



27 mai 2024

Le référendum en matière de traités internationaux dans le droit constitutionnel fédéral

Vue d'ensemble du droit et analyse juridique



Le référendum en matière de traités internationaux dans le droit constitutionnel fédéral

Table des matières

1	Contexte	3
2	Référendum facultatif en matière de traités internationaux	3
3	Référendum obligatoire en matière de traités internationaux	3
4	Référendum obligatoire <i>sui generis</i> en matière de traités internationaux	4
4.1	Question de la base juridique	5
4.2	Éléments d'interprétation de la Constitution, pratique et doctrine.....	6
4.2.1	Lettre et systématique	6
4.2.2	Evolution de la Constitution	6
4.2.3	Esprit et but.....	10
4.2.4	Pratique des autorités fédérales.....	10
4.2.5	Doctrine en matière de Constitution	14
4.3	Interprétation et résultat.....	14
4.3.1	Exclusion du droit constitutionnel coutumier	15
4.3.2	Règle de droit constitutionnel non écrit ?.....	15
4.3.2.1	Marge d'interprétation inexistante dans l'art. 140, al. 1, let. b, Cst.....	15
4.3.2.2	Admissibilité par analogie avec l'art. 140, al. 1, let. a, Cst. ?.....	15
4.3.2.3	Importance du développement des relations avec l'UE.....	17
5	Résumé	18

Le référendum en matière de traités internationaux dans le droit constitutionnel fédéral

Berne, 27 mai 2024

1 Contexte

Le présent document traite la question de la nécessité de soumettre au référendum le résultat des négociations en cours entre la Suisse et l'Union européenne (UE). Il répond au mandat donné par le Conseil fédéral au DFJP le 8 mars 2024 (EXE 2024.0441, ch. 9). Les éventuels accords bilatéraux issus des négociations n'ont pas encore de titre. Nous les nommerons, dans le présent document, « le paquet d'accords ».

2 Référendum facultatif en matière de traités internationaux

Les traités internationaux sujets au référendum ne sont soumis au vote du peuple que si 50 000 citoyens et citoyennes ayant le droit de vote ou huit cantons le demandent dans les 100 jours à compter de la publication officielle de l'acte (c'est-à-dire de son adoption par le Parlement ; art. 141, al. 1, Cst.¹). Le référendum facultatif en matière de traités internationaux implique donc qu'un certain nombre de citoyens ou de cantons veulent empêcher que le traité en question soit approuvé.

Le référendum ne peut être demandé que contre des traités internationaux d'une grande portée temporelle ou matérielle (art. 141, al. 1, let. d, ch. 1 à 3, Cst.), c'est-à-dire : qui sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables (ch. 1), qui prévoient l'adhésion à une organisation internationale (ch. 2), ou qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales (ch. 3).

Si le paquet d'accords est conclu, on peut présumer qu'il contiendra des dispositions importantes fixant des règles de droit et qu'il devra donc être mis en œuvre dans les lois fédérales (art. 164, al. 1, Cst.). Il pourrait donc faire l'objet d'une demande de référendum.

Si une demande de référendum aboutissait dans les délais contre le paquet d'accords, l'approbation de ce dernier nécessiterait uniquement une « majorité simple ». En d'autres termes, la majorité des votants devrait l'accepter (ou, plus précisément, accepter l'arrêté d'approbation du Parlement², art. 141 en relation avec l'art. 142, al. 1, Cst.).

3 Référendum obligatoire en matière de traités internationaux

Si un traité est soumis au référendum obligatoire en vertu de l'art. 140, al. 1, let. b, Cst., une votation populaire a lieu d'office. Il faut que le traité prévoie l'adhésion à une organisation de sécurité collective ou à une communauté supranationale.

Le paquet d'accords, selon le *common understanding* entre la Suisse et l'UE et le mandat de négociation, ne prévoira pas d'adhésion à une organisation de sécurité collective ou à une communauté supranationale telle que l'UE. Il ne devrait donc en principe pas être l'objet d'un référendum obligatoire en matière de traités internationaux visé à l'art. 140, al. 1, let. b, Cst.

La notion d'adhésion (« *Beitritt* », « *adesione* ») à une communauté supranationale au sens de l'art. 140, al. 1, let. b, Cst. est toutefois sujette à interprétation³. Dans de rares circonstances, une association juridique avec une communauté supranationale pourrait déployer des

¹ RS 101.

² Art. 24, al. 3, LParl, RS 171.10.

³ Voir le message « Référendum en matière de traités internationaux », FF 1974 II 1133, p. 1157.

Le référendum en matière de traités internationaux dans le droit constitutionnel fédéral

effets similaires à une adhésion⁴. Si une association avec l'UE avait des conséquences comparables à celles d'une adhésion, l'arrêté d'approbation devrait être soumis au vote du peuple et des cantons⁵.

Pour qu'une association avec une communauté supranationale puisse être juridiquement qualifiée d'équivalente à une adhésion, elle devrait être exceptionnellement étroite. L'association de la Suisse avec une communauté supranationale serait similaire ou très semblable à une adhésion si l'accord d'association comprenait des dispositions institutionnelles très poussées : concrètement, la Suisse devrait se soumettre à des organes supranationaux (c'est-à-dire agissant indépendamment des Etats parties à l'accord) dotés du pouvoir d'émettre, dans un domaine de compétence relativement large, des règles de droit contraignantes directement applicables aux particuliers, par des décisions prises à la majorité⁶.

Il est peu probable que le processus de « reprise dynamique autonome » du droit de l'UE éventuellement prévu par le paquet d'accords soit ainsi conçu : la Suisse pourrait toujours refuser unilatéralement la reprise d'un acte de l'UE – au prix de contreparties proportionnelles. Sur la base du *common understanding* et du mandat de négociation, on ne saurait présumer que le paquet d'accords équivaille à une adhésion ou s'en rapproche et soit donc soumis au référendum obligatoire en matière de traités internationaux. Il ne sera cependant possible de donner un avis définitif que sur la base du résultat paraphé des négociations.

Si le référendum obligatoire s'appliquait au paquet d'accords, l'approbation de ce dernier demanderait une « double majorité ». Cela signifie qu'il devrait être accepté à la fois par la majorité des votants et par la majorité des cantons (art. 140, al. 1, en relation avec l'art. 142, al. 2, Cst.).

4 Référendum obligatoire *sui generis* en matière de traités internationaux

Outre les deux types de référendum en matière de traités internationaux codifiés dans la Constitution fédérale, le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale reconnaissent dans leur pratique, de même qu'une partie de la doctrine du droit constitutionnel, un référendum extraordinaire, qui n'est pas inscrit dans la Constitution. Ce référendum, qui se trouve en ce sens en dehors de l'ordre constitutionnel fédéral⁷, est désigné sous le terme de « référendum *sui generis* en matière de traités internationaux ». Nous le désignerons ainsi dans la suite du présent document. Il s'agit d'un type de référendum *obligatoire*, qui requiert le vote du peuple et des cantons⁸.

L'Assemblée fédérale a soumis trois fois un traité international au vote du peuple et des cantons sans que cela soit prévu par la Constitution fédérale de l'époque : en 1920, lors de l'accession de la Suisse à la Société des nations, parce que le Conseil fédéral l'estimait « une affaire de la plus grande importance »⁹ ; en 1972, lors de la conclusion de l'accord de libre-échange avec la Communauté européenne (ALE CEE)¹⁰, parce que le Conseil fédéral jugeait

⁴ Voir E. Grisel, Initiative et référendum populaires : Traité de la démocratie semi-directe en droit suisse, Berne 2004, n° 791.

⁵ Voir Diggelmann, SGK BV, Art. 140 Cst., n° 25 ; Epiney/Diezig, BSK BV, Art. 140 Cst., n° 21 ; L. Gonin, Droit constitutionnel suisse, Zurich 2021, n° 1714 ; R. Schweizer, Entstehung und Entwicklung des schweizerischen Föderalismus, in: VdCH I, Zurich 2020, n° 42.

⁶ Voir message « Référendum en matière de traités internationaux », FF 1974 II 1133, p. 1156 s. ; Diggelmann, SGK BV, Art. 140 Cst., n° 23 ; A. Glaser, Das Institutionelle Abkommen Schweiz-EU – ein Fall für das obligatorische Staatsvertragsreferendum?, Sui generis 2020, n° 4 ss.

⁷ Voir R. Rhinow/M. Schefer/P. Uebersax, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3^e éd., Bâle 2016, n° 3691.

⁸ Message « Traités internationaux ayant un caractère constitutionnel », FF 2020 1195, p. 1199.

⁹ Message « Société des nations », FF 1919 IV 567, p. 661.

¹⁰ RS 0.632.401.

Le référendum en matière de traités internationaux dans le droit constitutionnel fédéral

que c'était nécessaire pour des motifs matériels et politiques afin d'éviter une « contradiction par trop flagrante avec l'usage qui veut que [...] le souverain participe à la formation du droit interne suisse »^{11, 12} ; enfin, en 1992, lors de l'entrée dans l'Espace économique européen (EEE), parce que, selon le Conseil fédéral, l'EEE était « sans aucun doute d'une signification politique et économique capitale pour notre pays »¹³.

