

Renforcer la Suisse

Réforme de la Constitution fédérale

Consolider l'acquis

Construire l'avenir

Exposé des motifs du
projet de Constitution

Exposé des motifs

1	Introduction	blanc
2	Mise à jour du droit constitutionnel	blanc
3	Variantes	blanc
4	Réforme des droits populaires	bleu
5	Réforme de la justice	vert
6	Abréviations	blanc
7	Annexe: Questionnaire sur la réforme de la Constitution	blanc

Aperçu

1	Introduction	5
11	Nécessité d'une réforme constitutionnelle	7
12	Situation initiale et mandat parlementaire	8
13	La revision constitutionnelle: une procédure ouverte	10
14	Mise à jour de la Constitution en vigueur	11
15	Nouveautés ponctuelles ("variantes")	14
16	Réforme des droits populaires	15
17	Réforme de la justice	18
18	Déroulement des travaux et questions de procédure	20
2	Mise à jour du droit constitutionnel	23
21	Une marge de manoeuvre limitée	25
22	Portée de la mise à jour	25
23	Comblar les lacunes formelles et matérielles	26
24	Portée juridique	26
25	Signes distinctifs de la Constitution mise à jour	27
26	Commentaire du projet de Constitution	29
3	Variantes au projet de Constitution	201
31	Introduction	203
32	Texte et commentaire des dispositions de variantes	203
4	Réforme des droits populaires	209
	Première Partie: Observations générales sur la réforme des droits populaires fédéraux	211
41	Introduction	211
42	Les droits populaires en matière constitutionnelle	215
43	Les droits populaires en matières législative et administrative	222
44	Les droits populaires en matière internationale	229
45	Conclusion	232
	Deuxième Partie: Commentaire	234
5	Réforme de la justice	249
51	Bases du rapport	251
52	Nécessité d'une réforme	251
53	Buts de la réforme	259
54	Domaine de réforme I: Protection juridique	260
55	Domaine de réforme II: Le Tribunal fédéral en tant que juridiction suprême	264
56	Domaine de réforme III: Développement de la juridiction constitutionnelle	278
57	Domaine de réforme IV: Unification du droit de procédure	288
58	Grands traits de la réforme proposée	292
59	Dispositions proposées et commentaire	295
	Abréviations	309
	Annexe: Questionnaire sur la réforme de la Constitution	315

Exposé des motifs

1	Introduction	blanc
2	Mise à jour du droit constitutionnel	blanc
3	Variantes	blanc
4	Réforme des droits populaires	bleu
5	Réforme de la justice	vert
6	Abréviations	blanc
7	Annexe: Questionnaire sur la réforme de la Constitution	blanc

Exposé des motifs du projet de Constitution

1	Introduction	blanc
2	Mise à jour du droit constitutionnel	blanc
3	Variantes	blanc
4	Réforme des droits populaires	bleu
5	Réforme de la justice	vert
6	Abréviations	blanc
7	Annexe: Questionnaire sur la réforme de la Constitution	blanc

11 Nécessité d'une réforme constitutionnelle

Présenter le droit constitutionnel en vigueur

La Constitution, qui détermine l'organisation fondamentale de notre Etat, doit être rajeunie. Le fondement juridique de notre Confédération est certes toujours sain. Les éléments essentiels de notre Etat fédéral, qui a maintenant près de 150 ans, ont fait leurs preuves et ne nécessitent pas de modifications fondamentales. Mais, durant cette période, la Constitution a subi pas moins de 136 modifications, ce qui a conduit à un assemblage disparate, confus, obscur et difficilement lisible de dispositions tantôt essentielles, tantôt accessoires. En outre, la Constitution actuelle ne rend compte qu'imparfaitement du droit constitutionnel en vigueur. Un des buts essentiels de cette réforme est justement de rédiger une constitution exhaustive, compréhensible, et donc proche des citoyennes et des citoyens. Une nouvelle constitution rédigée dans la langue de notre temps favorisera l'identification des citoyennes et des citoyens avec la Constitution et donnera une nouvelle assise démocratique au droit constitutionnel en vigueur. La relation entre autorités et population ainsi que la confiance dans l'Etat en seront renforcées.

Sauvegarder la capacité d'action de l'Etat et l'efficacité des institutions

Outre la correction des défauts formels et matériels évoqués ci-dessus, la réforme de la Constitution vise également à améliorer les conditions-cadre de l'action étatique et à renforcer les institutions de notre pays. La capacité d'action de l'Etat et le fonctionnement de nos institutions démocratiques pourront ainsi être améliorés, afin de permettre une meilleure prévisibilité de l'action étatique et, par là même, d'en renforcer la crédibilité à l'intérieur comme à l'extérieur du pays. La réforme de la Constitution nous donne l'occasion et la chance de pouvoir adapter notre loi fondamentale aux exigences de notre époque sans subir de pressions extérieures et de nous procurer la liberté d'action nécessaire. Dans le respect de nos particularités, nous voulons raffermir les bases de notre Etat afin de répondre aux défis futurs. Notre pays a besoin d'un fondement constitutionnel rajeuni pour le prochain siècle. Notre héritage politique doit être transmis aux citoyennes et aux citoyens dans une forme nouvelle. La réforme constitutionnelle jouera donc un rôle déterminant pour notre avenir.

Le moment est venu!

Une réforme constitutionnelle de ce type, qui vise à renforcer l'efficacité de notre Etat, nous concerne tous. Une "pression populaire" en faveur d'une telle réforme n'est pas nécessaire. Il suffit d'être convaincu de la nécessité d'un changement. Dans d'autres pays, une pression populaire en faveur de réformes constitutionnelles ne s'est guère produite que dans des périodes de révolutions. Si, dans notre démocratie directe, une pression populaire se manifestait, elle devrait être interprétée comme un signe de crise. Les cantons n'ont du reste pas connu de telles pressions populaires. Pourquoi la Confédération ne devrait-elle pas être capable de réaliser, en cette fin de XXème siècle, ce que 12 cantons ont réussi ces trente dernières années: une révision de leurs constitutions?

Une réforme constitutionnelle n'a de chances de succès que si une partie aussi importante que possible de la population est confrontée au projet, et en approuve les lignes directrices. Ceci est d'autant plus important que la Constitution actuelle est devenue étrangère à de nombreuses couches de la population. Le Conseil fédéral est toutefois persuadé que les citoyennes et les citoyens de ce pays seront disposés à accepter les modifications proposées, car ils savent et ils sentent que les temps ont changé et que l'avenir nous impose de nouveaux défis. Le peuple désire une Suisse forte, consciente de sa valeur, qui sache s'affirmer dans ses rapports avec les autres Etats à l'avenir également. Nous pouvons jusqu'à un certain point être fier de cet "édifice constitutionnel" rénové et rajeuni. Une constitution nouvelle qui tient compte de l'évolution qu'a connue le droit constitutionnel depuis plus d'un siècle et qui trace la voie du futur, représente également un témoignage de notre époque.

12 Situation initiale et mandat parlementaire

Le besoin de réforme

La Constitution actuelle date de 1874. Elle est le résultat de l'unique révision totale de la première Constitution de 1848, par laquelle la Suisse est devenue un Etat fédéral. Depuis lors, la Constitution n'a plus fait l'objet d'une révision totale. Toutefois, pendant ces 121 ans, le peuple et les cantons suisses ont modifié plus de 130 fois le texte d'origine. Ces révisions partielles ont produit un assemblage disparate, auquel s'est ajouté le poids des ans. La cohérence interne du texte n'existe plus. Seuls des experts arrivent encore à comprendre certaines de ses parties. Notre Constitution est devenu étrangère aux citoyennes et aux citoyens de notre pays. Ils ne la connaissent plus et ne s'y identifient plus. Dans de larges couches de la population, la Constitution ne représente plus guère la "loi fondamentale" de la Confédération helvétique. Elle a perdu en valeur et en importance. La Constitution perd ainsi toujours plus sa fonction principale, à savoir sa fonction directrice pour l'ensemble de l'action étatique.

La Suisse a donc besoin d'une nouvelle Constitution: une constitution qui traduise la réalité de notre Etat fédéral dans la langue et de notre époque et d'une manière compréhensible. Il y a près de 30 ans maintenant que l'Assemblée fédérale acceptait les motions du Conseiller aux Etats Karl Obrecht et du Conseiller national Peter Dürrenmatt, qui demandaient une révision totale de la Constitution. Trente ans de discussions d'experts et de débats politiques suffisent: nous devons terminer ce siècle encore la rénovation de notre édifice constitutionnel.

Les travaux préparatoires pour une réforme de la Constitution

Les projets et les propositions pour une nouvelle Constitution n'ont pas manqué. Deux commissions d'experts - le groupe de travail de l'ancien Conseiller fédéral Friedrich Traugott Wahlen (1967-73) et la grande commission d'experts sous la direction du Conseiller fédéral Kurt Furgler (1973-77) - ont établi un diagnostic détaillé des vices formels et matériels de notre Constitution, envisagé des solutions et proposé un projet de nouvelle Constitution. Ce projet de Constitution, accompagné d'un rapport

explicatif, a été rendu public et mis en discussion. Il réussit à susciter, même à l'étranger, un intérêt extrêmement grand. On s'accorda à en reconnaître les mérites, même si tous ne partagèrent pas totalement ses conclusions. En particulier, les cantons et les associations économiques se montrèrent critiques à son égard.

Au regard des résultats de la procédure de consultation, le Département fédéral de justice et police retravailla le projet Furgler et établit un rapport approfondi à l'appui d'un nouveau projet - l'essai de modèle du DFJP de 1985 ("La nouvelle constitution telle qu'elle pourrait se présenter", publié dans la Feuille fédérale 1985 III 1). De son côté, le Conseil fédéral reconnut la nécessité d'une révision totale de la Constitution, mais décida pourtant de soumettre cette question à nouveau à l'Assemblée fédérale.

L'arrêté fédéral de 1987

Après d'intenses discussions au sein des commissions parlementaires, les Chambres fédérales approuvèrent le 3 juin 1987 trois décisions procédurales importantes (cf., pour les débats et pour l'arrêté, le Bulletin officiel du Conseil des Etats 1986 783-808 et du Conseil national 1987 626-673):

Art. 1

"La révision totale de la Constitution fédérale du 29 mai 1874 est décrétée (art. 120 cst.)."

Art. 2

"Le Conseil fédéral soumettra à l'Assemblée fédérale le projet d'une nouvelle constitution"

Art. 3

"Le projet mettra à jour le droit constitutionnel actuel, écrit et non écrit, le rendra compréhensible, l'ordonnera systématiquement et en unifiera la langue ainsi que la densité normative."

Le Conseil fédéral a ainsi reçu le mandat d'élaborer un projet de Constitution qui présente le droit constitutionnel *actuel*, qui l'unifie et qui le rend compréhensible: le droit constitutionnel tel qu'il a évolué et tel qu'il a été appliqué pendant les quelque 150 ans de notre histoire fédérale. Le mandat parlementaire établissait clairement les principes pour la poursuite de la réforme constitutionnelle: pas de nouvel ordre étatique, car les principes essentiels de la Confédération - en particulier la structure fédérale, les institutions de notre démocratie directe, les rapports fondamentaux entre le Conseil fédéral et le Parlement, la neutralité et la solidarité en matière de politique étrangère, l'ordre social et économique - ne sauraient être considérés comme dépassés. Par contre, l'ensemble du droit constitutionnel en vigueur doit être mis à jour de manière claire, compréhensible, lisible et convaincante. Dans la mesure où le Conseil fédéral estime certaines modifications constitutionnelles nécessaires, il doit, selon les volontés du Parlement, les présenter sous forme de variantes distinctes du texte constitutionnel mis à jour.

Rapport avec la question de l'intégration européenne

A la fin des années 1980, la possibilité de négociations multilatérales entre les Etats membres de l'Association européenne de libre-échange (AELE), dont la Suisse, et l'Union européenne (UE), a engendré une situation nouvelle, car la conclusion de l'Accord sur l'Espace économique européen (EEE) est devenue prioritaire. Le Conseil fédéral était d'avis que la revision constitutionnelle ne devait être poursuivie qu'après l'entrée en vigueur de l'Accord sur l'EEE.

Le peuple et la cantons ont, comme on le sait, refusé l'Accord sur l'EEE le 6 décembre 1992. Après avoir à nouveau procédé à une analyse de la situation, le Conseil fédéral est arrivé à la conclusion qu'il serait faux de faire dépendre la revision constitutionnelle de l'évolution des rapports entre la Suisse et l'UE. Il s'agit au contraire maintenant de "faire de l'ordre chez soi". Les efforts du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale pour réaliser une réforme gouvernementale et parlementaire s'inscrivent également dans ce contexte. Plusieurs interventions parlementaires, mais avant tout des demandes émanant des cantons eux-mêmes, visent à une nouvelle définition des relations entre la Confédération et les cantons. Ces différents désirs de réformes manifestent en fin de compte le besoin croissant d'une réforme des institutions étatiques.

La motion Josi Meier

Dans sa motion du 28 avril 1993, la Conseillère aux Etats Josi Meier demandait au Conseil fédéral de mener à bien la revision totale de la Constitution de manière à permettre à l'Assemblée fédérale de discuter et d'adopter un projet en 1998, à l'occasion des 150 ans de notre Etat fédéral. Le Conseil des Etats a adopté la motion le 16 décembre 1993 sans opposition, et le Conseil national l'a transmise par 105 voix contre 54. D'autres interventions visent au même but. Les débats ont toutefois révélé que la mise à jour de la Constitution n'était certes que la première étape d'un vaste et long processus de réformes, mais que cette mise à jour était un préalable aux réformes futures. Le Parlement s'est en quelque sorte lui-même obligé à respecter, lors des débats, les délais ambitieux qu'il a fixés (cf. le Bulletin officiel du Conseil des Etats, 1993 1101-1106, et du Conseil national 1994 1665-1647 et 2439-2447).

13 La revision constitutionnelle: une procédure ouverte

Le besoin de coordination

Il est certes nécessaire de coordonner les différents projets de réformes politiques (réforme des droits populaires, réforme judiciaire, réforme du gouvernement et du parlement, réforme financière, réforme du fédéralisme). Ce serait un argument pour une revision globale sur la plan matériel de la Constitution, telle qu'elle a été conçue dans les années 1970. Le Conseil fédéral est toutefois persuadé que cette option serait vouée à l'échec. En outre, le Parlement a clairement refusé cette manière de procéder en adoptant l'arrêté fédéral de 1987, qui est toujours déterminant. Une revision totale au sens classique du terme, qui entraînerait un examen

complet et une nouvelle organisation du droit constitutionnel dans le cadre d'une unique procédure de réforme, n'est pas nécessaire à ce stade; elle dépasserait nos forces. Le temps et la volonté politique nous manquent pour une réforme de l'Etat d'une si grande envergure. Avec cette réforme constitutionnelle, il n'est pas question de résoudre d'un seul coup l'ensemble des problèmes des prochaines décennies.

La réforme constitutionnelle comme "jeu de construction"

Le Conseil fédéral est d'avis qu'une révision constitutionnelle sera plus judicieuse et aura plus de chances de succès si elle se déroule en étapes distinctes. Il s'est donc décidé à concevoir la réforme constitutionnelle comme une procédure ouverte. Une nouvelle Constitution mise à jour est toutefois la base nécessaire de réformes sur le plan matériel. C'est à cette base, comme dans un jeu de construction, que pourront s'ajouter, lorsqu'elles auront été mûries, les réformes matérielles sur des points précis ou dans des domaines plus vastes. La mise à jour a donc une importance particulière, puisqu'elle constitue un préalable juridique et politique favorable à des réformes plus vastes. La mise à jour, ainsi comprise dans le sens de l'arrêt fédéral de 1987, n'est donc pas qu'un exercice juridique délicat et difficile. Elle l'est certes aussi! Mais elle a une portée politique particulière puisque cette réforme constitutionnelle est conçue comme une procédure ouverte.

Il est certes appréciable de disposer d'une constitution facilement compréhensible et lisible et qui reflète les éléments essentiels de notre Etat. Toutefois, une simple mise à jour ne saurait satisfaire. Nous ne pouvons plus aujourd'hui nous contenter uniquement d'une présentation du droit constitutionnel en vigueur. Le besoin de réformes est devenu trop vif dans beaucoup de domaines. Une série de révisions partielles de la Constitution ne serait pas une solution satisfaisante, car les différents domaines de réformes sont étroitement liés entre eux et ne peuvent être résolus que d'une manière globale. En outre, une succession de révisions partielles aggraverait encore le caractère disparate de la Constitution.

14 Mise à jour de la Constitution en vigueur

Lignes directrices

L'objectif poursuivi par la mise à jour est de rendre compréhensible et lisible le droit constitutionnel en vigueur, écrit et non écrit. Une telle démarche est faite pour créer la transparence, car elle permet aux citoyens d'avoir une meilleure vue des normes fondamentales de notre Etat et d'y accéder plus facilement. La nouvelle Constitution devra donner de notre Etat une image moderne, ce qui n'est aujourd'hui, dans une large mesure, plus le cas. La Constitution est quelquefois muette là où elle devrait se prononcer, tandis qu'ailleurs le texte constitutionnel est parfois devenu ambigu ou a perdu sa signification. Il devient ainsi impossible de saisir la réalité de notre Etat.

La mise à jour s'est attachée à laisser s'exprimer dans le nouveau texte les éléments qui nous tiennent à cœur et qui ont fait leurs preuves. Là où cela s'est avéré possible et judicieux, dans le contenu et dans les notions

utilisées, nous avons jeté des ponts entre l'ancien et le nouveau texte. Nous avons renoncé à faire du modernisme à tout prix. Les citoyens peuvent ainsi mieux s'identifier à la loi fondamentale de leur communauté politique.

Difficultés

Une mise à jour représente davantage qu'une performance juridique et technique ou un exercice de rédaction. Elle pose de délicats problèmes d'appréciation et d'évaluation, lorsqu'il s'agit, par exemple, d'identifier et de prendre la mesure du droit constitutionnel non écrit, de ramener du droit constitutionnel au niveau de la loi ou à l'inverse d'élever des dispositions légales au rang de dispositions constitutionnelles. Ces difficultés ont été résolues avec un soin et une retenue particuliers. Le critère qui a présidé à chaque choix a été celui de la constance de la pratique suivie par les autorités de référence que sont l'Assemblée fédérale, le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral. Il a été tenu compte des avis de la doctrine dans la mesure où ceux-ci jouissent véritablement d'une reconnaissance générale et solide.

Intérêt politique

En réécrivant l'ensemble du droit constitutionnel en vigueur, la mise à jour met en évidence le contenu normatif positif du droit constitutionnel non écrit et le projette ainsi dans la conscience politique des citoyens. Elle offre l'occasion de donner expressément à toutes les parties du droit constitutionnel une légitimation et une consécration démocratiques qui faisaient parfois défaut. Ainsi, par exemple, les droits fondamentaux et le droit international, que ce soit dans la jurisprudence ou les conventions internationales conclues par la Suisse, se sont développés sans l'approbation expresse du souverain. Les critères selon lesquels les traités internationaux sont soumis au référendum ne sont en partie pas satisfaisants (cf. p. ex. le Pacte II de l'ONU et la Charte sociale européenne). C'est pourquoi il est primordial sur le plan politique, mais aussi du point de vue de la démocratie, d'offrir une base solide au développement du droit constitutionnel. La consultation du peuple sur l'intégralité du droit constitutionnel en vigueur devrait contribuer à "affermir l'alliance des confédérés", pour reprendre les termes du préambule actuel, ainsi qu'à renouveler cette alliance, ce qui représente sans aucun doute une entreprise digne du 150ème anniversaire de l'Etat fédéral.

Toute chose qui n'est pas renouvelée de temps à autre perd de sa substance, même si elle a fait ses preuves. La teneur matérielle de la Constitution ne s'en trouve pas modifiée pour autant, mais sa substance, grâce à la mise à jour, se fait plus visible et prend une autre valeur. C'est ainsi que la mise à jour contribue à renforcer notre environnement institutionnel, la capacité de manoeuvre des organes de l'Etat et, par là, la crédibilité de l'action de l'Etat.

Mise à jour et domaines de réforme

Une révision constitutionnelle qui se veut ouverte ne doit pas fixer une fois pour toutes les réformes à réaliser. Certaines réformes sont plus avancées que d'autres. Les projets de réforme arrivés à maturité peuvent être réalisés en parallèle avec la mise à jour, d'autres suivront plus tard. Actuellement, le Conseil fédéral a en point de mire le renouvellement des droits populaires et la réforme de l'organisation judiciaire au niveau fédéral, deux domaines dans lesquels le besoin de réforme est urgent et manifeste. C'est pourquoi le Conseil fédéral soumet à l'attention du public un train de propositions de réforme pour chacun de ces domaines. Il entend ainsi concentrer les réformes prioritaires. A l'échéance de la procédure de consultation, il examinera à nouveau la situation sur la base des résultats obtenus et prendra la décision soit de ne soumettre aux Chambres fédérales que le projet de Constitution mise à jour, soit de le compléter par des propositions de réformes matérielles. La question peut aujourd'hui rester ouverte de savoir si les propositions de réforme du Conseil fédéral iront au-delà du domaine des droits populaires et de la justice pour s'étendre à ceux du Gouvernement, du Parlement et du fédéralisme. Le Conseil fédéral prendra sa décision en fonction du degré d'avancement des travaux dans la perspective de la discussion au Parlement au moment où il adoptera son message. Il n'est pas impossible que de nouveaux domaines de réforme soient mis en discussion au cours des débats parlementaires.

Péréquation financière et réforme du fédéralisme

Si l'on excepte les droits populaires et la réforme de la justice, le Conseil fédéral entend se limiter à présenter une mise à jour de la Constitution en vigueur. C'est pourquoi le projet de Constitution présenté ici ne contient pas d'innovations matérielles en matière de péréquation financière (article 114), en dépit du fait qu'au milieu de l'année dernière, conscient des lacunes du système de péréquation financière en vigueur, le Conseil fédéral a chargé un groupe de travail composé de représentants de la Confédération et des cantons de revoir entièrement la réglementation en la matière. Les grandes lignes de cette nouvelle réglementation devront être présentées au Conseil fédéral d'ici à la fin de l'année 1995. Les premières mises en consultation politiques sont prévues pour le début de l'année 1996.

L'objectif premier du nouvel ordre de péréquation financière est de donner un coup de fouet au fédéralisme en renforçant le sens des responsabilités des cantons et leur capacité de financement propre. En conséquence, la nouvelle réglementation touchera la Constitution sous deux angles: elle offrira une base nouvelle à la péréquation financière entre la Confédération et les cantons, ainsi qu'entre les cantons, prise dans son sens le plus étroit. Mais, dans certains domaines, elle postulera également une nouvelle répartition des tâches entre la Confédération et les cantons. On peut donc d'ores et déjà prévoir qu'un nouvel ordre de péréquation financière nécessitera à moyen terme des modifications de la Constitution. Celles-ci pourront être présentées sous forme d'objet séparé ou dans le cadre de la réforme du fédéralisme en cours. En effet, un groupe de travail formé par les cantons, mais dans lequel la Confédération est également représentée, s'occupe de la réforme du fédéralisme.

15 Nouveautés ponctuelles ("variantes")

Propositions de variantes à la Constitution fédérale mise à jour

Lors de l'adoption en 1987 de l'arrêté parlementaire relatif à la revision constitutionnelle, le Parlement a clairement encouragé le Conseil fédéral à proposer des modifications matérielles ponctuelles à côté du texte constitutionnel mis à jour. Pour des raisons de transparence, elles doivent prendre la forme de variantes. Dans le cadre de la réforme de la Constitution, nous saisissons cette opportunité et nous mettons en discussion publique quatre variantes. Nous nous sommes volontairement limités à quelques variantes "politiques", qui répondent à une préoccupation de réforme politique reconnue.

Les variantes proposées doivent avoir un effet d'intégration et visent avant tout à améliorer les conditions-cadre institutionnelles de notre Etat fédéral, sans ébranler l'équilibre des compétences entre la Confédération et les cantons. Elles sont donc régies par les mêmes principes que la réforme constitutionnelle, dont elles constituent un élément. Ces variantes représentent - en plus des deux grands domaines de réforme - un complément nécessaire à la mise à jour du droit constitutionnel actuel. Nous montrons de cette manière que nous accordons la plus grande attention au mandat qui nous a été donné de réaliser la mise à jour de la Constitution en respectant le principe de transparence. Les variantes ont encore pour but de démontrer la capacité de renouvellement de notre droit constitutionnel dans le contexte d'un concept élargi de mise à jour, ainsi que dans la perspective de la suite de la réforme constitutionnelle.

Quatre propositions de variantes

Les propositions de variantes qui vous sont soumises concernent les points suivants (cf. chif. 3 pour le texte des variantes avec les commentaires correspondants) :

- la participation des cantons à la politique extérieure de la Confédération
- les modifications de territoire facilitées entre les cantons
- le principe de la publicité dans l'administration fédérale
- la protection du secret de rédaction

Nous n'avons pas, en l'état actuel, pris en considération d'autres variantes discutées au sein de l'administration. Elles concernaient notamment la suppression de l'article sur les évêchés, l'introduction d'un article sur les villes, l'introduction d'un article sur la jeunesse, une disposition sur l'intégration des étrangers et un article sur les partis. En se limitant aux quatre variantes ci-dessus, le Conseil fédéral n'entend toutefois pas exclure que d'autres modifications ponctuelles soient finalement introduites dans le projet de Constitution à un stade ultérieur, par exemple dans le message destiné à l'Assemblée fédérale. Ceci dépendra également du résultat de la procédure de consultation.

Rapports avec le projet de revision partielle des dispositions constitutionnelles relatives à l'Assemblée fédérale

La commission des institutions politiques du Conseil national a soumis à l'Assemblée fédérale le 21 octobre 1994 un projet de revision partielle des dispositions constitutionnelles relatives à l'Assemblée fédérale (FF 1995 I 1113). Dans le cadre de la procédure de consultation menée en été 1994, ces propositions ont rencontré un écho presque entièrement positif parmi les partis et les cantons. Ces propositions concernent notamment les incompatibilités (par ex. interdiction de l'élection d'ecclésiastiques au Conseil national), l'élection à la présidence des Conseils, l'indemnisation des membres du Conseil des Etats par la Confédération au lieu des cantons, les commissions, et le rattachement des Services du Parlement à l'Assemblée fédérale. Dans la mesure où ces propositions dépassent le cadre d'une simple mise à jour, et pour des raisons de transparence, elles ne pouvaient par conséquent pas figurer dans le texte mis à jour. On peut toutefois admettre qu'elles y seront intégrées lors d'une phase postérieure de la revision totale.

16 Réforme des droits populaires

Réforme, renforcement et revitalisation des droits populaires: voter sur l'essentiel et maintenir la substance

Les droits populaires font partie de l'essence de l'identité suisse. Ils caractérisent de manière déterminante la Suisse et façonnent également son image à l'étranger. Sans eux, l'histoire de notre pays aurait peut-être, et même vraisemblablement, connu un déroulement très différent. Depuis quelque temps, ils suscitent même un engouement nouveau puisque la moitié de tous les projets soumis au peuple depuis la création de l'Etat fédéral l'ont été au cours de ces 30 dernières années. Parallèlement, l'intérêt des citoyens à une participation directe aux affaires publiques et aux questions politiques décisives n'a cessé de croître. Les taux de participation ont, ces dernières années, à nouveau clairement augmenté par rapport à autrefois (avec un taux de participation d'env. 50 % durant la présente législature). Simultanément, il apparaît de plus en plus manifeste qu'une réforme est, dans une certaine mesure, nécessaire.

D'une part, notre Constitution ne prévoit pas la possibilité pour le peuple de participer à certains objets dont l'enjeu est important. D'autre part, il est indéniable que nos droits populaires, conçus au siècle passé pour les besoins et selon les données de l'époque, ne correspondent plus aux exigences actuelles s'agissant de l'action et du fonctionnement d'un Etat moderne. La crédibilité et la prévisibilité de notre politique - qui constituent les grands atouts de notre pays dans les relations internationales - ont diminué. Pour cette raison, nous avons pour tâche et pour mission d'examiner les possibilités de maintenir et de revitaliser la substance des droits populaires tout en les développant pour satisfaire aux exigences d'un Etat tel que nous le concevons à la fin du XXe siècle. Il va de soi que toute réforme dans ce domaine aura d'importantes répercussions au niveau politique.

Train de mesures équilibré

En raison de ce qui précède, ces réformes doivent être abordées avec circonspection et tenir compte du contexte politique. Il ne saurait être question de réduire simplement les droits de participation du peuple, ni de les étendre fondamentalement. Les réformes proposées visent beaucoup plus à remodeler, à renforcer et à affiner les droits populaires. L'objectif de la réforme consiste ainsi à créer, dans le cadre d'un train de mesures global, un nouvel équilibre et à étendre les possibilités d'ajustement de nos instruments démocratiques à chaque situation. Dans ce domaine, l'ensemble des réformes doit présenter un système équilibré et intelligible pour les citoyens. Il s'agit ainsi de retrouver une certaine pondération entre une participation par représentation et une participation démocratique directe à la gestion de notre Etat. Finalement, l'objectif est d'assurer pour l'avenir le fonctionnement et la crédibilité de notre démocratie directe.

Commission d'experts "Droits populaires"

Les propositions de réforme dans le domaine des droits populaires se fondent sur les travaux d'une commission d'experts présidée par le professeur de droit constitutionnel Jean-François Aubert, de Neuchâtel. Cette commission, qui a travaillé de manière particulièrement intensive, a procédé à un examen d'ensemble et à une évaluation de notre système des droits populaires. L'analyse et les conclusions de ces travaux, comprenant des propositions, ont été consignées dans un rapport qui a servi de base de discussion principale au Département fédéral de justice et police (DFJP) et au Conseil fédéral. Il va de soi que le Chef du DFJP s'est réservé le droit de porter dans certains secteurs une appréciation politique différente de celle de la commission d'experts, même s'il a suivi les propositions de la commission sur les points les plus importants.

Innovations dans le domaine des droits politiques

Les propositions de réforme principales du DFJP que le Conseil fédéral entend mettre en discussion dans le public concernant les droits populaires sont les suivantes:

- **Introduction d'une initiative populaire générale.** En vertu de celle-ci, 100'000 citoyens peuvent exiger, sous la forme d'une proposition générale, l'adoption ou l'abrogation d'une ou de plusieurs dispositions constitutionnelles ou légales. Cette solution permet de disposer dorénavant d'une initiative populaire, sous forme de proposition générale, qui vaudra également pour le niveau législatif.
- **Possibilité pour l'Assemblée fédérale d'opposer dans un seul vote référendaire deux propositions alternatives.** Dans les cas où l'Assemblée fédérale recourt à cette procédure, elle offre aux citoyens, en présence de questions délicates, la faculté de choisir entre deux propositions. On renonce par contre à introduire le "référendum constructif", car une réglementation nouvelle de ce genre créerait trop de problèmes non encore résolus.
- **Introduction d'un référendum facultatif administratif et financier.** En vertu de celui-ci, un tiers des membres des deux conseils peuvent de-

mander que les décisions importantes sur le plan technique ou financier, comme celles, par exemple, qui concernent des concessions relatives à des installations de grande importance ou qui portent sur de grosses dépenses et qui ne peuvent être arrêtées dans une loi ou dans le cadre du budget, soient soumises au vote du peuple. Cette proposition étend de manière importante les droits de participation du peuple. La Constitution prévoit expressément certaines exceptions.

- **Elargissement du référendum facultatif sur les traités internationaux.** Il s'agit là d'un renforcement des droits populaires dans le domaine international. Cette innovation devrait permettre de familiariser davantage la population avec la politique étrangère. A l'avenir, les traités internationaux qui nous obligent directement ou indirectement à légiférer doivent être soumis au référendum. Le peuple doit ainsi pouvoir se prononcer avant que les engagements de droit international NE soient conclus, et non seulement - comme c'est le cas aujourd'hui - au moment d'introduire les obligations qui en découlent dans le droit national. Un tel déplacement en amont de la participation du peuple permet de **renoncer à soumettre au référendum la transposition d'un traité dans le droit national**, pour autant toutefois que cette transposition soit la conséquence nécessaire de ce traité. Il sera toujours possible de faire voter le peuple a posteriori par le biais de l'initiative populaire générale.
- **Possibilité pour l'Assemblée fédérale de soumettre au peuple et aux cantons simultanément plusieurs initiatives portant sur le même objet.** Cette innovation entend répondre à la multiplication des initiatives populaires distinctes, souvent contradictoires mais portant sur le même objet, telles que, par exemple, les initiatives dans le domaine de la drogue, de la politique européenne, de la politique agricole ou de l'AVS. Pour le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale, mais également pour le souverain, il serait important que toutes ces initiatives puissent être soumises au vote le même jour pour éviter d'éventuels résultats contradictoires.
- **Augmentation du nombre de signatures requises pour le référendum facultatif (100'000 signatures) ainsi que pour l'initiative tendant à une revision partielle ou totale de la Constitution (200'000 signatures).** Le même nombre de signatures est exigé pour la nouvelle initiative populaire générale que pour le référendum législatif; en effet, dans de nombreux cas, cette nouvelle initiative populaire concernera également la matière législative et constituera, à dessein, une sorte de référendum législatif a posteriori. L'augmentation du nombre de signatures requises s'impose pour des motifs démographiques. En particulier, il est aujourd'hui devenu trop facile de recourir au référendum législatif et cela entrave considérablement la capacité d'action de l'Etat. Il est conforme au principe de proportionnalité d'exiger au moins 100'000 signatures – sur 4,6 millions de citoyens actifs – pour soumettre au peuple une loi adoptée par le Parlement. Il en va de même d'une augmentation du nombre de signatures à 200'000 pour demander la modification de la Constitution. Une telle solution permettra d'ailleurs de conserver le rapport existant actuellement entre l'initiative et le référendum.
- **L'affirmation claire, dans le texte constitutionnel, du principe - déjà reconnu aujourd'hui - de la primauté du droit international sur le droit**

interne. Le Conseil fédéral, l'Assemblée fédérale et le Tribunal fédéral et la majeure partie de la doctrine reconnaissent depuis longtemps ce principe; il garantit la crédibilité de notre pays sur le plan de la politique étrangère et conditionne le respect par nos partenaires de leurs engagements. Le principe n'exclut pas qu'au moment de l'application du droit, il puisse y avoir des cas où, après pondération des intérêts nationaux et internationaux en présence, certaines raisons commandent de faire primer les intérêts du pays. C'est pourquoi la clause de primauté telle qu'elle est proposée n'est pas accompagnée d'une règle de sanction. On prévoit toutefois que le Tribunal fédéral pourra refuser d'appliquer dans un cas d'espèce une disposition de la législation suisse qui serait contraire au droit international.

- **Consécration du principe selon lequel les initiatives populaires qui violent les règles impératives du droit international sont nulles.** Ce principe correspond à la pratique du Tribunal fédéral et de l'Assemblée fédérale selon laquelle une initiative doit être déclarée nulle dans certains cas exceptionnels, par exemple lorsqu'elle viole l'interdiction de la torture. L'invalidation totale ne peut être prononcée que si aucune solution moins grave (invalidation partielle) n'est possible. Contrairement à la réglementation actuelle, il appartiendra au Tribunal fédéral de se prononcer sur la nullité éventuelle d'une initiative populaire, car cette question relève, ou devrait relever, du domaine juridique et non du domaine politique. Le Tribunal fédéral est, dans ce cas, beaucoup mieux placé pour se prononcer que l'Assemblée fédérale. Le Tribunal fédéral a déjà aujourd'hui une compétence similaire s'agissant des initiatives populaires en matière cantonale. Cette expérience montre que la crainte, partiellement entretenue, d'une politisation du Tribunal fédéral est injustifiée. Enfin, on doit s'attendre à ce que les cas où cette innovation devrait s'appliquer soient rares en pratique.

17 Réforme de la justice

Juridiction du Tribunal fédéral, protection juridique, droit procédural

Une réforme urgente est également nécessaire dans le domaine de la "justice", terme qui doit être compris dans le sens large où l'entend la procédure fédérale. Compte tenu de la surcharge chronique du Tribunal fédéral, il est nécessaire de procéder à des modifications structurelles, si nous ne voulons pas être contraints d'augmenter le nombre des juges fédéraux, ce qui ne constituerait qu'une solution provisoire, et dont l'efficacité n'est qu'apparente. L'idée centrale de cette réforme consiste à assurer le fonctionnement et la qualité de la jurisprudence du Tribunal fédéral. En tant que Cour suprême, le Tribunal fédéral a au moins trois missions à remplir: assurer une protection juridique effective, garantir l'unité du droit et contribuer au développement de ce dernier. Or, ces missions, il ne parvient plus à les assumer de façon optimale dans les périodes de surcharge persistante. Les difficultés de fonctionnement de notre Cour suprême sont de plus en plus nombreuses. Une telle situation implique que l'on prenne aujourd'hui des mesures efficaces pour permettre de la décharger.

On ne peut plus nier aujourd'hui que notre système de protection juridique est lacunaire. Au regard de l'accroissement considérable des compétences

fédérales au cours des dernières décennies, il n'est plus possible de défendre avec conviction l'idée que les actes législatifs les plus importants de la Confédération soient totalement exclus du contrôle judiciaire. On se trouve aujourd'hui dans la situation paradoxale où, dans une contestation suisse, les juges de la CEDH ont davantage de pouvoirs de décision que nos juges fédéraux à Lausanne. Par ailleurs, une garantie d'accès au juge fait presque complètement défaut dans le domaine des droits politiques de la Confédération.

Enfin, une harmonisation dans le domaine du droit de procédure est de plus en plus nécessaire. 26 lois de procédure (27, en droit civil, avec la loi fédérale; 29, en droit pénal, avec les 3 lois fédérales) ne sont plus conformes aux exigences de notre époque. Au regard de l'enchevêtrement de plus en plus marqué de nos sociétés, les désavantages d'un tel système apparaissent toujours plus nettement. En particulier, l'actuel morcellement du droit fait obstacle à une lutte efficace contre le crime organisé et la criminalité économique. Pour cette raison, divers cantons ont déjà demandé une unification des droits de procédure pénale.

Commission d'experts "Réforme de la justice"

Pour examiner en détail l'ensemble du système de l'organisation judiciaire fédérale au regard de la Constitution, le Chef du DFJP a institué une commission d'experts placée sous la direction du professeur Walter Kälin, de Berne. Cette commission d'experts a examiné de manière très approfondie les questions qui lui étaient posées et a soumis au Chef du DFJP un rapport complet en formulant un certain nombre de propositions de réforme. Ce rapport a également servi de base de discussion au Conseil fédéral. Comme dans le cas du rapport de la commission d'experts "Droits populaires", le Chef du DFJP a également approuvé dans son principe le rapport de la commission dans le domaine de la "Réforme de la justice"; il a toutefois porté une appréciation différente sur les propositions de réforme selon les secteurs.

