., *Les règles d'application indirecte en droit international*, *Revue générale de droit international public* (RGDIP) 1976, S. 385-424.
- [88] Siehe die vorerwähnte gemeinsame Stellungnahme (N. 75), welche der Bundesrat am 14. Dezember 1987 genehmigt hat, VPB 51.58 (1987), S. 369-385, S. 374; für das Völkerrecht siehe Art. 2 Abs. 1 Bst. a VRK; für die Lehre siehe namentlich Grisel, ZBI 88/1987 (N. 19), S. 380-381; Jacot-Guillarmod, ZSR 104/1985 (N. 56), S. 407; Saladin, ZbJV 124bis/1988 (N. 47), S. 83; Haller, Kommentar, 1987 (N. 18), S. 20 und Monnier, ZSR 105/1986 (N. 56), S. 145.
- [89] Siehe zu diesem Punkt die einheitliche schweizerische Lehre, ausgedrückt von Burckhardt Walter, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung* vom 29. Mai 1874, 3. Aufl., Bern 1931, S. 790; Wildhaber, *Treaty-making power ...*, 1971 (N. 56), S. 123, Nr. 55 h; Müller, *Handbuch*, 1975 (N. 47), S. 231-232; Spinner, SJZ 75/1979 (N. 56), S. 107; Jacot-Guillarmod, ZSR 104/1985 (N. 56), S. 415-416; Monnier, ZSR 105/1986 (N. 56), S. 231; Grisel, ZBI 88/1987 (N. 19), S. 380-381; Malinverni, *Festschrift O. K. Kaufmann* 1989 (N. 56), S. 386-387.
- [90] Siehe Art. 2 Abs. 1 Bst. a VRK; ebenso Jacot-Guillarmod, ZSR 104/1985 (N. 56), S. 407; Monnier, ZSR 105/1986 (N. 56), S. 145; Grisel, ZBI 88/1987 (N. 19), S. 380-381; Haller, Kommentar, 1987 (N. 18), S. 20 und Saladin, ZbJV 124bis/1988 (N. 47), S. 83.
- [91] VPB 51.58 (1987), S. 372, S. 381 und oben, Bst. d.
- [92] Amtl. Bull. N 1983 1875-1876; SIR 42, 1986, S. 104; siehe ausserdem Auer, *La juridiction constitutionnelle ...*, 1983 (N. 18), S. 78-81, Nr. 138-141; Jacot-Guillarmod, ZSR 104/1985 (N. 56), S. 407; Haller, Kommentar, 1987 (N. 18), Nr. 146; Grisel, ZBI 88/1987 (N. 19), S. 382.
- [93] In diesem Sinn siehe Grisel, ZBI 88/1987 (N. 19), S. 382-383.
- [94] BGE 105 IV 218, BGE 105 IV 222.
- [95] BGE 106 Ib 402; BGE 109 Ib 173.
- [96] Siehe besonders Grisel, ZBI 88/1987 (N. 19), S. 378.
- [97] Siehe oben, Ziff. 3 und BBl 1974 II 1133 ff., 1149.
- [98] VPB 40.60 (1976), S. 40 ff., S. 44.
- [99] Art. 43 Abs. 2 des BG vom 23. März 1962 über den Geschäftsverkehr der Bundesversammlung sowie über die Form, die Bekanntmachung und das Inkrafttreten ihrer Erlasse (*Geschäftsverkehrsgesetz [GVG]*, SR 171.11).
- [100] BBl 1988 III 456-457.
- [101] Über die Kompetenzverteilung auf diesem Gebiet, siehe BBl 1988 III 347; siehe auch Ziff. V und unten, Ziff. 17.2.
- [102] BBl 1985 II 737 ff.
- [103] BBl 1985 II 864.
- [104] BBl 1985 II 962.
- [108] BBl 1961 II 553 ff., 587.
- [109] Vgl. Art. 102 Ziff. 2 in Verbindung mit Art. 102 Ziff. 8 BV.
- [110] BBl 1954 I 721 ff., BBl 1954 I 740.
- [111] BBl 1974 II 1152-1153; siehe auch die Erklärung von Bundesrat Graber vor dem Ständerat (Amtl. Bull. S 1975 780-781). Am 18. Dezember 1975 hat der Ständerat die Initiative ungültig erklärt. Diese wollte bekanntlich auch bestehende, die Schweiz bindende völkerrechtliche Verträge dem Referendum unterstellen (Amtl. Bull. S 1975 772-788 und 1976 498). Der Nationalrat hat sich jedoch im gegenteiligen Sinn entschieden (Amtl. Bull. N 1975 1108); die Initiative wurde - zusammen mit einem Gegenvorschlag des Bundesrates dem Volk zur Abstimmung vorgelegt und am 13. März 1977 abgelehnt (BBl 1977 II 199-201, abgelehnt durch alle Stände und 69,7 % der Stimmenden).
- [112] BBl 1988 II 967 ff., 978.
- [113] BBl 1988 III 249 ff., 371.
- [114] BBl 1984 I 1365.
- [115] BBl 1984 III 900-901.
- [120] Siehe Krafft Mathias-Charles, *Les traités internationaux sont réservés*, *Festschrift 100 Jahre SchKG*, Zürich 1989, S. 161-173.
- [121] Krafft, *ibidem*, (N. 120), S. 168, zitiert Professor Schwander, der dem Vorbehalt einen «pädagogischen» oder «didaktischen» Wert beimisst.
- [122] Zum Beispiel schon in BGE 38 I 551, 603.
- [123] Siehe, als Beispiel eines allgemeinen Falles, BGE 91 I 127.
- [124] Siehe, mit Bezug auf die EMRK, BGE 106 Ia 33.
- [125] BGE 94 I 669, BGE 94 I 678.
- [126] Siehe Grisel, ZBI 88/1987 (N. 19), S. 382-383.
- [127] BGE 102 Ia 317, BGE 102 Ia 319.
- [128] Kahn Walter, *Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde*, Bern 1984: «Art. 113 Abs. 3 BV ist Anwendungsgebot, nicht Prüfungsverbot»; ebenso Auer, *La juridiction constitutionnelle*, 1983 (N. 18), Nr. 123, S. 69-70.
- [129] BGE 103 Ia 53, BGE 103 Ia 55.
- [130] BGE 106 Ib 182, BGE 106 Ib 192, Fall Henggeler; für die ältere Rechtsprechung siehe oben, Ziff. 10.
- [131] Siehe oben, Ziff. 10; siehe ebenfalls den Entscheid Achermann, BGE 105 V 1, worin das Bundesgericht befindet, dass «die unterschiedliche Behandlung von Mann und Frau in Art. 3 Abs. 1 und Art. 21 Abs. 1 AHVG [BG vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, SR 831.10] (...) nicht konventionswidrig [EMRK]» sei.
- [132] Siehe, unter vielen Beispielen, BGE 107 Ia 126, BGE 107 Ia 129 und BGE 100 Ia 445, BGE 100 Ia 450; ebenso Kälin, *Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde*, 1984 (N. 128), S. 341.
- [133] BGE 110 Ia 7, Heggettschweiler.
- [134] BGE 109 Ib 81.
- [135] Grisel, ZBI 88/1987 (N. 19), S. 392-393; für die deutsche Praxis siehe Schulte Martin, *Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, *Deutsches Verwaltungsblatt* 24/1988, S. 1200-1206, S. 1206.
- [136] Siehe Entscheid Simmenthal, Aff. 106/77, Rec. 1978, S. 629.
- [137] BGE 108 Ib 408.
- [138] Jacot-Guillarmod, ZbJV 120/1984 (N. 47), S. 241-243; Grisel, ZBI 88/1987 (N. 19), S. 391; Saladin, ZbJV 124bis/1988 (N. 47), S. 89.
- [139] Siehe zum Beispiel in der Modell-Studie zu einer neuen Bundesverfassung des EJPD vom 30. Oktober 1985 den Art. 3 bezüglich der Bindung an das Recht; Art. 4 Abs. 3 bezüglich des Prinzips von Treu und Glauben; Art. 125 bezüglich der Verfassungsgerichtsbarkeit, BBl 1985 III 192 und 221.
- [140] Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 17. Mai 1989 (BBl 1989 II 757 ff.). Die eidgenössischen Räte haben diese Instrumente im Dezember 1989 genehmigt. Sie sollten im Mai oder Juni 1990 für die Schweiz in Kraft treten.
- [141] *Rapport de gestion du Conseil fédéral pour l'année 1983*, Berne 1984, p. 139-140.