En vertu de cette pratique, le Conseil fédéral a plusieurs fois expliqué qu'il existe une règle non écrite du droit constitutionnel selon laquelle il « est possible »¹⁴ pour l'Assemblée fédérale de soumettre un traité au vote du peuple et des cantons du fait qu'il a un « caractère constitutionnel »¹⁵ ; il l'a fait en dernier lieu dans son message du 15 janvier 2020 concernant le référendum obligatoire pour les traités internationaux ayant un caractère constitutionnel, élaboré en exécution d'une motion – qu'il avait proposé d'accepter – et qui a trouvé un écho positif lors de la consultation¹⁶. Dans son projet du 15 janvier 2020, le Conseil fédéral voulait concrétiser le référendum *sui generis* en matière de traités internationaux dans la Constitution. Les traités auraient dû être soumis au vote du peuple et des cantons s'ils « comport[ai]ent des dispositions de droit constitutionnel » ou que leur « mise en œuvre exige[ait] une modification de la Constitution »¹⁷. Le Conseil national n'est cependant pas entré en matière (voir ch. 4.2.2).

4.1 Question de la base juridique

Le projet du 15 janvier 2020 visait à codifier dans la Constitution, dans son essence, ce que la pratique et la doctrine connaissent sous l'appellation de référendum *sui generis*. Le Conseil national n'est pas entré en matière sur cet objet, si bien que la question se pose aujourd'hui de savoir s'il est tout de même admissible – et à quelles conditions – de soumettre au vote du peuple et des cantons un traité international pour lequel l'art. 140, al. 1, let. b, Cst. ne prévoit pas de référendum obligatoire.

L'art. 5, al. 1, Cst. implique qu'un référendum *sui generis* de ce type puisse se fonder sur une base juridique. Comme il n'existe pas de telle base expresse dans la Constitution, il devrait se fonder sur une règle du droit constitutionnel non écrit, en particulier du droit constitutionnel coutumier. Quant à savoir si une telle règle existe, il est nécessaire d'examiner la pratique des autorités et de procéder à une interprétation de la Constitution. Il faut prendre en considération, outre la Constitution elle-même (lettre, systématique, esprit et but), sa genèse ou la

¹¹ Message « ALE CEE », FF 1972 II 645, p. 726 s.

¹² Message « ALE CEE », FF 1972 II 645, p. 725 ss.

¹³ Message « EEE », FF 1992 IV 1, p. 530.

¹⁴ Message « Traités internationaux ayant un caractère constitutionnel », FF 2020 1195, p. 1199 ; dans le même sens, message « Constitution », FF 1997 I 1, p. 371 (« Cette disposition ... n'exclut pas, selon la pratique actuelle, que d'autres traités internationaux ... soient aussi soumis, le cas échéant ... ») ; message « EEE », FF 1992 IV 1, p. 529 (« peut être soumis ») ; message « ALE CEE », FF 1972 II 645, p. 726 (« peut ... être soumis au pouvoir constituant ») ; message « Société des nations », FF 1919 IV 567, p. 661 (« devoir politique ») ; autre avis dans le message « ALE CEE », FF 1972 II 645, p. 735 (« doit être soumis ... lorsqu'il modifie profondément la structure de nos institutions ou entraîne un changement fondamental dans la politique de la Suisse », condition niée dans la suite du message).

¹⁵ Message « Traités internationaux ayant un caractère constitutionnel », FF 2020 1195, p. 1197.

¹⁶ Message « Traités internationaux ayant un caractère constitutionnel », FF 2020 1195, p. 1204 s.

¹⁷ Art. 140, al. 1, phrase introductive et let. b^{bis}

¹ Sont soumis au vote du peuple et des cantons :

b^{bis}. les traités internationaux qui comportent des dispositions de rang constitutionnel ou dont la mise en œuvre exige une modification de la Constitution ; sont notamment de rang constitutionnel les dispositions relatives :

1. au catalogue des droits fondamentaux, à la nationalité et aux droits de cité ainsi qu'aux droits politiques,
2. aux rapports entre la Confédération et les cantons ainsi qu'aux compétences de la Confédération,
3. aux grandes lignes de l'organisation et de la procédure des autorités fédérales ;

Le référendum en matière de traités internationaux dans le droit constitutionnel fédéral

façon dont elle s'est développée (c'est-à-dire les éléments d'interprétation), la pratique constitutionnelle des autorités fédérales et l'évaluation de cette pratique par la doctrine constitutionnelle.

4.2 Eléments d'interprétation de la Constitution, pratique et doctrine

Les chapitres qui suivent passent en revue les éléments d'interprétation, en commençant par la lettre et la systématique de la Constitution fédérale (ch. 4.2.1), suivie par l'évolution de la Constitution (ch. 4.2.2), dont découleront l'esprit et le but de la réglementation du référendum en matière de traités internationaux (ch. 4.2.3). Suivront l'exposé de la pratique des autorités (ch. 4.2.4) et un aperçu de la doctrine en la matière (ch. 4.2.5). Nous examinerons ensuite, compte tenu de tous ces points de vue, si le droit constitutionnel non écrit et notamment le droit constitutionnel coutumier peuvent servir de base juridique au référendum *sui generis* en matière de traités internationaux (ch. 4.3).

4.2.1 Lettre et systématique

La formulation de l'art. 140, al. 1, Cst. (« Référendum obligatoire ») est exhaustive. L'art. 140, al. 1, Cst. soumet au vote du peuple et des cantons « certaines décisions »¹⁸ (let. a à c), il n'a donc pas de caractère exemplatif ; la disposition ne comporte pas les mots « notamment », « en particulier » ou autre expression de même sens¹⁹. La let. b a été formulée de manière délibérément étroite, son champ expressément limité à l'adhésion à une communauté supranationale ou à une organisation de sécurité collective (voir ch. 4.2.2)²⁰. Le libellé laisse donc entendre que le peuple et les cantons ne peuvent se voir soumettre d'autres traités que ceux cités à l'art. 140, al. 1, let. b, Cst. (adhésion à une communauté supranationale ou à une organisation de sécurité collective)²¹.

La Constitution ne donne aucune autre indication selon laquelle d'autres traités internationaux que ceux mentionnés à l'art. 140, al. 1, Cst. pourraient ou devraient être soumis au peuple et aux cantons²². En principe, la systématique de la réglementation des droits politiques dans la Constitution implique que cette dernière règle de manière exhaustive et contraignante les droits du peuple et des cantons de participer aux actes du droit interne et international par la voie du référendum obligatoire ou facultatif²³.

4.2.2 Evolution de la Constitution

Lors du processus de révision formelle de la Constitution, le peuple et les cantons ont décidé à plusieurs reprises de maintenir le référendum (obligatoire) en matière de traités internationaux dans de (très) strictes limites.

En 1977, le constituant a décidé de restreindre le référendum obligatoire en matière de traités internationaux à l'adhésion à des organisations de sécurité collective et à des communautés supranationales, telles que l'UE²⁴, soit aux « décisions de politique étrangère ayant la plus

¹⁸ Message « Constitution », FF 1997 I 1, p. 370.

¹⁹ Voir Diggelmann, SGK BV, Art. 140 Cst., n° 26 ; Epiney/Diezig, BSK BV, Art. 140 Cst., n° 14 ; Grisel, n° 793 ; Tornay Schaller, CR Cst., Art. 140 Cst., n° 12.

²⁰ Voir message « Référendum en matière de traités internationaux », FF 1974 II 1133, p. 1157 ss.

²¹ Voir en ce sens plusieurs interventions sous BO N 2004 1969 ss ; BO E 2004 728 s. ; BO N 1999 1987 ss.

²² En ce sens, message « Traités internationaux : la parole au peuple », FF 2010 6353, p. 6357.

²³ Voir Ehrenzeller, SGK BV, Vorb. zu Volk und Ständen, n° 5 ; Ehrenzeller/Nobs, SGK BV, Art. 140 Cst., n° 4 ; Epiney/Diezig, BSK BV, Art. 140 Cst., n° 14 avec d'autres références.

²⁴ P. Mahon, Droit constitutionnel : Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure, 3^e éd., Bâle 2014, n° 137.

Le référendum en matière de traités internationaux dans le droit constitutionnel fédéral

grande portée et le plus grand poids »²⁵, et, en contrepartie, d'étendre le référendum facultatif en matière de traités internationaux²⁶. L'Assemblée fédérale pouvait dès lors soumettre au référendum facultatif (« référendum déclenché par une autorité ») les traités internationaux auxquels le référendum obligatoire ne s'appliquait pas.

Lors de la révision totale de la Constitution en 1999, la proposition de soumettre tous les traités internationaux au référendum (obligatoire) a été rejetée²⁷. Quant à savoir si les « traités d'une portée extraordinaire » pouvaient être soumis au peuple et aux cantons par la voie du référendum obligatoire, au-delà de la norme constitutionnelle formulée de manière exhaustive, le Conseil fédéral a écrit que la norme constitutionnelle sur le référendum obligatoire en matière de traités internationaux « n'exclu[ai]t pas, selon la pratique actuelle, que d'autres traités internationaux d'une portée extraordinaire soient aussi soumis, le cas échéant, au référendum obligatoire du peuple et des cantons »²⁸. Il est toutefois apparu, lors des délibérations du Conseil national, que le Conseil fédéral avait quelques difficultés avec cette pratique et qu'il formulait des réserves²⁹. L'avis selon lequel la norme constitutionnelle sur le référendum obligatoire en matière de traités internationaux était exhaustive et le référendum *sui generis* exclu³⁰ s'est imposé au Conseil national. En effet, ce dernier reprochait au référendum *sui generis* son caractère « plébiscitaire » : c'est-à-dire qu'il n'aurait pas constitué un *droit* de participation accordé au peuple et aux cantons, mais plutôt une possibilité pour les autorités d'associer ces derniers, selon leur entendement, à une décision sur un traité³¹. Le Conseil des Etats n'a pas débattu sur le référendum *sui generis*. Il en est resté à l'intervention du rapporteur de la Commission de la révision constitutionnelle, selon lequel la norme relative au référendum obligatoire en matière de traités internationaux n'excluait pas tacitement le référendum *sui generis*³².