Innovations dans le domaine de la procédure fédérale

Les propositions de réforme et les innovations les plus importantes dans le domaine de la "justice" sont les suivantes:

- **Création d'autorités judiciaires inférieures au Tribunal fédéral dans la mesure où celles-ci n'existent pas encore.** Le Tribunal fédéral ne devrait en principe plus trancher en tant que première instance judiciaire. Cela implique le développement des autorités judiciaires en matière de juridiction administrative fédérale et la création d'un tribunal pénal fédéral qui jugerait en première instance. Les cantons devraient également être tenus de créer des autorités judiciaires dans le domaine du droit administratif cantonal.
- **Création d'une base constitutionnelle permettant de limiter l'accès au Tribunal fédéral et, à titre de compensation, consécration dans la Constitution d'une garantie d'accès à un tribunal.**

Il est proposé que le texte constitutionnel soit conçu de façon à laisser au législateur une certaine marge de manoeuvre qui lui permette d'in-

roduire des limitations d'accès et, le cas échéant, de les définir (p. ex. procédure d'admission ou procédure d'examen préalable). Le Tribunal fédéral doit avant tout s'occuper de contestations portant sur des questions de principe. Dans ce cadre, la formulation proposée garantit qu'en tout état de cause les contestations exposant une partie à un désavantage important sur le plan objectif et subjectif continuent à être jugées par le Tribunal fédéral. Des exceptions justifiées à la garantie des voies de droit sont envisageables (p. ex. actes gouvernementaux ou parlementaires non justiciables).

- **Introduction de la juridiction constitutionnelle dans des cas d'application concrets.** Le Tribunal fédéral devrait être habilité à examiner la conformité aux droits constitutionnels et au droit international d'une décision ou d'un jugement rendus en application d'une norme législative. Il pourrait donc, dans un cas concret, refuser d'appliquer la norme contraire à la Constitution. On renonce par là à un contrôle abstrait des normes, difficile à concilier avec notre système politique. On propose un système centralisé dans lequel seul le Tribunal fédéral est habilité à examiner les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale et on renonce à créer une cour constitutionnelle supérieure distincte du Tribunal fédéral, comme on en trouve par exemple en Allemagne ou en Autriche. En effet, un tel système aurait pour conséquence une complication et un allongement indésirable de la procédure et susciterait également un certain nombre de réserves dans le cadre de notre système politique.
- **Unification du droit de procédure pénale; harmonisation du droit de procédure civile.** Il y a lieu d'attribuer à la Confédération la compétence d'unifier totalement ou partiellement le droit de procédure pénale. Par contre, en droit civil, les besoins portent avant tout sur l'harmonisation des prescriptions de procédure, par exemple par le biais de dispositions-cadres. L'organisation judiciaire en matière de droit pénal et civil demeure de la compétence des cantons.

18 Déroulement des travaux et questions de procédure

La discussion publique sur le projet de nouvelle Constitution fédérale, sur les variantes, ainsi que sur les propositions de réforme dans les domaines des "droits populaires" et de la "justice" durera jusqu'à fin février 1996. Le DFJP procédera ensuite à une récapitulation des avis exprimés et à une première évaluation de la consultation à l'intention du Conseil fédéral. Sur la base de ces résultats, le Conseil fédéral décidera, en été 1996, de la suite à donner aux travaux relatifs à cette réforme de la Constitution, et il chargera le DFJP d'élaborer le projet du message qu'il adressera aux Chambres fédérales. C'est seulement lors de l'adoption de ce message, vraisemblablement en automne 1996, que le Conseil fédéral se déterminera, à titre définitif, sur le projet de mise à jour de la Constitution fédérale. C'est à ce moment-là également qu'il dira si et comment il entend compléter cette mise à jour par des variantes ponctuelles, par les domaines de réforme proposés ainsi que, le cas échéant, par d'autres réformes.

A l'heure actuelle, la question de savoir selon quelles modalités l'on votera sur le projet de nouvelle Constitution fédérale est encore ouverte.

D'après la Constitution en vigueur, la nouvelle Constitution doit être soumise, dans son entier et donc en une fois, à l'adoption ou au rejet du peuple et des cantons. Le Conseil fédéral est d'avis que les "règles du jeu" fixées par la Constitution actuelle ne doivent pas être changées. Cette opinion est partagée par les Commissions des institutions politiques de l'Assemblée fédérale. Le Conseil fédéral a donc renoncé à proposer une modification des dispositions constitutionnelles relatives aux modalités de vote actuellement en vigueur.

Si le Conseil fédéral n'envisage pas de remanier en profondeur les "règles du jeu" relatives à la votation, on pourrait néanmoins songer à modifier, dans les limites du droit constitutionnel en vigueur, certaines des dispositions de procédure existant au niveau de la loi, en vue d'en préciser les modalités. Le Conseil fédéral approfondira cette question lors de l'élaboration du message, et il formulera, le cas échéant, des propositions sur le genre et l'étendue des modifications matérielles souhaitables.

Si le Conseil fédéral renonce en principe à modifier les "règles du jeu" pour la votation relative à la présente réforme, cela n'exclut pas que, dans la perspective de revisions futures, il propose à l'Assemblée fédérale de modifier les dispositions relatives à la revision de la Constitution, ainsi que l'ont fait plusieurs cantons qui viennent de procéder à une réforme de leur propre Constitution. Certains d'entre eux ont ainsi introduit la possibilité de former des "paquets" de revisions constitutionnelles, qui peuvent être soumis à la votation simultanément ou de manière échelonnée. Quelques Constitutions cantonales prévoient également la possibilité de voter sur des questions de principe ou sur des variantes. Dans le message qu'il adressera au Parlement, le Conseil fédéral examinera de manière approfondie s'il convient, dans la perspective de revisions futures, d'introduire de tels assouplissements des modalités de vote à l'échelon fédéral.

Dans certains cantons, la Constitution prévoit aussi qu'avant de s'engager sur la voie d'une revision totale de la Constitution, il y a lieu de soumettre au peuple la question de principe de savoir s'il souhaite une telle revision. Procéder de la sorte à l'échelon fédéral nécessiterait une revision préalable de la Constitution, à laquelle le Conseil fédéral a également décidé de renoncer en l'occurrence. Une telle manière de procéder conduirait à retarder inutilement la réforme de la Constitution en cours. Elle serait, de surcroît, ressentie comme inopportune, l'Assemblée fédérale ayant pris une décision de principe à cet égard en 1987. Après quelque 30 ans de travaux préparatoires, le Conseil fédéral a donc préféré tout mettre en oeuvre pour qu'une réforme de la Constitution puisse être soumise à la décision du peuple et des cantons avant la fin du siècle.

C'est encore et principalement pour cette raison que le Conseil fédéral et les Commissions des institutions politiques des Chambres fédérales ont renoncé à la création d'un Conseil constitutionnel. La mise en place d'un tel organe aurait nécessité, elle aussi, une revision préalable de la Constitution, car le texte en vigueur n'en prévoit point. Il aurait ainsi fallu régler tout d'abord des questions délicates touchant l'organisation de cette institution, par exemple le choix d'un système uni- ou bi-caméral, le nombre de membres, les incompatibilités, etc. En outre, la coexistence, pendant plusieurs années, de l'Assemblée fédérale et d'un Conseil constitutionnel

n'aurait pas été sans poser des problèmes. On a aussi tenu compte du fait que l'Assemblée fédérale dispose, de par son caractère permanent, d'une meilleure connaissance de la matière et d'une plus grande expérience. Toutes ces raisons ont conduit à renoncer à la création d'un Conseil constitutionnel. Il appartiendra à l'Assemblée fédérale de s'organiser de manière à pouvoir maîtriser les tâches supplémentaires qui lui incomberont, afin qu'un projet de nouvelle Constitution susceptible d'être soumis à la votation puisse être adopté en 1998 - année commémorative de la naissance de l'Etat fédéral -, conformément à la motion déposée par Mme Josi Meier.

Exposé des motifs

1	Introduction	blanc
2	Mise à jour du droit constitutionnel	blanc
3	Variantes	blanc
4	Réforme des droits populaires	bleu
5	Réforme de la justice	vert
6	Abréviations	blanc
7	Annexe: Questionnaire sur la réforme de la Constitution	blanc

Exposé des motifs du projet de Constitution

1	Introduction	blanc
2	Mise à jour du droit constitutionnel	blanc
3	Variantes	blanc
4	Réforme des droits populaires	bleu
5	Réforme de la justice	vert
6	Abréviations	blanc
7	Annexe: Questionnaire sur la réforme de la Constitution	blanc

21 Une marge de manoeuvre limitée

A l'inverse des tentatives précédentes visant à la revision totale de la Constitution fédérale, lesquelles avaient pour objectif de refaçonner intégralement le droit constitutionnel fédéral, le projet présenté ici ne fait que reprendre fidèlement le droit constitutionnel en vigueur, écrit et non écrit, ce qui correspond au mandat du Parlement de 1987. Les Commissions Wahlen et Furgler, qui ont donné leur empreinte au projet de Constitution de 1977, avaient au contraire eu pour mission, comme le demandaient les motions du Conseiller aux Etats Karl Obrecht et du Conseiller national Peter Dürrenmatt de 1965, de suivre les préoccupations politiques d'alors, dans l'esprit que "les fondements de notre Etat fédéral, dans le domaine des idées et des institutions, n'étaient plus suffisants et qu'il était nécessaire de procéder à une revision approfondie et à une large adaptation pour répondre aux besoins du futur" (cf. Rapport du Conseil fédéral du 6 novembre 1985, p. 55). Le projet de Constitution présenté ici s'appuie certes sur les travaux précédents, mais ne doit justement pas, parce que les circonstances ne sont plus les mêmes, être jugé à l'aune de telles exigences politiques.

22 Portée de la mise à jour

Conformément à l'art. 3 de l'arrêté fédéral du 3 juin 1977, le projet de Constitution "mettra à jour le droit constitutionnel actuel, écrit et non écrit, le rendra compréhensible, l'ordonnera systématiquement et en unifiera la langue ainsi que la densité normative". Cela représente plus qu'une simple revision formelle de la Constitution fédérale qui se limiterait à un remaniement du texte sur le plan linguistique et systématique. Il s'agit de reformuler l'ensemble des dispositions, d'élaguer le texte en le débarrassant des dispositions devenues désuètes et des dispositions mineures qui ne méritent pas de figurer dans la Constitution, et, enfin, de combler les lacunes. Le droit constitutionnel matériel issu de la pratique des autorités fédérales, particulièrement de celle du Tribunal fédéral, ainsi que de la doctrine juridique et du développement du droit international, doit trouver sa place dans le texte écrit de la Constitution. Cela correspond en tout cas au vœu des Chambres fédérales (cf. BO CN 1986 783 ss et CE 1987 626ss).

Les travaux préparatoires, ainsi que les débats lors des séances de commission et du plénum du Conseil des Etats (Conseil prioritaire) permettent de circonscrire précisément la signification et la portée de l'art. 3: le projet du Conseil fédéral doit combler les lacunes de la Constitution en vigueur par une mise à jour fidèle à la réalité (cf. à ce propos l'article intitulé "Realitätsbezogene Verfassungsreform" de Kurt Eichenberger paru dans la NZZ du 12 mai 1986). Le droit constitutionnel doit être codifié dans son intégralité et son actualité, de manière uniforme, systématique, claire et compréhensible. On veillera toutefois à maintenir les structures de base de l'ordre constitutionnel actuel et à rapprocher le projet autant que possible de l'état du droit positif.

23 Comblers les lacunes formelles et matérielles

La Constitution fédérale actuelle a de grandes lacunes. Nul ne l'ignore et chacun s'y résigne; la pratique juridique connaît ces imperfections et s'en accomode. Pourtant la nécessité d'un nouvel ordre constitutionnel s'impose en raison des améliorations essentielles qu'il permet d'apporter:

- des expressions et des tournures démodées sont remplacées par des formulations plus actuelles et ainsi rendues plus compréhensibles;
- l'uniformité de la langue, qui s'était perdue au fil des nombreuses révisions partielles et des traductions dans les trois langues officielles, est rétablie;
- les articles de la Constitution fédérale sont numérotés de façon suivie;
- les différentes matières de la Constitution fédérale, qui ne suivent aujourd'hui aucune structure claire, ni aucun ordre systématique, peuvent être réordonnées plus proprement et plus finement;
- des dispositions devenues sans objet ou désuètes peuvent être supprimées sans regret, tandis que des dispositions démodées sont actualisées;
- des dispositions d'importance secondaire peuvent être retirées de la Constitution et renvoyées au niveau de la loi;
- des lacunes peuvent être comblées (p. ex. dans la partie relative aux droits fondamentaux), des dispositions complétées (p. ex. les dispositions sur la collaboration entre la Confédération et les cantons) ou enrichies (p. ex. les règles définissant les buts et l'organisation de la Confédération);
- la densité normative est unifiée et la répartition des compétences dans l'Etat fédéral réordonnée systématiquement;
- le droit constitutionnel est mis au diapason de la réalité constitutionnelle (p. ex. concernant l'Etat social, l'aide au développement, la politique d'encouragement à la culture, la pratique en matière de délégation et la conclusion des traités internationaux).

24 Portée juridique

Si l'on suit les intentions de ses auteurs, la réforme constitutionnelle doit refléter la réalité en s'inspirant des usages bien établis et qui ont fait leurs preuves; elle doit également faire le lien, dans sa teneur, son texte et son style, entre l'ancien et le nouveau, afin de permettre aux citoyens de s'identifier à leur Constitution et de renouer avec la tradition. Mais même s'il ne s'agit finalement que de présenter le droit constitutionnel actuel, tel que la doctrine et la pratique le comprennent, l'appliquent et l'interprètent, sous un jour nouveau, il ne faut pas exclure l'éventualité que la mise à jour ait des incidences juridiques importantes et qu'elle entraîne des déplacements dans les priorités:

- il n'est pas possible d'arrêter une fois pour toutes quelles dispositions méritent d'être ancrées dans la Constitution, à savoir quelles dispositions constitutionnelles doivent être renvoyées au niveau de la loi et quelles dispositions doivent être élevées au rang de dispositions constitutionnelles. Tout dépend de la manière dont on comprend la notion de

Constitution (étendue, densité, style) et de l'appréciation qu'on porte sur l'état du droit actuel (force juridique, "caractère" constitutionnel). Il n'est déjà pas facile d'identifier le droit constitutionnel en vigueur. Le projet de Constitution présenté ici tente de rendre l'état du droit en vigueur avec soin et dans son intégralité, mais c'est au Constituant qu'il appartiendra toujours, en dernier ressort, de modeler la Constitution.

- les dispositions constitutionnelles qui sont renvoyées au niveau de la loi perdent leur force juridique constitutionnelle et leur existence n'est plus garantie par la procédure qualifiée applicable aux revisions constitutionnelles. Il en va de même, mais avec l'effet inverse, lorsque des dispositions légales en vigueur sont élevées au rang de droit constitutionnel.
- l'ordonnance nouvelle des dispositions constitutionnelles d'un point de vue systématique et l'uniformisation de la densité normative et de la langue ouvrent des perspectives supplémentaires d'interprétation et de développement du droit constitutionnel. Les priorités ont pu être (involontairement) déplacées, du fait que des normes existantes ont été actualisées (p. ex. l'art. sur le but de la Confédération) ou que de nouvelles normes ont été introduites (p. ex. dans le domaine de la protection des données et de l'aide au développement).
- enfin, le fait que le Constituant tranche des questions laissées ouvertes ne manquera pas d'avoir des incidences matérielles. L'inscription de principes constitutionnels implicites, mais reconnus unanimement (p. ex. le principe de la légalité) ou la consécration d'une pratique constitutionnelle généralement admise (p. ex. les limites de la délégation législative) ne sont à elles seules pas sans conséquences. Cela sera d'autant plus le cas lorsqu'il s'agira d'éclaircir au niveau constitutionnel des questions controversées jusqu'ici laissées ouvertes. Ce dernier point devra être réservé au Constituant et ne saurait relever de la mise à jour. Le Conseil fédéral et l'administration ont veillé à ne pas céder à des idéaux de politique juridique, à ne rien retrancher, ni améliorer, mais à restituer fidèlement l'état du droit et à signaler, dans les annotations et dans le commentaire, toute incertitude concernant le rang constitutionnel ou la portée d'un principe ou d'une norme.

25 Signes distinctifs de la Constitution mise à jour

Le projet de Constitution rend pour la première fois le droit constitutionnel matériel de la Confédération dans son intégralité et de manière à la fois claire, structurée et compréhensible. On permet ainsi aux citoyens de saisir l'état du droit constitutionnel actuel sans avoir besoin de connaissances spéciales. Simultanément, on fait en sorte que les débats parlementaires partent sur des bases ouvertes et transparentes. La Constitution fédérale mise à jour représente donc le point de départ idéal pour d'éventuelles innovations.

On peut décrire ainsi les avantages de la mise à jour:

- le **découpage** du projet de Constitution apporte une meilleure vue d'ensemble; la matière est ordonnée en fonction de critères objectifs et les

titres intermédiaires et titres marginaux permettent à l'utilisateur de s'y retrouver plus facilement dans le texte. La langue est plus actuelle, tandis que les termes et tournures hérités du XIXe siècle qui gênent la compréhension du texte sont remplacés par leur équivalent moderne. La densité normative est mieux équilibrée;

- les **principes qui régissent le fonctionnement** de l'Etat sont désignés expressément dans la Constitution (art. 4); en font partie le principe de la légalité, le respect de l'intérêt public et le principe de proportionnalité, de même que le principe de la bonne foi. Ces principes et d'autres encore, qui sous-tendent implicitement la Constitution (p. ex. la séparation des pouvoirs) servent à consolider, sur le plan juridique et dans sa totalité, l'Etat de droit;
- les **droits fondamentaux** apparaissent pour la première fois intégralement dans le texte constitutionnel (art. 6ss); on y trouve les garanties de procédure (art. 23ss) qui y gagnent une consécration générale. Un catalogue des buts sociaux (art. 31) résume les droits sociaux à caractère programmatique qui étaient jusqu'ici disséminés de part et d'autre;
- les différentes dispositions consacrées aux rapports entre la Confédération et les cantons sont rassemblées de manière à donner une image cohérente de l'Etat fédéral (art. 1, 3 et 32ss). La réussite que représente le fédéralisme suisse gagne ainsi en relief. Le projet offre dès lors une base idéale pour la future réforme sur la collaboration entre la Confédération et les cantons;
- le **droit de vote** et les **droits populaires** (droits de référendum et d'initiative) sont catalogués, ce qui donne une image complète des droits politiques (art. 115ss);
- les **fonctions, tâches et compétences des organes de la Confédération** sont présentés de manière nettement plus intelligible dans la partie qui leur est consacrée (art. 121ss), ce qui contribue à une meilleure vue d'ensemble.

26

Commentaire du projet de Constitution

Préambule

Le préambule est une introduction solennelle qui a une valeur symbolique et non pas normative. C'est une forme que l'on rencontre traditionnellement surtout dans les traités. Dans les constitutions, elle sert à souligner le caractère fondateur du document constitutionnel et à légitimer la volonté de créer un Etat.

L'invocation divine perpétue une tradition, observée depuis les premiers pactes qui ont lié les anciens Confédérés. Elle rappelle qu'il existe, au-dessus de l'Etat et de l'homme, une puissance transcendante, qui n'est cependant, en raison des différentes religions et conceptions philosophiques, pas nécessairement marquée du sceau du christianisme; chacun peut prêter aux termes "Dieu Tout-Puissant" un sens qui lui est personnel.

La référence au pouvoir constituant, que l'on nomme narration dans le texte de l'actuelle Constitution, est formulée de manière courte et sans pathétisme. Il n'y a plus lieu de dire, à la différence de ce qui se passait en 1848, qu'avec la Constitution, c'est la création de l'Etat fédéral qui est décidée. Dans le cas où l'on préférerait une narration plus longue, on pourrait reprendre le préambule proposé dans le projet de 1977, dont la teneur est la suivante:

"Au nom de Dieu tout puissant!

Le peuple et les cantons de la Suisse,

Résolus à renouveler l'alliance des Confédérés,

Conscients que seul restera libre celui qui use de sa liberté,

Sachant que la force d'une communauté se mesure au bien-être du plus faible de ses membres,

Reconnaissant les limites du pouvoir de l'Etat,

Soucieux du devoir qui leur incombe de contribuer à la paix du monde,

ont arrêté la Constitution que voici:"

Titre premier: Dispositions générales

Art. 1

Structure

L'article du projet correspond à l'article 1er de la Constitution fédérale.

Il énumère les Etats fédérés qui forment la Confédération suisse. Cette énumération fixe, de manière impérative, leur nombre et leur territoire. La modification de ce nombre suppose nécessairement, comme c'est le cas actuellement, une révision de la Constitution.

Les autres principes qui concernent la modification du nombre et du territoire des cantons et qui sont déduits de l'article 1er Cst.féd. sont consacrés non pas à l'article 1er, mais à l'article 39 du projet.

Bien qu'il n'ait plus d'effet juridique, l'ordre d'énumération des cantons a été maintenu dans sa forme actuelle: d'abord les trois cantons directeurs selon le Pacte de 1815, puis les autres cantons selon leur ordre d'entrée dans la Confédération. Rien ne justifie d'adopter un autre ordre.

La citation entre parenthèse des demi-cantons est abandonnée. Conformément au droit constitutionnel actuel, ils sont des Etats fédérés à part entière. Dans la mesure où ils sont soumis à d'autres règles que le reste des cantons, celles-ci sont consacrées dans des dispositions spécifiques du projet (voix des cantons, art. 120, al. 4; composition du Conseil des Etats, art. 128, al. 2).

Art. 2

But

L'article 2 du projet reprend, sous une forme plus actuelle, l'article 2 de la Constitution fédérale.

Tous les buts de la Confédération ont, dans le principe, une égale importance. Comme c'est le cas déjà actuellement, ils ne fondent aucune compétence (en faveur de la Confédération ou d'une de ses autorités) et ils ne donnent pas de règles directement applicables. L'article 2 sert à une meilleure compréhension de la Constitution et peut contribuer à l'interprétation de ses autres dispositions.

Les deux premiers buts cités dans la Constitution actuelle (assurer l'indépendance de la patrie contre l'étranger et maintenir la tranquillité et l'ordre à l'intérieur) ont été réunis dans une expression commune, "l'indépendance et la sécurité du pays", car les menaces qui pèsent de nos jours sur les sociétés ne permettent plus guère de dissocier la sécurité intérieure de la sécurité extérieure.

La protection des droits et des libertés est en principe une activité aussi importante aujourd'hui qu'au siècle dernier, mais elle prend, à cause des tâches croissantes de l'Etat, une orientation différente: d'une part, parce que l'Etat doit défendre l'exercice des droits fondamentaux par des mesures positives et, d'autre part, parce que les libertés des hommes ne sont plus seulement menacées par les pouvoirs publics, mais parce qu'elles peuvent aussi l'être par des personnes privées qui occupent une position dominante.

Pour une grande partie de la population, l'encouragement de la prospérité commune est, aujourd'hui encore, un but élémentaire de l'Etat. Il convient, en outre, de mentionner expressément deux autres tâches fondamentales de l'Etat, qui se sont considérablement développées ces cent-cinquante dernières années et qui font partie intégrante, en quelque sorte, de sa raison d'être:

La Suisse ne pourra survivre que si elle maintient ou rétablit son milieu vital naturel. Si la protection de l'environnement figure dans la Constitution fédérale à titre de tâche de la Confédération (art.24 septies Cst.féd/art.51 du projet), il se justifie aujourd'hui de la mentionner aussi dans l'article sur les buts.

La contribution de la Suisse à un ordre international juste et pacifique est le dernier but énoncé dans l'article 2 du projet. A la différence de ce qui

se passait au XIXème siècle, lorsque le nouvel Etat ne pouvait exister que s'il se démarquait nettement de ses voisins, l'imbrication et la responsabilité collectives internationales dans le domaine de la paix n'ont cessé de croître (voir, par exemple, le rôle que joue la Suisse dans le développement du droit humanitaire international, en particulier dans le cadre de la Croix-Rouge et des organisations équivalentes). Ce but mérite donc également d'être inscrit dans la Constitution. Il n'impose cependant aucune forme déterminée de collaboration internationale; comme par le passé, la Suisse décide de manière autonome la forme de cette collaboration et les buts concrets qu'elle entend poursuivre; en particulier, elle décide librement si elle veut adhérer à une organisation internationale ou supranationale.

Art. 3 Fédéralisme

L'article 3 du projet reprend textuellement l'actuel article 3 de la Constitution fédérale. Dans ce domaine très sensible, c'est un souci de continuité qui doit prévaloir, même si, ce faisant, on retient certaines notions dont le contenu, depuis 1848, a évolué.

Selon la doctrine constitutionnelle actuelle, les cantons ne peuvent plus guère être qualifiés d'Etats "souverains". Ils sont encore des Etats, en ce sens qu'ils exercent toutes les compétences qui ne sont pas attribuées à la Confédération, qu'ils sont dotés d'une puissance publique originaire sur leur territoire et qu'ils ont une très large autonomie d'organisation (la Cst.féd. ne leur fixe que des limites assez larges: voir, par exemple, les art.32-39 du projet). S'ils étaient des Etats souverains au sens du droit international, ils pourraient décider unilatéralement de sortir de l'Etat fédéral, faculté que le droit suisse cependant ne leur reconnaît pas. Mais les qualifier d'Etats fédérés ou d'Etats membres de l'Etat fédéral, ce qui serait pourtant conforme au vocabulaire juridique actuel, paraît insuffisant dans le cadre d'une simple mise à jour du droit constitutionnel positif.

Parmi les "droits qui ne sont pas délégués au pouvoir fédéral", il y a notamment le pouvoir de police, dont les cantons disposent en vertu de l'exercice de la puissance publique. Si chaque canton a le droit d'exiger des personnes qui se trouvent sur son territoire qu'elles observent ses lois, il a, corrélativement, le devoir de leur assurer la sécurité. Ce n'est qu'à titre subsidiaire qu'existe, parallèlement au pouvoir de police des cantons, la compétence fédérale de maintenir l'ordre et la tranquillité dans le pays (art.37 et 159 du projet). Les écoles ou la santé sont deux autres domaines essentiels dans lesquels la Confédération n'a que peu de tâches à remplir.

Art. 4 Principes de l'activité de l'Etat

L'article 4 du projet formule des règles non écrites de la Constitution fédérale.

L'alinéa 1 consacre les deux aspects du principe de la légalité lato sensu, c'est-à-dire la primauté et la réserve du droit.

Le terme "droit" recouvre l'ensemble des règles de droit, quel que soit leur niveau respectif (droit international, droit national, droit constitutionnel, loi, ordonnance). Pour aménager la coexistence entre ces niveaux différents et à l'intérieur de ceux-ci, la jurisprudence et la doctrine ont développé un certain nombre de règles de conflit, telles que, par exemple, la règle de la primauté du droit de rang supérieur, celle de la primauté du droit postérieur sur le droit antérieur ou celle encore de la primauté de la norme spéciale sur la norme générale. L'alinéa 1 renvoie donc implicitement à l'ensemble de ces règles de conflit.

La primauté du droit commande que les règles de droit, lorsqu'elles ont été régulièrement édictées, soient observées non seulement par les particuliers mais par tous les organes de l'Etat, y compris par celui qui les a adoptées.

La réserve du droit, ou l'exigence de la base légale, veut que toute action de l'Etat, qu'elle soit de restriction ou de promotion, repose en principe sur une règle de droit générale et abstraite. Ce principe de la règle de droit connaît toutefois quelques exceptions, dans la mesure où l'Etat agit parfois directement en vertu d'habilitations implicites ou partiellement implicites tirées de la Constitution fédérale (pleins pouvoirs, clause générale de police, actes de Gouvernement, octroi de certaines subventions notamment dans le domaine de la politique étrangère). Cette consécration du principe de la règle de droit n'exclut pas non plus que, dans le domaine de la politique étrangère en particulier, certains actes peuvent être fondés directement sur la Constitution.

L'alinéa 1 ne précise pas les qualités auxquelles doit satisfaire la règle de droit générale et abstraite. Selon la jurisprudence actuelle, elle doit, en principe, figurer dans une loi formelle (ATF 103 Ia 369ss; 118 Ia 245ss; 305ss; 120 Ia 1ss; voir, récemment encore, l'arrêt de la 2ème Cour de droit public, du 27 janvier 1995, relatif au *numerus clausus* pour les études de médecine à l'Université de Zurich, NZZ 28/29 janvier 1995, no 23, p.56). Très souvent, toutefois, la base immédiate d'un acte de l'autorité administrative ou judiciaire fédérale ou cantonale est une ordonnance du gouvernement. Il faut alors, pour que le principe de la légalité strictu sensu soit respecté, que cette ordonnance, si elle ne résulte pas de la Constitution fédérale ou cantonale, se fonde elle-même sur une loi formelle. Et, pour que le principe ne soit pas vidé de sa substance, il faut que la loi formelle qui sert de base à l'ordonnance contienne les "traits essentiels" ("Grundzüge") de la législation déléguée (problème de la délégation législative; ATF 103 Ia, 369, 374-377; 118 Ia 245, 247-248; 305, 310-311). Cependant, en matière d'administration de prestation, la jurisprudence relativise cette dernière condition, en ce sens que la règle de délégation peut être large pour permettre à l'autorité exécutive de modifier facilement ses ordonnances (notamment dans les domaines mal connus où l'autorité doit pouvoir procéder par expérimentation; ATF 103 Ia 388-392). Les articles 141, alinéa 2, et 156, alinéa 1, du projet règlent en ce sens cette matière au niveau fédéral. A l'égard des cantons, c'est la jurisprudence du Tribunal fédéral qui est déterminante. Par ailleurs, le projet règle, à l'article 30 (Restrictions des droits fondamentaux), le problème de l'exigence de la base légale en matière de droits fondamentaux.

Ajoutons que l'article 4, alinéa 1, du projet formule des principes et non des droits constitutionnels qu'on peut invoquer de manière autonome. Sous-jacents à l'ensemble de l'ordre juridique, ils peuvent être invoqués dans le cadre d'un recours ordinaire (recours en réforme, pourvoi en nullité, recours de droit administratif) et dans celui du recours de droit public pour violation des droits politiques, de la séparation des pouvoirs ou d'un droit fondamental.

L'alinéa 2 consacre des principes non écrits du droit constitutionnel, que le Tribunal fédéral déduit de l'article 4 de la Constitution fédérale. Il s'agit des principes de l'intérêt public et de la proportionnalité. Ces principes ont pour but de limiter le pouvoir de l'Etat en déterminant quand il doit l'exercer, la mesure dans laquelle il doit le faire et la manière dont il doit se comporter quand il exerce ses droits et exécute ses devoirs.

L'intérêt public comprend les valeurs dites policières, c'est-à-dire l'ordre public, la sécurité publique, la santé publique, la moralité publique, la tranquillité publique, ainsi que la bonne foi dans les affaires (ATF 116 la 355, 356; 118 la 175, 177; 119 la 41, 43). L'intérêt public s'étend à d'autres valeurs encore, sociales, culturelles, historiques, scientifiques, à la protection de l'environnement, à l'aménagement raisonnable du territoire, aux économies d'énergie, etc. Il inclut également ce qu'on peut appeler l'intérêt de l'Etat, c'est-à-dire son indépendance, sa réputation, sa crédibilité, etc. L'intérêt public peut varier dans le temps, il peut aussi varier dans l'espace (ATF 108 la 41, 45-46; 106 la 267, 271-272).

Le principe de la proportionnalité se décompose en trois sous-principes: il faut que la restriction soit propre à atteindre le but d'intérêt public visé (principe de l'adéquation); il faut que, considérée dans ses aspects matériel, spatial, temporel et personnel, la mesure ne soit pas plus rigoureuse qu'il n'est nécessaire pour atteindre le but recherché (principe du caractère indispensable); il faut enfin que la mesure, adéquate et indispensable, soit dans un rapport raisonnable avec le but qu'il s'agit d'atteindre (principe de la proportionnalité au sens étroit ou du sacrifice exigible). Le principe de la proportionnalité s'applique dans le domaine de l'administration de prestation comme dans celui de l'administration de restriction. Dans ces deux domaines, il s'adresse non seulement aux autorités d'application du droit, mais aussi au législateur (ATF 96 I 234, 242, cons.5).

L'alinéa 3 consacre le principe de la bonne foi. Il a paru utile de le nommer expressément parmi les principes de l'activité de l'Etat, même si, conformément à la jurisprudence, il apparaît surtout comme un droit constitutionnel autonome qui protège les particuliers (ATF 119 la 117; 118 la 245) et qu'à ce titre, il figure aussi dans le catalogue des droits fondamentaux (art.8 du projet). Le contenu du principe de la bonne foi, recoupant largement celui du droit individuel, est décrit dans le commentaire relatif à l'article 8 du projet.

Art. 5

Langues nationales

L'article 5 du projet reprend l'actuel art.116, alinéa 1, de la Constitution fédérale.

Les quatre langues du pays sont un élément constitutif important de la Confédération suisse. Elles sont, en tant que langues nationales, égales entre elles, ce qu'elles ne sont pas, en revanche, en tant que langues officielles de la Confédération (art.124 du projet); dans ce dernier cas, en effet, le romanche n'a pas le même statut que les trois autres langues. Il paraît plus approprié de placer cette disposition sur les langues nationales, qui a indubitablement la valeur d'une déclaration politique (G. Malinverni, in Commentaire de la Constitution fédérale, art.116, no 1), dans la partie introductive de la Constitution que dans la partie réservée à l'organisation de la Confédération.

Au niveau de la terminologie, la version allemande du projet, plutôt que de reprendre de la Constitution actuelle le terme de "Nationalsprache", recourt à celui, plus actuel, de "Landessprache".

La disposition sur les langues nationales est en rapport étroit avec celle sur les langues officielles. Elle n'exige ni de la Confédération ni des cantons qu'ils considèrent les mêmes langues comme langues nationales ou comme langues officielles. La Confédération le prouve en aménageant, à l'article 124 du projet, un statut différent au romanche; un canton peut, parmi les quatre langues nationales, déclarer l'une ou plusieurs d'entre elles langues officielles du canton et tenir compte ainsi de la composition linguistique de sa population.

Le droit suisse en matière de langue ne résulte pas des seuls articles 5 et 124; d'autres dispositions du projet sont encore déterminantes à cet égard: l'article 14 (Liberté de la langue), qui règle l'usage individuel d'autres langues également, les articles 25 et 26 (Privation de liberté et Procédure pénale), qui garantissent à une personne le droit à un interprète en cas de privation de liberté ou d'action pénale dirigée contre elle, et, enfin, l'article 73 (Culture), qui prévoit des mesures d'encouragement des minorités linguistiques suisses. Il appartient, en effet, à l'avenir aussi, à la Confédération de prendre les mesures propres à assurer à l'italien et au romanche une égalité effective.

Titre 2: Droits fondamentaux et buts sociaux

Chapitre premier: Droits fondamentaux

Art. 6 Dignité humaine

L'article 6 du projet correspond à l'actuel droit constitutionnel non écrit de la liberté personnelle (ATF 90 I 36). Il recouvre en outre le droit à une sépulture décente, garanti actuellement par l'article 53, alinéa 2, de la Constitution fédérale.

Cet article garantit le respect et la protection de la dignité humaine. Il protège le droit de tout être humain d'être traité de manière humaine et non dégradante. Le droit à la dignité peut être invoqué aussi bien pour un cas de torture que pour le simple fait de ridiculiser une personne en raison de son appartenance à une minorité ou de porter atteinte à son identité. Une atteinte à l'intégrité physique ou psychique n'est pas nécessaire. Il découle des articles 15 de la CEDH, 4 du Pacte II et 3 de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (RS 0.518.42)

que même la guerre ou un autre danger public menaçant la vie de la nation ne permettent pas de limiter ce droit. La dignité humaine est un droit des plus importants de notre ordre juridique, en ce sens qu'il détermine le contenu des autres droits fondamentaux et constitue une valeur indicative pour leur interprétation et leur concrétisation. Les problèmes d'atteintes à la dignité humaine se posent particulièrement dans les domaines de la détention, de l'interrogatoire, de l'extradition, de l'expulsion, de la médecine, de l'environnement et de la politique des étrangers.

L'actuel article 53, alinéa 2, de la Constitution consacrant le droit à une sépulture décente n'a pas été repris dans le projet. Selon la Constitution actuelle, le droit de disposer des lieux de sépulture appartient aux autorités civiles. A supposer qu'on veuille mentionner expressément cette évidence, il faudrait le faire dans la partie consacrée à la répartition des compétences.

Art. 7

Principe d'égalité

L'article 7 du projet correspond à l'article 4 de la Constitution fédérale. L'art.26 du Pacte II garantit le principe d'égalité. En le ratifiant, la Suisse a toutefois formulé une réserve, qui limite cette garantie aux autres droits consacrés par le Pacte II (RO 1993 750, 797).

L'alinéa 1 garantit le droit à l'égalité juridique (art.4, al.1, Cst.féd.). Ce droit protège une égalité juridique, par opposition à une égalité économique ou à une égalité sociale qui ne peuvent faire l'objet que de programmes politiques. La garantie constitutionnelle du droit à l'égalité juridique s'adresse à ceux qui font les lois et à ceux qui les appliquent. L'autorité qui édicte des règles de droit doit traiter semblablement les situations semblables et différemment les situations différentes (notamment, ATF 116 la 323; 117 la 101). Quand les situations présentent entre elles à la fois des similitudes et des différences qui justifieraient des traitements semblables ou différents, l'auteur de la règle de droit dispose alors d'une marge d'appréciation (ATF 109 la 327-328). Le caractère raisonnable d'une distinction juridique peut s'apprécier de manière différente selon les époques et suivant les conceptions, idéologies et situations du moment (ATF 118 la 3 et les citations). Les autorités qui prennent des décisions d'espèce doivent, de la même manière, traiter semblablement les situations semblables et différemment les situations différentes (notamment, ATF 104 la 377; 113 la 304).

L'alinéa 2, qui est une autre manière de formuler l'idée contenue à l'article 4, alinéa 1, 2ème phrase, de la Constitution fédérale, consacre le principe de non-discrimination. Selon ce principe, aucun fait ne peut justifier de traiter différemment un groupe de personnes quand ce fait est pris comme motif pour le déprécier. L'alinéa 2 énumère, à titre exemplaire, un certain nombre de ces critères sensibles qui sont impropres à justifier des différences de traitement. Il s'agit de ceux dont l'histoire récente a encore montré qu'ils sont souvent à l'origine de discriminations (sexe, langue, convictions religieuses, philosophiques ou politiques) et ceux dont le caractère inadmissible ne peut être déduit directement d'un autre droit fondamental expressément garanti dans le projet (race ou origine sociale). Inversement n'ont pas été repris, dans la liste, les critères qui, importants

en 1848, ont perdu depuis lors de leur actualité ("sujets, privilèges de lieu, de naissance, de famille"). Mais, de manière générale, tout critère doit être écarté quand il est pris comme motif pour déprécier un groupe d'individus (par exemple, la nationalité ou l'orientation sexuelle). Rappelons, en outre, que toute mesure qui entraîne un désavantage, voire un préjudice, pour certaines personnes n'est pas nécessairement discriminatoire au sens de l'article 7, alinéa 2, du projet. Par exemple, des mesures positives prises pour améliorer le statut d'un groupe longtemps discriminé ne sont pas illicites du fait qu'elles désavantagent simultanément d'autres personnes, car les préjudices qui en résultent pour celles-ci n'ont pas pour motif des considérations dépréciatives.