- [142] Voir FF 1988 III 233 ss, en particulier l'annexe 6 du rapport, p. 439-440.
- [143] Cet échange de vues a eu lieu à Berne le 8 mai 1989 sur la base du présent rapport.
- [144] Rapport du Tribunal fédéral sur sa gestion en 1988, du 14 février 1989, Berne 1989, p. 448.
- [145] Rapport de gestion du Conseil fédéral pour l'année 1988, du 22 février 1989, Berne 1989, p. 47.
- [146] FF 1974 II 1133 ss, p. 1149.
- [147] Voir, dans ce sens, Ignaz Seidl-Hohenveldern, *Völkerrecht*, 5e éd., Cologne 1987, p. 9, N° 31; Hersch Lauterpacht, *International Law*, vol. 1, General Works, Cambridge 1970, p. 16.
- [148] CPJ, Série A/B, N° 46, p. 167.
- [149] CPJ, Série A/B, N° 44, p. 24.
- [150] CIJ, Recueil 1988, p. 34.
- [151] Sur la tradition moniste suisse, voir ci-dessous § 8.
- [152] Voir en particulier Karl Josef Partsch, *Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht*, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, vol. 6, Karlsruhe 1964, p. 22 ss.
- [153] CIJ, Recueil 1974, p. 268.
- [154] Voir ci-dessus § 4. Sur la portée de la Conv. de Vienne pour la Suisse, avant même l'adhésion de notre pays à cet instrument, voir notamment JAAC 44.89 (1980), JAAC 47.59 (1983); ATF 110 Ib 287, ATF 110 Ib 291; ATF 110 Ib 392, ATF 110 Ib 395; ATF 112 Ia 75, ATF 112 Ia 79, ATF 112 Ia 80; voir également ci-dessous, note 140.
- [155] FF 1989 II 697.
- [156] Voir FF 1974 II 1152-1153, cité ci-dessous § 16 let. f.
- [157] Yvo Hangartner, *Grundzüge des schweizerischen Rechts*, vol. I, Zurich 1980, p. 196-197.
- [158] Dans ce sens, voir Walter Haller, *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Bâle 1987, ad art. 113, N° 142-144; voir également Andreas Auer, *La juridiction constitutionnelle en Suisse*, Bâle 1983, p. 100, N° 74 et Walter Kälin, *Der Geltungsgrund des Grundsatzes «Völkerrecht bricht Landesrecht»*, *Revue de la Société des juristes bernois (RSJB)* 124bis/1988, p. 45-65, en particulier p. 62.
- [159] Voir déjà, dans ce sens, le Conseil fédéral dans sa réponse à l'interpellation Korner de 1968, BSt.CN 1969, p. 225-226; dans le même sens, André Griset, *A propos de la hiérarchie des normes juridiques*, *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl)* 88/1987, p. 377-395, en particulier p. 390; voir également ci-dessus § 4 et ci-dessous § 9-11.
- [160] Voir la doctrine citée par Luzius Wildhaber/Stefan Breitenmoser, *The relationship between customary international law and municipal law in Western european countries*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, vol. 48, 1988, p. 163-207, p. 196.
- [161] Sur les modalités de la publication en Suisse des règles de droit international, voir les art. 2, 4, 6 al. 2, 8 al. 2, 9 al. 2 et 10 à 15 de la LF du 21 mars 1986 sur les recueils de lois et la Feuille fédérale (Loi sur les publications officielles, RS 170.512) et l'O du 15 avril 1987 y relative (O sur les publications officielles, RS 170.512.1).
- [162] ATF 112 Ib 184.
- [163] FF 1988 III 332.
- [164] Voir déjà, dans ce sens, le rapport du Conseil fédéral sur sa gestion en 1983, Berne 1984, p. 139, cité ci-dessus § 1; voir également Olivier Jacot-Guillarmod, *L'application directe des traités internationaux en Suisse: histoire d'un détour inutile*, vol. du 75e anniversaire de la Société suisse de droit international, *Annuaire suisse de droit international (ASDI)* 45, Zurich 1989, p. 129-151.
- [165] FF 1988 III 332.
- [166] Voir déjà, dans ce sens, le Conseil fédéral dans sa réponse à l'interpellation Korner de 1968, BSt.CN 1969, p. 225-226; dans le même sens, André Griset, *A propos de la hiérarchie des normes juridiques*, *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl)* 88/1987, p. 377-395, en particulier p. 390; voir également ci-dessus § 4 et ci-dessous § 9-11.
- [167] FF 1986 III 733 ss, p. 742-743.
- [168] FF 1989 I 642 ss, p. 654.
- [169] Arrêt Caudéran, ATF 21/1895, 705, 710-711; voir également ATF 7/1881, 774, 782-785; ATF 35/1909 I 596.
- [170] Parmi de nombreux exemples, voir ATF 22/1896, 1025, 1030; ATF 27/1901 I 52, etc.
- [171] ATF 7/1881, 774, 782-785.
- [172] ATF 21/1895, 705, 710-711.
- [173] ATF 35/1909 I 467, 472-473.
- [174] ATF 48/1922 II 260-261.
- [175] ATF 54/1928 I 40, 43.
- [176] ATF 93 II 192, ATF 93 II 197.
- [177] ATF 110 V 72, ATF 110 V 76.
- [178] ATF 109 Ib 165, ATF 109 Ib 173; voir aussi ATF 102 Ia 317, ATF 102 Ia 319; ATF 106 Ib 400, ATF 106 Ib 402.
- [179] ATF 100 Ia 407, ATF 100 Ia 410; ATF 103 Ia 624, ATF 103 Ia 626, ATF 103 Ia 627.
- [180] ATF 110 V 72, ATF 110 V 76.
- [181] Arrêt Sutter, du 21 octobre 1977, Arrêts du Tribunal militaire de cassation (ATMC) 9, 1973-1979, N° 136.
- [182] Sur la place de ces cas dans une perspective historique, voir Kälin, RSJB 124bis/1988 (note 18), p. 59 ss.
- [183] ATF 59 II 331, ATF 59 II 337, ATF 59 II 338.
- [184] ATF 105 IV 218, ATF 105 IV 222.
- [185] ATF 94 I 669.
- [186] ATF 99 Ib 39; traduction dans ASDI 30/1974, p. 110-113, p. 112-113, consid. 3.
- [187] Hans Huber, *Die verwaltungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1973*, RSJB 110/1974, p. 492-493; Augustin Macheret, *Les traités d'établissement et les législations nationales de police des étrangers*, *Cahiers de droit européen (CDE)* 10/1974, p. 209-210; Giorgio Malinverni, *Mémoires de la Faculté de droit de Genève* N° 49, 1976, p. 25-28; Jörg Paul Müller, *Völkerrecht und schweizerische Rechtsordnung*, *Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik*, Berne/Stuttgart 1975, p. 224-227; Luzius Wildhaber, *Bemerkungen zum Fall Schubert betreffend das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht*, ASDI 30/1974, p. 195-201; Olivier Jacot-Guillarmod, *Fondements juridiques internationaux de la primauté du droit international dans l'ordre juridique suisse*, RSJB 120/1984, p. 227-244, p. 229; Grisel, ZBl 88/1987 (note 19), p. 391-393; Kälin, RSJB 124bis/1988 (note 18), p. 60-64; Peter Saladin, *Völkerrechtliches jus cogens und schweizerisches Landesrecht*, RSJB 124bis/1988, p. 81-82.
- [188] ATF 112 II 13, consid. 8.
- [189] Arrêt Courtet, du 23 octobre 1985, ATF 111 V 201, ATF 111 V 202, ATF 111 V 203.
- [190] X c/DFJP du 29 mai 1985, ATF 111 Ib 68, ATF 111 Ib 71, ATF 111 Ib 72.
- [191] ATF 99 Ib 39, Schubert, confirmé par ATF 112 II 13, Wohnbau AG Giswil; ATF 111 V 201, Courtet.
- [192] Voir, parmi d'autres exemples, l'arrêt Riesow, de 1881, ATF 7, 774, 782-783, primauté d'un traité avec la France de 1864 et d'un traité avec l'Union douanière allemande de 1869 sur une LF de 1879; l'arrêt Spengler, du 10 juin 1909, ATF 35 I 467, ATF 35 I 472, ATF 35 I 473, primauté d'une convention de La Haye de 1902 sur la LF de 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour (LRDC); l'arrêt Schärff; du 20 janvier 1928, ATF 54 I 40, ATF 54 I 43, primauté de la Conv. de La Haye de