Tendanciellement, les forces politiques qui rejettent les formes de référendum (en matière de traités internationaux) soupçonnées d'avoir un caractère plébiscitaire se sont imposées depuis le début du siècle. Notamment, en 2003, le référendum des autorités contre les traités internationaux créé en 1977 a été aboli, dans le cadre de l'initiative parlementaire « Suppression de carences dans les droits populaires »³³ issue des discussions sur la révision totale de la Constitution³⁴. Cette décision a rétabli d'une certaine manière le principe du caractère non plébiscitaire des droits populaires tels qu'ils sont exercés en Suisse – principe confirmé explicitement par la Commission des institutions politiques du Conseil national quelques années plus tard. Il s'ensuit que la participation politique du peuple n'est pas accordée à ce dernier par les autorités selon leur appréciation mais garantie directement par la Constitution³⁵.

²⁵ Message « Référendum en matière de traités internationaux », FF 1974 II 1133, p. 1156.

²⁶ FF 1977 II 194, p. 199 (arrêté de validation du résultat de la votation populaire). Depuis 1921, étaient sujets au référendum les traités dont la durée de validité était illimitée ou supérieure à quinze ans. A partir de 1977, les critères pour le référendum facultatif étaient temporels (traité d'une durée indéterminée et non dénonçables) ou bien matériels (adhésion à une organisation internationale ou unification multilatérale du droit).

²⁷ Voir message « Constitution », FF 1997 I 1, p. 371.

²⁸ Message « Constitution », FF 1997 I 1, p. 371.

²⁹ Intervention CF Koller, BO N 1998 54 s.

³⁰ BO N 1998 52 ss.

³¹ Intervention CN Vollmer, BO N 1998 52.

³² Intervention CE Frick, pour la Commission de la révision constitutionnelle, BO E 1998 121 (« *kein qualifiziertes Schweigen* »).

³³ Iv. parl. 99.436 Commission de la révision constitutionnelle CE.

³⁴ Voir rapport de commission, iv. parl. 96.091, FF 2001 4590, p. 4624 ; FF 2002 6026 (texte soumis au vote final).

³⁵ Rapport de commission, iv. parl. 09.443 et 09.444, p. 2 s.

Le référendum en matière de traités internationaux dans le droit constitutionnel fédéral

En 2010, une tentative de réintroduire le référendum déclenché par une autorité (sous le nom de « référendum facultatif extraordinaire »³⁶ ou de « référendum parlementaire »³⁷), via deux initiatives parlementaires, a nettement échoué³⁸. Ces initiatives auraient également permis d'organiser des référendums contre des traités internationaux. Leur échec comprend donc implicitement la décision de ne pas donner à l'Assemblée fédérale la compétence de soumettre, selon sa libre appréciation, un traité à la votation populaire lorsqu'elle estime que ce traité est « de première importance », « d'une portée particulièrement importante » ou « particulièrement controversé »³⁹. Après sa décision de 2003 d'abolir le référendum facultatif (référendum déclenché par une autorité), le Parlement renouvelait son opposition à une vision plébiscitaire des droits populaires⁴⁰. La Commission des institutions politiques du Conseil national craignait qu'un tel instrument ne nuise au travail parlementaire et à l'équilibre entre les conseils et le peuple⁴¹.

Deux ans plus tard, en 2012, le peuple et les cantons ont clairement rejeté dans les urnes⁴² une tentative d'étendre le référendum obligatoire en matière de traités internationaux⁴³, en refusant l'initiative populaire « Pour le renforcement des droits populaires dans la politique étrangère (accords internationaux : la parole au peuple!) », dirigée principalement contre l'intégration européenne⁴⁴. Le Conseil fédéral avait avancé l'argument que la notion de « domaines importants », utilisée à plusieurs reprises dans le texte de l'initiative pour décrire le champ d'application de l'instrument proposé, ne convenait pas comme critère d'un référendum obligatoire en matière de traités internationaux : d'une part, il est vain de classer des domaines politiques par importance, d'autre part, les traités comprennent généralement des dispositions de diverse portée⁴⁵. Dans un contreprojet direct⁴⁶, le Conseil fédéral proposait une extension du référendum obligatoire en matière de traités internationaux limitée aux traités qui contiennent des dispositions exigeant une modification de la Constitution ou équivalent à

³⁶ Iv. parl. 09.443 Reimann du 8 juin 2009 « Extension des instruments démocratiques. Institution d'un droit de référendum facultatif extraordinaire ».

³⁷ Iv. parl. 09.444 Reimann du 8 juin 2009 « Extension des instruments démocratiques. Institution d'un droit de référendum parlementaire ».

³⁸ BO N 2010 395 ss (rejet par respectivement 117 et 115 voix contre 57).

³⁹ Iv. parl. 09.443 « référendum facultatif extraordinaire » ; iv. parl. 09.444 « référendum parlementaire ».

⁴⁰ Rapport de commission, iv. parl. 09.443 et 09.444, p. 2 s.

⁴¹ Voir rapport de commission, iv. parl. 09.443 et 09.444, p. 3 ; CN Humbel, pour la CIP-N, BO N 2010 396 s.

⁴² 24,7 % des votants, 0 canton, FF 2012 7159 (arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation).

⁴³ Art. 140, al. 1, let. d (nouvelle)

¹ Sont soumis au vote du peuple et des cantons :

d. les traités internationaux qui :

1. entraînent une unification multilatérale du droit dans des domaines importants ;
2. obligent la Suisse à reprendre de futures dispositions fixant des règles de droit dans des domaines importants ;
3. délèguent des compétences juridictionnelles à des institutions étrangères ou internationales dans des domaines importants ;
4. entraînent de nouvelles dépenses uniques de plus d'un milliard de francs, ou de nouvelles dépenses récurrentes de plus de 100 millions de francs.

⁴⁴ Message « Traités internationaux : la parole au peuple », FF 2010 6353, p. 6362 s.

⁴⁵ Message « Traités internationaux : la parole au peuple », FF 2010 6353, p. 6368 s. C'est aussi là une raison pour laquelle l'idée d'un parallélisme entre la participation du peuple et des cantons au droit interne et au droit international dans le régime de démocratie directe a échoué : le référendum constitutionnel obligatoire se fonde sur la notion de constitution *au sens formel*, c'est-à-dire à la notion de révision de la Constitution en tant que texte (RS 101) ; son champ d'application est incontestable. Il n'existe pas de critère formel incontestable similaire pour ce qui est de la qualification des traités – aucune hiérarchie n'étant établie entre les normes du droit international –, de sorte qu'un référendum obligatoire en matière de traités internationaux ne peut reposer que sur un critère *matériel*. Si l'on décidait de soumettre au peuple et aux cantons les traités internationaux ayant un « caractère constitutionnel », le parallélisme voudrait que la législation fédérale que l'on peut considérer comme d'importance constitutionnelle sur le plan matériel soit aussi soumise au référendum. L'idée de parallélisme se heurte en outre au régime fédéraliste des compétences. Voir le rapport du Conseil fédéral du 12 juin 2015 en exécution du postulat 13.3805, « Clarifier la relation entre le droit international et le droit interne », p. 17 ss. ; J. Künzli, *Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen*, ZRS 2009 I 47 ss, p. 52.

⁴⁶ Art. 140, al. 1, let. b, Cst.

¹ Sont soumis au vote du peuple et des cantons :

b. les traités internationaux qui :

1. prévoient l'adhésion à des organisations de sécurité collective ou à des communautés supranationales ;
2. contiennent des dispositions exigeant une modification de la Constitution ou équivalent à une modification de la Constitution ;

Le référendum en matière de traités internationaux dans le droit constitutionnel fédéral

une modification de la Constitution⁴⁷. Il envisageait comme cas possible en particulier un traité qui fonderait des relations « quasi supranationales » entre la Suisse et l'UE⁴⁸. L'Assemblée fédérale n'est pas entrée en matière sur le contreprojet direct. Plusieurs députés lui ont reproché d'être – comme l'initiative – trop vague⁴⁹, quoique les motifs déterminants de la décision du Parlement aient été en fin de compte des arguments tactiques en matière de votation⁵⁰.

En dernier lieu, une modification de la Constitution élaborée par le Conseil fédéral en exécution d'une motion a échoué en 2021⁵¹. L'auteur de la motion estimait que l'art. 140, al. 1, Cst. était lacunaire : « si les modifications de la Constitution (droit national) sont soumises au référendum ..., ce n'est pas le cas des traités internationaux (droit international) qui ont matériellement un caractère constitutionnel »⁵². Le Conseil fédéral a proposé au Parlement d'accepter la motion, qui souhaitait étendre le parallélisme entre la participation obligatoire du peuple et des cantons au titre de la démocratie directe au droit interne d'une part et au droit international d'autre part. Dans son projet du 15 janvier 2020, il développait le contreprojet direct qu'il avait voulu opposer à l'initiative populaire « accords internationaux : la parole au peuple! »⁵³, en essayant de concrétiser la notion de traité de rang constitutionnel⁵⁴. Ce projet a cependant lui aussi échoué devant le Parlement. Le Conseil national n'est pas entré en matière. Les adversaires du projet ont avancé qu'il était (toujours⁵⁵) trop vague⁵⁶, qu'il donnait trop de pouvoir aux cantons⁵⁷, qu'il faisait obstacle au développement des droits de l'homme⁵⁸ ou menaçait la démocratie directe⁵⁹ – et enfin, qu'il était *de facto* toujours loisible à l'Assemblée fédérale de soumettre au peuple et aux cantons un traité présentant un caractère constitutionnel⁶⁰. Ce dernier argument notamment, central pour la question traitée ici, n'a pas manqué d'être contredit. Le Conseil fédéral notamment a avancé des raisons d'Etat de droit et de sécurité du droit, soulignant aussi que les droits de participation du peuple et des cantons ne devaient pas être laissés à l'appréciation de l'Assemblée fédérale⁶¹.