L'alinéa 3 reprend l'article 4, alinéa 2, de la Constitution fédérale, qui garantit un aspect particulier du principe d'égalité, soit l'égalité entre les hommes et les femmes. La première de ses phrases précise le droit à l'égalité juridique de l'alinéa 1; la deuxième donne un mandat au législateur de pourvoir à l'égalité entre les sexes et indique, à titre d'exemples, quelques domaines où ce mandat est particulièrement nécessaire; ce mandat se distingue de celui de la première phrase en ce qu'il commande au législateur de pourvoir, dans la mesure du possible, à l'égalité de fait (ATF 116 Ib 282-283; 297; ZBl 1994, p.380); la troisième phrase pose une règle particulière au droit du travail, l'égalité de salaire pour un travail de valeur égale: cette règle est directement opposable aux employeurs publics ou privés. La première et la troisième phrases confèrent un droit constitutionnel, la deuxième donne un mandat au législateur (ATF 114 la 331; 117 la 265).

Le droit constitutionnel à l'égalité juridique appartient à toute personne (physique ou morale, nationale ou étrangère, etc.), ce qui ne signifie pas que le critère du type de personnalité ou celui de la nationalité ne puisse pas objectivement justifier une différence de traitement. C'est là une question de fond, non de titularité.

Art. 8

Protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi

L'article 8 du projet consacre deux droits constitutionnels que le Tribunal fédéral déduit de l'article 4, alinéa 1, de la Constitution fédérale, à savoir la protection contre l'arbitraire (ATF 101 la 392; 102 la 288; 109 la 19; 111 la 12; 116 la 83; 119 la 117) et la protection de la bonne foi (ATF 94 I 520ss; 99 Ib 94ss; 101 la 328ss; 108 Ib 377, 384ss; 116 Ib 185ss; V 298ss; 117 la 285ss; 118 la 245ss).

L'interdiction de l'arbitraire et la bonne foi sont deux principes de l'activité de l'Etat (voir, pour la bonne foi, l'art.4, al.3, du projet), auxquels le Tribunal fédéral a aussi conféré la qualité de droits constitutionnels autonomes, c'est-à-dire que les particuliers peuvent s'en prévaloir directement dans une procédure. C'est pourquoi ils sont inscrits l'un et l'autre dans le catalogue des droits fondamentaux.

Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, la protection contre l'arbitraire a pour but d'assurer au particulier, dans ses rapports avec les pouvoirs publics, un minimum de justice. A cause de son caractère minimal, ce droit individuel apparaît comme un droit constitutionnel subsi-

diaire, qu'on invoque lorsqu'on ne peut pas se prévaloir d'un droit fondamental ou d'un autre droit spécifique (ATF 102 la 321). Quand l'interdiction de l'arbitraire s'adresse au législateur, elle signifie qu'un "acte législatif viole l'interdiction de l'arbitraire lorsqu'on ne peut pas le fonder sur des motifs sérieux ou lorsqu'il est dépourvu de sens et de but" (ATF 116 la 83). A vrai dire, rares sont les cas où l'interdiction a une portée indépendante, distincte de celle de tout autre droit constitutionnel; c'est-à-dire qu'une loi à laquelle on peut reprocher d'être arbitraire au sens qui vient d'être vu est, presque toujours, en même temps, contraire au principe d'égalité ou à un autre droit fondamental (ATF 101 la 392; 102 la 288). C'est quand l'interdiction de l'arbitraire s'adresse aux autorités d'application du droit qu'elle exerce une fonction propre. La jurisprudence la comprend, ici, de la façon suivante: "Il n'y a pas encore d'arbitraire lorsqu'une autre solution aurait été possible ou même préférable; le Tribunal fédéral ne s'écarte de la décision des autorités cantonales que lorsque cette décision est manifestement insoutenable, qu'elle est clairement contraire à la situation de fait, qu'elle viole grossièrement une règle de droit ou un principe juridique incontesté ou qu'elle contredit de manière choquante le sentiment de la justice" (ATF 119 la 117). Comme l'application du droit fédéral peut, en général, être librement revue par le Tribunal fédéral dans le cadre de recours ordinaires (recours en réforme, pourvoi en nullité, recours de droit administratif), la reconnaissance d'un droit constitutionnel spécial à la protection contre l'arbitraire est surtout utile en cas d'application du droit cantonal. La Constitution fédérale ne garantit, en effet, pas de droit général à la bonne application du droit cantonal. Il est donc utile qu'elle consacre au moins un droit à ce que l'application du droit cantonal ne soit pas grossièrement erronée, c'est-à-dire à ce que son interprétation ne soit pas manifestement insoutenable.

Tout en reconnaissant un droit constitutionnel à être protégé contre l'arbitraire, le Tribunal fédéral a limité la portée pratique de ce droit en n'accordant la qualité pour recourir contre un acte arbitraire qu'aux personnes qui peuvent tirer un droit de la législation applicable. Autrement dit, si une loi qui n'a d'autre but que de protéger l'intérêt public est appliquée à un particulier, celui-ci n'a qu'un intérêt de fait à obtenir l'annulation de l'acte d'application et n'est donc pas qualifié pour recourir. C'est là une question non de titularité du droit mais de qualité pour recourir. Cette dernière question, qui relève de la jurisprudence du Tribunal fédéral, n'est en rien modifiée par la consécration, à l'article 8 du projet, du droit constitutionnel à la protection contre l'arbitraire.

Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, la protection de la bonne foi permet à un particulier d'exiger d'une autorité qu'elle se conforme à ses assurances ou à ses comportements, qu'elle évite de se contredire, ou, en d'autres termes, qu'elle ne trompe pas la confiance qu'elle a raisonnablement pu faire naître chez lui. Le principe de la bonne foi commande l'ensemble des actes des organes de l'Etat (art.4, al.3, du projet). Cependant toute violation de ce principe ne fonde pas nécessairement un droit à ce que l'autorité modifie sa décision ou en prenne une; un tel droit n'existe, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, que dans certaines circonstances précises: l'autorité doit "être intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées", elle doit "avoir agi

ou être censée avoir agi dans les limites de sa compétence", l'administré doit "avoir eu de sérieuses raisons de croire à la validité de l'acte suivant lequel il a réglé sa conduite", il doit "s'être fondé sur les assurances et le comportement dont il se prévaut pour prendre des dispositions qu'il ne saurait modifier sans subir un préjudice", enfin la législation, lorsqu'elle dépend d'une autre autorité, ne doit pas avoir été modifiée entre le moment où l'autorité s'est prononcée et celui où l'administré a pris ses dispositions (sur l'ensemble de ces circonstances, voir, notamment, ATF 108 Ib 385). Ces circonstances étant réunies, l'administré peut prétendre à la protection de sa bonne foi. Toutefois, cette protection peut se heurter à des intérêts publics dignes d'être, eux aussi, protégés, tels que, par exemple, le principe de la légalité ou celui de l'égalité. Il faut donc procéder à une pesée des intérêts contraires pour connaître les conséquences juridiques de la protection de la bonne foi.

Art. 9 Droit à la vie, liberté personnelle et droit à une existence conforme à la dignité humaine

L'article 9 du projet correspond à l'actuel droit constitutionnel non écrit de la liberté personnelle (ATF 115 la 234, 117 la 69, 119 la 28). Il reprend en outre l'interdiction de la peine de mort prévue à l'article 65 de la Constitution fédérale et le droit au minimum vital; l'existence de ce dernier droit est aujourd'hui unanimement admise par la doctrine, avec des rattachements divers dans la constitution actuelle: article 48, article 4, dignité humaine, droit à la vie, liberté personnelle ou droit indépendant (le Tribunal fédéral ne s'est pas encore prononcé). L'article 9 recouvre enfin l'interdiction de la contrainte par corps prévue à l'article 59, alinéa 3, de la Constitution fédérale actuelle.

L'alinéa 1, première phrase, garantit le droit à la vie, qui fait partie du noyau intangible de la liberté personnelle. Ce droit protège le début et la fin de la vie de toute personne. Il ne se limite toutefois pas à l'existence physique. Il garantit également l'ensemble des fonctions corporelles et morales d'importance vitale (essentielle). La protection du droit à la vie est absolue à l'encontre des atteintes intentionnelles, excepté dans les cas suivants: un acte de guerre légitime peut avoir pour but la mort d'un ennemi; dans des cas exceptionnels, la police peut, pour prévenir un danger imminent, recourir à un acte susceptible d'entraîner la mort d'une personne, par exemple d'un preneur d'otages pour libérer ceux-ci en cas de mise en danger de leur vie; enfin, l'attaque sans droit ou la menace sans droit d'une attaque imminente autorise la personne attaquée ou menacée à repousser l'attaque (légitime défense, art. 33 CP). L'alinéa 1, deuxième phrase, interdit la peine de mort en temps de paix comme en temps de guerre. Ce principe ne souffre aucune exception. La réintroduction de cette peine est exclue par le protocole additionnel no 6 à la CEDH et le protocole facultatif no 2 au Pacte II (FF 1993 I 943; JAAC 56.64).

L'alinéa 2, première phrase, garantit les éléments traditionnels de la liberté personnelle (ATF 115 la 234, 117 la 69, 119 la 28). Il protège tout d'abord le droit à l'intégrité physique et psychique, qui est un pilier de notre ordre juridique et qui constitue une condition à l'exercice d'autres droits constitutionnels. Le droit à l'intégrité physique interdit la torture, les

peines corporelles ou une exécution de peine mettant en danger la vie ou la santé du condamné. Ce droit peut aussi être invoqué contre toute autre intervention dans le corps humain, telle qu'une prise de sang en vue d'expertise, les vaccinations obligatoires, l'obligation pour un prisonnier en détention préventive de se raser la barbe. Le droit à l'intégrité psychique garantit à toute personne la faculté d'apprécier une situation donnée et de se déterminer d'après cette appréciation. Il protège les possibilités fondamentales de choix et d'activité, qui sont essentielles pour l'épanouissement de la personnalité et que devrait posséder tout être humain (ATF 101 la 336). Le droit à l'intégrité physique et psychique est invoqué, en particulier, dans les domaines des droits des détenus et de la protection de la personnalité. En raison du caractère personnel de ce droit, les personnes morales ne peuvent pas bénéficier de cette protection, sauf en ce qui concerne la protection de l'honneur. Est encore garanti le droit à la liberté de mouvement. Dans son sens large, il est le droit pour toute personne de se déplacer librement. Toutefois, il protège seulement les libertés qui constituent des aspects élémentaires du développement de la personnalité. Dans son sens étroit, la protection de la liberté de mouvement signifie avant tout protection contre les privations de liberté (détention préventive, arrestation, privation de liberté en tant que sanction pénale, placement dans une institution pour des motifs d'ordre administratif, détention d'un étranger en cas de refoulement impossible). Pour déterminer si une privation de liberté est admissible, il faut prendre en considération les garanties de l'article 5 CEDH (ATF 105 la 29). Les étrangers, qui ne bénéficient pas de la liberté d'établissement, peuvent être soumis à des restrictions de liberté de mouvement, en ce sens qu'ils peuvent être tenus de quitter la Suisse (art.12 de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers, RS 142.20). Leur liberté de mouvement peut encore être limitée par la loi fédérale du 18 mars 1994 sur les mesures de contrainte en matière de droit des étrangers. L'alinéa 2, 2ème phrase, consacre, conformément à la CEDH et au Pacte II, l'interdiction absolue de la torture et de tout traitement cruel, inhumain ou dégradant.

La formulation distincte du droit à la vie et de la liberté personnelle entend, en conformité avec la CEDH et les Pactes, donner un contenu autonome aux différents aspects de ces droits.

L'alinéa 3 garantit à toute personne dans le besoin le droit de bénéficier d'une assistance sociale minimale, à la fois matérielle (moyens nécessaires à une existence conforme à la dignité humaine) et personnelle (conseil et assistance). L'exigence d'une situation de besoin marque le caractère subsidiaire et individualisé de l'assistance. L'aide doit viser avant tout la réinsertion sociale de la personne ("Hilfe zur Selbsthilfe"). La garantie d'un droit fondamental directement déductible en justice permet cependant l'établissement, par la jurisprudence, d'un standard minimal applicable à l'ensemble du territoire. Actuellement une initiative parlementaire de la Commission de la sécurité sociale du Conseil national demande l'insertion d'une telle norme dans la Constitution. Contrairement à cette initiative, l'alinéa 3 ne touche pas la répartition entre les cantons et la Confédération s'agissant des compétences de légiférer en matière d'assistance. Cette répartition est régie par l'article 95 du projet, qui s'en tient au système de l'article 48 de la Constitution fédérale: la compétence matérielle

appartient aux cantons, alors que la Confédération n'est compétente qu'en ce qui concerne la répartition des compétences et le règlement des conflits de compétence entre les cantons (une des variantes proposées par l'initiative parlementaire mentionnée ci-dessus va plus loin, en donnant à la Confédération une compétence législative qui lui permettrait d'édicter des dispositions sur les prestations minimales de l'assistance et d'établir les principes applicables à la procédure et au droit de recours).

N'ont pas été repris de la Constitution fédérale l'article 65, alinéa 1 (interdiction de la peine de mort pour les crimes politiques), dont la formulation est jugée obsolète, l'article 65, alinéa 2 (interdiction des peines corporelles), dont le principe est déjà concrétisé dans la législation fédérale et qui est déjà protégé par la liberté personnelle, ainsi que l'article 59, alinéa 3 (abolition de la contrainte par corps), dont le principe est déjà concrétisé dans la législation fédérale.

Art. 10

Respect de la vie privée et de la vie familiale

Le respect de la vie privée et de la vie familiale, parce qu'il constitue une condition indispensable au développement de la personnalité humaine et à l'exercice de nombreux droits fondamentaux, est reconnu comme un droit constitutionnel non écrit.

Pour la jurisprudence et la doctrine, les différents contenus de l'article 10 du projet forment parfois des droits fondamentaux spécifiques. A l'image de la Convention européenne des droits de l'homme (art.8), ils sont rassemblés ici dans une seule disposition pour éviter des répétitions et pour permettre de mieux les adapter à l'évolution sociale.

Le respect de la vie privée confère à une personne le droit d'organiser sa vie et d'entretenir des rapports avec d'autres personnes, sans que l'Etat ne l'en empêche. Cette protection s'étend non seulement aux espaces privés et clos mais aussi aux lieux publics et aux espaces extérieurs. Une personne qui se montre en public, s'il est vrai qu'elle s'offre au regard et à l'écoute d'autrui, ne consent pas pour autant à ce que des organes de l'Etat consignent, par l'écrit, l'image ou le son, son comportement ou ses déclarations. A travers la législation, le principe du respect de la vie privée est aussi valable, certes d'une manière différente, dans les rapports entre particuliers (notamment par les règles du droit civil sur la protection de la personnalité ou par celles du droit pénal sur la protection de l'honneur ou du secret). En revanche, les organes de l'Etat ne peuvent, en aucun cas, porter atteinte à la dignité, à l'honneur et à la réputation d'une personne (ATF 107 Ia 52). Les domaines protégés par la dignité humaine, la liberté personnelle et le droit à la vie privée sont ici très proches les uns des autres (l'art.17 du Pacte II mentionne expressément l'interdiction de toute atteinte illégale à l'honneur ou à la réputation).

On entend par "rapports avec d'autres personnes", les rapports occasionnels et les rapports stables et, en particulier, tous les rapports en relation avec la vie sexuelle. La protection des rapports entre les individus recoupe, en grande partie, celle de la vie familiale; cependant les rapports stables à l'intérieur de la famille bénéficient de garanties supplémentaires. La question de savoir si d'autres formes de vie en commun, notamment

celle des couples non mariés ou des partenaires du mêmes sexe, peuvent bénéficier du droit fondamental à la protection de la vie familiale connaît une évolution à laquelle le juge et le législateur prennent une part active.

L'article 10 du projet mentionne expressément le respect du domicile, le secret de la correspondance et celui des postes et des télécommunications ainsi que la protection des données personnelles, car ces différents éléments réclament une protection particulière ou connaissent des restrictions spécifiques.

Le droit au respect de la correspondance dépasse le cadre de la garantie du secret des postes et des télécommunications. Il sert notamment aux personnes qui ne recourent pas directement aux services postaux mais passent par des intermédiaires: c'est le cas, par exemple, des prisonniers, des personnes hospitalisées, des pensionnaires d'institutions, des employés, des militaires.

Dans les constitutions cantonales, le respect du domicile est souvent garanti comme un droit fondamental autonome. Selon le Tribunal fédéral, la protection s'étend également aux locaux professionnels, aux espaces extérieurs non clos, aux locaux occupés à titre provisoire, tels que les chambres d'hôtel, les caravanes ou les tentes. En revanche, la question est controversée pour les véhicules automobiles (J.P. Müller, *Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung*, 2e éd., p.46).

L'alinéa 2 garantit le secret des postes et des télécommunications. Les nouvelles formes de communication, par exemple, l'enregistrement ou l'envoi de données informatisées, relèvent également de ce domaine de protection. Dans l'éventualité d'un réaménagement ou d'une suppression du monopole actuel des postes et télécommunications, le législateur devrait assujettir au respect du secret l'ensemble des nouveaux services de distribution. Le secret des postes et des télécommunications couvre aussi les informations sur les prestations fournies.

L'alinéa 3, qui garantit le droit d'être protégé contre l'emploi abusif par l'Etat des données personnelles, n'est pas conçu comme un droit fondamental dans la Constitution actuelle. Il se justifie cependant de rattacher en principe à la protection de la sphère privée les différentes exigences que l'Etat doit observer quand il traite des données personnelles; ces exigences commandent que le traitement des données réponde à une nécessité et soit conforme et proportionnel au but visé. Entre les particuliers, le droit à la protection des données doit être concrétisé, comme c'est le cas actuellement, dans une loi dont la base se trouve dans la compétence fédérale en matière de droit privé (art.101 du projet). La protection des données implique, tant dans le domaine public que dans le domaine privé, le droit de faire corriger ou d'éliminer du dossier tout ce qu'il contient d'erreur.

Art. 11 Droit au mariage

L'article 11 du projet reprend, dans une formulation modernisée, l'article 54, alinéa 1, de la Constitution fédérale, qui place le droit au mariage sous la protection de la Confédération. Le droit au mariage (ou: liberté de

se marier) est aussi garanti par les articles 12 CEDH et 23, par.2, du Pacte II, qui comprennent en outre le droit de fonder une famille.

La garantie du droit au mariage comporte une garantie individuelle, directement déductible en justice. Elle protège la liberté de se marier des individus en âge nubile, dans le cadre de la législation nationale; celle-ci peut donc déterminer l'âge minimum ainsi que les empêchements au mariage, mais ces restrictions ne sauraient vider le droit au mariage de son contenu. La protection porte sur le mariage monogame classique et traditionnel, c'est-à-dire entre une femme et un homme; le droit au mariage ainsi garanti ne s'étend pas aux mariages de transsexuels, ni aux mariages homosexuels. Le droit de fonder une famille comporte celui d'avoir et d'éduquer des enfants, ainsi que celui d'en adopter, dans les limites fixées par la législation nationale; ce droit appartient exclusivement, dans le cadre de cette disposition, aux personnes mariées; il ne peut être revendiqué par les couples consensuels, ni par les personnes seules. Les organes de la Convention européenne des droits de l'homme ne se sont pas prononcés jusqu'ici sur la question de savoir si l'article 12 comporte le droit de recourir aux techniques de procréation assistée; le Tribunal fédéral a pour sa part laissé la question ouverte (mais il a admis ce droit sous l'angle de la liberté personnelle: ATF 115 Ib 234, 248 et 249).

La garantie du droit au mariage implique aussi une protection du mariage en tant qu'institution, qui permet au législateur - voire l'y oblige - d'accorder au mariage une protection particulière, notamment par rapport aux autres formes de vie commune.

Les alinéas 2, 3 et 5 de l'article 54 de la Constitution fédérale, aujourd'hui obsolètes (depuis que la réglementation des empêchements au mariage a été unifiée par le code civil), ne sont pas repris par le projet.

Art. 12 Liberté de conscience et de croyance

Cette disposition reprend en partie les articles 27, alinéa 3, 49 et 50 de la Constitution fédérale qui garantissent la neutralité confessionnelle des écoles publiques, la liberté de conscience et de croyance et la liberté des cultes. Il s'agit d'une nouvelle formulation qui tient compte de l'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de liberté religieuse.

Elle met désormais l'accent davantage sur le droit individuel à la liberté religieuse que sur la garantie de la paix religieuse qui n'est plus aujourd'hui aussi menacée que par le passé.

L'alinéa 1 garantit de manière générale la liberté de conscience et de croyance.

L'alinéa 2 concrétise cette liberté en consacrant le droit, pour toute personne, d'avoir sa propre conviction religieuse, c'est-à-dire de croire en Dieu, de croire en plusieurs dieux ou de ne croire en aucun Dieu, de professer une croyance particulière, de s'exprimer (par la parole, l'écriture, l'image, la musique, le film ou toute autre expression), d'accomplir, seul ou en communauté, des actes cultuels et de former librement des associations religieuses. La religion doit être entendue ici dans un sens très large qui couvre toutes les relations de l'homme à la divinité ou au transcendant. Sont donc protégées toutes les religions et toutes les sectes in-

dépendamment de leur importance numérique en Suisse pour autant qu'elles aient une certaine signification essentielle et philosophique et qu'elles correspondent à une vision globale du monde. Par actes cultuels individuels, on entend généralement la prière, la confession, la méditation, le jeûne ou la toilette rituelle. Par actes cultuels communautaires, il faut entendre notamment le service religieux, la prédication, la messe, les danses rituelles, les processions, l'administration des sacrements, le baptême, le mariage, les chants religieux, la sonnerie des cloches de l'église ou la prière du vendredi des musulmans. En vertu de ce premier alinéa, l'Etat peut être obligé d'agir en vue de préserver la liberté de chacun de manifester sa religion ou ses convictions. La même disposition peut aussi engendrer un droit à une prestation positive de l'Etat (ex.: les prisonniers musulmans ont le droit à ce qu'une prière commune du vendredi soit organisée pour eux). L'alinéa 2 confère aussi à toute personne le droit, sans aucune contrainte, d'accomplir ou non un acte religieux, d'adhérer à une communauté religieuse et d'en sortir en tout temps et de suivre ou de ne pas suivre un enseignement religieux. Cet alinéa interdit donc l'enseignement religieux obligatoire dans les écoles publiques. Il confère également à toute personne le même droit pour ses convictions philosophiques. Personne ne peut toutefois se prévaloir de cette disposition pour exiger son maintien dans une communauté religieuse qui compte l'exclure.

La liberté de conscience et de croyance appartient à toutes les personnes physiques et aux personnes morales qui poursuivent des buts religieux ou ecclésiastiques (ATF 97 I 227; 118 la 52). La question de l'appartenance de cette liberté religieuse aux personnes mineures est concrétisée à l'article 303 du code civil.

La liberté de conscience et de croyance implique le principe de la neutralité confessionnelle de l'Etat, c'est-à-dire une ouverture à l'égard de toutes les convictions religieuses et philosophiques. Mais ce principe n'exige pas de l'Etat une attitude dénuée de tout aspect religieux ou philosophique. L'Etat peut dès lors privilégier, dans certaines limites (par exemple, en reconnaissant des églises nationales), des communautés religieuses sans porter atteinte à la liberté religieuse (ATF 103 la 245).

L'alinéa 3 concrétise, dans le domaine de l'enseignement, le principe de la neutralité confessionnelle de l'Etat. Il vise à garantir aux adhérents de toutes les confessions la fréquentation des écoles publiques sans qu'ils aient à supporter des atteintes à leur liberté religieuse. L'enseignement dans les écoles publiques doit ainsi être organisé dans le respect de la neutralité confessionnelle. Par écoles publiques, il faut entendre les écoles de tous les niveaux, placées sous la responsabilité des collectivités publiques (Confédération, canton, district, commune, syndicat de communes). Cette disposition empêche donc la création d'école publique confessionnelle. Toute référence à un fondement religieux n'est cependant pas interdite. Les prescriptions cantonales prévoyant que l'enseignement doit être fondé sur des bases chrétiennes sont conformes à la présente norme constitutionnelle, car elles renvoient à des prescriptions d'ordre moral qui résultent de la tradition chrétienne occidentale et qui sont généralement reconnues comme fondement de la société.

L'alinéa 4 subordonne la création d'évêchés à l'approbation de la Confédération. Il s'agit là d'une restriction explicite à la liberté de conscience et de croyance. L'approbation de la Confédération est nécessaire, selon la doctrine et la jurisprudence, non seulement lorsqu'un nouvel évêché est érigé, mais aussi lors de chaque modification territoriale des évêchés. L'approbation fédérale constitue un acte administratif et relève donc en principe de la compétence du Conseil fédéral. Les modifications territoriales d'un évêché interviennent par le biais d'un traité international et doivent dès lors être approuvées, en règle générale, par les Chambres fédérales. Toutefois, dans la pratique, de tels traités ont souvent été conclus par le Conseil fédéral, car ils n'entraînent pas de nouvelles obligations pour la Suisse ou la perte de droits.

S'agissant de cet alinéa 4, on pourrait aussi - à titre d'innovation - l'abroger et tenir ainsi compte d'une motion d'une commission du Conseil national, du 14 décembre 1972, adoptée à l'unanimité par les deux conseils (cf. BO/CN 1972, p. 1420-1421; BO/CE 1972, p. 900), qui demandait l'abrogation de l'article 50, alinéa 4, de la Constitution fédérale. Le Conseil des Etats a adopté, le 12 juin 1995, une initiative parlementaire du 13 décembre 1994 (initiative Huber - 94.433) qui va dans le même sens.

N'ont pas été repris de la Constitution fédérale, l'article 49, alinéa 3, qui se trouve dans l'article 303 du code civil, les articles 49, alinéas 4, 5 et 6 et 50, alinéa 1, qui se déduisent naturellement de l'alinéa 2 de la présente disposition et l'article 50, alinéa 2, qui est en grande partie concrétisé dans le code pénal. L'article 50, alinéa 3, de la Constitution fédérale peut être repris au niveau de la loi et ne doit pas nécessairement figurer dans la nouvelle constitution. Notons enfin que la seule restriction à la liberté de conscience et de croyance, formulée expressément à l'article 49, alinéa 5, de la Constitution fédérale et qui précise que "nul ne peut, pour cause d'opinions religieuses, s'affranchir d'un devoir civique", est toujours valable. Elle ne doit cependant plus figurer dans la nouvelle constitution, à l'instar de toutes les autres restrictions aux droits fondamentaux. La seule exception admise se rapporte aux restrictions particulières, susceptibles notamment de toucher l'essence même d'un droit fondamental (ex. art. 16, al. 3 du projet).

Art. 13

Liberté d'opinion et d'information et liberté des médias

L'article 13 du projet regroupe en une seule disposition plusieurs éléments du droit constitutionnel actuel: il recouvre, d'abord, la liberté d'opinion et d'information, qui est garantie par le droit constitutionnel non écrit (ATF 91 I 480, 485; 101 Ia 252, 255; 104 Ia 88, 94; 105 Ia 181, 182) et par les articles 19 Pacte II et 10 CEDH; il reprend, ensuite, l'article 55 de la Constitution fédérale, qui garantit la liberté de la presse et qui est un des aspects de la liberté d'opinion; enfin, conformément à la jurisprudence relative à l'article 10 CEDH, l'article 13 du projet intègre la radio et la télévision dans le contexte de la liberté d'opinion et d'information.

Le domaine protégé par l'article 13 du projet couvre l'ensemble des "produits" ou messages de la pensée humaine, qu'il s'agisse d'un sentiment, d'une réflexion, d'une opinion, d'une observation d'un fait, d'une information ou encore, selon la jurisprudence récente de la Cour européenne

des droits de l'homme, d'une publicité commerciale (arrêt Casado Coca, du 24 février 1994, Série A, vol.285, § 35-37). Quant aux moyens, sont protégés tous ceux qui sont propres à établir la communication de ces messages: la parole, l'écrit, la forme artistique, les cassettes, les films, les calicots, les haut-parleurs, les badges, les drapeaux (ATF 117 la 472, 478) ainsi que la radio et la télévision (voir les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme: Groppera Radio AG et autres, du 28 mars 1990, Série A, vol.173, § 55; Autronic AG, Série A, vol.178, § 47). La liberté d'opinion et d'information appartient à toute personne physique ou morale, étrangère ou nationale, mineure ou majeure, etc.

L'alinéa 1 affirme la garantie de la liberté d'opinion et d'information. Les alinéas 2 et 3 la concrétisent en mettant en évidence ses deux aspects principaux: d'une part, le droit de former librement son opinion, de l'exprimer et de la répandre par la parole, l'écrit, l'image ou d'une autre manière; d'autre part, le droit de s'informer librement aux sources généralement accessibles et de répandre les informations.

L'alinéa 4 rassemble dans une seule disposition la liberté des médias qui, dans la Constitution actuelle, est répartie entre les art.55 et 55 bis.

La liberté de la presse protège les produits de la presse écrite périodique et non périodique. Bien que le Tribunal fédéral la considère comme un aspect particulier de la liberté d'opinion (ATF 113 la 309, 316), le rôle essentiel et quasi institutionnel qui, dans un régime politique démocratique, lui échoit, justifie pleinement qu'on la rappelle expressément dans la Constitution.

La liberté de la radio et de la télévision constitue aussi un aspect de la liberté d'expression au sens de l'art.10 CEDH (voir les arrêts précités). Ancrer cette liberté dans le catalogue des droits fondamentaux, comme le requiert la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, a l'avantage de montrer clairement que le principe de l'indépendance de la radio et de la télévision et de l'autonomie dans la conception des programmes (art.55 bis, al.3, Cst.féd./art.68, al.3, du projet) n'est pas seulement une règle d'organisation du régime public des médias, mais qu'il recouvre un droit fondamental, et comme tel, qu'il lie l'ensemble des organes de l'Etat, y compris le législateur fédéral. C'est par souci de continuité que la notion d'indépendance et d'autonomie dans la conception des programmes a été conservée à l'art.68, al.3, du projet, bien qu'elle soit entièrement contenue dans celle de liberté de la radio et de la télévision du présent article.

Cette garantie de la liberté de la radio et de la télévision implique notamment que l'Etat ne peut constituer un monopole en régie en ce domaine (voir un arrêt du Tribunal fédéral du 17 octobre 1980, ZBI 1982, p.219 ss, 222, dans lequel ce tribunal arrivait déjà à cette conclusion au nom de la liberté d'opinion du public; cf. aussi le message concernant l'article constitutionnel sur la radio et la télévision, FF 1981 II 849ss, 910), ni instituer un régime de la radio et de la télévision qui ferait obstacle à toute pluralité des sources de diffusion (voir le message concernant la loi fédérale sur la radio et la télévision, FF 1987 III 661ss, 709s.; voir aussi l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, Informationsverein Lentia et autres, du 24 novembre 1993, Série A, vol. 276, § 39ss).

Cependant cette liberté de la radio et de la télévision n'empêche pas, en raison de certaines spécificités techniques qui subsistent malgré la multiplication considérable des sources de diffusion, d'aménager un régime particulier pour la radio et la télévision (régime de la concession ou de l'autorisation de diffuser) et de soumettre à certaines conditions matérielles (mandat de prestation) la diffusion de programmes, pour préserver la liberté d'information du public (arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, Informationsverein Lentia et autres, précité, § 32, 39). Ces restrictions spécifiques de la liberté de la radio et de la télévision sont consacrées à l'article 68 du projet (Radio et télévision).

L'alinéa 4 in fine, en interdisant la censure préalable, délimite le noyau intangible de la liberté de la presse, de la radio et de la télévision. Cette interdiction de la censure préalable est mentionnée dans ce contexte, car c'est là qu'elle trouve son application majeure. Mais il est évident que l'interdiction vaut pour tous les domaines d'expression garantis par la liberté d'opinion.

Art. 14 Liberté de la langue

Cette disposition garantit la liberté de la langue. Cette liberté, avec le correctif du principe de la territorialité, a été reconnue par le Tribunal fédéral, en 1965, en tant que droit constitutionnel non écrit (ATF 91 I 480). Elle est également consacrée en droit international - en partie du moins - par l'article 27 du Pacte II qui prévoit, selon la pratique du Comité des droits de l'homme et la doctrine (W. Kälin/G. Malinverni/M. Nowak, *La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1991, p. 44-45 et 214 ss) un droit individuel destiné aux membres de minorités linguistiques.

La liberté de la langue garantit l'usage de la langue maternelle (ATF 116 la 346-347). Il faut entendre par là autant la langue orale que la langue écrite et les dialectes. Et non seulement la première langue apprise durant l'enfance, mais également une deuxième ou une troisième langue qu'une personne maîtrise bien (ZBI 1982, p. 361). Selon la doctrine, cette liberté garantit même l'usage de la langue de son choix (G. Malinverni, in *Commentaire de la Constitution fédérale, Liberté de la langue*, n° 6; C. A. Morand, *Liberté de la langue et principe de territorialité. Variations sur un thème encore méconnu*, in RDS, 1993, vol. 112, p. 20 ss). Cette extension a été admise par le Conseil fédéral (FF 1991 II 324). Le contenu de la liberté de la langue diffère selon qu'il s'agissent des relations entre particuliers ou des rapports entre particuliers et l'Etat. Dans le premier cas, il s'agit du droit de s'exprimer dans la langue de son choix. Dans le deuxième cas, il s'agit du droit minimal qui garantit pour l'essentiel l'utilisation d'une langue nationale minoritaire dans une circonscription donnée. Autrement dit, le droit des minorités historiques nationales de ne pas se voir imposer une seule langue officielle ou une seule langue d'enseignement public. Le Tribunal fédéral admet des restrictions, fondées sur le principe de la territorialité, à la liberté de la langue dans les rapports entre les particuliers et l'Etat (ATF 91 I 486; 100 la 465; 106 la 302). Cette jurisprudence est très critiquée par la doctrine qui estime que le principe de la territorialité devrait circonscrire les mesures de protection d'une lan-

gue menacée et non pas discriminer, au nom de l'homogénéité linguistique, les minorités linguistiques (Malinverni, op. cit., n° 42; Morand, op. cit., p. 35). C'est aussi l'avis du Conseil fédéral (FF 1991 II 325). C'est pourquoi nous avons donné la préférence à une formulation générale, sans le correctif du principe de la territorialité, qui permet certes au Tribunal fédéral de maintenir sa jurisprudence actuelle tout en laissant néanmoins la porte ouverte à une évolution de cette jurisprudence dans le sens indiqué par la doctrine précitée.

On pourrait néanmoins choisir une autre formulation qui garantirait la liberté de la langue dans les limites du principe de la territorialité. Cette formulation traduirait fidèlement la jurisprudence du Tribunal fédéral. Elle présenterait toutefois l'inconvénient de figer cette jurisprudence et d'empêcher l'évolution du principe de la territorialité dans le sens exprimé par la doctrine récente. Cette solution tiendrait, en outre, compte des débats récents des Chambres fédérales au sujet de la révision de l'article 116 de la Constitution fédérale. En effet, le Parlement a refusé de consacrer la liberté de la langue sans le correctif du principe de la territorialité (BO CE, 1992, p. 1057 ss et BO CN 1993, p. 1559 ss). Actuellement, le projet d'article 116 se réduit à une compétence d'encouragement.

Art. 15 Libertés de l'art et de la science

Cette disposition regroupe, en un seul article, deux libertés culturelles, à savoir la liberté de l'art et la liberté de l'enseignement et de la recherche scientifiques.

La liberté de l'art et la liberté de l'enseignement et de la recherche scientifiques ne sont pas reconnues par le Tribunal fédéral en tant que droits constitutionnels non écrits. Ce dernier considère néanmoins qu'elles sont garanties par la liberté d'expression au sens large (ZBI 1965, p. 365). Le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale considèrent, eux, que la liberté de l'enseignement et de la recherche scientifiques est un droit constitutionnel non écrit (FF 1981 III 1037; FF 1988 I 725; BO 1982/2, CN, p. 1746). Le législateur fédéral a même consacré expressément cette liberté dans la loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la recherche (art.3; RS 420.1) et dans la loi fédérale du 4 octobre 1991 sur les écoles polytechniques fédérales (art.5, al.3; RS 414.110). La liberté de l'art est reconnue, en droit international, par l'article 15, par.3, du Pacte I. La liberté de l'enseignement et de la recherche scientifiques est consacrée, elle, par l'article 15, par.3, du Pacte I. Ces deux libertés sont également reconnues, en tant que partie intégrante de la liberté d'expression, par l'article 19, par.2, du Pacte II et par l'article 10 de la CEDH.

La liberté de l'art protège, d'une part, la création artistique et, d'autre part, sa présentation (ZBI 1963, p. 365) et son produit (ZBI 1986, p. 129). Elle ne protège pas uniquement les artistes, mais également les intermédiaires, à savoir les personnes qui participent à la diffusion de l'oeuvre d'art, notamment le propriétaire d'une galerie, l'imprésario d'un artiste, l'éditeur d'un livre ou le propriétaire d'un cinéma. La liberté de l'art exige aussi une intervention de l'Etat, qui doit mettre à disposition une infrastructure appropriée, indispensable à l'exercice de cette liberté. La Confédération intervient, par exemple, pour encourager la production

cinématographique suisse et les activités culturelles déployées dans le domaine du cinéma (cf. art.27ter Cst.féd./ art.73 du projet). La liberté de l'art n'implique pas toutefois de droit individuel à une prestation positive de l'Etat.

La liberté de l'enseignement confère au corps enseignant et aux hautes écoles publiques une autonomie et une large liberté d'action quant à l'application des méthodes d'enseignement et au choix des matières à enseigner. En tant que liberté d'instruire et de s'instruire, elle confère également au destinataire de l'enseignement scientifique le droit de choisir librement les matières et le maître et d'organiser librement ses études et son travail scientifique, ainsi que le droit de choisir librement sa profession. La liberté de la recherche protège, elle, l'indépendance intellectuelle et méthodologique du chercheur contre les interventions de l'Etat (FF 1981 III 1037 s.; 1988 I 725 s.). La liberté de l'enseignement et de la recherche scientifiques exige une intervention de l'Etat (ex. mise à disposition d'une infrastructure appropriée, indispensable à la recherche fondamentale, création d'université, etc.), mais n'implique pas un droit individuel à des prestations positives de l'Etat. Ainsi, la liberté de l'étude ne crée pas un droit en matière d'aménagement des plans d'études, d'enseignement et d'organisation des examens (FF 1988 I 726). Quant à la liberté de la recherche, elle ne crée pas un droit à bénéficier de fonds budgétaires déterminés (W. Haller, *Die Forschungsfreiheit*, in *Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef*, p. 133).

Art. 16

Liberté de réunion

Etant un droit constitutionnel non écrit, reconnu par le Tribunal fédéral depuis 1970 en tant que condition de l'exercice des droits politiques (cf. ATF 96 I 218), la liberté de réunion constitue un élément indispensable de notre régime démocratique.

S'agissant d'une liberté idéale, son but est également de permettre l'échange des idées et la formation des opinions. L'alinéa 1 garantit de manière générale la liberté de réunion. Celle-ci assure à toute personne le droit de se réunir avec d'autres personnes en vue de poursuivre ou de réaliser un but commun, d'échanger des opinions ou de les communiquer à des tiers. Par réunion, il faut entendre un groupement de personnes qui se rassemblent pour une durée déterminée afin de poursuivre ensemble un but commun. Pendant longtemps, la jurisprudence et une partie de la doctrine ont estimé pouvoir distinguer entre réunion et manifestation par le fait que cette dernière se caractérise par l'appel au public (ATF 100 Ia 392, 396; Malinverni in *Commentaire de la Constitution fédérale*, Liberté de réunion, n° 18). Cette distinction a perdu de son importance à partir du moment où le Tribunal fédéral a refusé de reconnaître la liberté de manifestation comme droit constitutionnel non écrit en affirmant que les manifestations et les cortèges sont protégés par la liberté d'expression et par la liberté de réunion (ATF 107 Ia 226, 230). En dépit de sa finalité démocratique, la liberté de réunion ne protège pas uniquement les rassemblements de caractère politique, mais également les rencontres amicales, scientifiques, artistiques, sportives ou récréatives. Ainsi, la nature des opinions échangées est sans importance pour qu'un rassemblement de

personnes soit protégé par la liberté de réunion. Celle-ci ne peut être invoquée que pour les réunions et les manifestations pacifiques (ATF 111 la 322; art. 11, par.1, CEDH et art. 21 Pacte II).