1905 sur l'art. 4 Cst.; l'arrêt Heini, du 20 février 1931, ATF 57 I 19, ATF 57 I 22, ATF 57 I 23, primauté d'une convention entre la Suisse et l'Autriche sur l'art. 59 Cst.; l'arrêt Cottet, du 5 mars 1952, ATF 78 I 117, ATF 78 I 119, ATF 78 I 120, ATF 78 I 121, primauté de la Conv. avec la France de 1869 sur la LF de 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite; l'arrêt Librairie Hachette, du 21 mars 1967, ATF 93 II 192, ATF 93 II 197, primauté de la Conv. franco-suisse de 1869 sur la loi sur les cartels de 1962; l'arrêt Frigerio, du 22 novembre 1968, ATF 94 I 669, ATF 94 I 679, ATF 94 I 680, primauté réservée tacitement par la loi de 1924 sur le service des postes en faveur de la Conv. de 1879 entre la Suisse et le Grand-Duché de Bade au sujet de la navigation sur le Rhin; ainsi qu'un grand nombre d'arrêts dans le domaine de l'extradition et de la sécurité sociale (voir, parmi des dizaines d'arrêts, ATF 22/1896, 1025-1030; ATF 27 I 52; et, parmi les arrêts plus récents, ATF 95 I 462, ATF 95 I 465; ATF 96 V 140; ATF 100 Ia 407, ATF 100 Ia 410; ATF 103 Ia 624, ATF 103 Ia 626; ATF 106 Ib 400, ATF 106 Ib 402; ATF 109 V 224; ATF 110 V 72, ATF 110 V 76, etc.); on mentionnera encore les arrêts Dharmaradjah, de 1981, ATF 107 Ib 68, ATF 107 Ib 69 et Bozano, de 1980, ATF 106 Ib 16, ATF 106 Ib 17, évoqués plus loin (§ 16 c), qui ont consacré - dans l'attente d'une révision législative entrée en vigueur le 1er janvier 1983 (LF du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale [EIMP], RS 351.1) - la primauté de l'art. 5 § 4 CEDH sur l'art. 23 de la LF du 22 janvier 1892 sur l'extradition aux Etats étrangers (LExtr, RS 3 501), aujourd'hui abrogée.