Bien que plusieurs tentatives aient été faites pour créer un référendum obligatoire en matière de traités internationaux lorsque ceux-ci ont un caractère constitutionnel, les efforts consentis

⁴⁷ Message « Traités internationaux : la parole au peuple », FF 2010 6353, p. 6376.

⁴⁸ Message « Traités internationaux : la parole au peuple », FF 2010 6353, p. 6378.

⁴⁹ CN Pfister, BO N 2011 2084 ; CE Schwaller, BO E 2011 845 ; CE Berset, BO E 2011 844 ; CE Büttikofer, BO E 2011 846.

⁵⁰ CE Berset, BO E 2011 844 ; CE Schwaller, BO E 2011 845 s. ; CN Fluri, BO N 2011 2084 ; CN Pfister, BO N 2011 2084 ; CN Hiltbold, BO N 2011 2085.

⁵¹ Art. 140, al. 1, phrase introductive et let. b^{bis}

¹ Sont soumis au vote du peuple et des cantons :

b^{bis} les traités internationaux qui comportent des dispositions de rang constitutionnel ou dont la mise en oeuvre exige une modification de la Constitution ; sont notamment de rang constitutionnel les dispositions relatives :

1. au catalogue des droits fondamentaux, à la nationalité et aux droits de cité ainsi qu'aux droits politiques,
2. aux rapports entre la Confédération et les cantons ainsi qu'aux compétences de la Confédération,
3. aux grandes lignes de l'organisation et de la procédure des autorités fédérales ;

⁵² Motion 15.3557 Caroni du 15 juin 2015 « Référendum obligatoire pour les traités internationaux ayant un caractère constitutionnel ».

⁵³ Voir nbp 46.

⁵⁴ Voir nbp 51.

⁵⁵ Voir nbp 49.

⁵⁶ BO N 2021 806 ss ; intervention CE Jositsch, BO 2021 E 957.

⁵⁷ BO N 2021 2377 ss ; intervention CE Rechsteiner, BO E 2021 957.

⁵⁸ Interventions CN Marti, BO N 2021 2377 et BO N 2021 809.

⁵⁹ Proposition de non-entrée en matière, CN Vogt, BO N 2021 805, selon qui la « constitutionnalisation » de traités qu'il n'est de fait pas ou guère possible de modifier restreindrait le peuple et les cantons dans leur compétence de constituant. Voir également les interventions CN Pfister, BO N 2021 805, et CE Jositsch, BO E 2021 957.

⁶⁰ Voir BO N 2021 810 ss ; BO E 2021 956 ss.

⁶¹ Intervention CF Keller-Sutter, BO E 2021 958 ; voir également les interventions CN Pfister, BO N 2021 813 ; CN Romano, BO N 2021 2377 ; CN Rutz, BO N 2021 808.

Le référendum en matière de traités internationaux dans le droit constitutionnel fédéral

pour concrétiser cette idée dans la Constitution sont demeurés vains. En effet, d'une part, on voulait préserver la capacité d'action de la Suisse en matière de politique extérieure et sa crédibilité⁶². D'autre part, il n'a pas été possible à ce jour de s'entendre sur la manière de décrire en termes juridiques et de codifier le référendum *sui generis*. L'idée d'étendre le référendum obligatoire aux traités internationaux à caractère constitutionnel s'est avérée impraticable, en ce sens qu'il est à peu près impossible de l'exprimer dans une formule propre à guider les autorités d'application du droit. Même lorsque le Conseil fédéral, dans son projet de norme constitutionnelle du 15 janvier 2020, a essayé de concrétiser le critère du « caractère constitutionnel » en citant comme exemples les dispositions sur les droits fondamentaux, l'ordre fédéraliste et l'organisation de l'Etat, ce critère a été jugé encore trop imprécis⁶³. L'idée que l'Assemblée fédérale décide selon son appréciation si un traité est sujet au référendum ou non (référendum facultatif) a elle aussi échoué. Elle est en contradiction avec le régime constitutionnel fédéral, dans lequel les droits politiques n'ont pas de caractère plébiscitaire. Le même raisonnement devrait s'appliquer au référendum *sui generis* en matière de traités internationaux, qui serait laissé (largement) au bon vouloir de l'Assemblée fédérale.

4.2.3 Esprit et but

L'art. 140, al. 1, Cst. poursuit quatre objectifs centraux (voir en particulier ch. 4.2.2). Premièrement, les droits du peuple et des cantons de participer à l'adoption du droit doit s'appliquer de manière similaire à la conclusion de traités internationaux et à l'adoption du droit interne. Deuxièmement, ces droits de participation doivent être garantis par la Constitution, comme dans le domaine du droit interne, et ne pas avoir de caractère plébiscitaire. Cela signifie qu'ils doivent incomber au peuple et aux cantons de par la Constitution et non leur être accordés par les autorités. Troisièmement, ce dernier objectif, de même que le principe de l'Etat de droit qu'est la sécurité juridique, exigent que l'art. 140, al. 1, Cst. soit compris comme étant exhaustif et que son champ d'application soit délimité de manière aussi claire que possible. Quatrièmement, le délicat équilibre des pouvoirs que la Constitution établit entre l'Assemblée fédérale, le peuple et les cantons doit être garanti, sans politisation, et compte tenu de la capacité de la Suisse à agir en politique extérieure et de sa crédibilité.

4.2.4 Pratique des autorités fédérales

Par le passé, l'Assemblée fédérale a soumis trois traités internationaux au vote du peuple et des cantons, en accord avec le Conseil fédéral, bien que la Constitution d'alors ne le prévoie pas. Cette pratique n'est qu'en apparence contraire à l'évolution de la Constitution telle que nous l'avons décrite plus haut (voir ch. 4.2.2). Deux de ces cas ont eu lieu avant 1977, date à laquelle a débuté la discussion sur les contours du référendum (obligatoire) en matière de traités internationaux. Le troisième cas ne contredit pas non plus catégoriquement l'évolution de la Constitution. L'adhésion à l'EEE aurait éventuellement pu être considérée comme une adhésion à une communauté supranationale. Enfin, le Conseil fédéral et le Parlement suivent une pratique contraire, plus conforme à l'évolution de la Constitution, lorsqu'ils décident de ne pas soumettre un texte au référendum *sui generis* en matière de traités internationaux, lorsqu'ils n'évoquent pas même cette possibilité ou lorsqu'ils considèrent qu'elle est illicite au regard des règles codifiées sur le référendum en matière de traités internationaux.

Les trois cas de référendum *sui generis* se présentent comme suit :

⁶² Message « Traités internationaux : la parole au peuple », FF 2010 6353, p. 6370, 6373 ; message « Référendum en matière de traités internationaux », FF 1974 II 1133, p. 1153 ; voir également le rapport de commission, iv. parl. 96.091, FF 2001 4590, p. 4613 s.

⁶³ BO N 2021 2377.

Le référendum en matière de traités internationaux dans le droit constitutionnel fédéral

- 1920 : le Conseil fédéral considérait que soumettre au peuple et aux cantons l'accès à la Société des nations⁶⁴ était un « devoir politique », parce qu'il s'agissait d'« une affaire de la plus grande importance »⁶⁵. La Constitution ne prévoyait à l'époque ni référendum facultatif ni référendum obligatoire en matière de traités internationaux⁶⁶.
- 1972 : lors de l'approbation de l'ALE CEE⁶⁷ (l'accord de libre échange avec ce qui est aujourd'hui l'UE), le Conseil fédéral avait exprimé l'avis qu'un traité international doit être soumis au peuple et aux cantons lorsqu'il « modifie profondément la structure de nos institutions » ou entraîne « un changement fondamental dans la politique extérieure de la Suisse » car il s'agit de « législation constitutionnelle »⁶⁸. Il avait décidé de soumettre l'ALE CEE au peuple et aux cantons bien qu'il estime que l'accord ne remplissait en l'occurrence pas cette condition. Il a invoqué comme motif de cette décision la grande importance et le caractère controversé de l'ALE CEE. Ne pas soumettre ce dernier au peuple et aux cantons aurait été en « contradiction par trop flagrante avec l'usage qui veut que [...] le souverain participe à la formation du droit interne suisse »⁶⁹. Si l'Assemblée fédérale ne s'était pas ralliée à l'opinion du Conseil fédéral, l'ALE CEE n'aurait fait l'objet d'aucun référendum, car les conditions du référendum (facultatif) en matière de traités internationaux, telles que la Constitution les énonçait alors, n'étaient pas remplies. Le Conseil fédéral s'était cependant défendu de créer « un nouveau type de référendum en matière de traités internationaux, que l'Assemblée fédérale pourrait prescrire, sans toutefois y être obligée, chaque fois que des motifs politiques quelconques sembleraient justifier une telle procédure. S'il en était ainsi, un élément plébiscitaire serait introduit dans notre ordre constitutionnel, que nous avons pris soin d'éviter jusqu'ici, même si la constitution fédérale n'y fait pas explicitement obstacle »⁷⁰.
- 1992 : le Conseil fédéral a motivé ainsi la décision de soumettre au peuple et aux cantons l'adhésion de la Suisse à l'EEE⁷¹ : l'EEE contenait des « éléments supranationaux » et était « sans aucun doute d'une signification politique et économique capitale »⁷². La décision d'entrer dans l'EEE aurait sans cela été sujette au référendum (référendum facultatif)⁷³ ou, si l'on avait admis le caractère supranational de l'EEE –

⁶⁴ Arrêté fédéral « Société des nations », FF 1920 I 511 ; message « Société des nations », FF 1919 IV 567, p. 662.