L'alinéa 2 concrétise la liberté de réunion sans pour autant déterminer de manière exhaustive son contenu, ce qui permet une évolution inspirée de la jurisprudence et du droit international. Toute personne a le droit de convoquer une réunion et de l'organiser selon les buts visés. Personne ne peut, en outre, être contraint d'y participer ou de ne point y participer.

La liberté de réunion appartient à toute personne physique. Elle peut aussi, dans certains cas, être invoquée par des personnes morales, notamment lorsqu'une association organise une rencontre ouverte au public (Malinverni, op. cit., n° 44).

L'alinéa 3 règle le droit de réunion sur le domaine public. De telles réunions impliquent, en effet, un usage accru du domaine public. Elles peuvent dès lors être soumises à une autorisation préalable. Une telle restriction n'est toutefois plus possible aujourd'hui, selon une partie de la doctrine, sans base légale (le TF est d'un autre avis, cf. ATF 107 la 66; voir, cependant, ATF 119 la 445, 449, où il semble amorcer un changement de jurisprudence). En effet, d'après cette doctrine, aussi bien l'article 11, par.2, CEDH que l'article 21 du Pacte II subordonnent les restrictions à la liberté de réunion à l'existence d'une base légale suffisante. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, une base légale matérielle est suffisante lorsqu'elle trouve son fondement dans une loi au sens formel (cf. Mark E. Villiger, *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage*, Zurich, 1993, p. 312). Une loi au sens matériel peut donc suffire pour soumettre les réunions et les manifestations sur le domaine public à une autorisation préalable. Naturellement, la clause générale de police demeure réservée.

S'agissant, en l'espèce, d'une restriction susceptible de porter atteinte à l'essence même de la liberté de réunion, il importe de la consacrer expressément dans la nouvelle constitution.

Art. 17

Liberté d'association

L'article 17 du projet reprend, sous une forme plus moderne et en le concrétisant, l'actuel article 56 de la Constitution fédérale, qui garantit la liberté d'association. La liberté d'association est en outre garantie (avec celle de réunion) par les articles 11 CEDH et 22 du Pacte II.

Bien que l'article 56 de la Constitution fédérale se limite au "droit de former des associations", il est généralement admis que cette liberté a une portée plus vaste. Elle comprend, dans son aspect positif, le droit de créer librement des associations, d'y adhérer, d'exercer en leur sein des activités, internes à l'association ou externes (on admet cependant que les assemblées organisées par une association mais ouvertes au public sont protégées par la liberté de réunion), ainsi que le droit de les dissoudre. Dans son aspect négatif, elle garantit aussi le droit de ne pas adhérer à une association ou d'en sortir. Tandis que l'alinéa 1 affirme la garantie de la liberté d'association, l'alinéa 2 exprime une partie de ses différents

aspects - les principaux - et il concrétise ainsi la formule générale de l'alinéa 1. L'alinéa 2 pourrait être complété par une formule qui inscrirait le droit de ne pas adhérer à une association ou celui d'en sortir, permettant ainsi de préciser la portée négative de la liberté d'association.

La notion d'association doit être interprétée largement et ne se confond pas avec celle des articles 60 ss du code civil. Historiquement conçue pour garantir la libre formation des partis politiques, la liberté d'association protège tout groupement durable de personnes poursuivant un but idéal commun (associations politiques, scientifiques, littéraires, culturelles, sportives, etc.). La question de savoir si la protection s'étend aux groupements sans personnalité juridique poursuivant des buts mal définis (communautés, "squatters", etc.) ou éphémères (comités d'action ou de soutien, etc.) est discutée en doctrine. Ne sont en revanche pas protégées les associations qui, de par leur but ou les moyens qu'elles emploient, sont illicites ou dangereuses, en particulier celles qui mettent en danger l'existence de l'Etat; elles peuvent être interdites (voir art. 275ter CP, ainsi que 17 CEDH). La liberté d'association empêche l'instauration d'un système d'autorisation ou de déclaration préalable à la création d'une association.

La liberté d'association protège les particuliers contre l'Etat, en leur garantissant le droit de faire partie d'une association ou de n'en pas faire partie sans que celui-ci ne les y oblige ou ne les en empêche. En revanche, elle n'a pas d'effets horizontaux directs et ne donne donc pas le droit de devenir membre d'une association déterminée: celle-ci a la faculté de délimiter librement le cercle de ses membres (sauf si elle assume des tâches déléguées par la collectivité publique en relation avec une obligation d'adhésion).

La liberté d'association politique des étrangers peut faire l'objet de restrictions particulières (art. 16 CEDH). D'autre part, le Tribunal fédéral semble limiter le bénéfice de la liberté d'association aux personnes physiques (ATF 100 Ia 277, 286; 97 I 116, 121), mais la doctrine admet que les personnes morales (de droit privé) doivent aussi pouvoir l'invoquer. Enfin, la portée négative de cette liberté peut aussi être restreinte, dans certains cas et à certaines conditions, par une obligation d'adhésion, dans le cadre d'une corporation de droit public notamment (exemples: affiliation obligatoire à une société de tir [art. 124 OM et 5 de l'ord. sur le tir hors service, du 27 février 1991, RS 512.31]; la nouvelle loi sur l'armée et l'administration militaire renonce à cette obligation d'affiliation: FF 1993 IV 1, 73 et 181; à une corporation professionnelle [ATF 78 I 409 ss]; à une association d'étudiants [ATF 110 Ia 36 ss: l'adhésion obligatoire n'est admise que si l'association respecte l'exigence de neutralité politique]). La liberté d'association peut faire l'objet de restrictions particulières, plus étendues, pour les personnes se trouvant dans un rapport de droit spécial, notamment les fonctionnaires (ATF 99 Ib 129 ss; art. 11, par.2, in fine CEDH, qui autorise "des restrictions légitimes ... à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat"). Le Pacte II est plus restrictif; il ne tolère de telles restrictions spéciales que pour les membres des forces armées et de la police (art. 22, par.2).

Art. 18 Liberté d'établissement

L'article 18 du projet reprend l'article 45, alinéa 1, de la Constitution fédérale.

L'alinéa 1 garantit à tous les Suisses le droit de s'établir en un lieu quelconque du pays, que ce soit pour y constituer son domicile ou simplement pour y séjourner. Il s'ensuit que les communes et les cantons ont d'une part l'obligation de permettre à toute personne de citoyenneté suisse de s'établir sur leur territoire et d'autre part l'interdiction d'empêcher ou de rendre plus difficile son départ dans une autre commune ou un autre canton. La liberté d'établissement ne peut pas être restreinte pour des raisons de police, d'assistance ou fiscales. Par contre, sont admises à certaines conditions les restrictions résultant de rapports dus à un statut particulier, comme l'obligation de résidence, qui oblige le fonctionnaire à élire domicile sur le territoire de la commune avec laquelle il entretient un rapport de service. Les étrangers et les personnes morales ne peuvent pas se prévaloir de l'article 18 du projet. Les conditions de l'établissement des étrangers sont fixées par la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (RS 142.20). Quant aux personnes morales, elles sont soumises aux règles de droit civil.

L'alinéa 2 consacre le droit pour tout Suisse de pouvoir quitter la Suisse et d'y rentrer en tout temps. Ce droit, qui concrétise la liberté d'établissement, implique aussi la liberté d'émigrer (D. Chr. Dicke, Commentaire de la Constitution fédérale, art.45, no 14; U. Haefelin/W. Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 3e éd., no 1537).

Art. 19 Protection contre l'expulsion, l'extradition et le refoulement

L'alinéa 1 reprend la règle de l'art.45, alinéa 2, de la Constitution fédérale qui interdit l'expulsion d'un ressortissant suisse. L'alinéa 2 consacre une norme du droit international impératif qui interdit le refoulement de personnes menacées.

L'interdiction d'expulser des ressortissants suisses est la conséquence obligée du droit sur la nationalité et de la liberté d'établissement. En effet, l'expulsion d'un ressortissant suisse ne peut se concilier en particulier avec son droit de rentrer en tout temps dans le pays (art.18, al.2, du projet).

L'expulsion ("Ausweisung") est la décision par laquelle l'Etat ordonne à une personne déterminée de quitter le territoire; l'expulsion est régulièrement assortie d'une interdiction de rentrer dans ledit pays. Le refoulement ("Ausschaffung") est la mesure d'exécution par contrainte directe d'une décision d'expulsion. Une personne peut être refoulée soit vers le pays par lequel elle est entrée en Suisse ("Rückschaffung") soit vers un pays de son choix. L'extradition ("Auslieferung") est la décision par laquelle l'Etat remet une personne déterminée à une autorité étrangère qui la réclame en vue d'une poursuite pénale ou de l'exécution d'une peine.

A la différence de l'expulsion, l'extradition d'un ressortissant suisse pour suivi ou condamné pénalement n'est pas en contradiction avec son droit

de rentrer en tout temps dans le pays. Toutefois, l'ancienne loi fédérale du 22 janvier 1892 sur l'extradition aux Etats étrangers et maintenant la loi sur l'entraide pénale internationale (EIMP; RS 351.1) ont interprété la Constitution fédérale de telle manière que l'extradition d'un ressortissant suisse n'est accordée que si celui-ci y consent (art.7 EIMP). Si un délinquant suisse est poursuivi en Suisse pour un crime ou un délit commis à l'étranger, il sera jugé en Suisse et y exécutera sa peine, s'il est condamné (art.6 CP). La Suisse a répété ce principe en ratifiant, avec une réserve en ce sens, la Convention européenne d'extradition (RS 0.353.1) et la Convention européenne pour la répression du terrorisme (RS 0.353.3). Si maintenant on élève au rang constitutionnel ce principe particulier en matière extradition, il devrait être formulé de manière à ne pas entrer en contradiction avec un développement futur du droit international. En vertu de traités internationaux relatifs à la répression des crimes de guerre ou d'autres crimes graves contre l'humanité (voir l'énumération de ces crimes imprescriptibles à l'art.75 bis CP), des dérogations au principe de l'interdiction de l'extradition sont possibles dans certains cas. La disposition du projet ne s'oppose pas, à notre avis, à une d'extradition, limitée à la durée et aux besoins d'une procédure, si la Suisse obtient la garantie que la personne concernée sera renvoyée en Suisse à l'issue de la procédure. On pourrait le préciser dans le texte constitutionnel même.

En principe, la Constitution fédérale n'interdit pas l'expulsion de ressortissants étrangers (cf. art.100 du projet). Cependant, en vertu des articles 2 et 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 3 de la Convention de l'ONU contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (RS 0.105), la Suisse ne peut notamment pas extraditer une personne vers un Etat où cette personne pourrait être torturée, traitée de manière inhumaine ou exécutée sans jugement conforme au droit. L'article 37 de la loi sur l'entraide pénale internationale va plus loin en précisant que l'extradition ne sera pas accordée si l'Etat requérant ne garantit pas que la personne poursuivie ne sera pas exécutée. Conformément à l'art.33 de la Convention relative au statut des réfugiés (RS 0.142.30), ceux-ci ne peuvent être acheminés vers le territoire des Etats dans lesquels ils encourent une persécution (principe du non-refoulement) ou pourraient être jugés dans une procédure contraire aux droits fondamentaux (art.5 et 6 CEDH, art.37, al.2, EIMP).

L'alinéa 2 rassemble en une disposition les obligations qui résultent de la Convention européenne des droits de l'homme, de la Convention sur les réfugiés et de l'article 2 sur l'entraide pénale internationale, car le principe du non-refoulement a indubitablement le rang d'un droit constitutionnel.

Art. 20

Garantie de la propriété

La disposition relative à la garantie de la propriété correspond à l'article 22ter de la Constitution fédérale actuelle.

Le 1er alinéa garantit l'existence de la "propriété" en tant qu'institution (garantie institutionnelle), les droits patrimoniaux concrets des individus (garantie des positions juridiques), ainsi que, à certaines conditions, le droit à une indemnité en cas de restrictions valablement apportées à la propriété (garantie de la valeur). Quant au champ d'application matériel, la

garantie couvre la propriété en tant que droit réel, les droits réels restreints et la possession, les droits résultant d'une obligation (p. ex. droit au salaire ou créances à l'égard des assurances sociales), ainsi que les droits de propriété intellectuelle. La protection des droits acquis découle en premier lieu de l'article 4 Cst. Le champ d'application personnel s'étend aux personnes physiques et morales, ainsi qu'à la collectivité publique dans la mesure où celle-ci agit comme personne privée. La nationalité du propriétaire ne joue en principe aucun rôle.

Selon le 2e alinéa, les restrictions valables de la propriété sont indemnisées en fonction de la garantie de la valeur. Donnent lieu à indemnisation la privation de la propriété (expropriation formelle), ainsi que les restrictions apportées à l'exercice de la propriété qui équivalent à une expropriation (expropriation matérielle; cf. pour cette notion notamment ATF 118 Ib 41 consid. 2a). Le projet de Constitution prescrit une "pleine" indemnisation: l'atteinte dommageable ne doit procurer ni perte, ni bénéfice à l'exproprié; ce dernier doit être rétabli dans la situation économique qui était la sienne précédemment. Notons ici que la version française s'est alignée sur la version allemande du projet - et de la Constitution actuelle - plutôt que de reprendre le terme constitutionnel français actuel de "juste" indemnité".

L'article 22ter, 2e alinéa, Cst., qui autorise la Confédération et les cantons à prévoir, dans la mesure de leurs attributions constitutionnelles, l'expropriation et des restrictions de la propriété, n'a pas de signification propre puisque les questions générales concernant la limitation des droits fondamentaux sont désormais réglées à l'article 30 du projet (Restrictions des droits fondamentaux).

Art. 21

Liberté économique

L'article 21 du projet correspond à l'article 31 de la Constitution fédérale.

L'alinéa 1 garantit de manière générale le principe de la libre activité économique privée. La notion de liberté du commerce et de l'industrie, devenue trop étroite, a été abandonnée, sans qu'un changement matériel soit toutefois voulu. Le droit fondamental garantit, maintenant comme avant, la libre activité économique privée, quel que soit le domaine où elle s'exerce: commerce, industrie ou tout autre domaine.

L'alinéa 2 met en évidence trois aspects principaux du droit fondamental, à savoir le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique privée et son libre exercice (R.A. Rhinow, dans Commentaire de la Constitution fédérale, art.31, nos 68ss). Le projet entend souligner, de la sorte, la nature de droit individuel de cette liberté (libre développement de la personnalité dans le domaine économique; cf. ATF 116 Ia 240; art.4 CEDH; art.8 Pacte II). A la différence des autres libertés garanties dans le projet, la formule choisie ici n'est pas personnalisée pour tenir compte ainsi de la jurisprudence récente, mais non encore consolidée, du Tribunal fédéral, aux termes de laquelle non seulement les Suisses mais encore certaines catégories d'étrangers bénéficient de cette liberté (ATF 119 Ia 38). Cette formule impersonnelle, qui reprend d'ailleurs celle de l'actuel art.31 Cst.féd. ne remet aucunement en question la nature de droit cons-

titutionnel individuel (art.113 Cst.féd./art.163 du projet) de la liberté économique.

La liberté économique prévient les atteintes de l'Etat. Elle ne donne cependant pas droit à des prestations positives de l'Etat (ATF 117 Ib 394; cf., cependant, 113 V 22ss) ni à l'octroi de mandats publics (ATF 102 la 542). Toutefois peut aussi se prévaloir de cette liberté une personne qui entend user du domaine public pour exercer son activité (ATF 101 la 480). Il n'est pas contraire à la liberté de percevoir des impôts ou des taxes spécifiques; ceux-ci ne doivent toutefois pas être prohibitifs ni protectionnistes (R.A. Rhinow, in Commentaire de la Constitution fédérale, art.31, nos 216ss, et les références).

A la différence du texte constitutionnel actuel, la dimension fédéraliste du droit fondamental n'est pas mentionnée dans l'article 21 du projet. La garantie du libre exercice de la liberté économique "sur tout le territoire de la Confédération" (art.31, al.1, Cst.féd.) ou, en d'autres termes, la protection des échanges économiques intercantonaux va de soi de nos jours (encore que la réalisation effective de cet aspect réserve aujourd'hui quelques difficultés). C'est pourquoi il n'est pas nécessaire de l'inscrire expressément à l'article 21 du projet, ce d'autant moins que le principe d'un espace économique intercantonal est garanti de manière précise ailleurs dans le projet (art.76). Par ailleurs, il est généralement admis actuellement que la liberté économique vaut également pour les échanges économiques avec l'étranger. Là non plus, il n'est pas nécessaire de le dire expressément dans la Constitution.

Comme c'est déjà le cas, la liberté économique n'entraîne pas d'effets directs entre les particuliers. Comme aujourd'hui, c'est à la législation en matière de droit civil, pénal ou administrative de protéger un particulier contre toute atteinte qu'un autre particulier porte à l'exercice de son activité économique (voir, par exemple, l'art.28 CC ainsi que la législation sur les cartels).

L'alinéa 3 rend compte de l'idée, répandue dans la jurisprudence et dans la doctrine, selon laquelle la liberté du commerce et de l'industrie joue un rôle essentiel dans la définition du système économique. L'article 31 de la Constitution garantit une économie en principe libre de toute ingérence de l'Etat et implique notamment le refus de toute soumission de l'économie à une planification centrale (sur le principe de la liberté de l'économie ("Staatsfreiheit der Wirtschaft"), cf. Leo Schürmann, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 3e éd. Berne 1994, 16ss). Inversement l'article 31 n'impose pas un modèle politique déterminé de système économique. La rédaction de l'alinéa 3 tient compte des considérations suivantes:

Conformément à la pratique du Tribunal fédéral et des autres autorités de la Confédération, tout intérêt public ne suffit pas à justifier une atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie. Sont en principe licites les mesures de police économique et celles de politique sociale (sur ce dernier point, depuis l'ATF 97 I 506). Sont, en revanche, illicites les mesures dites de politique économique "qui ont pour but d'entraver la libre concurrence, d'avantager certaines entreprises ou certaines formes d'entreprises, et qui tendent à diriger la vie économique selon un plan déterminé" (ATF 116 la 356s.; voir aussi en ce sens, ATF 116 la 348; ATF 118 la 176;

117 la 445). Les concurrents économiques doivent, en principe, être traités de manière égale (ATF 112 la 34; cf. aussi ATF 116 la 348). En ce sens, le droit constitutionnel actuel garantit, dans son principe, une libre concurrence qu'aucune mesure étatique ne saurait venir fausser (ATF 118 la 176; 111 la 186). Cette formule du Tribunal fédéral a sa source dans l'article 31, alinéa 2, de la Constitution fédérale, selon lequel les cantons peuvent adopter des prescriptions sur l'exercice du commerce et de l'industrie ainsi que sur leur imposition; toutefois celles-ci ne doivent pas "déroger au principe de la liberté du commerce et de l'industrie à moins que la constitution fédérale n'en dispose autrement". Une telle limite existe également à l'égard du législateur fédéral: la Confédération doit "respecter le principe de la liberté du commerce et de l'industrie" (art.31, al.2, Cst.féd.), à moins que la Constitution ne l'autorise à y déroger (réserve constitutionnelle en faveur des mesures dérogatoires audit principe, c'est-à-dire des mesures qui sont contraire au "système"; cf., par exemple, l'art.31bis, al.3, 31ter, al.1, 31 quinquies, al.2, 32bis Cst.féd.).

La terminologie du Tribunal fédéral s'appuie sur une notion spécifique de la "politique économique", qui ne correspond ni à celle du langage courant, ni à celle de la science économique, ce qui est de plus en plus perçu comme un problème. Aussi la doctrine et la pratique récentes s'en sont-elles écartées et, plutôt que de l'interdiction (de principe) des mesures de politique économique, parlent du respect, de la part de la collectivité, du principe de la neutralité en matière de concurrence ou de la neutralité concurrentielle (cf. par exemple, ATF 118 la 177; R.A. Rhinow, dans *Commentaire de la Constitution fédérale*, art.31 no 166, 183; Tobias Jaag, *Wettbewerbsneutralität bei der Gewährung von Privilegien im Wirtschaftsverwaltungsrecht*, dans: *Mélanges pour l'Assemblée de la Société suisse des juristes* 1994, Zurich 1994, 477ss et les références; cf. aussi, maintenant, l'art.8, al.2 et 4, Disp.trans). Le projet de Constitution n'endosse pas cette évolution de la terminologie, laquelle, soit dit en passant, n'entraîne pas de modifications matérielles importantes; mais il se réfère à une autre notion traditionnelle de la jurisprudence du Tribunal fédéral (la "libre concurrence").

Le principe de la libre concurrence ne doit pas être confondu avec le principe selon lequel l'Etat doit garantir le fonctionnement de la concurrence économique. Ni l'article 21, alinéa 3, ni l'article 75 du projet ne constituent la base nécessaire pour mener une politique active en matière de concurrence. Une telle politique s'appuiera plutôt sur l'article 78 du projet (Politique de concurrence) et respectera les conditions-cadre qui y sont posées. En d'autres termes, le principe de la libre concurrence ne vise pas les ententes des particuliers qui limitent les effets de la concurrence; il comprend seulement - mais c'est tout de même quelque chose - une garantie "négative" de la concurrence, c'est-à-dire une garantie qui est dirigée contre l'Etat et qui implique un devoir d'abstention de sa part. Il reste à souligner qu'en principe l'article 21, alinéa 3, du projet n'empêche pas de restreindre la liberté économique, comme c'est le cas actuellement, pour des motifs de police économique, de politique sociale, de politique de l'environnement ou pour d'autres motifs non économiques.

Les restrictions de la liberté économique obéissent aux règles générales sur le régime des restrictions des droits fondamentaux, qui est réglé à

l'article 30 du projet. Aussi n'est-il plus nécessaire d'assortir la règle sur la garantie de la liberté économique d'une autre règle, qui lui fait suite immédiatement, sur les restrictions (ce que font notamment les art.31, al.1, i.f., ou 31 bis, al.2, Cst.féd.). Les autres conditions-cadre pour la législation en matière économique résultent des articles 75 et suivants du projet. Même une règle spéciale qui réserve la compétence législative des cantons en matière économique est superflue: une telle compétence résulte déjà de l'article 3 Cst.féd./art.3 et, de surcroît, 32 du projet; quant au respect de principe, par la Confédération, de la liberté du commerce et de l'industrie (art.31bis, al.2, Cst.féd.), il se déduit de l'alinéa 3 de l'article 21 ainsi que de l'article 75 du projet. Il faut signaler enfin que la distinction opérée par le Tribunal fédéral entre les mesures de police économique et de politique sociale, qui sont en principe licites, et celles dites de politique économique, qui dérogent au "système" et sont en principe illicites (cf. ATF 118 la 176) est très problématique (cf. R. A. Rhinow, dans *Commentaire*, art.31, nos 164ss). C'est pourquoi le texte constitutionnel proposé ne s'y réfère pas.

La terminologie de l'article 21 du projet adopte des notions bien reçues et établies dans la jurisprudence et dans la doctrine récentes (pour le terme "liberté économique", voir les § 20 Cst.AG; art.23 Cst.BE; Hans Marti, *die Wirtschaftsfreiheit der schweizerischen Bundesverfassung*, Bâle/Stuttgart 1976; Klaus A. Vallender, *Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung*, 2e éd., Berne 1991; pour le terme "libre concurrence", cf. ATF 118 la 176).

On pourrait proposer une autre rédaction de l'article 21, qui perpétuerait, dans le titre et - voire ou - dans le texte même, le terme traditionnel, quoique moins précis, de "liberté du commerce et de l'industrie". Au lieu des mots "principe de la libre concurrence" (cf. ATF 116 la 356s. (en français); 111 la 186; 118 la 176), on pourrait utiliser soit les notions de "principe de la neutralité en matière de concurrence", voire de "neutralité concurrentielle", qui résultent de la doctrine ou de la pratique (ATF 116 la 351; 118 la 176; 120 la 238; R. A. Rhinow, *op.cit.*, nos 166 et 183; art.8, al.2 et 4, *Disp.trans*), soit même celle de "principe de la liberté économique", qui s'inspire de la conception du texte constitutionnel actuel (cf. art.31, al.2, Cst.féd.: "Principe de la liberté du commerce et de l'industrie").

Art. 22 Liberté syndicale

L'article 22 du projet explicite, dans une disposition spécifique, la liberté de coalition (ou liberté syndicale), garantie aujourd'hui implicitement dans le cadre de la liberté d'association de l'article 56 de la Constitution fédérale. La liberté syndicale est garantie aussi par les articles 11 CEDH et 22 du Pacte II, ainsi que, de manière plus précise et détaillée, par l'article 8 du Pacte I. Enfin, le droit et la liberté de coalition sont aussi garantis par la convention OIT n° 87, de 1948, ratifiée par la Suisse en 1976.

D'après la doctrine dominante, la garantie de la liberté syndicale implique celle du droit de grève et de lock-out (lesquels sont parfois aussi rattachés à d'autres dispositions constitutionnelles: art.31 ss et 34ter). Dans un arrêt de 1985, le Tribunal fédéral avait pour sa part laissé ouverte la ques-

tion de savoir si le droit de grève est protégé en tant que droit fondamental (ATF 111 II 245, 253). Aujourd'hui, le droit de grève est garanti, en Suisse, par deux instruments internationaux: l'article 8 du Pacte I, qui le mentionne explicitement (art.8, par.1, let. d), et la Convention OIT n° 87, selon la pratique des organes de l'OIT, pour lesquels le droit de grève constitue "un corollaire indissociable du droit d'association syndicale protégé par la convention n° 87".

L'alinéa 1 explicite les différents aspects du contenu de la liberté de coalition. Celle-ci représente un aspect particulier de la liberté d'association. Conçue spécifiquement dans le contexte des relations (collectives) de travail, elle garantit le droit, pour les travailleurs et les employeurs, de se syndiquer et de créer des syndicats, c'est-à-dire des associations pour la défense de leurs intérêts et la sauvegarde de leurs conditions de travail. Elle comprend en outre le droit, pour les individus, de s'affilier à un tel syndicat (portée positive), comme celui de ne pas y adhérer ou d'en sortir (portée négative), ainsi que le droit de ces syndicats d'exercer librement leur activité et de se fédérer (art.8, par.1, let. b et c, Pacte I; art.3 et 5 Conv. OIT 87). La liberté de coalition interdit la dissolution ou la suspension des organisations syndicales par voie administrative.

L'alinéa 2 de l'article 22 du projet garantit les droits de grève et de lock-out en tant que corollaires de cette liberté. Toutefois, comme le précise la seconde phrase de l'alinéa 2, l'exercice du droit de grève ou de lock-out peut être réglementé et limité par la loi; le recours à la grève peut même être interdit pour certaines catégories de personnes. S'ils garantissent certes la liberté syndicale et le droit de grève, les deux accords internationaux évoqués ci-dessus autorisent le droit national à les soumettre à des restrictions légales particulières pour "les membres des forces armées, de la police ou de la fonction publique" (art.8, par.2, Pacte I). Ces restrictions peuvent consister soit en une limitation - mais non une interdiction - générale, c'est-à-dire applicable à l'ensemble de la fonction publique, soit en une interdiction générale pour certaines catégories de fonctionnaires seulement, soit encore en une combinaison de ces deux mesures. Une interdiction générale de la grève pour l'ensemble de la fonction publique, comme celle que connaît le droit positif suisse pour les fonctionnaires fédéraux (art. 23 StF; plusieurs cantons ont une disposition analogue), ne paraît en revanche pas conforme aux normes du droit international. Les règles légales relatives aux modalités d'exercice du droit de grève et à ses restrictions dans la fonction publique peuvent porter par exemple sur les buts de la grève (grèves "politiques"), sur ses moyens (contrainte, violences, etc.), sur la garantie du maintien de services essentiels ou d'un service minimum négocié. Les restrictions dans la fonction publique doivent être assorties de garanties compensatoires (de négociation, par exemple).

Sont titulaires de la liberté de coalition les travailleurs et les employeurs individuels (droit d'adhérer ou de ne pas adhérer à un syndicat), ainsi que les organisations syndicales et patronales elles-mêmes (libre exercice de leur activité, droit de se fédérer). La liberté de coalition des étrangers ne peut faire l'objet de restrictions spécifiques.

Art. 23 Garanties générales de procédure

L'article 23 du projet rassemble en une disposition les différents aspects de l'interdiction du déni de justice formel, tels que les a concrétisés la jurisprudence sur l'article 4 de la Constitution fédérale. La disposition adopte la systématique traditionnelle suivie par la doctrine et la jurisprudence (cf. les Répertoires généraux décennaux du Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse, titre "Interdiction du déni de justice formel"; Häfelin/Haller, *Bundesstaatsrecht*, p.496ss; G. Müller, in *Commentaire de la Constitution fédérale*, art.4, nos 85).

A la différence des garanties contenues dans les articles 24 à 26 du projet, l'art.23 pose des droits qui valent de manière générale pour tous les types de procédure, judiciaire ou administrative. L'alinéa 1 garantit le droit à une procédure équitable, ce qui implique notamment l'interdiction du déni de justice (formel) stricto sensu, du retard injustifié et du formalisme excessif. Le retard injustifié est une forme atténuée du déni de justice: dans ce dernier cas, l'autorité judiciaire ou administrative compétente reste totalement inactive ou n'examine qu'incomplètement la demande, dans le premier, elle rend sa décision dans un délai inapproprié (ATF 107 Ib 160, 164). Le formalisme excessif constitue aussi une forme particulière du déni de justice, en ce sens que le recours aux moyens de droit est bloqué par des exigences de forme excessives (ATF 119 Ia 4, 6). Enfin l'interdiction du déni de justice implique également le droit à ce que la composition de l'autorité qui statue soit conforme à la loi (ATF 117 Ia 408ss). Ce même droit est consacré de manière autonome pour les procédures judiciaires (cf. art.24, al.1, du projet). Le droit d'être entendu, consacré à l'alinéa 2, permet à la personne qui est impliquée dans une procédure judiciaire ou administrative d'y prendre part. Cette garantie n'a pas pour seul but d'établir correctement les faits mais est un droit, indissociable de la personnalité, de participer à la prise d'une décision (ATF 112 Ia 1, 3). Parmi les aspects les plus importants de ce droit, il y a celui d'être préalablement instruit de la situation et de s'exprimer à ce sujet, celui de consulter le dossier, de se déterminer à son propos, de proposer des moyens de preuve, d'obtenir une décision motivée. Le droit de prendre part à la procédure implique, dans certaines circonstances, celui de pouvoir bénéficier de l'assistance judiciaire - lato sensu - gratuite. C'est ce droit que consacre l'alinéa 3. Cette disposition énonce les conditions générales, valables pour tous les types de procédure, auxquelles est subordonnée cette assistance judiciaire gratuite, à savoir l'indigence, une cause non dépourvue de chance de succès et - pour obtenir de surcroît l'assistance gratuite d'un avocat - l'intérêt à une bonne administration de la justice; il ressort clairement de cette norme que le droit vaut aussi dans le cas d'une procédure non judiciaire.

Le Tribunal fédéral a tiré de l'article 4 de la Constitution fédérale l'ensemble de ces différents aspects de l'interdiction du déni de justice formel. Le droit international contribue également à concrétiser ces garanties générales de procédure, notamment l'art.6 CEDH qui pose le principe du procès équitable ("fair trial") et la jurisprudence qui s'y rapporte.

Art. 24 **Garanties de procédure judiciaire**

L'article 24 du projet rassemble différentes garanties de procédure, parmi lesquelles certaines figurent déjà dans la Constitution actuelle (garantie du juge constitutionnel et garantie du juge du domicile des art.58 et 59, al. 1 et 2), d'autres dans les droits cantonaux (principe de la publicité garanti soit dans la Constitution soit dans les lois de procédure des cantons) ou encore dans les traités internationaux (art.6 CEDH). A la différence des garanties de l'article 23 du projet, l'article 24 ne concerne que les procédures judiciaires.

L'alinéa 1 doit assurer que l'application du droit se fasse par un tribunal régulièrement constitué et composé, compétent en raison de la matière et du lieu, indépendant et impartial. La garantie constitue à la fois une concrétisation du principe de la séparation des pouvoirs et une règle permettant une procédure équitable et, en fin de compte, un jugement juste (ATF 114 la 50, 55). Par rapport au texte constitutionnel actuel (art.58, al.1, Cst.féd.), l'article 24 du projet ne mentionne plus expressément l'interdiction des tribunaux d'exception. D'une part, ce principe résulte du droit d'être jugé par un tribunal légalement constitué: en effet un tribunal ne doit en aucun cas tirer sa compétence d'une règle spécifique en raison d'une circonstance ou d'une personne déterminée, mais sa compétence doit résulter d'une règle générale et abstraite (pas nécessairement du niveau constitutionnel). D'autre part, l'article 24 du projet pose expressément, comme le fait l'art.6, par.1, CEDH, la garantie du juge indépendant et impartial, que le Tribunal fédéral a très tôt déduit de l'art.58 de la Constitution fédérale et qui lie aussi les cantons. Enfin, l'article 24 renonce, comme on l'a fait dans d'autres projets de constitution, à répéter la règle de l'art.58, al.2, Cst.féd. qui interdit les tribunaux ecclésiastiques. Cette règle est aujourd'hui désuète.

La formule "toute personne dont la cause doit être jugée en procédure judiciaire" laisse entendre qu'il existe des cas dans lesquels une partie à une procédure peut exiger qu'ils soient portés devant un tribunal. Conformément à l'article 6, par.1, CEDH, relèvent d'une procédure judiciaire les "contestations sur des droits et obligations de caractère civil" ou "le bien fondé d'une accusation pénale". Selon la jurisprudence des organes de la Convention, ces deux notions sont autonomes, c'est-à-dire qu'elles doivent être interprétées indépendamment du droit national (voir le premier arrêt en ce sens de la Cour européenne des droits de l'homme en la cause *Ringeisen c. A.*, Série A, vol.13, chif.94); en particulier, elles ne se recoupent pas avec les concepts de "droit civil" et de "droit pénal" des articles 101 et 102 du projet. Pour assurer l'unité de langage dans la Constitution, il a paru préférable de ne pas ajouter à la terminologie constitutionnelle celle du droit international. On a aussi renoncé à l'idée de reformuler, avec ce que cela supposait de précision et de concision constitutionnelle, ces deux notions de l'article 6, par.1, CEDH. L'article 24 du projet n'en rappelle pas moins qu'il y a des cas dans lesquels les parties peuvent exiger une procédure judiciaire; dans quels cas cela est nécessaire est une question dont la réponse continue à dépendre du droit international, notamment de l'article 6, par.1, CEDH, précité, et de la jurisprudence qui s'y rapporte.

L'alinéa 2 conserve le principe de la garantie du juge du domicile (art.59, al.1, Cst.féd.). Par rapport à la Constitution actuelle, l'article 24 du projet abandonne certaines conditions (notamment celles qui limitent le bénéfice du droit au juge du domicile aux "réclamations personnelles" et à la solvabilité du débiteur). A première vue, cette extension du champ d'application à toutes les "actions civiles" peut paraître dépasser le cadre de la mise à jour. Cependant il faut considérer cette règle en relation avec la phrase suivante, aux termes de laquelle la loi (c'est-à-dire une loi de la Confédération ou des cantons ou un traité international) peut déterminer d'autres fors. L'extension aux actions non personnelles ne devient donc effective que dans la mesure où la "loi" ne prévoit pas un autre fors, notamment si elle ne prévoit pas de fors. Quant à la seconde phrase, elle a pour effet d'entériner l'état en matière de fors, en particulier de lever les "inconstitutionnalités" qui affectent actuellement le principe du juge du domicile pour les réclamations personnelles. Ces "inconstitutionnalités" sont la conséquence des nombreuses exceptions légales fédérales qui, en instituant des fors spéciaux en matière d'action personnelle, dérogent à la règle de principe de la Constitution. A cela s'ajoute le fait qu'en ratifiant la Convention de Lugano, la Suisse a dû, en raison de l'article 59, al.1, Cst.féd., formuler une réserve qui arrive à échéance en 1999. L'adoption de cette seconde phrase de l'alinéa 2 de l'article 24 du projet rendrait donc superflue, parce qu'elle en tiendrait lieu, la revision constitutionnelle annoncée dans la Convention de Lugano. Quant à la forme, cette norme s'inspire d'une proposition présentée par une commission de la Fédération suisse des avocats, qui prévoit l'unification des fors judiciaires et diverses dispositions sur la reconnaissance et l'exécution des jugements civils rendus dans un autre canton.

L'alinéa 3 consacre expressément dans le projet le principe, actuellement non écrit dans la Constitution fédérale, de la publicité de la procédure judiciaire. Ce principe a pris beaucoup d'importance au cours des dernières années sous l'influence de la jurisprudence rendue en application de l'article 6, par.1, CEDH. La formule du projet montre bien que le principe vise les débats et le prononcé du jugement, non pas la délibération. Le droit à la publicité peut, selon les circonstances, être restreint pour protéger des intérêts privés ou publics (cf. l'énumération contenue à l'art.6, par.1, CEDH; ATF 119 la 99, 100s.; arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme en la cause Schuler-Z'graggen c/CH, Série A, vol. 263).

Art. 25

Privation de liberté

L'article 25 du projet rassemble toutes les garanties de procédure dont dispose une personne privée de liberté. Ces différentes garanties concrétisent soit le droit d'être entendu soit le droit fondamental non écrit de la liberté personnelle (le Tribunal fédéral n'a pas tranché sur ce dernier point, ATF 119 la 221, 233s.). Tandis que l'alinéa 1 a pour seul modèle l'article 5, par.1, CEDH, l'alinéa 2 s'inspire de dispositions contenues dans de précédents projets de constitution, à savoir l'article 22 du modèle de 1985 (Garanties accordées en cas de privation de liberté) et l'article 15 du projet Kölz/Müller (Garanties pour les détenus et les internés), lui-même inspiré du projet de 1977 (art.21).

L'alinéa 1 rappelle d'abord qu'une personne ne peut être privée de sa liberté que dans les cas prévus par la loi (cf. art.9, al.2, en relation avec l'art.30, al.1 et 2, du projet). En outre, la privation de liberté ne peut avoir lieu que dans les formes prévues par la loi. La Constitution renvoie ainsi au droit cantonal ou fédéral applicable dans le cas concret et une violation dudit droit constitue donc simultanément une violation de la garantie constitutionnelle.