[193] Voir par exemple l'arrêt Steenworden, de 1933, ATF 59 II 331, ATF 59 II 337, ATF 59 II 338, dans le sens de la primauté de la loi; et l'arrêt X c/DFJP, de 1985, ATF 111 Ib 68, ATF 111 Ib 71, ATF 111 Ib 72, dans le sens de la primauté du traité.

[194] Pour une appréciation quantitative du phénomène, voir l'étude de Kälin, citée en note 18; sur le caractère politiquement délicat des cas où le Tribunal fédéral a dérogé au principe de la primauté, voir Robert Patry, *Le Tribunal fédéral et le droit international*, Mélanges Assista, Genève 1989, p. 519-531, p. 527.

[195] Marguerite Paur, *Der Abschluss von Staatsverträgen im Bundesstaat*, Zurich 1938, p. 140; Pierre Freymond, *La ratification des traités et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne*, Lausanne 1947, p. 158; Kurt Furgler, *Grundprobleme der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Staaten unter besonderer Berücksichtigung der Haager Kodifikationskonferenz, sowie der Praxis der Vereinigten Staaten und der Schweiz*, Winterthur 1948, p. 22; Hans Zumstein, *Die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung von Staatsverträgen*, Berne 1952, p. 52-53; Pierre Lardy, *La force obligatoire du droit international en droit interne*, Neuchâtel/Bâle 1966, p. 203-222, 243.