⁶⁵ Message « Société des nations », FF 1919 IV 567, p. 661.

⁶⁶ L'adhésion à l'ONU, l'organisation qui a succédé à la Société des nations, a été acceptée par le peuple et les cantons en 2002 suite à l'initiative populaire « pour l'adhésion de la Suisse à l'Organisation des Nations Unies (ONU) », qui chargeait le Conseil fédéral d'entamer la procédure d'adhésion (FF 2002 3452, arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire ; FF 2001 1117, message).

⁶⁷ Arrêté fédéral « ALE CEE », FF 1972 II 1024 ; message « ALE CEE », FF 1972 II 645, p. 655.

⁶⁸ Message « ALE CEE », FF 1972 II 645, p. 725 s. Il est discutable qu'un changement fondamental dans la politique extérieure de la Suisse doive être qualifié de législation constitutionnelle. La Constitution ne règle guère les grandes lignes matérielles de la politique extérieure (voir l'art. 54, al. 2, Cst.) ; elle ne se prononce notamment pas sur la relation entre la Suisse et l'UE.

⁶⁹ Message « ALE CEE », FF 1972 II 645, p. 726 s.

⁷⁰ Message « ALE CEE », FF 1972 II 645, p. 726.

⁷¹ Arrêté fédéral « EEE », FF 1992 VI 53 ; message « EEE », FF 1992 IV 1, p. 529.

⁷² Message « EEE », FF 1992 IV 1, p. 529.

⁷³ L'art. 89, al. 3, let. c, aCst, alors en vigueur, prévoyait le référendum facultatif pour les traités internationaux s'ils entraînaient une uniformisation multilatérale du droit.

Le référendum en matière de traités internationaux dans le droit constitutionnel fédéral

comme certains auteurs de doctrine⁷⁴, mais contrairement au Conseil fédéral⁷⁵ – soumis au référendum (référendum obligatoire)⁷⁶.

A l’opposé, ni les accords bilatéraux I ni les accords bilatéraux II n’ont été soumis au référendum *sui generis*⁷⁷ :

- 1999 : dans son message sur les accords bilatéraux I, le Conseil fédéral n’a pas évoqué la question de savoir s’ils devaient être soumis au référendum *sui generis* plutôt qu’au référendum facultatif en matière de traités internationaux⁷⁸. Le Conseil national s’est prononcé nettement contre une proposition visant à soumettre le paquet d’accords au vote du peuple et des cantons⁷⁹. De nombreux députés ont souligné que la règle écrite concernant le référendum obligatoire en matière de traités internationaux devait être considérée comme exhaustive et qu’un référendum *sui generis* serait inconstitutionnel⁸⁰. Le Conseil fédéral s’est aussi prononcé en ce sens : « la Constitution fédérale ne prévoit pas, pour un tel cas, le référendum obligatoire. La Constitution prévoit, à l’article 89 alinéa 5, le référendum obligatoire pour des organisations de sécurité collective ou encore pour des communautés supranationales, ce qui manifestement n’est pas valable dans l’un comme dans l’autre cas pour les présents accords bilatéraux »⁸¹.
- 2004 : il était incontesté que le référendum facultatif s’appliquait dans le cas des accords bilatéraux II. Comme dans le contexte de l’ALE CEE, le Conseil fédéral a jugé que le recours au référendum *sui generis* en matière de traités internationaux impliquerait que le paquet d’accords ait un rang constitutionnel. Selon lui, les accords bilatéraux II ne remplissaient pas ce critère. L’association à Schengen et Dublin⁸² « n’entraîne pas de modification politique fondamentale », ne touche pas à l’ordre constitutionnel, ne limite pas la souveraineté de la Suisse et ne déroge pas à la répartition des compétences telle qu’elle découle de la Constitution⁸³. Se conformant à cette argumentation, l’Assemblée fédérale a elle aussi nettement rejeté l’idée de soumettre les accords bilatéraux II au référendum *sui generis* en matière de traités internationaux⁸⁴. Plusieurs députés ont là encore souligné que la réglementation du référendum obligatoire en matière de traités internationaux à l’art. 140, al. 1, let. b, Cst. devait être considérée comme exhaustive et qu’un référendum *sui generis* représenterait une extension de caractère plébiscitaire de cette disposition⁸⁵ et serait illicite⁸⁶.

⁷⁴ Epiney/Diezig, BSK BV, Art. 140 Cst., n° 19 ; Glaser, n° 34 ; voir auch Tornay Schaller, CR Cst., Art. 141a Cst., n° 23.

⁷⁵ Le Conseil fédéral est arrivé à la conclusion que la ratification des accords relatifs à l’EEE « ne représent[ait] ... pas une adhésion à une communauté supranationale ». Message « EEE », FF 1992 IV 1, p. 529.

⁷⁶ Art. 89, al. 5, aCst.

⁷⁷ Arrêté fédéral « Bilatérales II », FF 2004 6709, p. 6740 ; arrêté fédéral « Bilatérales I », FF 1999 7963.

⁷⁸ Message « Bilatérales I », FF 1999 5440, p. 5739 s.

⁷⁹ Proposition de minorité, BO N 1999 1487 ss (rejetée par 146 voix contre 26).

⁸⁰ BO N 1999 1487 ss.

⁸¹ Intervention CF Deiss, BO N 1999 1494.

⁸² RS 0.362.31 et RS 0.142.392.68.

⁸³ Message « Bilatérales II », FF 2004 5593, p. 5911 ss. Voir également CF Blocher, BO N 2004 1970, BO E 2004 729.

⁸⁴ Proposition CE Reimann, BO E 2004 728 s. (rejetée par 31 voix contre 6) ; proposition de minorité, BO N 2004 1969 ss (rejetée par 120 voix contre 57).

⁸⁵ Interventions CN Stähelin, pour la CPE-E, BO E 2004 728 et 729.

⁸⁶ BO N 2004 1969 ss ; BO E 2004 728 s.

Le référendum en matière de traités internationaux dans le droit constitutionnel fédéral

Les instruments de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)⁸⁷, sont, à côté de l'UE, le projet d'intégration le plus important au niveau européen. Ils n'ont jamais été soumis au référendum *sui generis* :

- 1974 : l'adhésion de la Suisse à la CEDH n'a pas été soumise à un référendum *sui generis* en matière de traités internationaux⁸⁸. Le Conseil fédéral a défendu l'opinion que la CEDH n'avait pas rang constitutionnel, du fait qu'elle garantissait des droits qui, dans leur grande majorité, étaient déjà protégés par la Constitution et que la reconnaissance de la juridiction obligatoire de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) ne représentait « rien de nouveau »⁸⁹. L'adhésion à la CEDH n'a pas non plus été soumise au référendum, les conditions du référendum facultatif n'étant pas remplies selon la réglementation de l'époque.
- 1998 : la grande révision des instruments de la CEDH, qui a conduit à l'institution de la Cour EDH permanente telle que nous la connaissons actuellement, n'a pas été soumise par l'Assemblée fédérale à un référendum *sui generis*⁹⁰. Bien que le Conseil fédéral ait qualifié la juridiction de la Cour EDH de « révolutionnaire »⁹¹ et qualifié les nouvelles dispositions de « très importantes », il n'a pas considéré la possibilité de les soumettre à un référendum *sui generis*⁹². Comme il estimait que le protocole n'entraînait pas une unification multilatérale du droit, il n'a pas non plus jugé que les conditions étaient remplies pour un référendum facultatif⁹³.

D'un point de vue actuel, le fait que ni la ratification de la CEDH, ni l'institution de la Cour EDH sous sa forme présente n'aient été soumises au référendum *sui generis* en matière de traités internationaux contrevient plutôt l'opinion juridique selon laquelle les traités ayant un caractère constitutionnel devraient être soumis au vote du peuple et des cantons malgré la formulation claire de l'art. 140, al. 1, let. b, Cst.⁹⁴. Alors qu'il aurait été difficile de prévoir, en 1974, l'importance que prendrait la CEDH, il a bientôt été évident que ses instruments exerçaient une grande influence sur ses Etats membres, Suisse comprise⁹⁵. La réforme de 1998, qui instituait un mécanisme de contrôle institutionnel, quasiment digne d'une cour constitutionnelle, aurait pu être qualifiée de « législation constitutionnelle », touchant à l'ordre constitutionnel et à l'organisation des Etats membres⁹⁶. A l'inverse, l'ALE CEE, simple accord de libre échange, ne remplissait pas ce critère⁹⁷. Plus récemment (accords bilatéraux I et II), les membres de l'Assemblée fédérale ont accordé en fin de compte une grande importance à l'argument de la nature exhaustive de l'art. 140, al. 1, Cst.

⁸⁷ RS 0.101.

⁸⁸ Voir arrêté fédéral « CEDH », RO 1974 2148.

⁸⁹ Message « CEDH », FF 1974 I 1020, p. 1047.

⁹⁰ Arrêté fédéral « Protocole n° 11 », RO 1998 2992.

⁹¹ Message « Protocole n° 11 », FF 1995 I 987, p. 988.

⁹² Message « Protocole n° 11 », FF 1995 I 987, p. 1016.

⁹³ Message « Protocole n° 11 », FF 1995 I 987, p. 1027.

⁹⁴ Voir message « Traités internationaux : la parole au peuple », FF 2010 6353, p. 6362 s.

⁹⁵ Voir par ex. *Bellos c. Suisse*, 29 avril 1988, série A n° 132.