L'alinéa 2 se subdivise en trois lettres. La lettre a vise tous les types de privation de liberté, en particulier aussi la privation de liberté à des fins d'assistance au sens des articles 397ss CC. La garantie énoncée à la lettre a est une concrétisation du droit d'être entendu (cf. art.23, al.2 et 3, du projet). La gravité de l'atteinte subie justifie qu'on souligne expressément ce droit dans ce contexte, mais on ne saurait en tirer un argument a contrario pour le refuser dans le cadre d'autres procédures (notamment dans le cadre d'une procédure pénale, cf. art.26 du projet). La lettre b ne s'applique qu'aux cas de détention préventive. La garantie d'être aussitôt traduit devant le juge doit assurer un premier contrôle indépendant et impartial de la détention. Toutefois, conformément à la jurisprudence sur l'article 5, par.3, CEDH, ce contrôle ne doit pas obligatoirement être fait par un tribunal (au sens de la lettre c qui suit ou de l'art.24 du projet); il peut aussi être fait par un juge d'instruction, à la condition que celui-ci ne soutienne pas ultérieurement l'accusation dans la même affaire (ATF 117 la 199ss; cet arrêt est la conséquence de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme en la cause *Huber v. CH*, Série A, vol.188). Le second membre de la phrase de la lettre b concrétise un aspect de la liberté personnelle, en accordant à une personne détenue à titre préventif le droit d'être jugée dans un délai raisonnable. Cette disposition, qui implique une limitation de la durée de la détention préventive, ne constitue, à vrai dire, pas une garantie au sens strict du terme; mais, en raison de la connexité matérielle qu'elle a avec l'objet de la garantie de la lettre b, il se justifie de l'inscrire ici. La garantie de la lettre c vaut, à nouveau, pour l'ensemble des types de privation de liberté et non pas seulement pour la détention préventive. Toute personne privée de liberté a le droit de faire examiner par un tribunal la licéité de cette privation. La seule exception est celle d'une privation de liberté qui résulte déjà d'une décision d'un tribunal (notamment donc d'une condamnation à une peine privative de liberté). La disposition dit expressément que la personne privée de liberté peut en tout temps saisir le tribunal, ce qui, suivant les motifs de la privation, implique aussi le droit de faire réexaminer plusieurs fois, à intervalles raisonnables, sa licéité (arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme en la cause *Winterwerp v. NL*, Série A, vol.33).

Art. 26

Procédure pénale

Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a posé diverses garanties minimales qui appartiennent spécifiquement aux personnes poursuivies ou accusées d'une infraction pénale. Il les a déduit de l'article 4 de la Constitution fédérale et a continué à les développer en relation avec l'article 6 CEDH. Une partie d'entre elles ne fait que concrétiser spécifiquement pour la procédure pénale des droits déjà garantis de manière générale ailleurs

(cf. art.23 du projet: droit à une procédure équitable, droit d'être entendu, droit à l'assistance judiciaire gratuite). Mais le fait que la procédure pénale porte une atteinte particulièrement sensible aux droits de la personne justifie qu'on rappelle spécialement ces garanties ici.

L'alinéa 1 consacre expressément le principe de la présomption d'innocence, c'est-à-dire le droit de toute personne poursuivie pour une infraction pénale - ou accusée - d'être présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité soit légalement établie. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, ce principe pose principalement deux règles, l'une sur le fardeau de la preuve et l'autre sur l'appréciation des preuves (ATF 120 la 31, 35ss). Il incombe aux autorités de poursuite d'établir la culpabilité et non pas à la personne poursuivie d'établir son innocence (règle sur le fardeau de la preuve). En outre la personne accusée doit être libérée, quand le tribunal, après avoir dûment pesé les preuves à charge et à décharge, conserve "un doute en faveur de l'accusé qui ne peut absolument pas être surmonté" (règle sur l'appréciation des preuves, *in dubio pro reo*). Ce dernier principe implique notamment l'interdiction de tout propos qui laisse conclure prématurément à la culpabilité d'une personne non encore jugée (ATF 116 la 14ss; 116 IV 31, 39ss) ou qui laisse planer le doute sur l'innocence d'une personne acquittée (arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme en la cause *Sekanina v. A.*, Série A, vol.266-A), de même que l'interdiction de principe d'imputer des frais de justice en cas d'acquittement ou de classement de la procédure (ATF 116 la 162ss).

L'alinéa 2 est une concrétisation du droit d'être entendu. Il décrit d'abord la prémisses nécessaire pour qu'une personne puisse se défendre de manière efficace (à savoir, être informée en temps utile et de manière détaillée des accusations portées contre elle). Parmi les droits de la défense auxquels renvoie cet alinéa, il y a notamment le droit de préparer convenablement sa défense, celui de l'assurer soi-même, celui de la confier à un défenseur de son choix ou d'obtenir, s'il y a lieu, un défenseur d'office, celui d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge et, dans certaines circonstances, celui de se faire assister gratuitement d'un défenseur.

L'alinéa 3 consacre le droit de toute personne jugée coupable d'une infraction pénale de faire examiner le jugement par une juridiction supérieure. La garantie d'une instance de recours résulte, aujourd'hui déjà, de l'article 2 du Protocole no 7 de la CEDH et de l'article 15, chif. 5, du Pacte II. A la différence de l'article 2 du protocole no 7, l'article 26, al. 3, du projet ne mentionne que l'exception du jugement rendu par la plus haute juridiction. Les deux autres exceptions tolérées par la CEDH (infraction mineure ou condamnation prononcée par une autorité de recours après un acquittement en première instance) sont, si même elles ont jamais eu une portée pratique dans notre ordre juridique, devenues désuètes depuis l'entrée en vigueur du Pacte II: en effet, selon son article 15, chif.5, la garantie d'une instance de recours est absolue; c'est pourquoi la Suisse a dû réserver, lors de la ratification du pacte, les cas où le Tribunal fédéral statue en "première instance" (c'est-à-dire en instance unique).

On pourrait aussi - dans le sens d'une innovation - biffer la seconde phrase de cet alinéa 3 dans le cas où on introduirait une autorité judiciaire fédérale de première instance avant le Tribunal fédéral.

Art. 27 Droit de pétition

L'article 27 du projet correspond à l'article 57 de la Constitution fédérale, qui garantit le droit de pétition.

La première phrase définit le droit de pétition: conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, c'est le droit d'adresser en tout temps aux autorités des requêtes, des propositions, des critiques ou des réclamations dans des affaires de leur compétence, sans avoir à craindre pour cela des désagréments ou des conséquences juridiques préjudiciables de quelque nature que ce soit (ATF 104 la 434, 437).

La seconde phrase précise, comme le fait le Tribunal fédéral, que l'autorité est tenue de prendre connaissance de la pétition - ce qui implique l'obligation de la transmettre, s'il y a lieu, à l'autorité compétente (ATF 98 la 484, 488s.; 119 la 53, 55).

Le droit de pétition appartient à toute personne, physique ou morale, étrangère ou nationale, mineure ou majeure. Elle n'a pas à respecter de forme spécifique pour présenter sa demande.

On pourrait prévoir ici une innovation qui aurait pour but d'étendre le droit de pétition. Le Tribunal fédéral a refusé d'imposer aux autorités - fédérales ou cantonales - l'obligation de traiter matériellement les pétitions et d'y répondre, estimant qu'il appartenait au législateur de prévoir une telle obligation (ATF 119 la 55). Cette jurisprudence est généralement critiquée, notamment dans la doctrine, qui estime que la pétition ne peut remplir réellement sa fonction de communication directe entre l'administré et l'autorité que dans la mesure où celle-ci examine la pétition sur le fond et y répond, montrant ainsi qu'elle attache le sérieux qu'il convient à la demande de l'administré. Dans la pratique, on constate, en général, que les autorités vont plus loin que la simple obligation de prendre connaissance de la pétition. Ainsi les autorités politiques fédérales prévoient, pour les pétitions adressées au Parlement fédéral, l'obligation de traiter matériellement la pétition: voir l'article 45 du Règlement du Conseil national (RS 171.13) et l'article 37 du Règlement du Conseil des Etats (RS 171.14). Il en va de même de la pratique du Conseil fédéral et de l'administration fédérale (JAAC 39. 43 et les citations; 48. 25). Quant aux cantons, la plupart de ceux qui ont révisé récemment leur constitution prescrivent expressément l'obligation de répondre aux pétitions, voire de les examiner sur le fond: art.20 Cst. BE; art.21 Cst. OW; art.60 Cst. GL; art.26 Cst. SO; §10 Cst. BL; §19 Cst. AG; §12 Cst. TG; art.80 Cst. JU.

Art. 28 Liberté de vote

L'article 28 du projet consacre un droit constitutionnel non écrit que le Tribunal fédéral infère, en général, du droit de vote garanti par la Constitution fédérale (ATF 75 I 244, 245; 89 I 442, 443; 90 I 69, 73; 98 la 602, 610; 104 la 215, 223; 106 la 20, 22; 113 la 291, 294; 114 la

427, 432; 117 la 41, 46; 452, 455; 118 la 259, 261; 119 la 271, 272). L'art.25 du Pacte II garantit les droits politiques des citoyens, en particulier, le droit de participer à des élections et à des votations dans un scrutin secret. Lors de la ratification, la Suisse a formulé une réserve en faveur des réglementations cantonales sur les "Landsgemeinden" et les assemblées de commune (RO 1993 750, 797).

Selon le Tribunal fédéral, "le droit de vote en matière politique est un droit constitutionnel garanti par le droit fédéral. Il donne notamment au citoyen le droit d'exiger que le résultat des élections ou des votations ne soit pas reconnu, s'il n'est pas l'expression sûre et véritable de la libre volonté du corps électoral (...). Il confère donc à l'électeur le droit notamment de s'exprimer en pleine liberté, c'est-à-dire non seulement de voter dans le secret et à l'abri de toute influence extérieure, mais aussi de remplir son bulletin d'une manière conforme à sa volonté réelle" (ATF 90 I 69, 73). Ce droit constitutionnel apparaît donc comme la garantie individuelle minimale d'un fonctionnement libre de la démocratie, quel que soit le niveau, fédéral, cantonal ou communal, où ce droit est exercé.

Il résulte de l'abondante jurisprudence du Tribunal fédéral que la liberté de vote implique notamment la garantie du secret du vote (ATF 98 la 602, 610), l'obligation, pour les autorités, de poser "correctement" (sur le fond et en la forme) les questions (ATF 106 la 20, 27) et de respecter, en particulier, le principe de l'unité de la matière (ATF 104 la 215, 223), le devoir d'exactitude des autorités quand elles informent l'électeur sur l'objet d'un vote, l'interdiction absolue qui leur est faite d'intervenir dans les élections (ATF 113 la 291, 296), le devoir de réserve qui leur incombe dans les campagnes référendaires (ATF 114 la 427), l'obligation, pour les particuliers (notamment la presse), de ne pas pratiquer une propagande électorale ou référendaire mensongère (cf. B. Knapp, in Commentaire de la Constitution fédérale, art.5, nos 62ss).

L'alinéa 1 pose la garantie. L'alinéa 2 la concrétise en reprenant les deux termes de la définition du Tribunal fédéral: la libre formation de l'opinion du citoyen et l'expression fidèle et sûre de sa volonté. L'alinéa 3 permet aux cantons de déroger au principe du secret du vote et réserve ainsi, en particulier, le cas de la "Landsgemeinde" et de l'assemblée de commune.

Les règles concernant la compétence en matière de droit de vote cantonal se trouvent à l'article 42 du projet (Exercice du droit de vote); celles portant sur le droit de vote en matière fédérale sont à l'article 115 du projet (Droit de vote).

Art. 29

Réalisation des droits fondamentaux

L'article 29 du projet consacre des principes non écrits du droit constitutionnel.

Les droits fondamentaux sont des droits qui sont reconnus aux particuliers et qui ont une importance fondamentale pour la détermination de leurs rapports avec la société et les pouvoirs publics. Leur fonction est, à la fois, défensive, c'est-à-dire qu'ils servent à limiter l'emprise de l'Etat sur les individus, et positive, c'est-à-dire qu'ils incitent l'Etat à agir ou même

lui en font une obligation. Dans les deux cas, le but recherché est le même: la réalisation effective des droits et libertés.

L'alinéa 1 pose le mandat général de pourvoir à la réalisation effective des droits fondamentaux. Ce mandat signifie que l'Etat doit user de tous les moyens propres à atteindre le but recherché, ce qui implique à la fois l'obligation de s'abstenir d'un comportement susceptible de nuire aux droits fondamentaux et celle d'en adopter un propre à les protéger et à les servir. Relevons que, dans ce dernier cas (fonction positive), le mandat s'adresse d'abord au législateur, car le choix des mesures à prendre est étroitement lié au pouvoir d'appréciation des autorités politiques (voir, par exemple, la réserve observée par le Tribunal fédéral dans son arrêt du 18 janvier 1985, ZBI 1985, p.492, 496).

L'alinéa 2 indique quels sont les destinataires, ou débiteurs, des droits fondamentaux, c'est-à-dire ceux qui doivent les respecter et les réaliser, soit en s'abstenant d'un comportement, soit en adoptant un comportement propre à les protéger et à les servir: ce sont les autorités de toutes les collectivités publiques (Confédération, cantons, communes) et toutes les personnes qui assument une tâche de l'Etat. En revanche, les personnes privées agissant comme particuliers à l'égard d'autres particuliers ne sont pas tenues de respecter de la même manière les droits fondamentaux (problème des effets horizontaux directs). En principe, les rapports entre les particuliers sont réglés par le droit privé (Code civil, Code des obligations, loi sur les cartels, loi sur la concurrence déloyale, etc.) et les atteintes les plus graves sont réprimées par le droit pénal (atteinte à la vie, à l'intégrité, à l'honneur, à la propriété, etc.). Dans tous ces cas, le particulier ne peut se fonder directement sur la Constitution pour se défendre contre un autre particulier; il doit invoquer les lois qui mettent en oeuvre les droits fondamentaux (voir l'alinéa 1) ou qui les protègent, en restreignant, en particulier, les droits fondamentaux concurrents d'autrui (art. 30, al. 1, du projet). Ce n'est qu'exceptionnellement, c'est-à-dire là où la Constitution le permet, qu'une disposition peut s'appliquer directement aux rapports entre les particuliers. L'exemple le plus connu est la règle sur l'égalité des salaires entre hommes et femmes (art.4, al.2, 3ème phrase, Cst.féd./ art. 7, al. 3, du projet).

Art. 30

Restrictions des droits fondamentaux

L'article 30 du projet consacre des règles non écrites du droit constitutionnel.

La Constitution garantit des droits fondamentaux. Or, pour des raisons évidentes, il est admis que ces droits ne peuvent être garantis de manière absolue et qu'ils peuvent - ou doivent même - être restreints. Mais, pour ne pas vider les droits fondamentaux de toute substance, il est nécessaire de limiter, à son tour, ce pouvoir de les restreindre, et le droit constitutionnel a défini à cet effet un régime des restrictions. Ainsi, pour être licite, une restriction doit avoir une base légale, être justifiée par la protection d'un intérêt public ou d'un droit fondamental - concurrent - d'autrui, être proportionnée et ne pas porter atteinte à l'essence même du droit fondamental concerné (ATF 109 la 244, 247; 115 la 247; 118 la 73; 436; 119 la 353; 478). Plutôt que d'énoncer ce régime général des res-

trictions à propos de chacun des droits fondamentaux garantis dans le projet - ce qui est notamment le système de la Convention européenne des droits de l'homme et des Pactes -, il a paru préférable de lui consacrer une disposition spécifique. Il n'en demeure pas moins que les restrictions peuvent varier d'un droit à l'autre: ce qui est interdit pour certains d'entre eux (par exemple, l'instauration d'un régime d'autorisation préalable en matière de liberté d'opinion et d'information ou de liberté d'association) est possible pour d'autres (par exemple, en matière de liberté de réunion). Dans ces cas quelque peu spéciaux, le texte constitutionnel mentionne expressément les restrictions particulières (voir, par exemple, les art.12, al.4, 13 en relation avec l'art.68, al.2, 16, al.3, 20, al.2, 21, al.3, 22, al.2, 2ème phrase, du projet).

L'alinéa 1 énumère les trois premières conditions qu'une restriction doit remplir pour être licite. Il faut d'abord que la restriction soit fondée sur une base légale, c'est-à-dire sur une règle de droit générale et abstraite; celle-ci peut être contenue dans une loi formelle ou dans une ordonnance, prise en vertu d'une délégation législative (voir aussi les commentaires ad art.4, al.1, et 141, al.2, du projet). La restriction doit ensuite être justifiée par la protection d'un intérêt public ou d'un droit fondamental d'autrui; la notion d'intérêt public, qui peut varier dans le temps et dans l'espace, recouvre une série de valeurs dites "policières" (ordre, sécurité, santé, moralité, tranquillité publics, etc.) ou de valeurs sociales, culturelles, historiques, scientifiques, etc. (voir aussi le commentaire ad art.4, al.2, du projet). Quant à la protection des droits fondamentaux d'autrui, cette notion exprime l'idée classique que la liberté de l'un finit là où commence la liberté de l'autre; il appartient au législateur de tracer la frontière respective de l'exercice individuel des libertés concurrentes: le législateur civil ou pénal limite, par exemple, la liberté d'expression au nom de la protection de la personnalité. C'est là une autre manière de formuler l'idée des effets horizontaux des droits fondamentaux (voir aussi le commentaire ad art.29, al.2, du projet). Il faut enfin que la restriction soit proportionnée au but visé, c'est-à-dire qu'elle soit adéquate, indispensable et dans un rapport raisonnable avec le but qu'il s'agit d'atteindre (voir aussi le commentaire ad art.4, al.2, du projet).

L'alinéa 2 précise que les exigences en matière de base légale sont d'autant plus élevées que l'atteinte portée à un droit fondamental est grave: celle-ci doit alors nécessairement figurer dans une loi formelle et le législateur n'a pas la liberté de déléguer son pouvoir législatif (voir aussi le commentaire ad art.4, al.1, et 141, al.2, du projet). La 2ème phrase de l'alinéa 2 réserve la clause générale de police, laquelle constitue, en cas de danger sérieux, direct et imminent, la base nécessaire pour poser une restriction; relevons que les autres conditions auxquelles peut être restreint un droit fondamental (protection d'un intérêt public ou d'un droit fondamental d'autrui, proportionnalité, respect de l'essence même du droit fondamental concerné) doivent, même en cas de danger sérieux, direct et imminent, être respectées.

L'alinéa 3 prévoit qu'un droit fondamental ne peut être restreint dans une mesure qui porte atteinte à son essence même. L'essence d'un droit fondamental, notion appelée parfois noyau intangible ("Kerngehalt"), est la partie du droit qui ne tolère aucune atteinte: par exemple, la dignité hu-

maine et le droit à la vie forment, selon le Tribunal fédéral, le noyau intangible de la liberté personnelle (ATF 109 la 244, 247; 273, 289-290). L'énoncé des différents droits individuels garantis dans le projet n'indique, en général, pas ce qui en constitue le noyau intangible, laissant cette tâche à la jurisprudence (voir cependant l'art.9, al.1, 2ème phrase, et al.2, 2ème phrase; art.13, al.4, 2ème membre de la phrase; art.19, al.2, 2ème phrase). Ce système a l'avantage d'être ouvert et de s'adapter aux problèmes et aux circonstances nouvelles.

Il n'a pas paru nécessaire de réserver un alinéa spécifique au problème des restrictions particulières opposables à certaines catégories de personnes (mineurs, étrangers, fonctionnaires, militaires, détenus, etc.), ce problème pouvant être abordé sous l'angle de l'intérêt public et de la proportionnalité. Ainsi, par exemple, les droits fondamentaux des personnes mineures ne peuvent être restreints, de surcroît, que dans la mesure où elles n'ont pas encore la capacité de discernement; ou encore, les droits fondamentaux des personnes liées à l'Etat par un rapport de droit spécial ne peuvent être restreints, de surcroît, que dans la mesure où l'exige l'intérêt public particulier qui a justifié l'établissement de ce rapport (ATF 101 la 175, 181; arrêt du Tribunal fédéral du 22 décembre 1983, ZBI 1984, 308, 311).

Chapitre 2: Buts sociaux

Art. 31

L'article 31 du projet constitue formellement une innovation par rapport à la Constitution fédérale actuelle, qui ne mentionne pas, comme tels, de buts sociaux. Ceux-ci sont cependant déjà concrétisés pour l'essentiel, sous forme de normes attributives de compétences ou de mandats législatifs, dans les articles 24novies, 27, alinéa 2, 31quinquies alinéa 1, 34 à 34novies et 69 de la Constitution fédérale. Par ailleurs, la Suisse s'est engagée, par la ratification du Pacte I, à reconnaître et garantir progressivement les droits au travail, à la sécurité et à l'assistance sociales, à la santé et à la formation. Cependant, aux termes du Pacte I, ces droits ne sont, en principe, pas directement applicables, mais ils peuvent acquérir parfois certains contenus directement applicables (voir, sur l'ensemble de ce problème à propos du droit à la formation, ATF 120 la 1, 10 ss); en outre, le Pacte I n'infère pas de solution quant aux modalités de la reconnaissance de ces droits, pas plus qu'en ce qui concerne la répartition des compétences dans l'ordre juridique interne.

L'article 31 du projet représente à cet égard une des solutions possibles, qui consiste à reconnaître des buts sociaux à côté des droits fondamentaux (traditionnels), tout en les distinguant cependant soigneusement de ces derniers. La formulation de l'article 31 du projet indique que la Confédération et les cantons prennent, chacun dans leur domaine de compétences, les mesures propres à réaliser ces objectifs (phrase introductive de l'alinéa 1). Elle précise aussi que ces buts seront réalisés en complément de l'initiative et de la responsabilité privées et dans le cadre des moyens disponibles. Elle marque clairement que les buts en question ne fondent pas des prétentions que les individus pourraient invoquer directement en justice, mais qu'ils constituent des injonctions à l'adresse du

législateur, fédéral ou cantonal, selon les cas. De telles prétentions ne peuvent naître que par la concrétisation législative des buts sociaux mentionnés dans la Constitution (alinéa 2).

Enfin, l'article 31 du projet ne tranche pas la question de la répartition des compétences entre les cantons et la Confédération s'agissant de la concrétisation des objectifs qu'il assigne. Cette question est réglée dans le Titre 3 du projet (spécialement dans la section 7 du chapitre 2, art. 88 et ss), où sont prévues les compétences et les tâches respectives de la Confédération et des cantons.

Rappelons enfin que les constitutions cantonales les plus récentes contiennent une disposition comparable (par exemple, Berne et Appenzell Rhodes-Extérieures).

Titre 3: Confédération et cantons

Chapitre premier: Rapports entre la Confédération et les cantons

Section 1: Statut des cantons

Art. 32 Tâches

L'article 32 du projet reprend une partie du contenu de l'article 3 Cst., ainsi que le principe de la fidélité confédérale (Bundestreue) en tant que droit constitutionnel non écrit.

L'article 3 Cst., qui prévoit que les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale, est repris tel quel à l'article 3 du projet et à l'article 32 du projet, dans ce dernier sous la forme d'une disposition comportant deux parties: le 1er alinéa prévoit la compétence subsidiaire des cantons dans tous les domaines qui n'ont pas été attribués à la Confédération et le 3e alinéa fixe le principe selon lequel les cantons mettent en oeuvre le droit fédéral sous la surveillance de la Confédération. Ces deux aspects partiels réunis, soit l'accomplissement subsidiaire des tâches et le fédéralisme d'exécution, confèrent aux cantons leur caractère d'Etats et expliquent la notion, aujourd'hui quelque peu inappropriée dans un Etat fédéral, de souveraineté. De la norme-programme de l'article 3 Cst., l'article 32 du projet ne reprend que les éléments relatifs à la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons. Combiné avec l'article 3 du projet, qui renforce le caractère étatique propre des cantons, l'article 32 du projet consacre le fédéralisme, considéré comme un principe politique concret, aménagé sous une forme moderne et au sens du principe de subsidiarité, comme la structure fondamentale de l'Etat. Dès lors, il suffit de fixer dans la Constitution fédérale les seules compétences relevant de la Confédération; les cantons demeurent automatiquement compétents dans tous les autres domaines et ils sont appelés de surcroît dans la plupart des cas à compléter l'activité de la Confédération (cf. à l'inverse: l'art. 51 du projet 1977, qui confie aux cantons la responsabilité principale dans divers domaines; voir cependant l'art. 52, 1er al., du projet 1977). Cette disposition ne va toutefois pas jusqu'à fonder une présomption générale en faveur de la compétence des cantons en cas de doute; dans cette éventualité, les compétences attribuées à la Confédération doivent plutôt

être interprétées dans l'esprit de la Constitution fédérale. Si de nouvelles tâches doivent être attribuées à la Confédération, il appartient au constituant de décider de l'étendue (matérielle) de la compétence à attribuer et des conséquences juridiques qui en découlent pour le droit cantonal. La compétence de la Confédération, comme celle des cantons, implique toujours à la fois le droit et l'obligation d'accomplir une certaine tâche.

Le 2e alinéa définit la position des cantons en tant que membres de l'Etat fédéral et les associe à la formation de la volonté fédérale. Cette disposition a notamment trait au droit d'être consulté, à la majorité des cantons nécessaire pour modifier la Constitution fédérale, ainsi qu'à l'institution du Conseil des Etats.

Le 3e alinéa fixe le principe selon lequel les cantons mettent en oeuvre le droit fédéral. Il est vrai que ce dernier peut en décider autrement, auquel cas cette compétence d'exécution n'a plus qu'un caractère subsidiaire. Néanmoins, on peut admettre que, même dans ces cas, les cantons participent de manière substantielle à la définition de la mise en oeuvre en veillant à ce que celle-ci soit adaptée aux circonstances et aux particularités culturelles. La Confédération ne peut toutefois leur déléguer tout ou partie de sa tâche. Il incombe à la Confédération d'exercer la surveillance de l'exécution par les cantons et de faire examiner par ses organes judiciaires les erreurs commises dans l'application du droit fédéral, étant admis que cette vérification comporte en règle générale un pouvoir d'appréciation et ne se réduit pas à une simple surveillance sur les Etats-membres. Ces principes s'appliquent également - par le biais de la réserve d'approbation - en cas de délégation de compétences législatives aux cantons. A l'inverse, les cantons ne sont en principe pas admis à déléguer leurs propres tâches à la Confédération (cf. le comm. de l'art. 34 du projet).

Le 4e alinéa fonde l'obligation réciproque pour la Confédération et les cantons de se prêter mutuellement assistance et de collaborer dans l'accomplissement de leurs tâches. Le principe de la fidélité confédérale trouve son fondement dans le principe de la bonne foi (et dans l'interdiction de l'abus de droit) ainsi que dans un principe général de confiance. Il vise à l'intégration politique de l'Etat fédéral. Le fédéralisme en tant que norme fondamentale implique un devoir de considération mutuelle, l'obligation de respecter les sphères de compétences respectives et de se comporter loyalement dans les situations exceptionnelles, un devoir général de collaboration, ainsi qu'un devoir d'assistance positive, mais en situation de crise (seulement) et à condition que ce soutien soit possible sans dépenses financières excessives ni autres charges trop importantes pour celui qui l'apporte.

Art. 33

Indépendance

L'article 33 du projet reprend des éléments de l'article 3 Cst. et de l'autonomie communale en tant que droit constitutionnel non écrit.

Le 1er alinéa garantit formellement l'indépendance (autonomie) des cantons. Les cantons disposent d'une substantielle autonomie en matière de

détermination et d'accomplissement de leurs tâches propres, de finances et d'organisation de la communauté politique, ce qui représente en définitive une part essentielle de leurs compétences étatiques originaires. Même si la Confédération peut, en principe, définir librement ses compétences, dans les formes requises pour la formation de la volonté fédérale, il ressort clairement de ce 1er alinéa que tout empiétement de sa part dans le noyau de l'autonomie des cantons violerait la Constitution. Cette disposition garantit ainsi le maintien d'un fédéralisme substantiel.

Le 2e alinéa prévoit que la Confédération protège l'autonomie des collectivités territoriales - il s'agit le plus souvent des communes - dans les limites fixées par le droit cantonal (garantie de l'autonomie communale).

L'article 40 du projet 1977 et l'article 47 du projet DFJP (tous deux aux 1er et 2e al.) mentionnaient expressément l'autonomie des cantons en matière d'organisation et de détermination des tâches.

A titre d'innovation, on pourrait éventuellement protéger l'autonomie des communes non seulement dans les limites du droit cantonal, mais prévoir une notion substantielle de ce principe dans le cadre du droit fédéral.

Art. 34

Collaboration

L'article 34 du projet représente une mise à jour de l'article 7 Cst. ainsi que du droit constitutionnel non écrit.

L'article 34 du projet autorise de manière générale les cantons à conclure entre eux des accords et des conventions sur des objet susceptibles de concerner les trois pouvoirs: législatif, exécutif et administratif, judiciaire. Il va de soi que l'on peut aussi au moyen de tels instruments instituer des organes communs (1er al.). Par analogie avec le principe applicable en droit international, les conventions passées entre les cantons priment le droit cantonal. Le droit fédéral en revanche prévaut également sur les concordats.

Le 2e alinéa énonce les limites à la compétence des cantons de conclure des conventions. Il s'agit premièrement du régime des compétences tel qu'il ressort de la Constitution fédérale; deuxièmement, des intérêts de la Confédération au sens large, en particulier du maintien du contrôle démocratique par les parlements cantonaux; et, troisièmement, des droits des autres cantons. L'adhésion à une convention est bien entendu laissée à l'appréciation des cantons; une déclaration de portée générale de la Confédération visant à lier les cantons serait en contradiction notoire avec la nature juridique des concordats; elle n'est d'ailleurs pas prévue. La Confédération pour sa part ne saurait être partie à de telles conventions que si elle est au bénéfice d'une compétence parallèle. Les cantons ne peuvent en principe conclure des conventions qui contiennent des règles de droit; dans de tels cas, on procédera par la voie de la législation fédérale.

La réserve d'approbation prévue au 3e alinéa doit permettre de vérifier que les limites posées par le droit fédéral sont respectées et d'harmoniser le droit concordataire; cet article n'a toutefois qu'une portée déclaratoire. Pour que la Confédération puisse empêcher l'application de conventions qui contreviendraient au droit fédéral ou léseraient les intérêts de la Confédération ou les droits d'autres cantons (art. 34, 2e al., du projet), il faut

draît que toutes les conventions soient portées à sa connaissance. Or, aujourd'hui déjà, la pratique est nettement en retrait par rapport à la prescription de l'article 7, 2^e alinéa, 2^e partie de la 1^{ère} phrase, Cst.; limiter les réserves d'approbation aux conventions qui contiennent des règles de droit ne correspondrait toutefois pas au droit actuel.

L'article 7, 1^{er} alinéa, Cst. est obsolète dans la mesure où il concerne l'interdiction d'alliances particulières, ces dernières étant impensables à l'heure actuelle. Par ailleurs, les traités de nature politique entre cantons dérogeraient au principe de la fidélité confédérale.

Art. 35

Respect du droit fédéral

L'article 35 du projet reprend certains aspects des articles 3 et 14 Cst., ainsi que de l'article 2 des dispositions transitoires.

L'article 35, 1^{er} alinéa, du projet règle les conflits de normes au sein de l'Etat fédéral en posant le principe que le droit fédéral prévaut sur le droit cantonal qui lui est contraire. Ce principe est implicitement contenu dans la norme-programme de l'article 3 Cst., bien que la doctrine le rattache à l'article 2 des dispositions transitoires. La force dérogatoire du droit fédéral doit être respectée d'office par toutes les autorités; elle est un droit constitutionnel et peut être invoquée dans toutes les procédures, subsidiairement par la voie du recours de droit public au Tribunal fédéral. La dérogation entraîne l'invalidation avec effet direct et immédiat de tous les actes juridiques, en d'autres termes il provoque la nullité de l'acte en cause et non seulement sa suspension.

Le 2^e alinéa consacre la haute surveillance de la Confédération sur l'exécution du droit fédéral par les cantons (cf. art. 32, 3^e al., du projet). Pour assurer cette exécution, la Confédération peut, aux termes du 2^e alinéa, 2^e partie de la phrase, prendre si nécessaire tous les moyens appropriés: elle peut édicter des directives, prescrire l'établissement de rapports, soumettre réserver l'approbation, introduire une action devant le Tribunal fédéral, ordonner une exécution par substitution, envoyer des commissaires et, en ultime recours, intervenir militairement. Ces mesures ne sont pas mentionnées dans le projet en raison de leur nombre et de la diversité des besoins.

L'article 14 Cst. enjoint aux cantons de renoncer à toute voie de fait pour imposer leurs droits (ou à titre de rétorsion) vis-à-vis d'autres cantons et il renvoie à la procédure de décision de la Confédération, ainsi qu'aux voies de droit. Cette obligation ressortit à l'évidence au principe de la fidélité confédérale visé par l'article 32 du projet. La norme de l'article 2 des dispositions transitoires selon laquelle les dispositions des lois fédérales, des concordats et des constitutions ou des lois cantonales contraires à la présente Constitution cessent d'être en vigueur par le fait de l'adoption de celle-ci devra être reprise dans une disposition transitoire analogue de la nouvelle Constitution. Dans l'hypothèse où le projet se bornerait à la seule mise à jour du droit constitutionnel en vigueur et ne contiendrait aucune réforme, on pourrait aussi renoncer le cas échéant à une disposition de ce genre, puisqu'aucun conflit de normes ne serait possible.

Art. 36 Entraide administrative et entraide judiciaire

L'article 36 du projet met à jour les articles 61 et 67 Cst. et codifie le droit coutumier relatif à la compétence générale de la Confédération dans les domaines du droit civil et du droit pénal.

La reconnaissance des jugements civils étendue à toute la Suisse correspond à la garantie du for du domicile de l'article 59 Cst. Le bénéfice du for du domicile ne peut être assuré que par la reconnaissance dans l'ensemble de la Confédération des jugements civils passés en force. Le champ d'application de l'article 36 du projet est certes fort restreint par la LP qui règle de manière exclusive et en tant que *lex specialis* l'exécution des jugements civils par le paiement d'une somme d'argent (art. 81, 1er et 2e al., LP), mais cet article conserve néanmoins son importance pour la protection constitutionnelle des créanciers. La reconnaissance des jugements civils est assortie toutefois de certaines limites. Ainsi, le jugement civil en cause doit être reconnu par un tribunal compétent quant à la forme et quant au fond, il doit formellement avoir force de chose jugée, il doit être ce que l'on appelle un jugement final et il ne doit pas porter atteinte aux droits d'autres cantons ou léser l'une des règles procédurales découlant de l'article 4 Cst. (en particulier le droit d'être entendu). En outre, cette disposition règle l'entraide judiciaire entre les cantons et comprend l'assistance en matière d'enquêtes (assistance judiciaire au sens strict du terme) et en matière d'exécution de décisions administratives et judiciaires entrées en force; l'entraide judiciaire des cantons par rapport à la Confédération est réglée par la même disposition. Fondamentalement et dans son ensemble, cette disposition ne porte pas atteinte à la compétence cantonale en matière de procédure civile: elle veut simplement être une règle de conflit de droit fédéral. La 2e phrase précise que les jugements civils ayant force de chose jugée sont sans autre exécutoires dans toute la Suisse et élève en même temps la réglementation de l'article 81, 1er et 2e alinéas, LP au rang de norme constitutionnelle.

Le devoir d'extradition de l'article 67 Cst., y compris ses restrictions formulées dans la 2e partie de la phrase, est devenu obsolète car l'article 352 CP règle ce problème dans le cadre des affaires pénales, auxquelles le Code pénal ou une autre loi fédérale est applicable. Par ailleurs, la 2e partie de la phrase de la disposition constitutionnelle en vigueur est concrétisée par le 2e alinéa de l'article 352 CP; depuis 1942, cette dernière disposition n'a été appliquée qu'une seule fois et est ainsi considérée comme anachronique. Le groupe de travail pour la révision du troisième livre du Code pénal est en outre arrivé à la conclusion que l'article 67 Cst. et les dispositions d'application prévues aux 2e et 3e alinéas de l'article 352 CP doivent être abrogés.

Si, dans le cadre de la réforme de la justice, la Confédération devait se voir attribuer la compétence d'unifier le droit cantonal de procédure en matière civile et pénale, l'article 36 du projet devrait de toute manière être biffé, ou à tout le moins être considéré comme du droit transitoire jusqu'à ce que la Confédération ait achevé cette unification.

Art. 37 **Ordre constitutionnel et territoire**

L'article 37 du projet met à jour les articles 5 et 16 Cst.

Les objets de la garantie de l'article 37 du projet sont le territoire au sens géographique du terme (cf. l'exposé des motifs de l'art. 38 du projet), l'application territoriale du droit cantonal (souveraineté dans le sens de puissance publique), ainsi que, au premier chef, la liberté et les droits du peuple tels que fixés dans les constitutions cantonales. Le but de la disposition constitutionnelle est de faire face aux exigences formulées par l'article 6 Cst. (art. 38 du projet), c'est-à-dire de protéger vis-à-vis de l'Etat les droits individuels prévus dans le droit cantonal.

Le but de l'intervention de la Confédération, réglé au *2e alinéa*, est de rétablir l'ordre public dans un canton, lorsque celui-ci est troublé. Il s'agit en premier lieu de remplacer les organes gouvernementaux défaillants par les autorités fédérales, la plupart du temps par un commissaire civil, doté de pleins pouvoirs et dûment mandaté, chargé de diriger les affaires exécutives cantonales au nom de la Confédération. En revanche, l'engagement de forces policières ou militaires de maintien de l'ordre n'est que subsidiaire. Il ressort de la doctrine et de la jurisprudence que, de son propre chef, la Confédération est légitimement habilitée à intervenir, à condition que l'ordre intérieur d'un canton soit perturbé ou directement menacé de troubles (cf. déjà FF 1889 1 659), raison pour laquelle on renonce à la possibilité pour le canton menacé de requérir le secours d'autres cantons, en avertissant immédiatement le Conseil fédéral; cette possibilité pourrait en effet susciter des malentendus. Dans le cas d'une telle intervention, point n'est besoin de citer expressément le respect des droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale ainsi que des droits individuels de la constitution cantonale garantie par la Confédération, qui doivent certes être sauvegardés au maximum (art. 16, 3e al., Cst.); les respect de ces droits est considéré comme découlant de l'art. 38 du projet ainsi que des droits fondamentaux.

Le 2e alinéa, 1ère phrase, de l'article 37 du projet (conditions de l'intervention fédérale) prend pour modèle le 1er alinéa de l'article 16 Cst.

A titre d'innovation, le 2e alinéa, 2e phrase (répartition des coûts), pourrait être adapté à la pratique de l'Assemblée fédérale et mettre en principe les frais d'intervention à la charge de la Confédération, à moins que l'Assemblée fédérale n'en décide autrement. Quoi qu'il en soit, on pourrait envisager de ne pas reprendre la réglementation actuelle de la répartition des coûts en cas d'intervention de la Confédération (art. 16, 4e al., Cst.); la décision en matière de répartition des coûts pourrait être laissée à l'appréciation de l'Assemblée fédérale de cas en cas.

Art. 38 **Constitutions cantonales**

L'article 38 du projet correspond à l'article 6 Cst.

Le *1er alinéa* pose les conditions matérielles que doivent remplir les constitutions cantonales pour obtenir la garantie fédérale. Ces constitutions satisfont aux exigences des principes démocratiques lorsqu'elles prévoient un parlement élu et - au moins dans une certaine mesure - le principe de la

séparation des pouvoirs (cf. FF 1995 I 965 avec indications bibliographiques). En outre, les constitutions et leurs revisions doivent être soumises au vote populaire obligatoire et, en tout temps, une initiative visant à la modification de la constitution doit pouvoir être déposée.