[196] Luzius Wildhaber, *Treaty-making power and Constitution (An international and comparative study)*, Bâle/Stuttgart 1971, (412 p.) et ASDI 30/1974 (note 47); Huber, RSJB 110/1974 (note 47), p. 489; Müller, *Handbuch* 1975 (note 47); Georges Perrin, *Les rapports entre le droit international et le droit interne, en particulier dans l'arrêt Barcelona Traction, Festschrift für Bernhard C. H. Aubin zum 65. Geburtstag*, Strasbourg 1979, p. 127; Bruno Spinner, *Parlamentarische Genehmigungs- und Delegationsbeschlüsse beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge in der Schweiz*, *Revue suisse de jurisprudence* (RSJ) 75/1979, p. 106-109; Mathias-Charles Krafft, *Observations sur les rapports entre le droit international et le droit suisse, à la lumière notamment de certains développements récents de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, dans: *Mélanges Georges Perrin*, Lausanne 1984, p. 187-197; Jacot-Guillarmod, RSJB 120/1984 (note 47); Olivier Jacot-Guillarmod, *La primauté du droit international face à quelques principes directeurs de l'Etat fédéral suisse*, *Revue de droit suisse* (RDS) 104/1985, p. 383-428; Jacot-Guillarmod, ASDI 45/1989 (note 24); Jean Monnier, *Les principes et les règles constitutionnels de la politique étrangère suisse*, RDS 105/1986, p. 107-247; Grisel, ZBI 88/1987 (note 19); Kälin, RSJB 124bis/1988 (note 18); Patry, *Mélanges Assista*, 1989 (note 54); Saladin, RSJB 124bis/1988 (note 47); Wildhaber/Breitenmoser, *ZaöRV* 1988 (note 20); Raymond Spira, *L'application du droit international de la sécurité sociale par le juge*, *Mélanges Berenstein*, Lausanne 1989, p. 471-487; Giorgio Malinverni, *L'article 113, alinéa 3 de la Constitution fédérale et le contrôle de la conformité des lois fédérales à la Convention européenne des droits de l'homme*, *Festschrift für Otto K. Kaufmann*, Berne 1989, p. 381-397.

[197] Walter Burckhardt, *Die staatliche Wirkung der Staatsverträge*, RDS 34/1915, p. 145 ss., p. 159; Paur, *Der Abschluss von Staatsverträgen ...*, 1938 (note 55), p. 140; Freymond, *La ratification ...*, 1947 (note 55), p. 158; Furgler, *Grundprobleme ...*, 1948 (note 55), p. 22; Zumstein, *Die staatsrechtliche Beschwerde ...*, 1952 (note 55), p. 52-53; Hans Schultz, *Das schweizerische Auslieferungsrecht*, Berne 1953, p. 134-143; Paul Guggenheim, *Völkerrechtliche Schranken im Landesrecht*, Vortrag, Karlsruhe 1955, p. 10-11; Christian Dominicé, *Le droit international coutumier dans l'ordre juridique suisse*, *Mémoires de la Faculté de droit de Genève* N° 27, 1969, p. 29-33; Luzius Wildhaber, *Verfassungsrang der Europäischen Menschenrechtskonvention in der Schweiz?* RSJB 105/1969, p. 259-261, 264; voir également Wildhaber, ASDI 30/1974 (note 47), p. 195-201; Luzius Wildhaber, *Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention*, RDS 98 II/1979, p. 229-379, p. 331; Wildhaber, *Treaty-making power ...*, 1971 (note 56); Stefan Trechsel, *Die Europäische Menschenrechtskonvention, ihr Schutz der persönlichen Freiheit und die schweizerischen Strafprozessrechte*, Berne 1974, p. 161-162; Kurt Eichenberger/Charles Albert Morand/Otto K. Kaufmann/Luzius Wildhaber, «Document de travail I» de la Commission d'experts pour la révision totale de la Constitution fédérale, Berne 1974, p. 102-103, art. 3.6.2 (projet d'article consacré à la primauté); Dietrich Schindler, *Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention für die Schweiz*, RDS 94 I/1975, p. 357-372, p. 369; Malinverni, *Mémoires* 1976 (note 47) et *Festschrift Kaufmann*, 1989 (note 56), p. 386; Bruno Spinner, *Die Kompetenzdelegation beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge in der Schweiz*, Zurich 1977; Gret Haller, *Die innerstaatliche Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention in der Schweiz*, ZBI 78/1977, p. 521-531; Dominique Poncet, *La protection de l'accusé par la Convention européenne des droits de l'homme*, Genève 1977, p. 17-26; Olivier Jacot-Guillarmod, *Le droit de procédure pénale neuchâtelois sous l'angle de la CEDH*, *Recueil de jurisprudence neuchâteloise*, 1980-1981, p. 11-36, p. 14; Jacot-Guillarmod, RSJB 120/1984 (note 47) et RDS 104/1985 (note 56), p. 404 ss.; Peter Saladin, *Grundrechte im Wandel*, 3e éd., Berne 1982, p. XII; Saladin, RSJB 124bis/1988 (note 47), p. 90-91; Krafft, *Mélanges Georges Perrin*, 1984 (note 56), p. 192-195; Grisel, ZBI 88/1987 (note 19), p. 390-391; Haller, *Commentaire*, 1987 (note 18), p. 37; Kälin, RSJB 124bis/1988 (note 18), p. 64; Spira, *Mélanges Berenstein*, 1989 (note 56), p. 480-481.

[198] Plinio Bolla, *Procès-verbal de la 67ème réunion annuelle de la Société suisse des juristes*, RDS 1932, p. 653a; Fritz Fleiner/Zaccaria Giacometti, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Tübingen 1923, reproduction Zurich 1949, 1969; Antoine Favre, *Cours de droit des gens*, Fribourg 1955, p. 154; Jean-François Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Paris et Neuchâtel 1967/1982, p. 483; voir encore Hangartner, *Grundzüge I*, 1980 (note 17), p. 196-197 et 201; Paul Siegenthaler, *Völkerrecht und Landesrecht nach schweizerischer Rechtsordnung. Das Problem des Staatsvertragsrechts im Landesrecht*, RSJB 120/1984, p. 201-226.