⁹⁶ Sur le plan matériel, en raison de l'objet de la réglementation de la CEDH (droit fondamentaux, voir message « Traités internationaux ayant un caractère constitutionnel », FF 2020 1195, p. 1209) ; sur le plan institutionnel, parce que le régime de la CEDH modifie sensiblement la répartition des pouvoirs prévue par la Constitution suisse en relativisant l'exclusion du contrôle judiciaire des lois fédérales au sens de l'art. 190 Cst. (voir fondamentalement l'ATF 125 II 417, c. 4.d ; confirmé en dernier lieu par l'ATF 149 I 41, c. 4.2).

⁹⁷ En ce sens, CN Fluri, BO N 2021 811.

Le référendum en matière de traités internationaux dans le droit constitutionnel fédéral

Dans l'ensemble, on constate que par le passé, ni les décisions des autorités fédérales concernant le référendum *sui generis* en matière de traités internationaux, ni les motifs qu'elles ont avancés n'ont été uniformes. Les trois cas de référendum *sui generis* sont cependant anciens et datent d'une époque où la Constitution de 1874 était encore en vigueur et où le référendum en matière de traités internationaux n'était pas encore codifié.

4.2.5 Doctrine constitutionnelle

Dans la doctrine, la plupart des auteurs estiment que le référendum *sui generis* en matière de traités internationaux n'est pas licite⁹⁸ ou ne prennent pas clairement position à ce sujet⁹⁹. Seule une part relativement petite de la doctrine reconnaît l'existence d'un référendum *sui generis*¹⁰⁰, bien qu'il soit jugé parfois avec scepticisme pour des motifs liés à l'Etat de droit¹⁰¹. De plus, on constate que les auteurs de doctrine qui considèrent licite et reconnaissent le référendum *sui generis* en matière de traités internationaux n'expliquent pas de manière satisfaisante où ils voient la base juridique de cet instrument¹⁰².

4.3 Interprétation et résultat

Comme on l'a vu plus haut, le référendum *sui generis* en matière de traités internationaux n'a pas de base juridique expresse dans la Constitution (voir ch. 4.2.1). Le Conseil fédéral n'en a pas moins déclaré à plusieurs reprises – en dernier lieu dans son message du 15 janvier 2020 concernant le référendum obligatoire pour les traités internationaux ayant un caractère constitutionnel – que la pratique des autorités fédérales comprenait une règle de droit constitutionnel non écrit selon laquelle il existait une possibilité pour l'Assemblée fédérale de soumettre un traité au vote du peuple et des cantons s'il avait un caractère constitutionnel. Il se fondait pour affirmer cela sur les trois traités internationaux que l'Assemblée fédérale a par le passé soumis au vote du peuple et des cantons sans base juridique expresse dans la constitution de l'époque (Société des nations, EEE, ALE CEE). L'échec de sa proposition du 15 janvier 2020 de codifier cette idée dans son essence, de même que celui des tentatives précédentes en ce sens, soulèvent la question de la licéité, du point de vue actuel, du référendum *sui generis*. Les bases juridiques de ce référendum pourraient être le droit constitutionnel coutumier ou le droit constitutionnel non écrit établi par la voie de l'interprétation de la Constitution¹⁰³.

En se fondant sur l'interprétation de la Constitution, la pratique des autorités et la doctrine (ch. 4.2.1 à 4.2.5), on peut apporter les réponses qui suivent quant à la question de savoir si

⁹⁸ Epiney/Diezig, BSK BV, Art. 140 Cst., n° 14; U. Häfelin et al., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10e éd., Zurich 2020, n° 1911a ss; G. Malinverni et al., Droit constitutionnel suisse, vol. I, 4e éd., Berne 2021, n° 1360; P. Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5e éd., Berne 2021, n° 1704; implicitement aussi T. Gächter, Rechtsetzung, in: Biaggini/Gächter/Kiener (éd.), Staatsrecht, 3e éd., Zurich 2021, n° 147 s.; L. Langer, Staatsvertragsreferendum und Bilaterale Verträge, in: Glaser/Langer (éd.), Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation, Zurich 2015, p. 37; apparemment autre avis dans L. Langer, Schweiz und EU: Taktische Debatten um das Ständemehr sind fehl am Platz, NZZ (online), 2 mars 2024.

⁹⁹ Diggelmann, SGK BV, Art. 140 Cst., n° 27; Grisel, n° 793 ss; Rhinow/Schefer/Uebersax, n° 3691; Tornay Schaller, CR Cst., Art. 140 Cst., n° 36 ss.

¹⁰⁰ Voir nbp 102.

¹⁰¹ En particulier Biaggini, BV Komm., Art. 140 Cst., n° 9. Un autre point controversé est le type de traités qui, en dehors de l'énumération de l'art. 140, al. 1, let. b, Cst., pourrait ou devrait être soumis à un référendum *sui generis*. Une grande partie de la doctrine évoque à cet égard des problèmes de sécurité du droit et émet des réserves en conséquence. Voir Biaggini, BV Komm., Art. 140 Cst., n° 9; avis similaire dans Caroni/Kühne, Das obligatorische Referendum für völkerrechtliche Verträge mit Verfassungscharakter, PJA 2022 343 ss, p. 358 s., 363; Epiney/Diezig, BSK BV, Art. 140 Cst., n° 14; Grisel, n° 796; Häfelin et al., n° 1911c; Tschannen, n° 1704.

¹⁰² Voir Caroni/Kühne, p. 348 ss, 362 ss; Glaser, n° 36, qui n'explique pas en quoi le référendum *sui generis* en matière de traités internationaux représente du droit constitutionnel non écrit; Ehrenzeller/Nobs, SGK BV, Art. 140 Cst., n° 14, qui n'examine pas explicitement les conditions du droit constitutionnel coutumier mais qui reconnaît qu'il n'existe pas de pratique consolidée; avis similaire dans Y. Hangartner et al., Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2e éd., Zurich 2023, n° 1034; L. Langer, Schweiz und EU: Taktische Debatten um das Ständemehr sind fehl am Platz, NZZ (online), 2 mars 2024.

¹⁰³ Il ne saurait être question de droit jurisprudentiel, faute de compétence judiciaire dans le domaine considéré (art. 189, al. 4, Cst.).

Le référendum en matière de traités internationaux dans le droit constitutionnel fédéral

le référendum *sui generis* en matière de traités internationaux peut se fonder sur le droit constitutionnel non écrit et en particulier le droit constitutionnel coutumier.

4.3.1 Exclusion du droit constitutionnel coutumier

L'existence d'une règle de droit constitutionnel coutumier présuppose en particulier une pratique durable et uniforme débouchant sur une conviction juridique générale et plusieurs fois confirmée¹⁰⁴. Or, la pratique en matière de référendum *sui generis* repose moins sur une conviction juridique générale et confirmée que sur des considérations politiques (voir ch. 4.2.2, 4.2.4). En particulier, la décision de l'Assemblée fédérale de ne pas entrer en matière sur le projet du Conseil fédéral du 15 janvier 2020 est un indice du fait qu'il manque la conviction partagée qui serait nécessaire pour que du droit coutumier puisse naître (*opinio juris*). De plus, la pratique, loin d'être durable et uniforme (*longa consuetudo*) est inégale et ne repose que sur trois cas isolés.

S'y ajoute qu'une règle de droit constitutionnel coutumier ne peut se former que si le droit constitutionnel écrit laisse la marge de le faire. Le fait que la pratique en question en matière de référendum *sui generis* est née sous l'empire de la Constitution de 1874 infirme l'idée qu'il existe un référendum de droit coutumier en matière de traités internationaux dans le cadre de la Constitution actuelle, qui est aujourd'hui déterminante, d'autant plus que deux des trois cas de référendum *sui generis* ont eu lieu avant que le référendum obligatoire en matière de traités internationaux ait été institué¹⁰⁵.

Les conditions ne sont donc pas réunies pour que l'on puisse reconnaître comme une règle de droit constitutionnel coutumier le référendum *sui generis* en matière de traités internationaux.

4.3.2 Règle de droit constitutionnel non écrit ?

Le référendum *sui generis* en matière de traités internationaux ne peut pas se fonder sur une base constitutionnelle expresse (ch. 4.2.1) ni sur le droit constitutionnel coutumier (ch. 4.3.1). Pour être licite, il faudrait donc que sa base juridique découle de l'interprétation de la Constitution en tant que droit constitutionnel non écrit.

4.3.2.1 Marge d'interprétation inexistante dans l'art. 140, al. 1, let. b, Cst.

L'art. 140, al. 1, let. b, Cst. ne peut pas être interprété de telle manière qu'il en découle une base juridique pour le référendum *sui generis* en matière de traités internationaux. La disposition n'offre pas de marge d'interprétation à cet égard. Elle règle de manière exhaustive quels traités internationaux doivent être acceptés par le peuple et les cantons (voir en particulier le ch. 4.2.1).

4.3.2.2 Admissibilité par analogie avec l'art. 140, al. 1, let. a, Cst. ?

Reste à examiner s'il est possible d'induire par analogie l'existence d'une base juridique du référendum *sui generis* en matière de traités internationaux de l'appréciation ou de l'esprit et du but de l'art. 140, al. 1, let. a, Cst. Cette analogie consisterait à soumettre au vote du

¹⁰⁴ Voir Ehrenzeller, SGK BV, Verfassungsinterpretation, n° 27.

¹⁰⁵ L'unique référendum *sui generis* qui ait eu lieu depuis l'institution du référendum obligatoire ordinaire en matière de traités internationaux – le référendum sur l'entrée dans l'EEE – est en outre un cas spécial en ce sens que l'opinion a également été avancée que ce référendum aurait pu entrer dans le champ d'application du référendum obligatoire (ordinaire) en matière de traités internationaux en cas d'adhésion à une organisation supranationale (actuel art. 140, al. 1, let. b, Cst.).