Le 2e alinéa oblige les cantons à requérir la garantie de la Confédération pour leurs constitutions. Cette garantie n'a qu'une valeur déclarative et c'est pourquoi les constitutions peuvent déjà être mises en vigueur avant que la garantie leur ait été octroyée. En cas de refus de la garantie, la décision a un effet *ex tunc*. Un éventuel octroi de la garantie signifie simplement que les conditions en sont remplies à ce moment-là. A relever aussi que la décision de garantir une constitution cantonale ne lie pas plus le Tribunal fédéral que d'autres autorités. Cette décision peut également être assortie de réserves. Ces réserves signifient que la règle constitutionnelle cantonale n'a qu'une marge d'application restreinte face au droit fédéral ou alors qu'une modification de la Constitution fédérale est nécessaire pour que le but de la règle cantonale puisse être réalisé.

Selon le 2e alinéa, les constitutions cantonales ne doivent rien contenir de contraire au droit fédéral. Le droit fédéral comprend également l'ensemble du droit international public valable pour la Suisse. Le contrôle de la compatibilité avec le droit fédéral se limite à un contrôle juridique. La garantie est accordée lorsque l'on peut imaginer ne fût-ce qu'un cas d'application pratique qui ne viole pas le droit fédéral; elle est refusée lorsque la règle constitutionnelle cantonale en cause ne se prête à aucune interprétation conforme au droit fédéral.

Dans le sens d'une variante rédactionnelle, le 2e alinéa pourrait être formulé ainsi: "La Confédération garantit les constitutions des cantons".

Art. 39

Modification du nombre et du territoire des cantons

L'article 39 du projet codifie les règles de droit constitutionnel essentiellement non écrites, qui se rapportent aux articles 1er et 5 Cst.

L'article 1er Cst. (garantie du nombre) garantit d'une part l'appartenance des cantons énumérés à la Confédération et d'autre part le nombre des cantons et, par conséquent, l'équilibre (culturel et politique) réalisé de par la structure fédéraliste de la Confédération. L'article 5 Cst. garantit aux cantons notamment leur territoire et leur impose le respect mutuel de leur intégrité territoriale (cf. le refus de garantie de l'article 138 de la Constitution cantonale jurassienne relatif à la réunification, FF 1977 II 268 ss; III 266). La création ou la suppression de cantons postule impérativement une modification de la Constitution (FF 1947 III 301; 1970 II 563; 1979 III 1132 s.), il y faut donc une approbation du peuple et des cantons, ce qui n'a d'ailleurs pas été contesté dans le cadre de procédures de revision passées (cf. les initiatives cantonales de Berne et Neuchâtel, BO (N) 1980 55 ss; 791ss, ainsi que le message du Conseil fédéral du 27 janvier 1993, FF 1993 I 971 ss). A l'article 1er du projet, la renonciation à la notion de "demi-cantons" permet de les revaloriser sous la réserve des articles 120, alinéa 4, et 128, alinéa 2. Les modifications territoriales doivent en premier lieu être distinguées des simples corrections de frontières, qui doivent rester possibles par une simple convention passée par les cantons en

cause (art. 7, 2e al., en relation avec les art. 102, chif. 7, et 85, chif. 5, Cst.). L'article 39 du projet propose de codifier le droit constitutionnel non-écrit et d'exiger, lors de modifications du territoire des cantons, l'approbation des populations concernées, ainsi que celle des cantons en cause, avec finalement la ratification du peuple suisse et des cantons.

La *variante* distingue entre les modifications du nombre et celles du territoire des cantons. Pour ces dernières, on prévoit seulement l'approbation de l'Assemblée fédérale (sous réserve d'un référendum facultatif), tandis que, pour un changement du nombre des cantons, l'approbation, en plus, du peuple et des cantons reste requise. Mais, dans les deux cas, il faut toujours le consentement des populations et des cantons concernés. La motion Gross du 17 mars 1993 (93.3132) demandait que l'on fasse abstraction de l'approbation du peuple et des cantons lorsque des communes isolées veulent changer de canton; la motion Bonny du 16 juin 1993 (93.3318; auparavant déjà 90.949) demandait une majorité qualifiée des 2/3 des populations concernées lors de modifications territoriales, pour empêcher des majorités de hasard. Le Conseil fédéral a promis de traiter ces deux motions dans le cadre de la révision totale de la Constitution fédérale.

Art. 40

Droit de cité et nationalité

L'article 40 du projet correspond aux articles 43, 1er et 4e alinéas, 44, 3e alinéa, 46, 1er alinéa, 47 et 60 Cst.

Le 1er alinéa prévoit que tout ressortissant suisse a la nationalité suisse et au moins un droit de cité cantonal et un droit de cité communal. Il n'est dès lors pas possible de ne posséder qu'un ou deux de ces droits de cité (art. 43, 1er al., Cst.). La teneur des droits et devoirs qui sont liés aux droits de cité ne découle pas, sous réserve du 2e alinéa, de cette norme constitutionnelle, mais bien de la réglementation des domaines correspondants (p. ex. exercice des droits politiques, obligation de servir, liberté d'établissement, etc.).

Le 2e alinéa interdit aux cantons et aux communes de traiter différemment leurs propres citoyens des citoyens d'autres cantons et communes ou les personnes naturalisées établis chez eux (art. 43, 4e al., 44, 3e al., et 60 Cst.). Cela signifie par exemple que les cantons et communes ne peuvent utiliser le droit de cité cantonal ou communal comme critère pour traiter différemment des personnes ayant la nationalité suisse, lorsque celles-ci ont leur domicile dans leur canton ou dans leur commune. Une exception à cette obligation absolue d'égalité de traitement n'est possible que lorsqu'il s'agit du droit de vote dans les bourgeoisies et les corporations ou d'une participation aux biens de telles collectivités.

L'article 46, 1er alinéa, Cst. est obsolète dans la mesure où on a de la peine à imaginer qu'il puisse trouver quelque application depuis l'unification du droit civil en Suisse.

L'article 47 Cst. est également obsolète. En effet, la Confédération ne s'est jamais conformée au mandat législatif qui lui était imparti depuis 1874, ce qui démontre bien qu'il n'existe aucun besoin de dispositions à ce sujet.

La sanction par le Conseil fédéral des lois cantonales sur l'établissement prévue par l'article 43, 6e alinéa, Cst. a beaucoup perdu de son importance depuis la révision, en 1975, de l'article 45 Cst. On peut ainsi renoncer à mentionner cette sanction dans la Constitution. De plus, le projet prévoit à l'article 160 une réglementation générale concernant le devoir de soumettre à l'approbation.

Art. 41 Acquisition et perte de la nationalité

L'article 41 du projet correspond aux articles 44 et 68 Cst.

Selon le *1er alinéa*, qui correspond littéralement à l'article 44, 1er alinéa, Cst., il incombe à la Confédération de régler l'acquisition et la perte des droits de cité par filiation, mariage ou adoption de même que la perte de la nationalité suisse et la réintégration dans celle-ci. La Confédération réglemente donc de manière globale et exclusive les conséquences en matière de nationalité de ces événements familiaux. Ces conséquences ne s'étendent pas uniquement à la nationalité suisse mais également aux droits de cité cantonal et communal.

Le *2e alinéa* traite de la naturalisation. La Constitution reconnaît que la qualité de ressortissant suisse peut être acquise autrement que par un événement familial. En matière de naturalisation, deux tâches sont dévolues à la Confédération. Elle doit tout d'abord édicter des dispositions minimales destinées à garantir un minimum d'égalité de traitement, tout en laissant cependant aux cantons des compétences législatives plus étendues. Selon le texte constitutionnel, la Confédération est compétente pour octroyer l'autorisation de naturalisation. C'est seulement lorsque cette autorisation fédérale intervient que le canton et la commune peuvent accéder à la demande de naturalisation ou la refuser. Les conditions pour une autorisation de naturalisation par la Confédération sont énoncées dans la législation fédérale. Les cantons et les communes peuvent encore fixer d'autres conditions et notamment exiger le paiement d'émoluments dont ils fixent eux-mêmes le montant.

La disposition constitutionnelle donne aussi compétence à la Confédération de prévoir une naturalisation facilitée, quand existe un élément de rattachement familial tel que mentionné au 1er alinéa.

L'octroi du droit de cité aux personnes sans nationalité (Heimatlose) est un problème de droit transitoire, si bien que l'article 68 Cst. est devenu obsolète. Pour empêcher de nouveaux cas, la compétence fédérale prévue au présent article suffit.

Art. 42 Exercice du droit de vote

L'article 42 du projet correspond aux articles 43, 2e, 3e, 5e et 6e alinéas, ainsi qu'à l'article 74, 4e alinéa, Cst.

Le *1er alinéa* prévoit qu'en principe le droit de vote s'exerce au lieu de domicile à tous les échelons de l'Etat. On veut aussi dire par là que les droits politiques sur les plans fédéral, cantonal et communal ne peuvent pas être exercés dans plus d'un canton (art. 43, 3e al., Cst.). Le projet

renonce à mentionner expressément quelque chose qui va de soi. C'est seulement dans des cas exceptionnels que des exceptions au principe du vote au lieu de domicile peuvent être prévues au niveau législatif.

Le 2^e alinéa prévoit que la Confédération règle le droit de vote au niveau fédéral. En revanche, aux niveaux cantonal et communal, ce sont les cantons qui sont compétents (conformément à l'art. 74, 5^e al., Cst.). Dans le Titre 2 (Droits fondamentaux et buts sociaux), les aspects fondamentaux du droit de vote sont formulés dans un article séparé sur la liberté de vote.

Le 3^e alinéa garantit d'une part implicitement l'égalité de traitement des citoyens suisses établis en matière de droits politiques (droit de vote) et permet d'autre part expressément aux cantons de fixer un délai d'attente de trois mois au plus aux personnes nouvellement établies provenant d'un autre canton pour pouvoir exercer leur droit de vote aux niveaux cantonal et communal.

L'article 43, 6^e alinéa, Cst. soumet à l'approbation de la Confédération les lois cantonales sur l'établissement et sur les droits électoraux que possèdent en matière communale les citoyens établis. Cette approbation a un effet constitutif (cf. art. 7a, 1^{er} al., LOA, RS 172.010); autre opinion: Grisel, *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 43, no 76). Le 3^e alinéa de la disposition du projet prévoit également une obligation de soumettre à l'approbation. On pourrait toutefois envisager de ramener au niveau de la loi cette obligation (voir la réglementation générale relative à l'obligation d'approbation prévue à l'art. 160 du projet).

Art. 43 Statut des Suisses de l'étranger

L'article 43 du projet correspond à l'article 45bis Cst. féd.

La norme constitutionnelle vise à renforcer autant que possible les liens qui unissent les Suisses de l'étranger entre eux et avec la Suisse. Elle donne un mandat d'encouragement et un mandat législatif aux termes duquel la Confédération doit édicter des dispositions sur l'exercice des droits politiques, l'accomplissement des obligations militaires ainsi qu'en matière d'assistance.

Quant au champ d'application personnel, l'article 43 du projet vise exclusivement les Suisses de l'étranger. Il s'agit de personnes qui possèdent la nationalité suisse selon la loi sur la nationalité (RS 141.0) mais qui ont leur domicile à l'étranger. La notion de "domicile" est définie de manière différenciée par la législation au gré des besoins concrets (Grisel *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 45bis, no 5). Toutefois, il faut, en règle générale, que le ressortissant suisse entretienne un lien durable et étroit avec le pays tiers pour que l'on puisse parler d'un domicile à l'étranger. En principe, les double-nationaux sont également compris dans la notion de Suisses de l'étranger. Toutefois, il appartient à la législation de préciser son champ d'application personnel et de dire par exemple, si elle s'applique aux Suisses de l'étranger.

L'alinéa 1^{er} (comme déjà à l'art. 45bis Cst.) contient une clause générale, sans limites matérielles. Il permet ainsi toutes sortes de mesures d'encouragement. Le droit des gens fixe cependant des limites, car, selon le prin-

cipe de la souveraineté territoriale des Etats, les étrangers sont soumis au droit de l'Etat dans lequel ils séjournent.

Selon le *2e alinéa*, la Confédération peut légiférer dans trois domaines particuliers. Elle peut édicter des règles sur l'exercice des droits politiques par les Suisses de l'étranger. Toutefois cette compétence se limite à l'exercice des droits politiques à l'échelon fédéral (Grisel *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 45bis, no 10). En mentionnant l'accomplissement des obligations militaires, cet article délie constitutionnellement les Suisses de l'étranger de l'obligation de servir et de la taxe militaire. Enfin, la Confédération règle les questions d'assistance des Suisses de l'étranger. Selon l'article 3 de la loi fédérale sur l'assistance des Suisses de l'étranger (RS 852.1), c'est la Confédération qui prend ces frais à sa charge.

Selon l'article 45bis, 2e alinéa, 2e phrase, Cst., les cantons doivent être consultés lors de l'élaboration de la législation d'exécution. Comme le projet règle le principe de la consultation des cantons d'une manière générale, il n'est pas nécessaire de le consacrer expressément ici.

Chapitre 2: Compétences

Section 1: Relations avec l'étranger

Art. 44 Affaires étrangères

L'article 44 du projet correspond à l'article 8 Cst. féd.

Le *1er alinéa* confère à la Confédération une compétence globale dans le domaine des affaires étrangères.

La part la plus importante de cette compétence réside dans la compétence générale en matière de conclusion de traités internationaux. La Confédération peut également passer des traités dans des domaines qui, selon la répartition interne des tâches, ressortissent aux cantons. Les accords internationaux ne lient généralement que la Confédération. Dans la mesure où l'application des traités internationaux nécessite l'adoption d'une réglementation interne, cette législation est en principe l'affaire des cantons dans les domaines qui, en droit interne, relèvent de leur compétence. Mais la Confédération peut procéder elle-même à cette transposition lorsque l'accomplissement de ces obligations internationales l'exige. A relever que les cantons sont tenus d'exécuter les accords conclus par la Confédération de la même manière qu'ils doivent le faire pour la législation fédérale. Dans le cadre de son devoir de surveillance, la Confédération a par conséquent la faculté et même le devoir d'obliger les cantons à exécuter, en temps utile et d'une manière correcte, les traités internationaux.

Mais, à part le traité de droit international, la Confédération dispose, en vertu de sa compétence constitutionnelle, de toute une série d'autres instruments au service de la politique extérieure. De telles activités peuvent aussi prendre la forme d'actes étatiques découlant directement des normes constitutionnelles ou apparaître alors comme un acte de droit interne indépendant de tout élément conventionnel. Dans ce cas la Confédération, à la différence de ce qu'elle peut faire pour la conclusion de traités internationaux, est liée par la répartition interne des compétences. Ça signifie

que de tels actes ne sont licites que dans le domaine des relations extérieures.

Ce domaine ne saurait être circonscrit de manière exhaustive. Il comprend, par exemple, les mesures de la politique extérieure au sens traditionnel du terme, telles que la reconnaissance d'Etats et de gouvernements, l'entretien de relations diplomatiques et consulaires et la représentation de la Suisse auprès des organisations internationales, la protection diplomatique des Suisses à l'étranger ainsi que l'entraide judiciaire internationale. Il s'y ajoute des prestations effectuées au titre de la solidarité internationale, telles que l'offre de bons offices, l'aide au développement, la collaboration à des actions internationales d'aide en cas de catastrophe ou la participation à des opérations de maintien de la paix.

Le *2e alinéa* pose, à titre exemplaire, quelques buts importants de la politique extérieure de la Suisse. On ne saurait toutefois en déduire que cette tâche bénéficie, du fait de cette définition des buts, d'un statut privilégié par rapport aux autres domaines d'activité de l'Etat qui ne sont, eux, pas accompagnés d'une disposition équivalente. Le *2e alinéa* donne notamment la base formelle pour la collaboration et l'aide suisse au développement.

Art. 45 Relations des cantons avec l'étranger

L'article 45 du projet correspond aux articles 9 et 10 Cst.

Selon la doctrine dominante, les cantons peuvent conclure des traités de droit international sur tous les objets qui appartiennent à leur sphère de compétence (cf. FF 1994 II 608 ss). Cela n'est valable néanmoins que pour les domaines où la Confédération n'est pas intervenue elle-même contractuellement. Dès lors, la capacité de contracter des cantons a un caractère subsidiaire et exceptionnel (*1er al.*).

Selon le *2e alinéa*, les traités conclus par les cantons doivent être soumis à l'approbation de la Confédération. Le droit fédéral constitue une limite matérielle aux traités de droit international des cantons. Si un tel traité viole le droit fédéral, l'approbation est refusée. Il est précisé que ce refus se justifie lorsque les traités de droit international conclus par les cantons sont contraires aux intérêts de la Confédération et donc restreignent sa liberté d'action en politique extérieure. On doit cependant admettre qu'en pratique l'approbation est souvent omise.

Selon le *3e alinéa*, la conclusion de traités ainsi que les autres relations officielles des cantons avec l'étranger doivent avoir lieu par l'intermédiaire de la Confédération. Cela signifie qu'en principe c'est la Confédération qui mène les négociations pour la conclusion de traités internationaux des cantons et qu'elle les signe, bien entendu seulement avec l'assentiment de ceux-ci. Toutefois lorsque des négociations et les autres relations officielles se déroulent avec des autorités étrangères subalternes, les cantons peuvent traiter directement avec celles-ci.

Art. 46 Prestations ou décorations offertes par des gouvernements étrangers

L'article 46 du projet met à jour l'article 12 Cst.

Cet article veut empêcher que des titulaires de fonctions publiques de la Confédération, des membres des gouvernements et des parlements cantonaux, ainsi que des militaires n'acceptent des avantages pécuniaires et des décorations en provenance d'un Etat étranger; de tels présents pourraient en effet porter atteinte à l'indépendance de la Suisse. Cette interdiction d'accepter des cadeaux étrangers répond à l'idée que les personnes se trouvant au service de la Confédération ou d'un canton doivent avoir pour seul souci l'intérêt de la Confédération ou du canton et qu'elles ne doivent pas s'obliger, même moralement, par rapport à d'autres Etats. Par ailleurs, l'interdiction d'accepter des décorations répond au principe du maintien de l'égalité démocratique des citoyens suisses et elle est également destinée à empêcher que des militaires n'adoptent une attitude vaniteuse contraire aux principes démocratiques (Rapport du CF, FF 1929 II 783 ss).

Pour les titulaires d'une fonction publique cités au *1er alinéa*, l'article constitue une règle d'incompatibilité; c'est-à-dire que si la personne en cause ne renonce pas expressément à la prestation ou à la décoration ou qu'elle refuse de la rendre, elle n'est pas éligible ou doit démissionner de sa fonction. En cas d'infraction à cette disposition, l'autorité supérieure constatera la démission. Cette disposition comprend les pensions, appointements, titres, cadeaux et décorations. Sont concernés les pensions et les traitements versés par des gouvernements étrangers sans égard à la contre-prestation du bénéficiaire. Quant aux décorations, elles doivent avoir pour origine une décision étatique et être prévues par le droit public de l'Etat concerné (cela signifie qu'il doit s'agir d'une institution permanente ou durable); de plus, elles doivent avoir la forme d'un insigne à porter sur un vêtement. La dénomination des prestations et décorations est toutefois irrelevante. Ce qui est essentiel est qu'il s'agisse de prestations ou de décorations provenant d'un Etat; la notion de gouvernement est comprise dans un sens large du terme. Sont concernés par cette interdiction tous les membres des autorités fédérales, tous les fonctionnaires civils et militaires de la Confédération, y compris les personnes qui sont chargées d'une tâche durable de droit public, les représentants de la Confédération à l'étranger et les commissaires engagés par la Confédération à l'intérieur du pays, ainsi que les membres des gouvernements et parlements cantonaux. Le droit cantonal peut prévoir d'autres interdictions d'accepter des décorations.

Les 3e et 4e alinéas de l'article 12 Cst. (interdiction de porter des décorations pour les membres de l'Armée suisse) ont été concrétisés par l'Arrêté fédéral concernant l'interdiction des décorations pour l'armée (RS 514.118) selon lequel toute décoration ou titre émanant d'une autorité étrangère doit être refusé ou alors restitué immédiatement, ceci sous peine de sanctions disciplinaires. Le *2e alinéa* de l'article 46 du projet maintien cette interdiction au niveau de la Constitution.

Section 2: Défense nationale et protection civile

Art. 47 Obligation de servir

L'article 47 du projet reprend partiellement les articles 18 et 20 Cst., ainsi que l'article 6 DT Cst.

Même si cela ne ressort pas du texte constitutionnel, la compétence de la Confédération dans les affaires relevant de la défense nationale est globale et exclusive. Le fédéralisme militaire avec compétence principale des cantons a subsisté encore jusqu'à la deuxième moitié du XIXe siècle pour ne plus représenter en fin de compte que quelques compétences résiduelles de fait: aujourd'hui, pour l'essentiel, les cantons sont les organes d'exécution de la Confédération. Le texte constitutionnel actuel ne tient pourtant compte de cette évolution que dans une moindre mesure et les articles de la Constitution en vigueur ont perdu de leur actualité au gré des changements de circonstances.

Le *1er alinéa* prévoit l'obligation générale du service militaire pour les hommes, inscrite à l'article 18, 1er alinéa, Cst., et concrétise le principe de l'armée de milice consacré à l'article 48, 1er alinéa, 1ère phrase, du projet. L'obligation générale de servir trouve son fondement dans la considération politique selon laquelle le fardeau du service militaire doit être réparti si possible d'égale façon, de manière à ce que l'intérêt général vis-à-vis de la chose militaire soit ancré dans le sentiment populaire. L'article 18 Cst. ne ressortit pas en soi au droit constitutionnel car c'est la loi qui a la faculté de fixer les critères appropriés d'exemption du service militaire (cf. les motifs d'exemption aux art. 21 à 24 de la loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire, ci-après LAAM), à condition, il est vrai, de ne point discriminer les couches sociales. Cette disposition constitutionnelle ne pose pas une obligation générale de servir absolue et sans restriction, son application étant relative. Il est donc simplement présumé que l'obligation de servir est une prestation personnelle que l'on ne saurait déléguer. L'objet de la disposition constitutionnelle ne s'étend pas seulement au service actif, mais aussi à toutes les prestations effectuées à des fins d'instruction et également à ce que l'on appelle les obligations militaires hors service. Les Suisses de l'étranger et les doubles nationaux sont aussi assujettis à l'obligation générale de servir, mais les conflits de compétence seront traités par le droit interne (RS 519.3) ainsi que dans divers traités internationaux. La notion de service militaire obligatoire fixe également les limites matérielles de cette obligation. Ainsi, ce service doit de quelque manière servir à la défense nationale sur le plan militaire (cf. art. 48, 1er al., 2e phrase, du projet). Il appartient à la législation et la jurisprudence de circonscrire de plus près la notion d'obligation de service (cf. 2e chap. LAAM). La *2e phrase* reconduit le mandat législatif inscrit en 1992 dans la Constitution concernant un service civil en remplacement du service militaire.

Le *2e alinéa* exige une taxe d'exemption, dont la loi doit prévoir des exceptions (*3e al.*) en remplacement du service militaire non effectué. La taxe d'exemption est le corollaire du non accomplissement du service militaire personnel. Elle présuppose une obligation de servir. C'est le service militaire non accompli (selon le projet de loi sur le service civil, il s'agit aussi du service civil non accompli) qui provoque l'obligation de verser la taxe d'exemption, réserve faite des exceptions admises par la loi. L'objet, le calcul et le montant de cette taxe ne doivent pas être déterminés selon des critères d'ordre fiscal, mais ils doivent être le résultat d'une pesée appropriée des charges affectant ceux qui accomplissent leur service et ceux qui n'en font pas (cf. le Message du Conseil fédéral, FF 1958 II 349).

Cette taxe d'exemption du service militaire est perçue par les cantons pour le compte de la Confédération, selon l'article 18, 4e alinéa, Cst. Quant à l'article 6 des dispositions transitoires Cst., il prévoit que les cantons ont droit au 20% du produit brut de ladite taxe en tant que remboursement des frais de perception de celle-ci.

En outre, la loi doit prévoir des exceptions au devoir de servir et à l'obligation du service militaire (3e al.), lesquelles néanmoins sont à justifier avec une stricte objectivité (principe impératif de l'égalité de traitement).

Le 4e alinéa prolonge le mandat législatif et les prétentions individuelles découlant de l'article 20, 2e alinéa, Cst.: la Confédération doit gérer une assurance militaire qui octroie des prestations, aux conditions définies par la loi, aux militaires qui, par le fait du service fédéral, ont vu leur santé altérée ou ont perdu la vie (cf. la LF sur l'assurance militaire, RS 833.1).

Le 5e alinéa règle le droit des militaires à des indemnités pour perte de gain selon les conditions et dans le cadre de la loi (cf. LF sur la taxe d'exemption du service militaire, RS 661; FF 1994 III 310 ss).

L'exécution (art. 20, 1er al., Cst.) correspond à la règle exprimée de manière générale à l'article 32, 3e alinéa, du projet.

A titre de nouveauté, comme variante à l'obligation générale de servir pour les hommes, il est proposé d'introduire une obligation commune aussi bien pour les hommes que pour les femmes, placée dans la perspective de la défense générale du pays. La Confédération doit recevoir la compétence d'organiser de manière générale par voie législative ce service obligatoire, de même que les exceptions y relatives.

Art. 48

Armée

L'article 48 du projet reconduit les articles suivants de la Constitution fédérale: 11, 13, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 22 et 34 quater, 1er alinéa.

Le 1er alinéa de l'article 48 du projet énonce le principe de la milice comme étant le fondement de l'armée suisse et il fixe comme objectifs à celle-ci la défense nationale et le maintien de l'ordre à l'intérieur du pays. L'interdiction d'une armée de métier découle d'une interprétation, à replacer dans le temps, de la défense faite à la Confédération d'entretenir des troupes permanentes (art. 13, 1er al., Cst.). Cette interdiction de troupes permanentes figurant dans la Constitution de 1848 (comme déjà dans le projet de 1833) était dirigée contre les soi-disant troupes cantonales de Bâle-Ville, formées de professionnels. Les raisons de cet ostracisme étaient la crainte de voir certains cantons engager contre d'autres une troupe armée professionnelle permanente ou alors - argument plus déterminant encore - que des cantons ou le gouvernement fédéral en viennent à utiliser la force armée contre la population, dans le but de réprimer l'opposition politique. A cette époque, certes, la notion de troupes permanentes impliquait une armée de mercenaires, donc de soldats professionnels, ce qui était à l'opposé du principe de l'obligation générale de servir. D'après les conceptions de l'époque, on considérait aussi comme troupes permanentes des armées, recrutées sur la base du service militaire obligatoire, mais érigées en armées de métier pour des raisons d'organisation.

Actuellement, les militaires professionnels engagés par la Confédération pour des motifs d'instruction, tels les commandants d'unités d'armée, le corps des gardes-fortifications et l'escadrille de surveillance n'appartiennent pas formellement aux corps de troupes et ne contreviennent pas au principe de milice. La *2e phrase* inscrit la mission de l'armée au niveau constitutionnel, mais laisse la réglementation des modes d'engagement des corps de troupes à la législation. L'armée défend la Suisse et sa population et soutient les autorités civiles lorsqu'elles doivent défendre la sécurité intérieure contre de graves dangers (service actif). Cette disposition correspond à la finalité du premier chapitre de la LAAM.

Le *2e alinéa* déclare que la législation militaire, l'organisation, l'instruction et l'armement de l'armée sont l'affaire de la Confédération, conformément aux 2e et 3e alinéas de l'article 20 Cst. L'unification complète et la centralisation de l'armée fut décidée le 27 juin 1895 par l'Assemblée fédérale, mais rejetée par le peuple et les cantons le 3 novembre 1895 (FF 1895 III 864 ss). C'est ainsi que la compétence en matière militaire est demeurée partagée jusqu'ici, entre la législation fédérale et la surveillance exercée par la Confédération sur l'exécution du droit fédéral et les cantons; le projet cite quelques compétences séparées de la Confédération et en outre quelques compétences résiduelles des cantons (*2e et 3e al.*). La disposition du 2e alinéa émet le principe que la législation militaire relève de la compétence de la Confédération et elle règle la compétence exclusive et exhaustive de la Confédération pour tout ce qui concerne la chose militaire. Elle fait d'ailleurs usage de cette compétence (en continuation de l'organisation militaire de 1907) par la LAAM approuvée par les Chambres et l'arrêté fédéral sur l'organisation de l'armée. L'article 20, 1er alinéa, 2e phrase, Cst., qui règle l'exécution militaire dans les cantons, est repris dans son entier par l'article 32, 3e alinéa, du projet. Les compétences fédérales pour l'instruction et l'armement, ainsi que celles se rapportant à la gratuité de l'équipement et de l'armement sont suffisamment ancrées sur le plan législatif (cf. Titre. 7 LAAM); on pourrait dès lors se passer de ce 2e alinéa.

L'ancienne souveraineté militaire cantonale est réduite à la compétence prévue au *3e alinéa*: la création de formations cantonales (cf. art. 124 du projet LAAM), la nomination et la promotion des officiers des formations cantonales, de même que la nomination des commandants d'arrondissement et des chefs de section avec l'organisation des inspections de libération de service (art. 126f du projet LAAM). En l'espèce, les formations cantonales sont maintenant devenues des unités de l'armée fédérale, et non plus des troupes indépendantes. L'article 19, 1er alinéa, Cst. n'est plus qu'une réminiscence de l'ancien système des contingents aux termes duquel le canton était obligé de mettre un certain effectif de troupes à disposition de la Confédération, de recruter les membres de celles-ci et de les organiser militairement; aujourd'hui, le canton ne fournit plus de contingents, mais est bien un organe d'exécution de la Confédération. D'ailleurs, la Constitution en vigueur ne garantit pas les formations cantonales et la doctrine dominante estime que la Confédération peut même lever des unités cantonales si des motifs militaires le justifient. Jusqu'à présent, la souveraineté des cantons en matière d'habillement et d'équipement se limitait à une application du droit fédéral par les cantons

(art. 158, 4e al., OM, mis à jour par l'AF du 12.6.1946, fixant l'indemnité due aux cantons pour l'entretien et la mise en état de l'équipement personnel, RS 514.104). Dans le cadre actuel du programme d'économies, le Conseil national a déjà adopté un arrêté fédéral visant à supprimer la souveraineté cantonale dans le domaine de l'équipement personnel des membres de l'armée.

L'article 22 Cst., en complément de l'article 20 Cst., veut permettre à la Confédération de mettre la main sur les installations militaires cantonales et établit dans ce but un droit de reprise à son profit (l'Administration militaire fédérale). Cette disposition ne prévoit pas une sorte d'expropriation ordinaire avec une indemnisation totale à la clef, car elle concerne exclusivement les cantons et se limite à des dédommagements équitables. Le 1er alinéa n'a encore jamais été appliqué et la législation prévue au 2e alinéa n'a jamais non plus été édictée; cependant, l'article constitutionnel renforce la position de négociateur lors de tractations d'achats avec les cantons. En pratique, toutes les installations cantonales sans exception ont été louées ou achetées par conventions administratives. Provisoirement, on prévoit de maintenir une disposition raccourcie dans le cadre de la mise à jour. C'est pourquoi l'article 22 Cst. pourrait être biffé sans être remplacé, puisque si nécessaire on pourrait avoir recours à l'article 22 ter Cst. (en revanche seulement contre une indemnisation totale). Si toutefois cette disposition devait être conservée en tant que *lex specialis* de l'article 7 de la loi sur l'expropriation (RO 711), on pourrait l'abolir dans la LAAM.

Les articles 11 et 21 Cst. ne sont pas repris dans les articles militaires pour les raisons suivantes:

- L'interdiction catégorique de conclure des capitulations militaires (art. 11 Cst.) concernait à l'origine les cantons mais elle est valable également pour la Confédération et elle visait à empêcher l'émigration comme mercenaires d'hommes aptes au service militaire, ce qui aurait été au détriment des contingents cantonaux. Les capitulations militaires sont des contrats aux termes desquels un Etat convient avec un autre d'exercer le droit de recruter sur son territoire un certain nombre de mercenaires. En soi, un tel contrat n'est pas une alliance d'ordre politique, car il signifie simplement que sur son territoire on effectue une "livraison" d'officiers et de soldats qui n'implique nullement dans la règle quelque dépendance politique. L'article 11 Cst. n'excluait pas le recrutement de mercenaires en dehors du système des capitulations, mais il fut interdit déjà en 1849 (FF 1849 II 82 ss) et réprimé pour la première fois par l'article 98 de la LF de 1851 sur la justice pénale concernant les troupes fédérales; aujourd'hui, cette interdiction de même que l'engagement d'un Suisse dans un service militaire étranger tombent sous le coup de l'article 94 CPM. Comme les capitulations militaires selon les accords de La Haye et le service militaire étranger selon l'article 94 CPM sont interdits, l'article 11 Cst. n'a plus aujourd'hui de signification intrinsèque.
- L'article 21 Cst. est destiné à assurer une certaine homogénéité aux corps de troupes et aux unités de l'armée ainsi qu'à garantir l'influence de la politique cantonale lors de la formation des unités et pour le choix des officiers. Mais le législateur fédéral conserve la compétence de

décider du maintien des corps de troupes cantonaux au gré des besoins et sous réserve des impératifs d'ordre militaire. Le recrutement incombe exclusivement à la Confédération et il est réglé dans le droit fédéral par l'ordonnance concernant le recrutement des hommes astreints au service militaire (ORH, RS 511.11). Pour l'instruction et l'entretien des unités de corps de troupes cantonaux les cantons n'ont plus que des compétences d'organisation ou *pro forma*. Dans l'organisation militaire actuelle comme dans la loi militaire en préparation, on tient compte du postulat demandant que les grandes formations ne franchissent pas sans raison les frontières cantonales. Le 1er alinéa ne présente aucune garantie de permanence quant à l'existence des troupes cantonales selon le droit constitutionnel en vigueur, mais la législation militaire actuelle les prévoit (encore), suivie en cela par le projet de loi militaire si bien qu'un renvoi se justifie. Le 2e alinéa en fait ne correspond pas du tout à la réalité car ce domaine est régi par la législation militaire et ne mérite pas d'être réglé à l'échelon constitutionnel.

Art. 49 Intervention de l'armée

L'article 49 du projet met à jour les articles 15 et 18, 4e alinéa, Cst.

Le *1er alinéa* de l'article 49 du projet énonce le principe que l'engagement de l'armée et les dispositions y afférentes relèvent de la compétence de la Confédération. L'article 15 Cst. date de l'époque où les cantons disposaient au premier chef de l'armée ; il prévoit que les cantons peuvent appeler à l'aide d'autres cantons dans le cas d'un danger provenant du dehors et il fixe les modalités de ce secours. Aujourd'hui, cet article, qui était déjà considéré comme une relique lors des discussions sur la revision totale de 1874, est devenu obsolète à tout point de vue et il peut tout au plus être cité pour mémoire (maintien de l'ordre). Il s'agit plutôt d'inscrire dans un article mis à jour le principe incontesté que l'armée suisse est une armée fédérale.

Le *2e alinéa* règle les cas où les gouvernements cantonaux peuvent engager les troupes de leur ressort sur leur territoire pour soutenir la protection civile lors de catastrophes et pour appuyer la police lors de menaces graves sur la sécurité intérieure. Le droit des cantons de disposer de la force armée de leur région (4e al.) est limité par nombre de prescriptions (2e et 3e al., art. 20, 2e al., 85, ch. 7 et 8, et 102, ch. 10, Cst). A titre d'exemple, le droit des cantons d'utiliser leurs troupes sur leur propre territoire concerne encore le maintien de la sécurité à l'intérieur; en outre, les cantons peuvent demander au Conseil fédéral de mettre leurs troupes à disposition, éventuellement pour l'aide en cas de catastrophe dans le pays et pour d'autres engagements d'ordre civil (art. 5 O du DMF du 20.9.1976 réglant le recours à des moyens militaires en cas de catastrophe dans le pays, RS 510.213; art. 3 O du DMF du 20.9.1976 réglant le recours à des moyens militaires pour des tâches civiles et des activités hors service, RS 510.212).

Art. 50 Protection civile

L'article 50 du projet met à jour l'article 22bis Cst.

La protection civile a pour mission de sauver et de soigner les personnes en cas de conflits armés, de catastrophes et dans d'autres situations de crise. En application des accords de La Haye (RS 0.520.3), elle protège également les biens culturels lors de conflits armés. Bien que la protection civile fasse partie de la défense nationale générale, elle a un caractère civil; elle n'exécute aucune mission de combat et, dans la règle, elle n'est pas armée.

L'article 50, *1er alinéa*, reprend la compétence globale et exclusive de l'article 22bis, 1er alinéa, Cst. sous une forme nouvelle (dans le sens des articles consacrant les objectifs de la nouvelle loi sur la protection civile).

Le *2e alinéa* envisage les possibilités d'engagement en cas de catastrophes et d'autres situations d'urgence. L'équivalence de la protection civile en cas de conflits armés d'une part et de catastrophes et d'autres situations de crise d'autre part (art. 2 LPCi) n'est par là pas mise en cause; il s'agit plutôt de voir dans cette énumération un reflet historique des tâches de la protection civile et non pas l'établissement d'une échelle de valeurs particulière.

Le *3e alinéa* met à jour les 4e et 5e alinéas de l'article 22bis Cst. et définit la compétence que possède la Confédération d'instituer le service obligatoire pour les hommes; les femmes peuvent s'engager volontairement dans la protection civile.

Le *4e alinéa* renvoie à la législation les questions d'assurance et d'allocations pour perte de gain, qui sont réglées de manière analogue à celles du service militaire, ainsi que le précise la loi sur la protection civile en application du 6e alinéa de l'article 22bis Cst.

Le 2e alinéa de l'article 22bis Cst. (devoir de consultation des cantons et mesures d'exécution par ceux-ci) est repris par les articles 32, 3e alinéa, et 155, 1er alinéa, du projet. Le 3e alinéa du même article constitutionnel (subsidies de la Confédération à la protection civile) est précisé par la loi et ne garantit pas aux cantons des contributions d'un ordre de grandeur déterminé.

Section 3: Environnement et aménagement du territoire

Art. 51 Protection de l'environnement

L'article 51 du projet correspond à l'article 24 septies Cst. Comme jusqu'ici, l'article sur la protection de l'environnement fixe comme tâche principale en la matière une série de mesures particulières (telles que le maintien des forêts, la protection des eaux, la protection de la nature et du paysage, la protection des animaux). L'article ménage pour la Confédération une compétence globale concurrente dotée d'un effet dérogatoire subséquent.

Le projet suit le libellé de l'article 24septies, 1er alinéa, Cst. La notion d'"environnement" s'entend au sens large du terme et comprend:

- les animaux et les plantes de même que leur milieu naturel
- l'air, le climat, le sol, l'eau

- l'espace vital en tant que système mettant en rapport les éléments énoncés ci-dessus.

La protection de l'environnement vise les atteintes nuisibles ou incommodantes portées contre l'homme et son milieu naturel; en l'espèce, la Confédération est tenue en priorité de combattre la pollution de l'air et le bruit. Elle peut prélever des taxes incitatives si elles sont de nature à inciter les entreprises à adopter des comportements respectueux de l'environnement (FF 1993 II 1434 s. avec référence à la doctrine, parfois divergente).

La réserve en faveur des cantons pour l'exécution (art. 24 septies, 2e al., Cst.) est reprise par l'article 32, 3e alinéa, du projet.