[199] Dans ce sens, notamment Lardy, *La force obligatoire ...*, 1966, (note 55), p. 230; Aubert, *Traité*, 1967 (note 58), p. 483-484; Müller, *Handbuch*, 1975 (note 47), p. 224; Auer, *La juridiction constitutionnelle*, 1983 (note 18), p. 100, N° 173 et Siegenthaler, RSJB 120/1984 (note 58), p. 219.

[200] Fleiner/Giacometti, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 1949 (note 58), p. 830; Antoine Favre, *Droit constitutionnel suisse*, Fribourg 1966, p. 446-447, 462-463; Lardy, *La force obligatoire ...*, 1966, (note 55), p. 210-221; Aubert, *Traité*, 1967/1982 (note 58), p. 483, N° 1326; Denis Barrelet, *La liberté de l'information*, thèse, Neuchâtel/Berne 1972, p. 66; Paul Siegenthaler, *Die materiellen Schranken der Verfassungsrevision als Problem des positiven Rechts*, Berne 1970, p. 116; Siegenthaler, RSJB 120/1984 (note 58), p. 219.

[201] Dans ce sens précis: Freymond, *La ratification des traités ...*, 1947 (note 55), p. 158; Zumstein, *Die staatsrechtliche*

Beschwerde ..., 1952 (note 55), p. 52-53; Schultz, Das schweizerische Auslieferungsrecht, 1953 (note 57), p. 134-143; Guggenheim, Völkerrechtliche Schranken ..., 1955 (note 57), p. 10-11; Wildhaber, RSJB 105/1969 (note 57), p. 259-261, p. 264; voir en outre: Burckhardt, RDS 34/1915 (note 57), p. 159; Huber, RSJB 110/1974 (note 47), p. 493; Spinner, Die Kompetenzdelegation ..., 1977 (note 57), p. 61-79; Thomas Fleiner-Gerster, Grundzüge des allgemeinen und des schweizerischen Verwaltungsrechts, Zurich 1980, p. 807; Jacot-Guillarmod, RDS 104/1985 (note 56), p. 403-408; Grisel, ZBI 88/1987 (note 19), p. 382-383, 390-391; Haller, Commentaire, Bâle 1987, (note 18), p. 37, qui cite Müller, 1975 (note 47), p. 380; Kälin, RSJB 124bis/1988 (note 18), p. 64; Spira, Mélanges Berenstein, 1989 (note 56), p. 480-481; voir également Malinverni, Festschrift Kaufmann, 1989 (note 56), p. 387, qui cite Peter Saladin, Luzius Wildhaber et Jörg Paul Müller; Olivier Jacot-Guillarmod, Strasbourg, Luxembourg, Lausanne et Lucerne: méthodes d'interprétation comparées de la règle internationale conventionnelle, publié par la Conférence universitaire romande dans l'ouvrage collectif «Les règles d'interprétation communément admises par les juridictions suisses», Fribourg 1989, p. 109-125, p. 124; parmi les auteurs qui ne prennent pas position, on citera: Max Imboden/René A. Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bâle 1976, p. 79 et 81; Arnold Koller, Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge und des EWG-Vertrages im innerstaatlichen Bereich, Berne 1971, p. 145.

[202] Dans ce sens, avec des nuances, Müller, Handbuch, 1975 (note 47), p. 225-226; Grisel, ZBI 88/1987 (note 19), p. 392, qui se réfère à la doctrine allemande des «Appellentscheidungen» adressées par le juge au législateur; Kälin, RSJB 124bis/1988 (note 18), p. 63 ss, en cas de «political question»; voir également, avec une prémisse différente, Robert Patry, Le juge suisse face au libre-échange européen, dans: «L'avenir du libre-échange européen: vers un Espace économique européen?», Actes des 4e et 5e Séminaires de droit international et de droit européen de l'Université de Neuchâtel, 14-16 octobre 1988 et 3 novembre 1989, Zurich 1990, Nos 636-637 et Detlev-Christian Dicke, Les traités internationaux et le droit interne dans le système juridique suisse, dans: Veröffentlichungen des schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, N° 5, Zurich 1986, p. 91-106, p. 105.

[203] Dans ce sens, Haller, Commentaire, 1987 (note 18), p. 37; voir également, dans le même sens, Spira, Mélanges Berenstein, 1989 (note 56), p. 481.

[204] Dans ce sens, Aubert, Supplément 1982 (note 58), p. 219.

[205] Dans ce sens, Grisel, ZBI 88/1987 (note 19), p. 390-391.

[206] Dans ce sens, Jacot-Guillarmod, RDS 104/1985 (note 56), p. 402 et 427; Kälin, RSJB 124bis/1988 (note 18), p. 64; Saladin, RSJB 124bis/1988 (note 47), p. 90.

[207] ATF 93 I 38, ATF 93 I 44; ATF 108 Ia 178, ATF 108 Ia 180.

[208] Fleiner/Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1949 (note 58), p. 932.

[209] ATF 92 I 481 (traduction).

[210] Voir l'arrêt Schubert, ATF 99 Ib 39.

[211] En 1954, à l'occasion de l'initiative de Rheinau, et en 1974, à l'occasion de l'initiative de l'Action nationale en matière de traités internationaux, voir ci-dessous § 16 f.