Le référendum en matière de traités internationaux dans le droit constitutionnel fédéral

peuple et des cantons, au-delà des révisions formelles de la Constitution, « tout ce qui » modifie la Constitution, même s'il s'agit d'un traité en dehors du champ d'application du référendum obligatoire en matière de traités internationaux au sens de l'art. 140, al. 1, let. b, Cst.¹⁰⁶.

La formulation de la disposition elle-même s'oppose à cette compréhension extensive du domaine d'application de l'art. 140, al. 1, let. a, Cst. Elle soumet à l'acceptation du peuple et des cantons uniquement les révisions de l'*acte* appelé « Constitution », donc les modifications formelles de la Constitution. Tant le Parlement que le peuple et les cantons ont refusé à plusieurs reprises et sous diverses formes de soumettre les traités ayant un « caractère constitutionnel » au référendum obligatoire au sens de l'art. 140, al. 1, Cst. On voulait éviter de compléter cette norme par des éléments indéterminés et donc plébiscitaires¹⁰⁷, ce qui aurait politisé et compromis la répartition des pouvoirs fixée par la Constitution, sans compter la capacité d'action du gouvernement suisse vis-à-vis de l'extérieur et sa fiabilité (voir ch. 4.2.2, 4.2.3). L'Assemblée fédérale a décidé en dernier lieu de ne *pas* codifier dans son essence l'idée de référendum *sui generis* en matière de traités internationaux en 2021. Le rejet multiple et encore très récent de l'idée d'étendre le référendum obligatoire au sens de l'art. 140, al. 1, Cst. aux traités internationaux ayant un « caractère constitutionnel » confirme que la délimitation des objets soumis à l'acceptation du peuple et des cantons par la Constitution doit être comprise comme étant exhaustive (voir ch. 4.2.1).

Au vu de ce qui précède, on peut douter que la Constitution laisse une marge pour fonder un référendum *sui generis* sur une analogie avec l'art. 140, al. 1, let. a, Cst. Il serait hautement problématique que l'Assemblée fédérale - qui n'a pas la compétence d'édicter des normes constitutionnelles - refuse de créer, dans le cadre d'une révision de la Constitution, une compétence qu'elle souhaite par ailleurs se réserver selon son appréciation dans des cas d'espèce en tant qu'autorité appliquant le droit. Les principes de l'Etat de droit (art. 5 Cst.), fondamentaux pour l'Etat constitutionnel, doivent être respectés, et parmi eux surtout la sécurité du droit, qui s'exprime notamment au travers du principe de la nature non plébiscitaire du droit de référendum. L'existence d'un référendum *sui generis* en matière de traités internationaux, fondé par l'interprétation de l'art. 140, al. 1, let. a, Cst., ne devrait en tout cas pas relever de l'appréciation de l'Assemblée fédérale. Il serait tout au plus admissible d'induire de l'art. 140, al. 1, let. a, Cst. l'existence d'un référendum *sui generis* en matière de traités internationaux, par la voie de l'interprétation, s'il était obligatoire au sens strict, comme dans le cas du référendum obligatoire en matière constitutionnelle, et non laissé au bon vouloir d'une autorité.

Suite à ces considérations, l'art. 140, al. 1, let. a, Cst. ne peut être lu comme l'obligation de soumettre au peuple et aux cantons « ce qui » modifie la Constitution, même s'il s'agit d'un traité international n'entrant pas dans le champ d'application du référendum obligatoire en matière de traités internationaux au sens de l'art. 140, al. 1, let. b, Cst., que dans les limites les plus strictes. Concrètement, cela signifie ce qui suit :

Pour qu'un traité puisse être considéré comme une révision de la Constitution au sens de l'art. 140, al. 1, let. a, Cst., et donc soumis au vote du peuple et des cantons, il ne suffit pas

¹⁰⁶ Au moins à première vue, c'est-à-dire abstraction faite de la différence entre la notion de constitution formelle et matérielle (voir à ce sujet nbp 45), cela correspondrait à l'idée du parallélisme entre la participation du peuple et des cantons au titre de la démocratie directe au droit interne d'une part et au droit international d'autre part. Voir ch. 4.2.2.

¹⁰⁷ En complétant le champ des droits de participation du peuple et des cantons réglés à l'art. 140, al. 1, Cst. avec un élément très indéterminé, on introduirait dans la systématique des droits de participation constitutionnels du peuple et des cantons un élément de nature plébiscitaire, en ce sens que les autorités fédérales auraient largement la liberté de décider de cette participation.

Le référendum en matière de traités internationaux dans le droit constitutionnel fédéral

que sa mise en œuvre en droit national exige des adaptations de la Constitution. Cela découle clairement de la lecture d'ensemble de la Constitution. L'art. 141a, al. 1, Cst.¹⁰⁸ ne permet de soumettre au peuple et aux cantons ensemble un traité international et une révision constitutionnelle qui serait nécessaire parce que le traité comprend des dispositions qui ne sont pas compatibles avec les normes constitutionnelles en vigueur¹⁰⁹, que dans l'hypothèse où le traité est lui-même soumis au référendum obligatoire¹¹⁰. En vertu de l'art. 141a, al. 1, Cst., il est exclu *a contrario* qu'un traité dont la mise en œuvre nécessite une révision de la Constitution soit soumis, pour ce seul motif, au référendum obligatoire de l'art. 140, al. 1, let. a, Cst., ou à un référendum *sui generis* qui en découlerait.

Par conséquent, l'obstacle mis aux traités internationaux pour être soumis au vote du peuple et des cantons par analogie avec l'art. 140, al. 1, let. a, Cst. devrait être plus haut qu'une « simple » modification de la Constitution visant à mettre en œuvre le traité en droit interne. On ne pourrait envisager qu'un traité soit soumis à un référendum *sui generis* en application par analogie de l'art. 140, al. 1, let. a, Cst. que si ses dispositions mêmes sapaient manifestement certains éléments fondamentaux de la Constitution – étant admise sa primauté (d'application) sur la Constitution (art. 5, al. 4, et 190 Cst.). Théoriquement, on peut en particulier imaginer un traité qui exclurait de manière générale, dans son domaine d'application, les droits de participation du peuple et des cantons, qui donnerait à un tribunal supraétatique la compétence d'imposer l'applicabilité directe et la primauté d'application des traités internationaux ou qui modifierait le cœur du partage constitutionnel des compétences¹¹¹.

Il serait toutefois erroné de penser que la reconnaissance d'un tel référendum *sui generis* permettrait de mieux prendre en compte, dans leur globalité, les principes constitutionnels. Certes, ce référendum resterait une exception absolue du fait même de sa base juridique (art. 140, al. 1, let. a, en relation avec l'art. 141a, al. 1, Cst.), mais, en tant que règle non écrite, il aurait par nature des contours excessivement vagues (champ et critères d'application). Il serait source de friction avec d'importants principes constitutionnels de l'Etat de droit démocratique, en particulier celui de la sécurité juridique.

4.3.2.3 Importance du développement des relations avec l'UE

Selon le mandat de négociation (p. 1), avec le paquet d'accords, « l'ordre constitutionnel suisse, le fonctionnement des institutions, ainsi que les principes découlant de la démocratie directe, du fédéralisme et de l'indépendance du pays seront préservés [et] les compétences de la Confédération, des cantons et des communes, ainsi que celles du Parlement et des tribunaux seront maintenues ». Selon toute vraisemblance, le paquet d'accords ne modifiera pas fondamentalement les relations entre la Suisse et l'UE. On peut plutôt s'attendre à ce qu'il s'inscrive dans la ligne éprouvée de la politique suivie jusqu'ici, consistant à ouvrir à la Suisse l'accès à l'espace économique européen par la voie de paquets d'accords bilatéraux.

¹⁰⁸ L'art. 141a, al. 1, Cst. a la teneur suivante : « Lorsque l'arrêté portant approbation d'un traité international est soumis au référendum obligatoire, l'Assemblée fédérale peut y intégrer les modifications constitutionnelles liées à la mise en œuvre du traité. »

¹⁰⁹ « Incompatible avec une norme constitutionnelle en vigueur » signifie ici : présentant avec une disposition de la Constitution une contradiction qui ne peut pas être résolue au niveau législatif inférieur (voir art. 190 Cst.) ou par une interprétation systématique (concordance pratique), mais seulement par une adaptation formelle de la Constitution.

¹¹⁰ Voir M. Biaggini, BV Komm., Art. 141a Cst., n° 8 ; Epiney/Diezig, BSK BV, Art. 141a Cst., n° 8, 14 s.; Grisel, n° 927; Saxer, Die Umsetzung völkerrechtlicher Verträge im Verfahren gemäss Art. 141a BV, PJA 2005 821 ss, p. 826; Tornay Schaller, CR Cst., Art. 141a, n° 22; autre avis chez Egli, SGK BV, Art. 141a Cst., n° 44 s.

¹¹¹ Etant donné la compétence globale que l'art. 54 Cst. confère à la Confédération en matière d'affaires étrangères, la compétence primaire des cantons, ou le principe de l'énumération des compétences fédérales, définis aux art. 3 et 42 Cst., ne s'appliquent de toute façon pas dans le domaine des traités internationaux. Ces derniers ne peuvent pas être considérés comme modifiant l'ordre constitutionnel s'ils touchent des domaines qui, en droit interne, sont du ressort des cantons. Il faudrait pour cela que le traité attente au régime même du partage fédéraliste des compétences prévu par la Constitution ou bien qu'il porte sur un si vaste domaine qu'il en vienne à l'ébranler.