A titre d'innovation, il conviendrait en outre d'élargir l'article dans le sens d'un devoir général de protéger et de traiter l'environnement avec respect. On pourrait envisager de mentionner explicitement les principes généraux aujourd'hui inscrits dans la loi sur la protection de l'environnement (principes de prévention, de pérennité et de causalité).

Art. 52

Eaux

L'article 52 du projet correspond à l'article 24bis Cst. sur l'économie hydraulique. Il réunit les domaines classiques du droit hydraulique: *utilisation des forces hydrauliques, protection des réserves d'eau, travaux hydrauliques*.

L'article 24bis Cst. devait regrouper les compétences fédérales en matière hydraulique qui auparavant étaient disséminées, établir une réglementation uniforme et étendre celle-ci en cas de nécessité (FF 1972 II 1145, 1153 ss). Toutefois, la conception normative du Conseil fédéral dut subir des modifications importantes au cours des délibérations parlementaires; le projet en effet fut contesté de manière peu courante au Parlement (cf. B. O. (N) 1974 1539: 21 différences). C'est pourquoi les compétences fédérales en matière hydraulique paraissent manquer d'unité et de clarté:

- avec certaines restrictions, l'utilisation des forces hydrauliques relève de la compétence des cantons,
- la protection des réserves d'eau est d'un côté l'objet d'une compétence fédérale exclusive et d'autre part limitée à des principes,
- dans le domaine des travaux hydrauliques, la Confédération dispose d'une compétence exclusive.

Toutes les compétences législatives sont dotées d'un effet dérogatoire subséquent.

Au vu de cette situation de départ, il y a peu de choses à modifier dans la systématique constitutionnelle au principe d'une énumération de compétences allant dans le détail; les Chambres n'ont pas voulu accorder une compétence générale à la Confédération (B. O. (E) 1973 1324 à 1331, (N) 1974 1539). La responsabilité de cette différenciation opérée entre une compétence de principe et une compétence concurrente globale doit particulièrement être recherchée dans la décision prise sciemment par le Parlement (B. O. (E) 1974 319, 322; (N) 1974 1539).

Le projet traite aux *1er et 2e alinéas* des travaux hydrauliques et de leur utilisation ainsi que de la protection des réserves d'eau, objets regroupés selon le type de compétences:

- Le *1er alinéa* comprend les compétences exclusives de la Confédération telles que formulées à l'actuel article 24bis, 2e alinéa, Cst. Le droit pour elle de revendiquer une utilisation rationnelle des forces hydrauliques pour ses entreprises de transport (art. 24bis, 2e al., let e, Cst.) figure désormais au 3e alinéa. Par lutte contre l'action dommageable de l'eau, on vise surtout la protection contre les inondations et la sécurité des barrages.
- Le *2e alinéa* regroupe les compétences législatives de principe, conformément à l'actuel article 24bis, 1er alinéa, Cst.

Les *3e et 4e alinéas* réunissent les dispositions relatives à l'utilisation des forces hydrauliques, conformément aux 3e et 4e alinéas actuels. Le droit de la Confédération de revendiquer une utilisation rationnelle des forces hydrauliques pour ses entreprises de transport (art. 24bis, 2e al., let. e, Cst.) s'inscrit également dans ce cadre.

Le *5e alinéa* reprend l'article 24bis, 6e alinéa, Cst.

On peut renoncer à la réserve en faveur des cantons en matière d'exécution (art. 24bis, 5e al., Cst.) par suite de la réglementation générale de l'article 32, 3e alinéa, du projet.

Art. 53

Forêts

L'article 53, 1er alinéa, du projet correspond à l'article 24 Cst. dans la mesure où cette disposition règle la compétence de la Confédération dans le domaine de la législation forestière. La compétence législative fédérale est limitée aux principes, ce qui jusqu'ici s'exprimait par la notion de "haute surveillance".

Les *1er et 2e alinéas* reprennent sous une forme rédactionnelle remaniée les éléments normatifs de l'article 24 Cst. concernant la forêt.

Au *3e alinéa*, les fonctions essentielles de la forêt telles que précisées aujourd'hui à l'article 1er de la loi sur les forêts (RS 921.0) sont élevées au niveau constitutionnel. Cela se justifie au premier chef par le fait qu'au cours de ces dernières décennies les finalités de la sauvegarde de la forêt se sont sensiblement modifiées et élargies. En effet, il s'agit non seulement de protéger la forêt des événements naturels dommageables (tels que les avalanches, les éboulements, l'érosion et les chutes de pierres), mais bien plus encore d'assurer une importante fonction régulatrice pour l'atmosphère, le climat et l'économie hydraulique; en outre, la forêt agit également comme milieu naturel pour les plantes et les animaux, comme espace de repos pour l'homme et elle est la base de production de l'économie forestière. C'est ainsi que l'on a passé de la protection *quantitative* de la forêt (maintien des surfaces boisées, lutte contre les coupes blanches, efficacité du taux d'utilisation forestière) à une protection *qualitative* de celle-ci (lutte contre les dommages causés à la forêt) (FF 1988 III 163 ss).

Art. 54 Protection de la nature et du paysage

L'article 54 du projet met à jour l'article 24 sexies Cst. Il convient de biffer la mention expresse selon laquelle la protection de la nature et du paysage relève du droit cantonal (art. 24 sexies, 1er al., Cst.). La compétence cantonale résulte d'une manière générale de l'article 32, 1er alinéa, du projet. Il faut relever que les tâches de la Confédération portent sur des domaines centraux de la protection de la nature et du paysage, de sorte que l'attribution expresse de la compétence aux cantons par la Constitution perd beaucoup de sa portée.

Les prérogatives de la Confédération comprennent les compétences générales en matière de mesures d'incitation et des devoirs de sauvegarde, ainsi qu'une compétence législative dotée d'un effet dérogatoire subséquent pour la protection de la nature dans le domaine botanique et zoologique. La protection de la nature implique toute disposition propre à conserver certains biens de l'environnement naturel existant qui croissent par eux-mêmes, tels que les plantes, les animaux, les curiosités naturelles. La protection du paysage de son côté consiste à prendre toute disposition pour sauvegarder certains biens de l'environnement créés par l'homme, dès qu'ils sont caractéristiques, tels que les sites, les paysages et les monuments. L'article 24 sexies Cst. cherche donc à conserver, non à créer. Sa motivation est avant tout d'ordre idéal, mais les mesures qu'il prévoit sont également d'ordre économique d'une certaine façon, dans l'intérêt du tourisme en premier lieu.

Le *1er alinéa* énonce l'obligation générale de la Confédération de tenir compte des impératifs de la protection de la nature et du paysage dans l'exécution de ses tâches (art. 24 sexies, 1er à 4e al., Cst.). Le devoir de protection englobe aussi, dans le sens de l'art. 24 sexies, 2e al., actuel, l'obligation de ménager et de conserver intact. Le *2e alinéa* énonce les possibilités pour la Confédération de soutenir la protection de la nature et du paysage. Le *3e alinéa* définit la responsabilité de la Confédération pour la protection du monde animal et végétal.

Le *4e alinéa* reprend le texte de l'initiative de Rothenthurm (art. 24 sexies, 5e al., Cst.). La disposition transitoire de l'article 24 sexies, 5e alinéa, Cst. est biffée parce que l'on estime qu'elle ne relève pas du niveau constitutionnel.

Art. 55 Pêche et chasse

L'article 55 du projet met à jour l'article 25 Cst.

La compétence législative de la Confédération est limitée aux principes (Fleiner-Gerster *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 25, nos 6 à 9), ce qui ressort désormais directement du nouveau libellé de la Constitution. L'objet de protection n'est pas l'animal *isolé*; il s'agit bien plus de régler l'entretien des *réserves* d'animaux nécessaires à la chasse et à la pêche. Cet article suppose que la chasse et la pêche doivent continuer d'exister et qu'elles doivent continuer d'être soumises à la souveraineté régaliennne des cantons, mais avec une réglementation de droit fédéral sur certains points - avant tout la légitimation de la chasse, les modes de chasse, les temps prohibés, les réserves préservées et la protection des

milieux naturels (FF 1983 II 1232 s., 1988 II 1354 s.). Par ailleurs, la protection *générale* des animaux selon l'article 56 du projet (actuel art. 25 bis Cst.) est aussi valable vis-à-vis d'animaux que l'on peut chasser. La protection du gibier contre le risque d'extermination (protection des espèces) est fondée sur l'article 54, 3e alinéa, du projet (actuel art. 24 sexies, 4e al., Cst.; FF 1961 I 1100).

Art. 56 Protection des animaux

L'article 56 du projet correspond à l'article 25 bis Cst.

Le *1er alinéa* ancre la compétence de la Confédération pour la protection des animaux, selon l'actuel article 25 bis Cst. Il attribue à la Confédération une compétence législative *globale*. Elle vise la "protection de l'animal (individuel) contre les comportements inconsidérés de l'homme, entraînant pour le premier des douleurs, des souffrances et des dommages corporels ou l'exposant à des états d'angoisse" (FF 1972 II 1468 s.). C'est dans ce sens que l'article 1er, 1er alinéa, LPA parle du "bien-être" de l'animal. La protection vise donc des animaux qui "peuvent ressentir des douleurs"; la Constitution en tire la conclusion que l'homme "ne peut disposer librement" de tels animaux (Fleiner-Gerster *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 25 bis, nos 7 et 9). L'article 25 bis Cst. a remplacé le précédent article sur l'abattage rituel (art. 25 bis dans la teneur de 1893); l'interdiction de cet abattage renvoyait tout d'abord aux dispositions transitoires (art. 12 DT Cst.) et plus tard - 1978 - à la loi sur la protection des animaux (art. 20, 1er al., LPA).

Le *2e alinéa* reprend, sous une forme rédactionnelle raccourcie, les directives législatives de l'actuel article sur la protection des animaux (art. 25 bis, 2e al., Cst.). La réserve en faveur des cantons pour l'exécution (art. 25 bis, 3e al., Cst.) est couverte par l'article 32, 3e alinéa, du projet.

Art. 57 Aménagement du territoire

L'article 57 du projet correspond à l'actuel article 22 quater Cst. Dans le domaine de l'aménagement du territoire (1er al.), la compétence législative de la Confédération est limitée aux principes.

L'aménagement du territoire au sens du *1er alinéa* comprend la réglementation de l'utilisation du sol (planification des surfaces d'utilisation) et la coordination des tâches pour une utilisation efficace du territoire (coordination de l'aménagement du territoire, planification transversale). Les buts constitutionnels de l'aménagement du territoire - utilisation judicieuse du sol et occupation rationnelle du territoire - sont repris de la Constitution en vigueur, ainsi que le mandat d'encourager les efforts faits en l'espèce et le devoir de la Confédération de tenir compte des impératifs de l'aménagement du territoire dans l'accomplissement de ses tâches. Sur la base de l'article 57 du projet, la Confédération ne peut s'occuper de plans d'aménagement; ses compétences en matière de planification se limitent tout au plus à quelques compétences ponctuelles. La "création" de l'aménagement du territoire (art. 22 quater, 1er al., Cst.) reste comme jusqu'ici de la compétence des cantons.

Le 2e alinéa (conformément à l'art. 22 quater, 2e et 3e al., Cst.) précise les compétences de la Confédération en matière d'encouragement et de coordination, ainsi que son devoir de prendre en considération les impératifs de l'aménagement du territoire dans l'accomplissement de ses tâches.

On peut assurément laisser de côté la directive selon laquelle la Confédération "collabore" avec les cantons car cette obligation émane de l'essence même de l'Etat fédéral de manière générale.

Art. 58 Travaux publics

L'article 58 du projet met à jour la disposition sur les travaux publics (art. 23 Cst.) qui autorise la Confédération à ordonner certaines réalisations en s'appuyant directement sur la Constitution (et sans réglementation préalable par une loi fédérale). Comme les cantons sont aussi autorisés à entreprendre des travaux publics, en recourant au besoin au droit d'expropriation, il y a là dans cette mesure une compétence parallèle.

L'article 58 du projet autorise la Confédération à entreprendre elle-même des travaux publics dans l'intérêt national ou à soutenir l'érection de tels chantiers. Les autorités doivent juger politiquement si elles veulent en général entreprendre ou soutenir de tels travaux, quels genres d'ouvrages elles estiment pouvoir ériger ou encourager et quelle proportion doit prendre un éventuel soutien. Si la Confédération construit elle-même, l'entretien et l'exploitation lui incombent en principe. En revanche, elle n'est pas autorisée à contribuer aux frais d'exploitation et d'entretien pour des ouvrages de tiers. Mais parallèlement la Confédération peut continuer à procéder à certains travaux en se basant sur diverses compétences ponctuelles et sa compétence en matière de travaux. L'article 58 du projet ne doit donc pas être mis en avant pour supplanter les conditions et les limites des prestations fédérales fondées sur des compétences matérielles particulières.

Toutefois, quand une compétence fédérale fait défaut, on peut se raccrocher à la compétence générale de la Confédération en matière de travaux. La Confédération a le droit d'exproprier dans le cadre de ses autres compétences constitutionnelles matérielles (art. 23, 2e al., Cst.); il n'est donc plus besoin d'invoquer sa compétence en matière de travaux publics. Quant aux constructions publiques qui porteraient atteinte aux intérêts militaires de la Confédération (réserve formulée jusqu'ici par l'art. 23, 3e al., Cst.), elles ne devraient pas jouer de rôle puisque la Confédération, de par sa compétence en matière militaire, a déjà l'obligation de tenir compte des besoins de la défense nationale dans la planification de ses travaux publics (p.ex. art. 42 LCF; art 5, 2e al., LRN). En ce qui concerne le droit de l'Assemblée fédérale d'intervenir de sa propre initiative contre l'érection d'ouvrages publics, il n'a pas joué de rôle pratique jusqu'ici (Jagmetti *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 23, n. 47).

Section 4: Transports, énergie et médias électroniques**Art. 59 Circulation routière**

L'article 59 du projet réunit sous une forme rédactionnellement condensée les articles 37 et 37 bis Cst.

Le *1er alinéa* ancre la compétence juridique de la Confédération dans le domaine de la circulation routière qu'elle possédait jusqu'ici selon l'article 37 bis, 1er alinéa, Cst.; il s'agit d'une compétence législative globale. Eu égard aux nécessités pratiques et aux obligations internationales de la Suisse, il convient de transformer en *obligation* la *compétence* actuelle de *légiférer*. Selon une interprétation incontestée, la compétence en cause concerne la circulation routière dans son ensemble et non seulement celle des "automobiles et des cycles". Dans le cadre de cette compétence, la Confédération peut édicter des prescriptions (FF 1955 II 8 s.; Lendi *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 37bis, nos 7 à 9) relatives:

- aux règles de police pour la circulation sur les chaussées publiques et privées,
- à l'octroi de permis de conduire et de circulation,
- aux questions d'assurances et de responsabilité civile en matière de circulation routière,
- au droit pénal en matière de circulation.

Comme jusqu'ici, les cantons conservent le droit de limiter ou d'interdire la circulation des véhicules (art. 37 bis, 2e al., 1ère phrase, Cst.), ce qui ne nécessite pas de mention particulière. Mais de telles limitations doivent pouvoir être motivées par la sauvegarde d'intérêts publics. Il peut s'agir par exemple:

- de limitations provenant de l'affectation de la route,
- de restrictions basées sur l'aménagement du territoire ou la protection de l'environnement, par exemple pour créer des zones piétonnes à l'intérieur des villes, modérer le trafic dans les quartiers d'habitation, pour la gestion de parcs à voitures (art. 3 LCR; Lendi *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 37 bis, nos 6, 10, 15 et 21).

Le droit de la Confédération de déclarer ouvertes certaines routes nécessaires au grand trafic (art. 37 bis, 2e al., 2e phrase, Cst.) figure au 2e alinéa (cf. art. 2 LCR et O concernant les routes de grand transit, RS 741.272). La réserve d'utilisation en faveur de la Confédération (art. 37 bis, 2e al., 3e phrase, Cst.) résulte de certaines compétences objectives, notamment dans le domaine de la défense nationale et du trafic postal.

Le *2e alinéa* reprend l'article 37, 1er alinéa, Cst. Il accorde à la Confédération la haute surveillance sur le réseau routier, dans la mesure où le maintien de celui-ci se justifie par l'intérêt national (spécialement le trafic de transit intercantonal et international, la régie des postes et la défense nationale); elle concerne donc des routes qui font partiellement partie d'un réseau important. L'expression "route d'importance nationale" inclut aussi des constructions isolées comme les ponts. La "haute surveillance" n'implique aucun droit de légiférer; la Confédération a simplement le droit d'intervenir en cas d'entretien insuffisant des routes en cause et (exceptionnellement) de se plaindre de la non réalisation ou de la non cons-

truction de certaines liaisons ainsi que d'ordonner les mesures requises (Lendi *in* Commentaire de la Constitution, art. 37, nos 1 à 6; Burckhardt, Commentaire, p. 316). Le co-financement du réseau routier par la Confédération lui ouvre d'importantes possibilités d'influence (art. 62, 3e al., du projet et 36 ter Cst.). C'est ainsi que le Conseil fédéral, après avoir consulté les cantons, détermine le réseau des routes principales subventionnables; en outre, l'Office fédéral des routes participe à la planification des routes principales (FF 1984 I 1018 s.; art. 12 LUDEC; art. 6 O sur les routes principales et annexe 1). Quant au reste, les cantons demeurent souverains en matière routière. En tant que tels, ils planifient, construisent et entretiennent le réseau des routes publiques et ils déterminent leur utilisation par une décision d'affectation (FF 1988 III 713 ss; Lendi *in* Commentaire de la Constitution, art. 37, no 7; art. 37 bis nos 13 à 16; cf. aussi art. 3 LCR, art. 17 LUDEC).

Le 3e alinéa reprend l'exonération de taxes selon l'article actuel 37, 2e alinéa, Cst. Par voie de conséquence, aucune taxe ne peut être perçue pour l'usage commun des routes publiques. Quant à savoir si le parcage de véhicules relève de cet usage commun exonéré de taxes, la réponse doit être appréciée de manière différenciée selon les usages locaux. L'exonération de taxes ne concerne que les péages proprement dits, et non pas l'impôt sur les véhicules à moteur; elle est au demeurant battue en brèche par l'article 62 du projet sur les redevances exigées pour la circulation des poids lourds et sur l'utilisation des routes nationales. Et puis il existe toujours la possibilité pour l'Assemblée fédérale d'autoriser la perception de taxes dans des cas spéciaux, comme cela fut le cas pour le tunnel routier du Grand-St. Bernard (FF 1957 II 863).

A titre de nouveauté et d'un rapprochement avec le principe de causalité en matière de circulation routière, on pourrait discuter de la suppression pure et simple du 3e alinéa, ce qui permettrait d'adopter des instruments tels que le Road Pricing ou les péages pour les tunnels routiers.

Art. 60

Routes nationales

Cette disposition correspond à l'actuel article 36 bis Cst. Elle sert à la création et à l'entretien d'un réseau de routes à grand trafic couvrant l'ensemble de la Suisse et elle accorde à la Confédération une compétence limitée à ce but, donc partielle. Comme les cantons continuent d'être titulaires de la souveraineté en matière routière et qu'ils peuvent même construire leurs propres routes à grand trafic, on peut parler en l'espèce de compétence fédérale *parallèle*.

Le 1er alinéa reprend dans une forme résumée l'article 36 bis, 1er alinéa, Cst. La définition des routes nationales (art. 36 bis, 2e al., 2e phrase) est suffisamment ancrée dans la législation fédérale et peut par conséquent être biffée de la Constitution.

Le 2e alinéa - également raccourci - reprend l'article 36 bis, 2e alinéa, Cst. Le fait que la Confédération peut "assumer elle-même la tâche incombant à un canton" (art. 36 bis, 2e al., 2e phrase) est compris dans l'obligation qui incombe à la Confédération d'assurer la construction et l'entretien d'un réseau de routes nationales.

Le 3e alinéa correspond à l'actuel article 36 bis, 4e alinéa, Cst. Le texte souligne plus que jamais l'aspect communautaire de cette entreprise. On souligne ainsi que la construction et l'entretien des routes nationales sont pratiquement une tâche commune de la Confédération et des cantons (cf. FF 1957 II 858 ss; 1959 II 99 ss; 1982 I 1374 s.; 1984 I 1032 ss; 1988 III 713 s.; 1989 I 624 s.; Lendi *in* Commentaire de la Constitution, art. 36 bis, nos 2, 3 ss, 10 ss et 16 ss). Pour le reste, le texte normatif continue de mentionner les principes les plus importants de répartition des frais (compte tenu des charges imposées aux différents cantons par les routes nationales, ainsi que de leur intérêt et de leur capacité financière). Les frais englobent les dépenses pour la construction, l'entretien et la gestion.

La prescription aux termes de laquelle les terres cultivables doivent être ménagées autant que possible (art. 36 bis, 3e al., Cst.) découle déjà en principe de l'article 57, 1er alinéa, du projet selon lequel la Confédération est tenue de prendre en considération les impératifs de l'aménagement du territoire dans l'accomplissement de ses tâches (art. 58 du projet).

La mention de la souveraineté des cantons en matière routière (art. 36 bis, 6e al., Cst.) est superflue en raison de leur compétence générale subsidiaire (art. 32 du projet).

Art. 61

Transit alpin

L'article 61 du projet reprend tel quel le texte de l'Initiative des Alpes (art. 36 sexies Cst. et 22 DT Cst.).

L'article 61 du projet veut réduire dans une mesure écologiquement acceptable les nuisances à l'environnement provoquées par le trafic de transit dans la région alpine. Le 1er alinéa formule un mandat général de protection; les alinéas 2 et 3 énumèrent deux mesures précises (transfert du trafic des marchandises sur le rail, interdiction d'augmenter la capacité des routes de transit). Cette disposition permet à la Confédération de disposer d'une compétence globale concurrente (dotée d'un effet dérogatoire subséquent), sous la forme d'un mandat impératif.

La notion de "transit" au sens du 1er alinéa doit être interprétée:

- Elle comprend tous les types de trafic, à savoir le trafic routier, ferroviaire et aérien. Il est vrai (spécialement en regard de l'al. 2) que le trafic par rail jouit d'un statut spécial puisqu'il est considéré comme étant le plus respectueux de l'environnement.
- Est controversée la question de savoir si la notion de trafic de transit n'englobe que le trafic à travers les Alpes allant d'une frontière à une autre (notion étroite), ou si elle vise également le trafic franchissant les frontières à travers les Alpes depuis la Suisse et en sa direction (trafic d'exportation et trafic d'importation) et le trafic interne franchissant la barrière alpine (notion large).

Les auteurs de l'initiative et le Conseil fédéral ont admis une acception étroite de cette notion (FF 1992 II 871, 904, 907; 1994 II 1305; cf. aussi 1992 III 1008 s.). En revanche, la différence entre les textes des alinéas 2 et 3, ainsi que certaines déclarations faites au cours des délibérations parlementaires (cf. B. O. (N) 1992 2617, intervention Friderici) conduisent

plutôt à retenir une interprétation large de la notion de "trafic de transit" au 1^{er} alinéa. De plus, celle-ci est une clef particulièrement précieuse pour une application de l'article constitutionnel conforme aux traités internationaux et aux normes européennes, car elle permet de transférer le trafic routier international sur le rail en accord avec une politique des transports à travers les Alpes globale et équilibrée. Une interprétation large s'harmonise aussi mieux avec le but général de l'article constitutionnel, c'est-à-dire la volonté d'endiguer l'ensemble du trafic routier traversant les Alpes.

Aux alinéas 2 et 3, on n'a visé dès le début que le trafic de transit au sens étroit du terme: le trafic de frontière à frontière, pour lequel l'alinéa 2 ne mentionne que le trafic des marchandises, alors que l'alinéa 3 couvre également le trafic des personnes (cf. FF 1994 II 1305).

L'interdiction d'augmenter la capacité des routes de transit prévue à l'alinéa 3 implique une définition légale des "routes de transit dans le massif alpin" (LF sur le transit routier dans la région alpine, LTRA; RO 1994 2712).

Disposition transitoire: le transfert du trafic routier sur le rail selon l'alinéa 2 doit être réalisé, en principe, dans un délai de dix ans à compter du 20 février 1994, date à laquelle l'article 36sexies Cst. a été accepté en votation populaire (art. 22 DT Cst.). Etant donné que l'Accord sur le transit est conclu jusqu'au 23 janvier 2005, des problèmes pourront surgir qu'il s'agira de résoudre conformément au droit international.

Art. 62

Redevances routières

L'article 62 du projet englobe les articles 36 ter, 36 quater et 36 quinquies Cst.. En outre, le projet reprend, comme disposition transitoire, le texte même de l'actuel article 21 DT Cst..

La Confédération perçoit trois redevances relatives au trafic privé:

- un impôt sur les huiles minérales utilisées comme carburant (y compris une surtaxe);
- une redevance sur le trafic des poids lourds (d'abord encore sous forme forfaitaire, puis selon l'utilisation);
- une redevance pour l'utilisation des routes nationales (vignette autoroutière).

Le caractère juridique de ces redevances est différent. La redevance sur le trafic des poids lourds d'une part, dans la mesure où elle dépend des prestations, ainsi que la vignette autoroutière d'autre part, sont des contributions à caractère partiellement fiscal. Les autres redevances doivent être considérées comme des impôts (impôt forfaitaire sur le trafic poids lourds; impôt sur les carburants; supplément à l'impôt sur les huiles minérales. Ces redevances servent à la fois à alimenter les caisses fédérales et à couvrir les coûts du trafic routier.

L'imposition du trafic poids lourds connaît actuellement des modifications profondes: en 1994, la nouvelle réglementation est entrée en vigueur et permet une imposition de durée illimitée. Dans un premier temps, on a ancré une redevance forfaitaire sur les poids lourds à l'article 21 DT Cst., qui

a remplacé l'article 17 DT Cst. Dans un second temps, sur la base du nouvel article 36quater Cst., une redevance proportionnelle aux prestations sera introduite. Le but est ainsi d'établir un système de perception qui soit en étroite relation avec la législation de l'UE. Le principe de la vérité des coûts sera déterminant. En outre, la redevance sur le trafic poids lourds vise également des objectifs de politique énergétique et de l'environnement. Les frais d'entretien des routes peuvent être répartis notamment en fonction du nombre de kilomètres parcourus, du poids total du véhicule, du nombre d'essieux, ou encore des émissions nocives.

Le 1er alinéa s'inspire de cette solution. Il donne la compétence à la Confédération de percevoir une redevance sur les poids lourds proportionnelle aux prestations ou à la consommation. C'est ainsi que l'on veut mettre les frais d'entretien des routes à la charge de ceux qui les causent. L'internationalisation des coûts a en outre des effets secondaires souhaitables sur le plan écologique (diminution des voyages à vide, transfert du trafic sur le rail, etc.). Pour le trafic poids lourds, il s'agit d'une redevance causale, qui nécessite une base constitutionnelle compte tenu du fait qu'on ne peut en principe percevoir de taxes sur des routes publiques (art. 59 al. 3 du projet et 37 al. 2 Cst.). Il est en outre prévu que les cantons pourront recevoir une partie du produit net des redevances sur le trafic des poids lourds.

L'alinéa 2 correspond à l'article 36quinquies Cst. et a comme objet la redevance sur l'utilisation des routes nationales (vignette autoroutière). Il s'agit là d'une redevance qui a un caractère fiscal dans la mesure où l'on a prévu un mode de perception forfaitaire. Cette redevance est perçue sur les véhicules d'un poids inférieur à 3,5 tonnes qui utilisent les routes nationales de première et deuxième classe. Est donc concernée la catégorie de véhicules qui n'est pas soumise à la redevance sur les poids lourds. Selon les critères actuels, certaines parties de l'article 36quinquies Cst. n'ont plus leur place dans la Constitution; il suffit qu'elles soient réglées au niveau de la loi. Les modalités d'exécution en sont un exemple.

L'alinéa 3 correspond à l'article 36 ter Cst. Il règle l'affectation des produits de la redevance sur les poids lourds, de la redevance sur l'utilisation des routes nationales et de l'impôt sur les huiles minérales utilisées comme carburants. La notion de "routes principales" figurant sous lettre a correspond à celle de l'actuel article 36ter, 1er alinéa, lettre b. Comme dans la réglementation actuelle déjà, tout le produit net de la redevance sur les poids lourds et de celle sur l'utilisation des routes nationales, ainsi que la moitié du produit de l'impôt sur les carburants et la totalité de l'impôt supplémentaire sur les carburant selon l'alinéa 4, seront affectés aux fins suivantes:

- achèvement du réseau des routes nationales et principales, exploitation et entretien de ces réseaux, subventions d'ordre général aux frais des cantons en matière de routes;
- réalisations aux points de contact avec les transports publics (séparation du trafic, transports combinés, suppression de passages à niveaux, etc.);
- protection de l'homme et de l'environnement, y compris certaines infrastructures de protection contre les forces naturelles.

Si les recettes provenant des carburants ne suffisent pas pour accomplir ces tâches, la Confédération, en vertu de l'alinéa 4, prélève un impôt supplémentaire sur les carburants.

La disposition transitoire reprend textuellement l'article 21 DT Cst. Elle contient les dispositions directement applicables d'une taxe forfaitaire sur les poids lourds, valable jusqu'à ce que la législation édicte une taxe adaptée au taux d'utilisation, mais au plus tard jusqu'à fin 2004.

Art. 63

Chemins et sentiers pédestres

Cet article correspond à l'article 37 quater Cst.

L'article a pour but d'assurer le maintien et le développement de réseaux de chemins pédestres et de randonnée; les piétons doivent pouvoir se déplacer sans entraves et en dehors du trafic motorisé dans un environnement adapté à leurs besoins. La disposition crée des obligations primaires pour les cantons. Elle attribue à la Confédération une compétence législative concurrente limitée aux principes (dotée d'un effet dérogatoire subséquent); elle l'autorise à soutenir et à coordonner les activités des cantons.

En comparaison avec le droit en vigueur, l'article 63 du projet a été réduit. Il renonce notamment à une attribution de tâches aux cantons (art. 37 quater, 2e al., 1ère phrase, Cst.), eu égard à l'article 32 du projet. Par ailleurs, on peut renoncer à l'alinéa 4 de l'article 37 quater Cst. (collaboration avec les organisations privées), car son contenu est suffisamment ancré dans l'article 8 de la loi fédérale sur les chemins piétonniers et de randonnée.

Art. 64

Chemins de fer, navigation et aviation

L'article 64 du projet actualise les articles 24 ter (navigation), 26 (chemins de fer) et 37 ter Cst. (navigation aérienne). Indépendamment d'un regroupement rédactionnel de ces trois articles, il n'est point besoin de modifications en l'espèce.

Sous le terme de "chemin de fer", il faut entendre les transports publics (accessibles à chacun) liés au rail. La compétence fédérale s'étend à

- la "construction et l'exploitation" des chemins de fer, y compris
- la planification et
- la police du rail.

Le législateur est libre de confier la construction et l'exploitation de chemins de fer à une entreprise jouissant d'un monopole ou - à titre complémentaire - d'accorder des concessions; on remarquera que les dispositions du droit international sur l'abrogation des monopoles ou d'entreprises analogues demeurent valables. La loi sur les chemins de fer (LCF, RS 742.101) prévoit un système de concessions (art. 5 ss LCF); les Chemins de fer fédéraux se basent sur la LCFF (RS 742.31) en tant que monopole. La législation en matière de chemin de fer est, quant à son champ d'application géographique, fondamentalement limitée au territoire de l'Etat, à l'instar de tout droit national. Quant au trafic ferroviaire transfrontalier et international, il est réglé par des traités internationaux.

La Confédération peut en outre régler la navigation intérieure et maritime. Il s'agit de:

- la navigation intérieure et maritime,
- le transport par eau de personnes et de biens,
- la construction et l'exploitation de voies navigables,
- la police de la navigation.

La petite navigation individuelle et non commerciale sur des lacs et rivières relève de l'usage commun des eaux publiques, et est donc régie par le droit cantonal. Dans la mesure où la navigation intérieure touche à des eaux frontalières, c'est la Confédération qui mène les pourparlers nécessaires entre Etats en raison de la compétence qui est la sienne en matière d'affaires étrangères. En ce qui concerne la navigation en haute mer, la loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse (RS 747.224.30) est valable dans les limites du droit international; pour les eaux territoriales, cette loi cède le pas au droit des Etats riverains.

Quant à la navigation aérienne, la Confédération peut régler entre autres les domaines suivants:

- examen et admission d'avions et de personnel aérien,
- exploitation du trafic aérien et sécurité de vol,
- construction et exploitation d'aérodromes et d'installations de sécurité.

A l'instar du trafic par chemin de fer, le législateur est libre de réserver ce domaine à l'Etat ou de recourir au système des concessions. La loi sur la navigation aérienne (LNA, RS 748.0) prévoit une obligation de concession (seulement) pour le trafic de ligne commercial (art. 27 ss LNA; art. 101 ss).

Art. 65

Politique énergétique

L'article 65 du projet correspond à l'article 24 octies introduit dans la Constitution fédérale en 1990.

Il pose les principes de la politique énergétique. Les quelques compétences de la Confédération énumérées à l'article 66 du projet obtiennent ainsi une disposition couvrant plusieurs domaines, ce qui convient au caractère transversal de la politique énergétique. Par ses objectifs, cette disposition influence en particulier le droit de l'énergie nucléaire, de l'économie hydraulique, de la protection de l'environnement, du ravitaillement du pays, de la défense des consommateurs et de la recherche.

L'alinéa 1 définit les buts de la politique énergétique mais sans toucher aux compétences de la Confédération et des cantons. Ces buts sont les suivants: d'une part assurer un ravitaillement énergétique qui soit suffisant, diversifié dans ses sources, sûr et compatible avec les exigences de l'économie et de la protection de l'environnement, et d'autre part à promouvoir une utilisation économe et rationnelle de l'énergie.

Selon l'alinéa 2, la Confédération peut établir des principes concernant l'utilisation et la consommation d'énergie.

L'alinéa 3 donne à la Confédération la compétence d'édicter des dispositions sur la consommation d'énergie des installations, des véhicules et des appareils et d'encourager le développement de techniques énergétiques respectueuses de l'environnement.

Selon les alinéa 4 et 5, la Confédération doit prendre en considération les efforts des cantons, de leurs collectivités et des milieux économiques; elle doit également respecter le droit des constructions, qui relève de la compétence de principe des cantons. Dans ce cadre, elle doit tenir compte des disparités régionales et de l'aspect économique des mesures.

L'article 65 du projet est très proche de l'article 24 octies Cst.

Une innovation consisterait à ajouter un 6e alinéa complétant la disposition mise à jour, et qui habiliterait la Confédération d'une manière générale à percevoir des impôts sur la consommation d'énergie de supports de toutes sortes et à prélever des taxes destinées à diriger la consommation d'énergie; cela permettrait de résoudre cette question controversée. Cette variante ferait suite à l'article constitutionnel proposé en 1978 par la Commission fédérale pour une conception globale de l'énergie (cf. son rapport final, vol. 2, p. 427).

Art. 66 Energie nucléaire, électricité et conduites

L'article 66 du projet met à jour les articles 24 quater, 24 quinquies, 26bis, Cst., et 19 des dispositions transitoires Cst.

L'article 66 du projet résume les compétences de la Confédération relatives aux divers supports d'énergie. La Confédération n'a une compétence globale que dans le domaine de l'énergie nucléaire, ce qui laisse ainsi au législateur toutes les possibilités ouvertes pour tenir compte de l'évolution de la technique, imprévisible dans ce domaine. En matière d'énergie électrique, la compétence fédérale ne couvre que le transport (y compris la transformation) et la distribution. S'agissant des combustibles et des carburants liquides ou gazeux, cette compétence ne porte que sur leur transport par conduites. Toutefois, le "monopole" de la Confédération dans le secteur de l'énergie nucléaire devait prévenir l'insécurité juridique liée à son exploitation, encourager la recherche, favoriser l'approvisionnement en combustible nucléaire et l'élimination des déchets, écarter les incertitudes concernant la protection de la santé publique et régler certaines questions d'ordre technique sur le plan des assurances (cf. FF 1957 I 1186 ss). A l'heure actuelle, la priorité est donnée à la sécurité au moment de l'utilisation, au respect des traités internationaux (non prolifération) et aux aspects relevant du droit de la responsabilité. Aujourd'hui comme autrefois, la compétence fédérale dans le domaine du transport et de la livraison de l'électricité vise d'une part à approvisionner en électricité le pays si possible de manière sûre et égale, et d'autre part à livrer ce courant partout au mêmes conditions. Quant à la compétence fédérale dans le domaine du transport par conduites, son but est d'atteindre une sécurité technique optimale s'agissant des installations; comme pour les installations nucléaires et électriques, cette compétence se fonde sur le fait que la dimension de ces installations dépasse les frontières, qu'une réglementation unique pour tous les cantons est nécessaire, que les risques

inhérents à ce type d'entreprise est important, qu'une responsabilité causale accrue paraît souhaitable et, enfin, que l'on peut s'attendre à ce que des expropriations soient nécessaires (cf. FF 1960 II 739).

L'alinéa 1 des dispositions transitoires interdit l'exportation d'énergie hydraulique sans autorisation de la Confédération. Cette disposition date de 1908, époque à laquelle on craignait que les importantes réserves d'eau utilisables du Tessin soient exportées dans une large mesure vers l'Italie.

L'acceptation de l'initiative pour un moratoire nucléaire en 1990 a conduit à un arrêt des autorisations accordées par la Confédération dans le domaine des installations nucléaires jusqu'en l'an 2000. Cette initiative a commué le moratoire politique de fait des années huitante en une interdiction juridiquement contraignante (de niveau constitutionnel). La disposition transitoire correspondante (alinéa 2) n'est pas à proprement parler du droit transitoire au sens technique; il s'agit plutôt d'un droit constitutionnel limité dans le temps.

Art. 67

Services postaux et télécommunications

L'article 67 du projet correspond à l'article 36 Cst.

L'alinéa 1 vise une offre de prestations complète dans le domaine de la poste et de l'acheminement d'informations; il donne à la Confédération une compétence législative exclusive et globale.

- les *services postaux* comprennent les prestations postales usuelles (acheminement des lettres, des colis et des fonds) et le transport régulier et professionnel de personnes, pour autant que celui-ci ne relève pas d'une disposition constitutionnelle particulière (art. 24ter, 26, 36ter: navigation, chemins de fer, navigation aérienne). L'article 36 ne touche pas le trafic général des marchandises et les affaires bancaires (Burckhardt, Kommentar, 310; Lendi, Commentaire de la Constitution fédérale, art. 36, nos 1, 7, 8 à 10).
- Les *services de télécommunications* recouvrent la transmission électrique, électromagnétique et magnétique de messages qui ne sont pas destinées au public en général (cf. art. 2 LTC). Les aspects techniques de la communication à distance par la radio et la télévision ne tombent pas dans le domaine propre des télécommunications, mais ils sont considérés comme des éléments nécessaires de ces médias (cf. art. 2, 2e phrase, LTC et art. 1er LRTV; FF 1987 III 699 ss ad art. 1er et 2 LRTV). C'est pourquoi la réglementation des techniques de transmission par la radio et la télévision (art. 8, 24, 28, 32, 34, 37 et 39 ss LRTV) est aussi fondée sur l'article 55 bis Cst.; cet article conçoit la communication de masse par voie électronique comme étant un phénomène formant un tout avec des aspects relevant de la technique et d'autres relevant des programmes.
- La Confédération, une entreprise au bénéfice d'un monopole ou des particuliers peuvent intervenir comme *fournisseurs de prestations* dans le domaine des postes et des télécommunications; cependant, l'article 36 Cst. s'oppose aussi bien à une législation cantonale en la matière qu'à une activité se rattachant à l'économie privée (Lendi, op. cit., art. 36, no 3 s., 11, 13, 17s.). Il appartient du reste au législateur de dé-

terminer ce qui est attribué au secteur monopolistique et ce qui est soumis au régime de concurrence (FF 1988 I 1284 ss); en outre, les dispositions du droit international ont des effets sur la suppression du monopole des PTT; c'est ainsi que l'actuelle LTC a supprimé l'ancien monopole des PTT sur les installations d'usagers (art. 32 ss LTC; FF 1988 I 1284 ss); son droit exclusif d'assurer le transport régulier de voyageurs a également été relativisé dans le domaine du transport international (art. 2 et 6 LF sur le transport de voyageurs et les entreprises de transport par route; RO 1993 3128).