[212] Voir le projet d'art. 6 élaboré par la Commission du droit international de l'ONU en matière de responsabilité internationale, reproduit dans: Jörg Paul Müller/Luzius Wildhaber, Praxis des Völkerrechts, 2e éd., Berne 1982, p. 328-329; voir également l'arrêt Zimmermann et Steiner c/Suisse du 13 juillet 1983, Série A 66, p. 13, § 32, dans lequel la Cour précise: «Il y a (...) eu violation de l'art. 6 § 1 [CEDH]. La Cour n'a pas à préciser à quelle autorité ce manquement est imputable: seule se trouve en jeu la responsabilité internationale de l'Etat».

[213] FF 1988 III 331.

[214] Art. 102 ch. 8 Cst.; voir également l'art. 113 al. 3 Cst., qui l'oblige lui aussi à se conformer aux traités au stade de l'application du droit.

[215] Art. 85 ch. 5 Cst.; voir également la publication commune de la Direction du droit international public du DFAE et de l'Office fédéral de la justice, approuvée par le Conseil fédéral le 14 décembre 1987, JAAC 51.58 (1987), p. 390.

[216] Sur cette différence, admise par le Conseil fédéral, voir ci-dessus § 3.

[217] Grisel, ZBI 88/1987 (note 19), p. 391-392.

[218] Voir le rapport de gestion du Conseil fédéral pour l'année 1983 (note 1), p. 139; voir également le rapport de gestion pour l'année 1988 (note 5), p. 47.

[219] FF 1984 I 798-799; FF 1988 III 331.

[220] Dans ce sens, FF 1988 III 331.

[221] FF 1988 III 331 et FF 1984 I 798-799; voir déjà, dans ce sens, la réponse du Conseil fédéral à l'interpellation Korner de 1968 (note 19); voir également l'arrêt Zimmermann et Steiner c/Suisse (note 72), p. 13, § 32; pour la doctrine, voir Jacot-Guillarmod, RDS 104/1985 (note 56), p. 400-402; Monnier, RDS 105/1986 (note 56), p. 191-192; Spira, Mélanges Berenstein, 1989 (note 56), p. 486-487; contra, Patry, Le juge suisse ... (note 62), N° 637.

[222] A l'appui de cette thèse, voir ATF 102 Ia 317, ATF 102 Ia 319; ATF 106 Ib 400, ATF 106 Ib 402; ATF 109 Ib 165, ATF 109 Ib 173; ATF 110 V 72, ATF 110 V 76 et la jurisprudence citée ci-dessus (notes 30 ss. et 52); voir aussi Jacot-Guillarmod, RSJB 120/1984 (note 47), p. 228; Grisel, ZBI 88/1987 (note 19), p. 390 et Spira, Mélanges Berenstein, 1989 (note 56), p. 479; plus restrictifs, ATF 100 Ia 407, ATF 100 Ia 410; ATF 103 Ia 624, ATF 103 Ia 626; Aubert, Supplément 1982 (note 58), p. 147, N° 1326 et Patry, Le juge suisse ... (note 62), N° 637.

[223] Dans ce sens, avec raison, Saladin, RSJB 124bis/1988 (note 47), p. 81; contra, Patry, Le juge suisse ... (note 62), N° 627.

[224] ATF 100 Ib 226.

[225] ATF 108 Ib 408.

[226] Dans ce sens, à propos des normes conventionnelles, voir Patry, Le juge suisse ... (note 62), N° 627.

[227] Sur cette question, voir Marco G. Marcoff, Les règles d'application indirecte en droit international, Revue générale de droit international public (RGDIP) 1976, p. 385-424.

[228] Voir la publication commune précitée (note 75), approuvée par le Conseil fédéral le 14 décembre 1987, JAAC 51.58 (1987), p. 388-401; pour le droit international, voir l'art. 2 § 1 let. a CV; pour la doctrine, voir notamment Grisel, ZBI 88/1987 (note 19), p. 380-381; Jacot-Guillarmod, RDS 104/1985 (note 56), p. 407; Saladin, RSJB 124bis/1988 (note 47), p. 83; Haller, Commentaire, 1987 (note 18), p. 20 et Monnier, RDS 105/1986 (note 56), p. 145.

[229] Voir, sur ce dernier point, la doctrine concordante exprimée chez Walter Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3e éd., Berne 1931, p. 790; Wildhaber, Treaty-making power ..., 1971 (note 56), p. 123, N° 55 h; Müller, Handbuch, 1975 (note 47), p. 231-232; Spinner, RSJ 75/ 1979 (note 56), p. 107; Jacot-Guillarmod, RDS 104/1985 (note 56), p. 415-416; Monnier, RDS 105/1986 (note 56), p. 231; Grisel, ZBI 88/1987 (note 19), p. 380-381; Malinverni, Festschrift Kaufmann, 1989 (note 56), p. 386-387.

[230] Voir l'art. 2 § 1 let. a CV; dans ce sens Jacot-Guillarmod, RDS 104/1985 (note 56), p. 407; Monnier, RDS 105/1986 (note 56), p. 145; Grisel, ZBI 88/1987 (note 19), p. 380-381; Haller, Commentaire, 1987 (note 18), p. 20 et Saladin, RSJB 124bis/1988 (note 47), p. 83.

[231] JAAC 51.58 (1987), p. 388, p. 397 et ci-dessus let. d.

[232] BO CN 1983 1875-1876, ASDI 42, 1986, p. 104; voir de surcroît Auer, La juridiction constitutionnelle ..., 1983 (note 18), p.