Le référendum en matière de traités internationaux dans le droit constitutionnel fédéral

Les solutions institutionnelles visées ne se distinguent pas fondamentalement de l'association de la Suisse à l'UE telle qu'elle existe aujourd'hui. La Suisse reprend déjà certains domaines du droit européen via sa législation interne. La procédure de règlement des différends ne se présente pas non plus bien différemment. Selon le *common understanding* et le mandat de négociation, il n'est pas prévu que la Suisse soit directement soumise à la juridiction de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). C'est non pas cette dernière, mais un tribunal arbitral paritaire, c'est-à-dire composé à égalité de représentants de la Suisse et de l'UE, qui trancherait les litiges entre elles. La CJUE clarifierait seulement – en quelque sorte à titre préjudiciel – les notions de droit européen par la voie de l'interprétation, dans la mesure où elles peuvent être importantes pour la question de droit bilatéral en suspens devant le tribunal arbitral. La création d'un organe paritaire ne serait rien de fondamentalement nouveau en droit international¹¹². La Suisse continuerait de décider elle-même de la validité, de l'application et du rang du droit bilatéral dans son régime juridique interne.

Il n'y a donc pas lieu de s'attendre à ce que le paquet d'accords sape manifestement des éléments fondamentaux de la Constitution, au vu du *common understanding* et du mandat de négociation. Selon toute vraisemblance, la possibilité qu'il soit soumis à un référendum *sui generis* en matière de traités internationaux découlant de l'art. 140, al. 1, let. a, Cst. n'entrera pas en considération (voir ch. 4.3.2.2).

5 Résumé

Le droit constitutionnel fédéral suisse prévoit plusieurs types de référendum en matière de traités internationaux. Il accorde au peuple, ou au peuple et aux cantons, le droit de participer à la décision d'engager la Suisse par des traités. Ces différents types de référendum se distinguent par les conditions auxquels ils sont admissibles, par leur aboutissement, par les exigences en matière de majorité et par leur domaine d'application.

Si un traité est sujet au référendum (*référendum facultatif en matière de traités internationaux*), il doit être accepté par la majorité du peuple pour que la Suisse puisse se lier par cet instrument (« majorité simple » ; art. 141 en relation avec l'art. 142, al. 1, Cst.). La votation populaire n'a lieu que si 50 000 citoyens ayant le droit de vote ou huit cantons le demandent dans les 100 jours à compter de la publication officielle du traité (art. 141, al. 1, Cst.). Font l'objet du référendum facultatif en matière de traités internationaux les traités qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales (art. 141, al. 1, let d, ch. 3, Cst.). Le paquet d'accords que la Suisse et l'UE négocient actuellement contiendrait sans aucun doute des dispositions importantes fixant des règles de droit et serait donc sujet au référendum.

Si un traité est soumis au référendum (*référendum obligatoire en matière de traités internationaux*), il doit être accepté par la majorité du peuple et des cantons pour que la Suisse puisse se lier par cet instrument (« double majorité » ; art. 140, al. 1, en relation avec l'art. 142, al. 2, Cst.). La votation a lieu d'office sur tout traité auquel s'applique le référendum obligatoire. Font l'objet du référendum obligatoire en matière de traités internationaux les traités qui prévoient l'adhésion de la Suisse à des organisations de sécurité collective ou à des communautés supranationales (art. 140, al. 1, let. b, Cst.).

¹¹² Voir J. Paulsson, Appointment of Arbitrators, in: Schultz/Ortino (éd.), The Oxford Handbook of International Arbitration, Oxford 2020, p. 103 ss, p. 104, s., 110 s.; par ex. art. 12 de l'accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République populaire de Chine du 27 janvier 2009 concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, RS 0.975.224.9 ; l'art. 27 du traité du 17 décembre 1994 sur la Charte de l'énergie, RS 0.730.0 ; l'art. 28 de la convention du 15 décembre 1992 relative à la conciliation et à l'arbitrage au sein de la CSCE, RS 0.193.235 ; l'art. 45 de la convention du 18 octobre 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux, RS 0.193.212.

Le référendum en matière de traités internationaux dans le droit constitutionnel fédéral

La Suisse ne vise pas à adhérer à la communauté supranationale qu'est l'UE en négociant le paquet d'accords. Le résultat des négociations ne mènera sans doute pas à une association si étroite avec l'UE qu'il se justifierait de la traiter comme une adhésion. Le paquet d'accords ne sera donc très vraisemblablement pas l'objet d'un référendum obligatoire en matière de traités internationaux au sens de l'art. 140, al. 1, let. b, Cst.

Toutefois, les autorités fédérales, ainsi qu'une partie de la doctrine en matière de Constitution, ont par le passé défendu l'opinion qu'un traité pouvait exceptionnellement être soumis à un référendum (c'est-à-dire au vote du peuple et des cantons) même dans des cas dans lesquels la Constitution ne le prévoit pas expressément, soit à ce que l'on appelle un *référendum sui generis en matière de traités internationaux*. On peut cependant se demander si – c'est-à-dire en vertu de quelle base juridique – cela serait aujourd'hui encore possible et, dans l'affirmative, à quelles conditions, alors que l'Assemblée fédérale, qui a certaines compétences dans la procédure de révision de la Constitution, a rejeté (une nouvelle fois) l'idée d'intégrer cette possibilité dans la Constitution en 2021. Le régime constitutionnel des droits politiques est basé sur une réglementation exhaustive par la Constitution des droits du peuple et des cantons en matière d'adoption du droit, y compris des traités internationaux. Il s'agit de droits dont le peuple et les cantons jouissent de par la Constitution, et non simplement parce que les autorités fédérales les leur accordent. Les principes de l'Etat de droit et la sécurité du droit n'en exigent pas moins. C'est pourquoi la lettre des art. 140, al. 1, et 141, al. 1, Cst. définit exhaustivement l'objet du référendum (obligatoire) en matière de traités internationaux, garantissant la participation du peuple (et des cantons). Il n'existe pas d'usage contraire, propre à fonder une règle de droit constitutionnel coutumier, selon lequel certains traités auraient été soumis régulièrement et uniformément au vote du peuple et des cantons, en raison d'une conviction juridique des autorités, bien que le libellé de l'art. 140, al. 1, Cst. ne soumette pas ces traités au référendum obligatoire. Certes, dans un passé déjà lointain, les autorités fédérales ont dans de rares cas (1920 : accession à la Société des nations ; 1972 : accord de libre échange avec l'ancêtre de l'UE ; 1992 : adhésion à l'EEE) soumis des traités internationaux au vote du peuple et des cantons, bien que la Constitution alors en vigueur ne le prévoit pas, dans des contextes chaque fois différents et avec des motivations diverses, mais cela ne suffit ni quantitativement, ni qualitativement.

La base juridique et le champ d'application du référendum *sui generis* en matière de traités internationaux doivent donc ressortir de la Constitution. L'interprétation de l'art. 140, al. 1, Cst. dans le contexte de l'ensemble de la Constitution montre qu'il n'existe pas une grande marge pour cela. Non seulement le texte de l'art. 140, al. 1, Cst. est formulé de manière exhaustive sur le plan linguistique, mais cela correspond en outre à la volonté du constituant. Cette volonté est de respecter le caractère non plébiscitaire des droits de participation conférés par la Constitution au peuple et aux cantons et de préserver le délicat équilibre des pouvoirs entre l'Assemblée fédérale, le peuple et les cantons, tout en tenant compte de la capacité de la Suisse à agir vis-à-vis de l'extérieur et de sa fiabilité. Il n'est clairement pas admissible de soumettre un traité au vote du peuple et des cantons uniquement parce que sa mise en œuvre en droit interne entraîne des modifications de la Constitution (art. 141a, al. 1, Cst. *a contrario*). La seule base envisageable pour le référendum *sui generis* en matière de traités internationaux serait – et encore dans de strictes limites – de se fonder par analogie sur l'art. 140, al. 1, let. a, Cst. Selon cette interprétation, devrait être soumis au vote du peuple et des cantons « ce qui » modifie la Constitution, même s'il s'agit d'un traité international en dehors du champ d'application du référendum obligatoire en matière de traités internationaux au sens de l'art. 140, al. 1, let. b, Cst.

Le référendum en matière de traités internationaux dans le droit constitutionnel fédéral

Comme un traité ne peut pas être considéré comme modifiant la Constitution uniquement parce que sa mise en œuvre en droit interne nécessite des adaptations de la Constitution (art. 141a, al. 1, Cst. *a contrario*), le champ d'application possible d'un référendum *sui generis* fondé par analogie sur l'art. 140, al. 1, let. a, Cst. serait excessivement limité. Il le serait d'autant plus que le référendum ne devrait pas revêtir un caractère plébiscitaire, c'est-à-dire qu'il ne devrait pas être laissé au bon vouloir des autorités fédérales. Seuls entreraient en considération des traités internationaux dont les dispositions mêmes rendraient manifestement inapplicables des éléments fondamentaux de la Constitution. Théoriquement, on peut en particulier imaginer un traité qui exclurait de manière générale, dans son domaine d'application, les droits de participation du peuple et des cantons, qui donnerait à un tribunal supraétatique la compétence d'imposer l'applicabilité directe et la primauté d'application des traités internationaux ou qui modifierait l'essence même du partage constitutionnel des compétences.

Il ne sera possible de juger définitivement si le paquet d'accords doit faire l'objet d'un référendum obligatoire que lorsque le résultat des négociations aura été paraphé. Il n'y a cependant pas lieu de s'attendre à ce que le paquet d'accords rende manifestement inapplicables des éléments fondamentaux de la Constitution. Selon toute vraisemblance, le scénario selon lequel il serait soumis à un référendum *sui generis* en matière de traités internationaux découlant de l'art. 140, al. 1, let. a, Cst. n'entrera pas en considération.