78-81, N° 138-141; Jacot-Guillarmod, RDS 104/1985 (note 56), p. 407; Haller, Commentaire, 1987 (note 18), N° 146 et Grisel, ZBI 88/1987 (note 19), p. 382.

[233] Dans ce sens, voir Grisel, ZBI 88/1987 (note 19), p. 382-383.

[234] ATF 105 IV 218, ATF 105 IV 222.

[235] ATF 106 Ib 402; ATF 109 Ib 173.

[236] Voir tout particulièrement Grisel, ZBI 88/1987 (note 19), p. 378.

[237] Voir ci-dessus § 3 et FF 1974 II 1133 ss, 1149.

[238] JAAC 40.60 (1976), p. 40 ss., p. 44.

[239] Art. 43 al. 2 de la LF du 23 mars 1962 sur la procédure de l'Assemblée fédérale ainsi que sur la forme, la publication et l'entrée en vigueur des actes législatifs (loi sur les rapports entre les conseils [LREC], RS 171.11).

[240] FF 1988 III 439-440.

[241] Sur le partage des compétences à cet égard, voir FF 1988 III 331-332; voir également ch. V et ci-dessous § 17.2.

[242] FF 1985 II 741 ss.

[243] FF 1985 II 873.

[244] FF 1985 II 974.

[248] FF 1961 II 549 ss, 585.

[249] Voir l'art. 102 ch. 2 en liaison avec l'art. 102 ch. 8 Cst.

[250] FF 1954 I 697 ss, 715-716.

[251] FF 1974 II 1152-1153; voir également la déclaration du Conseiller fédéral Graber devant le Conseil des Etats (BO CE 1975 780-781). Le 18 décembre 1975, le Conseil des Etats déclara nulle l'initiative qui demandait, on le sait, que les traités internationaux qui liaient la Suisse à l'époque fussent exposés à un référendum (BO CE 1975 772-788 et 1976 498). Le Conseil national s'étant néanmoins prononcé en sens contraire (BO CN 1975 1108), l'initiative fut soumise - avec le contre-projet du Conseil fédéral - au vote du constituant et rejetée le 13 mars 1977 (FF 1977 II 199-201, rejet par tous les cantons et 69,7 % des voix).

[252] FF 1988 II 946 ss, 956.

[253] FF 1988 III 233 ss, 357.

[254] FF 1984 I 1397.

[255] FF 1984 III 910-911.

[260] Sur ce problème, voir Mathias-Charles Krafft, Les traités internationaux sont réservés, Festschrift 100 Jahre SchKG/Centenaire de la LP, Zurich 1989, p. 161-173.

[261] Krafft, ibidem (note 120), p. 168. L'auteur cite le professeur Schwander, qui souligne le caractère «didactique» d'un tel renvoi.

[262] Voir déjà ATF 38 I 551, ATF 38 I 603.

[263] Cas général: voir par exemple ATF 91 I 127.

[264] Voir, à propos de la CEDH, ATF 106 la 33.

[265] ATF 94 I 669, ATF 94 I 678.

[266] Voir à ce propos Grisel, ZBI 88/1987 (note 19), p. 382-383.

[267] ATF 102 la 317, ATF 102 la 319.

[268] Walter Kahn, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, Berne 1984: «Art. 113 Abs. 3 BV ist Anwendungsgebot, nicht Prüfungsverbot»; voir également Auer, La juridiction constitutionnelle ..., 1983 (note 18), N° 123, p. 69-70.

[269] ATF 103 la 53, ATF 103 la 55.

[270] ATF 106 Ib 182, ATF 106 Ib 192, Henggeler; pour la jurisprudence antérieure, voir ci-dessus § 10.

[271] Voir ci-dessus § 10; voir également l'arrêt Achermann, ATF 105 V 1, où le Tribunal fédéral estime que «la situation différente réservée à l'homme et à la femme aux art. 3 al. 1 et 21 al. 1 LAVS [LF du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants, RS 831.10] ne viole pas la CEDH».

[272] Voir, parmi de nombreux exemples, ATF 107 la 126, ATF 107 la 129 et ATF 100 la 445, ATF 100 la 450 ainsi que Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 1984 (note 128), p. 341.

[273] ATF 110 la 7, Heggetschweiler.

[274] ATF 109 Ib 81.

[275] Grisel, ZBI 88/1987 (note 19), p. 392-393; sur la pratique allemande, voir Martin Schulte, Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Deutsches Verwaltungsblatt 24/1988, p. 1200-1206, p. 1206.

[276] Voir l'arrêt Simmenthal, aff. 106/77, Rec. 1978, p. 629.

[277] ATF 108 Ib 408.

[278] Jacot-Guillarmod, RSJB 120/1984 (note 47), p. 241-243; Grisel, ZBI 88/1987 (note 19), p. 391; Saladin, RSJB 124bis/1988 (note 47), p. 89.

[279] Voir par exemple, dans l'essai de modèle de constitution du DFJP du 30 octobre 1985, l'art. 3, relatif au respect du droit; l'art. 4 al. 3, relatif à la bonne foi; et l'art. 125, relatif à la juridiction constitutionnelle, FF 1985 III 205 et 235.

[280] Voir le message du Conseil fédéral du 17 mai 1989 (FF 1989 II 697 ss). Les Chambres fédérales ont approuvé ces instruments en décembre 1989. Leur entrée en vigueur pour la Suisse devrait intervenir en mai ou juin 1990.