Selon l'alinéa 2, la Confédération doit au moins garantir une offre de prestations de base assurant des services postaux et des télécommunications fonctionnels dans toutes les régions du pays; en particulier, les tarifs doivent être élaborés d'après les mêmes principes sur l'ensemble du territoire et ne doivent pas procurer un bénéfice exagérément élevé aux fournisseurs de prestations (cf. art. 1er, 4 ss, 19 ss LTC; FF 1988 I 1282 s.; Burckhardt, Kommentar, 313; Lendi, Commentaire de la Constitution suisse, art. 36, nos 5, 17 et 23). Le projet transforme les principes concernant les tarifs (3e al. actuel) en principes généraux applicables à l'ensemble des prestations, sur le modèle de l'article 1er LTC.

L'alinéa 3, conformément à l'article 36, 2e alinéa, Cst., précise que les bénéfices des PTT doivent être versés à la Confédération. Une innovation consisterait à laisser cette obligation à la discrétion du législateur.

Le *secret postal* (actuel art. 36, 4e al.) est repris dans le chapitre relatif aux droits fondamentaux.

Art. 68 Radio et télévision

L'article 68 reprend, à quelques modifications près, l'article 55bis de la Constitution fédérale.

L'alinéa 1 consacre la compétence exclusive de la Confédération.

A l'origine de *l'alinéa 2*, il y a l'idée que les médias remplissent, dans une société démocratique, une tâche d'intérêt général. Pour préserver la liberté d'information du public, la Constitution définit un mandat de prestation, aux termes duquel la radio et la télévision doivent contribuer au développement culturel, à la libre formation de l'opinion et au divertissement (voir le message du Conseil fédéral concernant l'article constitutionnel sur la radio et la télévision, du 1er juin 1981 [message 1981], FF 1981 II 849ss, 906ss.). Ce mandat a en vue l'ensemble de l'offre de programmes et non pas chaque diffuseur ou chacun de ses programmes. En dépit de l'augmentation importante du nombre de diffuseurs et de programmes susceptibles d'être captés, le mandat de prestation conserve néanmoins sa justification (cf. Jörg Paul Müller, Grundrechte, 2e éd., Berne 1991, p.203; message du Conseil fédéral concernant la loi sur la radio et la télévision (LRTV), du 28 septembre 1987, FF 1987 III 661ss, 692ss; arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, Informationsverein Lentia et autres v. A, du 24 novembre 1993, Série A, vol. 276, § 31). Cet alinéa 2 fixe, en particulier, les principes matériels de l'information: la radio et la télévision présentent les événements fidèlement et reflètent équitablement la diversité des opinions.

L'alinéa 3 consacre d'abord l'indépendance du diffuseur à l'égard de l'Etat. L'institution d'une radio ou d'une télévision d'Etat serait incompatible avec la liberté d'opinion et d'information du public (arrêt du Tribunal fédéral du 20 octobre 1980, ZBl 1982, p.219ss, 222; message 1981, FF 1981 II 949; voir aussi l'article 10 CEDH et l'arrêt Informationsverein Lentia et autres, précité, § 39; art.19 Pacte II et Manfred Nowak, UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Fakultativprotokoll (CCPR-Kommentar, Kehl 1989, p.355ss, no 46). Cet alinéa pose ensuite le principe de l'autonomie du diffuseur dans la conception des programmes, qui est un aspect de la liberté d'expression (voir art.13 du projet et son commentaire). Les concessions peuvent aussi être accordées à des étrangers (art.11, al.3, et 35, al.1, LRTV, avec la modification du 18 juin 1993). Les particuliers, de leur côté, n'ont pas le droit d'exiger du diffuseur qu'il leur réserve une place dans ses programmes ("droit à l'antenne"; cf. art.5, al.3, de la loi précitée; ATF 119 Ib 241, 249). Sont réservées, toutefois, certaines règles relatives aux émissions diffusées dans le cadre des campagnes référendaires ou électorales (ATF 119 Ib 250). Le public, lui, a un droit à ce que les principes matériels de l'information soient respectés (art.4 et 57ss LRTV).

Les alinéas 4 et 5 reprennent les alinéas de l'article 55bis Cst.

Section 5: Formation, recherche, culture et sport

Art. 69 Formation

Cet article correspond aux articles 27 de la Constitution et 4 des dispositions transitoires.

Les écoles relèvent, en principe, de la compétence exclusive des cantons (souveraineté dans le domaine scolaire). Cependant, quelques exigences minimales de droit fédéral, auxquelles l'enseignement primaire doit satisfaire, sont réglées au niveau constitutionnel (al. 1 correspondant à l'art. 27 al. 2 et 3bis Cst). Les cantons organisent et financent les écoles publiques de façon autonome. Ils doivent cependant observer les exigences de droit fédéral suivantes, lesquelles ne sont pas définies de façon plus précise au niveau légal:

- l'enseignement doit être suffisant en ce qui concerne la qualité et l'organisation.
- l'instruction publique primaire doit être placée exclusivement sous la direction de l'Etat en tant que branche de l'administration cantonale. Une surveillance ecclésiastique ou privée n'est pas admissible. En plus des écoles publiques, des écoles privées sous surveillance cantonale sont autorisées; il n'y a pas de monopole étatique dans le domaine scolaire.
- en vue du bon fonctionnement de la démocratie, on prescrit l'enseignement obligatoire (devoir fondamental) en garantissant sa qualité à tous les niveaux. Pour les personnes handicapées, il faut prévoir une instruction adaptée à leurs facultés.
- l'école publique primaire est gratuite pour tous les habitants (Suisses et étrangers). Cet élément permet d'assurer l'égalité des chances dans la

formation élémentaire. Ce "petit droit social" est justiciable et oblige la collectivité à fournir une prestation positive.

- l'année scolaire, au niveau de l'école obligatoire, débute impérativement à l'automne.

Les écoles secondaires, c'est-à-dire celles qui, en dehors de l'école primaire, conduisent ou préparent à la maturité, relèvent également de la compétence cantonale. Les cantons doivent cependant observer les prescriptions concernant la neutralité confessionnelle de toutes les écoles publiques et le sport obligatoire à l'école (art. 27quinquies Cst, art. 74 al. 1 AP), ainsi que les conditions d'admission aux hautes écoles se trouvant dans l'ordonnance sur la reconnaissance des certificats de maturité (RS 413. 11).

De plus, la Confédération dispose de la compétence de créer, reprendre et subventionner des écoles polytechniques, des universités, ainsi que d'autres établissements d'instruction supérieure (al. 2 correspondant à l'art. 27 al.1 Cst). Ces institutions peuvent être réunies sous le terme générique de "hautes écoles". Il s'agit, en principe, d'une compétence parallèle obligeant la Confédération à prendre les mesures qui s'y rapportent. La Confédération dispose d'une compétence exclusive pour ses propres établissements. Quant à la question de savoir quelles institutions peuvent être qualifiées de hautes écoles, cela relève moins du caractère scientifique des institutions que du fait que la formation qu'elles dispensent conduise à une activité professionnelle qualifiée dans des postes à responsabilité (FF 1991 IV 340: écoles supérieures de travail social). Ce soutien financier de la Confédération s'effectue par le biais de subventions (contributions pour les charges d'exploitation et contributions pour les investissements concernant les infrastructures) et de prestations de service. La Confédération peut assurer une certaine coordination aux hautes écoles en soumettant ses contributions à des charges et conditions. Cependant, la Confédération n'a pas de véritable compétence de réglementation en la matière.

Dans l'optique d'innover, un alinéa supplémentaire relatif à la formation bilingue pourrait être ajouté ("la Confédération et les cantons favorisent la formation bilingue"). L'initiative parlementaire 92.455 Robert du 18. 12. 1992, à laquelle il a été donné suite le 16. 3. 1994, contient une demande correspondante.

On peut renoncer, dans le projet, à l'art. 27 al. 4: la compétence relative à la surveillance étant, de manière générale, suffisamment réglée (art. 32 du projet). L'article 4 DT oblige les cantons à agir dans des délais déterminés. Les tâches correspondantes ont été remplies et ces délais ont expiré; la disposition en question est donc devenue obsolète.

Art. 70

Aides à la formation

L'article 70 du projet correspond sous une forme rédactionnellement raccourcie à l'article 27 quater Cst. féd.. Par ses aides financières, la Confédération cherche à mettre en valeur les réserves de capacité intellectuelle

encore inexploitées et à assurer une relève qualifiée pour l'économie et l'administration. En outre, l'article implique une idée de solidarité (faciliter l'instruction de défavorisés sociaux) ainsi que des aspects culturels (développement de la personnalité). Les aides (bourses, prêts, indemnités) fondées sur cette compétence subsidiaire d'encouragement sont conçues comme des compléments et non comme des remplacements des prestations cantonales (*1er al.*). Seules sont admises les aides individuelles; les aides sous forme d'investissements sont exclues. Au demeurant la compétence fédérale est facultative.

Selon le *2e alinéa*, la Confédération peut, comme jusqu'à présent, adopter des mesures d'encouragement de son propre chef. Il s'agit d'une compétence parallèle destinée à combler les lacunes des réglementations cantonales (p.ex. aides aux Suisses de l'étranger lorsqu'ils fréquentent des écoles en Suisse, soutien d'étudiants de cantons financièrement faibles qui ne peuvent verser des contributions suffisantes en matière de formation malgré les subventions fédérales).

La Confédération ne peut toutefois imposer aucune harmonisation matérielle dans le domaine des bourses d'études. Elle peut cependant poser certaines conditions à l'octroi de ses contributions. C'est dans ce sens qu'elle a prévu des exigences minimales (art. 5 de la LF sur l'allocation de subventions pour les dépenses des cantons en faveur des bourses d'études; RS 416.0), de même que des limites pour le subventionnement des bourses cantonales (art. 5 de l'ordonnance d'exécution de la LF susmentionnée; RS 416.01). Mais la tendance actuelle est de réaliser l'harmonisation formelle en premier lieu par la voie d'une collaboration volontaire.

L'article 70 du projet renonce à citer expressément la souveraineté cantonale en matière d'instruction publique et le droit des cantons d'être consultés, car ces points sont réglés ailleurs dans le projet. Quant à la forme des dispositions d'exécution (art. 27 quater, 4e al., 1ère phrase, Cst.), point n'est besoin de la mentionner explicitement car les dispositions générales du projet qui s'y rapportent sont suffisantes.

Art. 71

Formation professionnelle

L'article 71 du projet a pour objet la formation professionnelle. Il correspond à l'article 34 ter, 1er alinéa, lettre g, Cst. et, du point de vue de sa formulation, il se rapproche fort du droit en vigueur. Cet article autorise la Confédération à édicter des normes sur la formation et le perfectionnement professionnels dans l'industrie, les arts et métiers, le commerce, l'agriculture et le service de maison.

L'énumération des domaines professionnelles susmentionnés conduit à des problèmes de délimitation, en particulier pour la définition des "arts et métiers". En outre, le monde du travail a beaucoup changé au cours des dernières décennies. C'est pourquoi les autorités d'exécution se trouvent constamment placées devant de difficiles problèmes d'interprétation juridique. La tentative du législateur d'établir un catalogue négatif en la matière pour obtenir une délimitation plus claire entre les compétences fédérales et cantonales n'a connu qu'un succès limité (cf. art. 1er, 3e al., LF sur la formation professionnelle, LFPr, RS 412.10). Ainsi, en 1974, l'Office

fédéral de la justice était arrivé à la conclusion que l'activité d'une assistante médicale devait être classée dans les professions relevant des soins aux malades, ce qui excluait cette spécialité de la LFPr (JAAC 38 [1974] 76). Dix années plus tard, en revanche, on a estimé que les aspects "techniques", "commerciaux et d'organisation" prédominaient par rapport aux éléments "soignants" des assistantes médicales, ce qui justifiait une subordination à la LFPr (JAAC 50 [1986] 12). D'autres professions ont été des casse-tête pour les autorités d'application, ainsi les spécialistes dans le domaine des caisses-maladie, les gardes d'animaux, les gardes-forestiers, les moniteurs de fitness, les assistantes de vétérinaires, les producteurs de prothèses (par opposition aux techniciens-dentistes), etc. Diverses interventions parlementaires ont souligné ces difficultés de délimitation, tel le postulat déposé le 2 mars 1992 à la Commission de la Science et de la Recherche du Conseil national: il charge le Conseil fédéral d'examiner si une modification de la Constitution fédérale est nécessaire pour pouvoir reconnaître des professions qui ne sont soumises ni à la LFPr ni à d'autres lois et sur la base de quelles réglementations légales il serait aujourd'hui possible de reconnaître de telles professions (BO (N) 1992, 236).

Pour éviter les problèmes de délimitation évoqués ci-dessus, on pourrait attribuer à la Confédération une compétence législative globale dans le domaine de la formation professionnelle ("La formation professionnelle relève de la compétence de la Confédération") ou alors lui donner simplement la possibilité de régler les conditions d'admission aux établissements de formation (p. ex. diplômes de maturité) et la reconnaissance des certificats de capacité décernés ("La Confédération peut régler les conditions d'admission aux établissements de formation, en particulier en exigeant un diplôme de maturité, et prendre les dispositions sur la reconnaissance des certificats de capacité"). Cette compétence devrait s'étendre à toutes les professions et ainsi inclure également le contenu matériel de l'article 33 Cst. (cf. aussi art. 76 du projet). Par ce biais, on devrait parvenir à une meilleure coordination et harmonisation dans le domaine de la formation professionnelle et garantir la libre circulation des professions dans toute la Suisse - fût-ce au détriment de la sphère de compétence décisionnelle des cantons.

Art. 72

Recherche

L'article 72 du projet correspond à l'article 27 sexies Cst. La recherche est d'une importance décisive pour la qualité de la formation scientifique; l'enseignement, la formation et la recherche se complètent et sont les éléments fonctionnels d'un système complet. En cette matière, c'est à la Confédération qu'incombe la responsabilité principale d'encourager la recherche; il s'agit d'une compétence globale et parallèle qui oblige la Confédération à agir (*1er al.*).

L'encouragement de la recherche ne crée en faveur des particuliers aucun droit à une quelconque prestation. Mais la Confédération est tenue de créer les conditions favorables à la recherche. L'encouragement de la recherche est cependant limité par la liberté de la recherche et de l'enseignement: ainsi, la Confédération ne peut intervenir sur l'objet même de la recherche ni en limiter les méthodes. La Confédération encourage la recherche en

gérant ses propres établissements (p. ex. les écoles polytechniques), en allouant des subventions à des institutions favorisant la recherche (p. ex. le Fonds national suisse de la recherche scientifique) et aux universités cantonales, ainsi qu'en fournissant des prestations de services (communication d'informations, mise à disposition de centres de calcul, etc.). Quant à la recherche poursuivie par l'économie privée, axée sur la pratique et le développement de techniques, elle ne peut être soutenue que de manière subsidiaire et indirecte, en raison même de la définition de la compétence fédérale.

Pour établir une certaine coordination, le Conseil fédéral publie régulièrement une information générale sur sa politique en matière de recherche (voir Objectifs de la politique de la Confédération en matière de recherche à partir de 1992, FF 1990 II 823; Message relatif à la promotion de la science durant la période allant de 1996 à 1999, FF 1995 I 821). En outre, il peut aussi lier l'octroi de ses aides à une réserve dans le domaine de la coordination (2^e al. correspondant à l'art. 27 sexies, 1^{er} al., 2^e phrase, Cst.). De toute manière, cette compétence de coordination a un caractère subsidiaire; la responsabilité de la coordination de la recherche entre chercheurs et organismes non étatiques est d'abord l'affaire des intéressés et la Confédération ne saurait édicter des dispositions sur l'activité de recherche de tiers.

Selon le 3^e alinéa, la Confédération peut exploiter des établissements de recherche.

La statistique est entendue comme étant une compétence annexe par rapport aux différentes compétences matérielles correspondantes de la Confédération. Dans la mesure où la statistique sert à des buts de recherche, le présent article constitue une base constitutionnelle suffisante. Toutefois, s'il s'avérait souhaitable de mentionner expressément la statistique fédérale, on pourrait introduire un article supplémentaire qui aurait la teneur suivante :

Art. ... Statistique

¹ La Confédération établit des données statistiques sur l'état et le développement de la population, de l'économie, de la société, du territoire et de l'environnement en Suisse.

² Elle édicte des dispositions légales pour assurer les bases statistiques dont elle a besoin pour accomplir ses tâches.

Art. 73

Culture

Pour agir dans le domaine de la politique culturelle, la Confédération peut s'appuyer d'abord sur ses compétences constitutionnelles relatives à l'encouragement de la production cinématographique (art. 27 ter Cst.), à la protection de la nature et du paysage (art. 24 sexies Cst.) et - en cas de conflits armés - à la protection des biens culturels (art. 22bis Cst.), ainsi que sur toute une série d'autres compétences constitutionnelles (art. 8, 45bis, 55bis, 115, 116 Cst.). Pourtant, la Constitution en vigueur ne contient aucune compétence écrite et globale en matière d'encouragement

de la culture. Les tentatives faites jusqu'ici pour introduire dans la Constitution une norme de compétence expresse et globale qui autorise la Confédération à encourager la culture ont échoué (1986 (initiative et contre-projet) et 1984 (projet des autorités)).

Selon une pratique incontestée du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale, il est admis que l'encouragement de la culture, au sens large du terme, fait partie des tâches de l'Etat; la Confédération dispose ainsi d'une compétence tacite ou fondée sur le droit coutumier, en vertu de laquelle, fût-ce après les échecs précités, elle exerce des activités culturelles des domaines où elle n'est pas habilitée expressément à le faire (FF 1987 I 961 s., 1991 I 1440, 1992 I 522 s.; JAAC 50 [1980] 41). Les compétences se limitent alors au secteur de l'administration de promotion (JAAC 50 [1980] 47, FF 1992 I 522).

L'article culturel part du fait que l'encouragement officiel de la culture est en première ligne l'affaire des cantons. L'encouragement d'une vie culturelle variée et multiforme comprend la sauvegarde du patrimoine culturel, l'aide à la création contemporaine et la promotion de l'accès à la culture. Pour ce faire, le *1er alinéa* prévoit que la Confédération doit tenir compte de la diversité culturelle du pays dans l'accomplissement de ses tâches.

Le *2e alinéa* comprend une compétence de promotion culturelle en faveur de la Confédération, qui est toutefois nettement restreinte par rapport à l'article sur l'encouragement de la culture, rejeté en 1994. Sur la base de cet alinéa, la Confédération est autorisée à encourager les activités culturelles d'intérêt national. En vertu du principe de subsidiarité, la Confédération ne saurait rattacher sa propre politique culturelle aux politiques locale ou régionales en la matière.

Le *3e alinéa* fixe le mandat aux termes duquel la Confédération doit encourager la compréhension, les échanges entre les communautés linguistiques et soutenir les mesures prises au profit des langues nationales menacées (art. 116 Cst.). La formulation correspond largement aux 2e et 3e alinéas de l'article sur les langues qui a été adopté, le 1er février 1995, par le Conseil national comme conseil prioritaire.

—Le *4e alinéa* correspond à l'article 27 ter Cst. qui, en son temps, avait été introduit pour des raisons culturelles et d'ordre politique. Il a pour but d'assurer l'indépendance et l'organisation de l'industrie suisse du film, de limiter les influences économiques et idéologiques de l'étranger et de promouvoir une production suisse de films alors que celle-ci souffre d'un marché intérieur insuffisant. La Confédération dispose d'une compétence concurrente dotée d'un effet dérogatoire différé, dans les domaines économique et culturel du cinéma. Cependant, comme cette compétence est de caractère subsidiaire, la Confédération ne peut intervenir que dans la mesure où des mesures cantonales ou privées ne parviennent pas au but poursuivi. Si elle intervient, la Confédération a les moyens suivants à disposition :

- Encourager la production de films indigènes et d'activités culturelles dans le domaine du cinéma. A ce titre, la Confédération met actuellement à disposition des moyens notamment pour la production de films et de scénarios, pour le développement de projets cinématographiques,

l'octroi de primes de qualité, la formation, l'archivage ainsi que le soutien d'institutions de culture cinématographique (*let. a*).

- Régler l'importation et la distribution de films (*let. b*). A relever qu'en la matière il s'agit d'une compétence exclusive de la Confédération, qui lui permet en particulier de lutter contre certaines pratiques indésirables (p. ex. la distribution "en bloc"). Aussi la loi sur le cinéma soumet-elle l'importation de films de fiction au contrôle et au contingentement.
- Réglementer l'ouverture et la transformation des salles de cinéma (également *let. b*), ce qui requiert une autorisation de droit fédéral. En cette matière, l'article 27 ter, 3e alinéa, Cst. réserve aux cantons le soin d'octroyer les autorisations et d'en régler la procédure. La LF sur le cinéma concrétise ces principes aux articles 18 et suivants. Aussi, pour éviter une superposition normative peu souhaitable, peut-on renoncer à cette réserve constitutionnelle en faveur des cantons.

A relever que dans le cadre des réglementations restrictives prévues à la lettre b, la Confédération peut, si nécessaire, déroger également au principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

Selon l'article 27 ter, 2e alinéa, Cst., les cantons et les associations intéressées ont le droit d'être consultés lors de l'élaboration des lois d'exécution dans ce domaine. Comme le projet règle ce droit de manière générale (art. 155 du projet), on peut renoncer ici à le mentionner expressément.

"Pour le surplus", l'article 27 ter, 4e alinéa, Cst. réserve expressément aux cantons la compétence d'adopter dans le domaine du cinéma ses propres normes et les appliquer. Là également, on peut renoncer à une telle norme puisque le projet règle l'exécution du droit fédéral par le cantons de manière générale à l'article 32, 3e alinéa, du projet.

Art. 74

Gymnastique et sport

L'article 74 du projet met à jour l'article 27 quinquies Cst. Il sert de base à l'encouragement général de la gymnastique et du sport en tant que partie de la formation générale (santé publique, organisation du temps libre, santé individuelle). Historiquement parlant, l'entraînement physique des jeunes gens se justifiait dans la perspective du service militaire (Jeunesse et Sport); aujourd'hui, il est devenu simplement un volet d'un cadre dont la finalité est essentiellement plus vaste.

Le *1er alinéa* contient une compétence de la Confédération concurrente avec effet dérogatoire différé. Sur cette base, elle peut édicter des prescriptions sur la pratique de la gymnastique et du sport par la jeunesse, sur l'organisation du sport facultatif à l'école ou sur le sport en dehors de celle-ci. Elle peut en particulier déclarer obligatoire l'enseignement de la gymnastique et du sport dans les écoles et régler d'autre part la formation des moniteurs pour ces disciplines.

Selon le *2e alinéa*, la Confédération peut encourager la pratique de la gymnastique et du sport chez les adultes. Il s'agit là d'une compétence parallèle. Dans ce domaine, la Confédération ne dispose pas d'une compétence législative. Enfin, la Confédération entretient une école de sports.

Le droit en vigueur autorise expressément la Confédération à rendre obligatoire l'enseignement de la gymnastique et des sports dans les écoles (art. 27 quinquies, 1er al., Cst.). Cette compétence ressort de la compétence législative générale et, de ce fait, elle n'est plus formulée expressément. L'article 27 quinquies, 1er alinéa, Cst. réserve expressément l'exécution aux cantons compte tenu de leur souveraineté en matière scolaire. En raison du principe de l'exécution du droit fédéral par les cantons prévue à l'article 32, 3e alinéa, du projet, on peut renoncer à introduire ici une telle disposition. Quant au droit des cantons d'être consultés (art. 27 quinquies, 4e al., Cst.), point n'est besoin de le mentionner ici puisqu'il est réglé d'une manière générale à l'article 155 du projet.

Section 6: Economie

Art. 75 Principes de l'ordre économique

L'article 75 du projet reprend les principes applicables aux mesures prises par la Confédération et les cantons dans le domaine de l'économie, tels qu'ils ont été déterminés aux articles 31, 2e alinéa, et 31 bis, 2e alinéa, Cst.

Le principe de la libre concurrence (cf. les commentaires de l'art. 21, 3e al., du projet) interdit à l'Etat d'intervenir de manière dirigeante dans l'économie. Le principe ne serait pas respecté, par exemple, si la collectivité privilégiait certains commerçants ou si elle empêchait l'accès à un certain marché à de nouveaux concurrents (p. ex. au moyen d'une clause du besoin). Lorsqu'elle prend des dispositions relatives à l'accès à la profession et à l'exercice de la profession, la collectivité doit respecter les mécanismes du marché (cf. Etienne Grisel, *Liberté du commerce et de l'industrie*, Berne 1993, 123 ss.). De même, l'exclusion générale ou partielle de personnes privées d'un certain marché par voie de monopolisation d'une activité commerciale ou par l'établissement d'un système de concession est contraire au principe de la libre concurrence.

Toute dérogation au principe de la libre concurrence requiert une base dans la Constitution fédérale (cf. aussi art. 21, 3e al. du projet). Cette base constitutionnelle peut, comme c'est déjà le cas selon le droit constitutionnel en vigueur (cf. Rhinow *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 31, no 144), être explicite (cf. p. ex. art. 73, 4e al., let. b., art. 77, 2e al., du projet) ou implicite (cf. p. ex. art. 84, art. 86, 2e al., du projet). Alors que le projet (sur le modèle du droit constitutionnel en vigueur) autorise la Confédération à déroger au principe de la libre concurrence dans toute une série de dispositions, les cantons sont liés à ce principe, à deux exceptions près. La première exception concerne les cafés et restaurants (art. 77, 3e al., du projet). La seconde exception concerne les régales cantonales (art. 75, 2e phrase). Dans le droit constitutionnel en vigueur, l'étendue de la réserve régalienne est contestée (Rhinow *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 31, nos 230 ss, avec références); elle comprend en tous les cas les régales "historiques" et les monopoles, tels que la régale de la chasse (cf. ATF 119 la 131) ou la régale des mines (ATF 119 la 405 s.). La pratique a, en rapport avec

l'article 31, 2e alinéa, Cst. admis à certaines conditions la création de nouveaux monopoles cantonaux (cf. ATF 101 la 127 ss.).

Il ne faut pas confondre le principe de la libre concurrence avec une garantie de l'Etat quant au fonctionnement concurrentiel de l'économie. Ni l'article 21, 3e alinéa, du projet, ni l'article 75 du projet ne constitue une base pour instaurer une politique active en matière de concurrence. Une telle politique doit plutôt se fonder sur l'article 78 du projet et respecter les conditions cadres déterminées par cette disposition. En d'autres termes, le principe de la libre concurrence ne s'oppose pas à des accords entre particuliers qui ont pour effet de restreindre la concurrence; en fait, il contient seulement, mais tout de même, une garantie "négative" de concurrence dirigée contre l'Etat.

Le texte de l'article 75 du projet s'inspire d'une formulation répétée dans la jurisprudence du Tribunal fédéral: "Ne sont toutefois pas autorisées les mesures qui restreignent la libre concurrence, afin de privilégier certains commerçants ou certaines formes d'entreprises et de diriger la vie économique selon un plan déterminé" (ATF 111 la 186). Du reste, on reprend certaines expressions figurant à l'article 31, 2e alinéa, Cst. ("Récales"), et à l'article 31 bis, 3e alinéa ainsi que des formules apparentées ("dérogations").

Les principes applicables aux mesures prises par l'Etat dans le domaine de l'économie, ancrés dans l'article actuel 32 Cst., ne sont plus mis en évidence dans le contexte des "articles économiques" du projet. Ces principes ressortent de différentes dispositions générales du projet (principe de légalité; droit des cantons et d'associations économiques d'être consultés, art. 155 du projet; exécution par les cantons, art. 32, 3e al. du projet; participation d'associations économiques à l'exécution, art. 152, 3e al. du projet). L'autorisation dont dispose la Confédération de déléguer ses compétences législatives aux cantons (art. 31 ter, 2e al., Cst.) est l'expression d'un principe généralement reconnu, qu'il n'est pas nécessaire de reprendre explicitement.

A titre de variante rédactionnelle, on pourrait en guise d'introduction faire précéder l'article 75 du projet d'un alinéa d'ordre programmatique, qui, sur le modèle (et la mise à jour) de l'actuel article sur le "bien-être général" (art. 31bis, 1er al., Cst.), contribuer à replacer l'ordre économique dans le contexte social global (p. ex. "L'ordre économique doit être aménagé de manière libre, sociale et écologique"). Pour d'autres variantes rédactionnelles, cf. les commentaires de l'article 21 du projet.

Une formulation alternative de l'ensemble de l'article (avec des nuances d'ordre matériel par rapport au droit en vigueur) pourrait être: "La Confédération et les cantons garantissent les principes d'un ordre économique libre et social. Des interventions dans l'ordre économique ne sont autorisées que dans la mesure où la Constitution fédérale et la législation qui en découle le prévoient. Les récales cantonales sont réservées".

Dans le sens d'une innovation, qui dépasserait la conception qui a prévalu jusqu'à présent à propos de la Constitution en vigueur, on pourrait envisager d'obliger la Confédération à se retirer à l'avenir de plus en plus de ses propres activités économiques ("privatisation") ou de limiter sa propre ac-

tivité économique au strict nécessaire. Un 2e alinéa pourrait avoir la teneur suivante: "La Confédération limite sa propre activité économique au strict nécessaire". Une telle innovation permettrait de définir de manière plus sûre les contours du principe constitutionnel objectif de "la liberté de l'économie à l'égard de l'Etat", ancré dans l'article 21 du projet (et dans l'actuel art. 31 Cst.). Une telle disposition de "privatisation" s'opposerait à certaines nouvelles tendances cherchant à mettre davantage en concurrence l'Etat ou certaines de ses entités et les opérateurs de l'économie privée.

Art. 76

Activité économique privée

L'article 76 du projet reprend certaines parties de l'article 31 bis, 2e alinéa, Cst. (exercice du commerce et de l'industrie), ainsi que l'article 33 Cst. et l'article 5 DT Cst.

L'article 76, *1er alinéa*, du projet formule, sur le modèle de l'article 31 bis, 2e alinéa, Cst., une compétence fédérale de régler l'exercice d'activités économiques lucratives. Le concept d'exercice du commerce et de l'industrie est remplacé par le concept d'activité économique privée; ceci ne représente pas un élargissement d'ordre matériel de la compétence fédérale (Rhino *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 31 bis, no 40). L'article 76, 1er alinéa, du projet confère à la Confédération la possibilité d'adopter des dispositions uniformes pour l'ensemble de la Suisse ou uniquement des dispositions d'harmonisation.

Lorsqu'elle légifère, la Confédération est liée au principe de la libre concurrence (ce qui, au vu des art. 21, 3e al., et 75 du projet, ne doit plus être mentionné explicitement). L'article 76 du projet n'offre pas de base pour des mesures directrices de "politique économique". A l'instar de l'article 31 bis, 2e alinéa, Cst., l'article 76 du projet instaure une compétence fédérale avec effet dérogatoire différé: les cantons restent compétents pour régler l'exercice d'activités économiques privées tant que le législateur fédéral ne fait pas usage de ses propres compétences législatives. Même si l'exigence de sauvegarder les intérêts généraux de l'économie nationale (Rhino *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 31 bis, nos 82 ss.) n'est plus explicitement mentionné dans le texte du projet, cette condition cadre doit toujours être considérée comme condition évidente à toute mesure de l'Etat dans le secteur économique. Outre l'article 76 du projet, une série de dispositions particulières du projet constitue une base pour régler l'exercice d'activités économiques privées (cf. p. ex. art. 85 et 98 du projet).

D'une certaine manière, l'article 76, *2e alinéa, 1ère phrase*, du projet renforce le caractère "globale" de la compétence consacrée au 1er alinéa: la Confédération est chargée de créer un espace économique uniforme; ainsi on comprend mieux "la dimension de marché intérieur" reconnue à la liberté du commerce et de l'industrie (art. 31, 1er al., Cst.: "dans l'ensemble de la Confédération").

L'article 76, *2e alinéa, 2e phrase*, du projet oblige la Confédération à garantir, sur tout le territoire fédéral, la liberté de l'exercice des professions scientifiques. Le texte du projet ne mentionne pas les moyens à utiliser

pour mettre en oeuvre cette liberté. Outre l'élaboration d'une LF uniforme sur les certificats de capacité (telle qu'elle existe actuellement pour les médecins, les pharmaciens et les vétérinaires; voir LF du 19.12.1877, complétée le 21.12.1886, RS 811.11), d'autres instruments sont pris en considération (p. ex. dispositions consacrant la reconnaissance réciproque de certificats de capacité cantonaux; jurisprudence du Tribunal fédéral). Si l'on demeure dans le cadre strict du mandat de mise à jour, la Confédération ne dispose pas de la compétence de régler de manière exhaustive les professions scientifiques (cf. art. 33, 1er al., Cst.). Dans cette mesure, l'article 76, 2e alinéa, du projet doit être interprété par rapport au 1er alinéa comme une disposition spéciale, n'accordant à la Confédération qu'une compétence législative limitée. Aussi longtemps que la garantie de libre circulation n'est pas concrétisée par des dispositions de la Confédération, la jurisprudence du Tribunal fédéral comblera cette lacune en définissant "des exigences minimales", "auxquelles doivent répondre les certificats de capacité cantonaux, pour être reconnu dans les autres cantons" (ATF 111 la 111; cf. aussi Bois *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 33, nos 26 ss et art. 5 DT Cst., nos 1 ss; pour la profession d'avocat, cf. enfin ATF 119 la 36, 375; des travaux préparatoires en vue d'une LF-cadre sont en cours). A ce sujet, le Tribunal fédéral peut se référer à l'article 76, 2e alinéa, du projet, ainsi qu'aux dispositions transitoires qui s'y rapportent. Du point de vue des particuliers, la disposition du projet qui opère la mise à jour confère, comme auparavant, un droit de rang constitutionnel.

La formulation repose principalement sur le texte de la Constitution en vigueur.

En tant que variante rédactionnelle, le 1er alinéa pourrait mentionner expressément l'obligation pour le législateur fédéral de respecter le principe de la libre concurrence. On pourrait également examiner si le principe de la libre circulation peut être explicitement étendu aux échanges économiques internationaux.

Art. 77

Politique structurelle

L'article 77 du projet met à jour les articles 31 bis, 2e et 3e alinéas, lettres a et c, et 31 ter, 1er alinéa, Cst.

Dans une période de concurrence accrue sur le plan international entre les différentes régions économiques, la garantie de conditions cadres avantageuses pour l'économie privée fait partie des tâches centrales de l'Etat dans le domaine de l'économie. L'article 77, 1er alinéa, du projet, attribue à la Confédération, dans le cadre de sa compétence, un mandat dans ce sens et fonde, à l'instar de l'article 31 bis, 2e et 3e alinéas, lettres a et c, Cst., une compétence générale de promotion et d'encouragement de la Confédération en faveur de certains secteurs économiques (y compris des professions), ainsi qu'en faveur de régions économiquement défavorisées. En principe, la promotion et l'encouragement doivent être conçus de manière à être neutres du point de vue de la concurrence (cf. art. 31 bis, 2e et 3e al., préambule). Une dérogation au principe de la libre concurrence

doit tout de même, comme selon le droit constitutionnel en vigueur, être possible exceptionnellement (2^e al.).

L'article 77 du projet continue à laisser une place aux mesures cantonales de promotion et d'encouragement économiques. Les cantons doivent toutefois respecter le principe de la libre concurrence, sauf en ce qui concerne l'exploitation des cafés et des restaurants.

La formulation de l'article 77 du projet actualise les notions du droit constitutionnel en vigueur, en tenant compte des nouveaux usages de langage.

La nécessité de la justification par "l'intérêt général" (art. 31 bis, 3^e al., préambule, Cst.) est une condition-cadre évidente de toute action de l'Etat dans le domaine économique et ne doit pas être mentionnée spécialement dans le texte du projet. La subsidiarité de la politique structurelle sectorielle de la Confédération (priorité pour les mesures d'entraide qu'on peut équitablement exiger; art. 31 bis, 4^e al., Cst.) et l'obligation de prendre en compte les groupements fondés sur l'entraide (art. 31 bis, 5^e al., Cst.) résultent déjà de principes généraux; une mention spéciale dans l'article 77 du projet est superflue. De même, et sans que cela ne soit spécialement mentionné dans le texte de la Constitution, les cantons sont compétents pour subordonner à des connaissances professionnelles et des qualités personnelles l'exploitation des cafés et des restaurants.

Dans les cantons, la tendance est actuellement à l'affaiblissement, voire à la suppression de la clause du besoin pour l'exploitation des cafés et des restaurants. On pourrait ainsi examiner si, dans le sens d'une libéralisation prévue par le droit fédéral, la clause du besoin motivée par la politique structurelle doit être interdite à l'avenir (avec un délai d'adaptation fixé de manière très large par droit fédéral) ou si les exigences, assez strictes en soi, mais interprétées très largement, que le droit fédéral impose pour considérer comme admissibles les mesures protectionnistes cantonales, doivent être renforcées.

Art. 78 Politique de concurrence

L'article 78 du projet met à jour les articles 31 bis, 2^e et 3^e alinéas, 31^{sexies} et 31^{septies} Cst.

L'article 78 du projet résume en une disposition les bases constitutionnelles en matière de législation sur la concurrence (y compris la surveillance des prix) et de législation sur la protection des consommateurs. Le 1^{er} alinéa oblige le législateur fédéral à édicter des dispositions contre les conséquences sociales et économiques nuisibles des restrictions de la concurrence. Les moyens de la politique des cartels ne sont pas abordés par le 1^{er} alinéa. En matière de cartels, le pouvoir d'appréciation du législateur est considérable. A certaines conditions, il peut de manière partielle prévoir la possibilité d'interdire les cartels (cf. p. ex. Leo Schürmann, "Wirtschaftsverwaltungsrecht", 3^e éd., Berne 1994, 469). Cependant, l'article 78, 1^{er} alinéa, du projet ne permet pas (à l'instar de l'art. 31 bis, 3^e al., let. d, Cst.) qu'en tant que tels des accords de concurrence soient généralement interdits.

La surveillance des prix, motivée par la politique de concurrence, exigée par l'article 31 septies Cst. en matière de biens et de services, trouve déjà une base suffisante dans "l'article sur les cartels" (tant dans sa version actuelle que dans la version proposée). L'article 78, 2e alinéa, du projet donne un mandat impératif au législateur fédéral d'instituer un instrument déterminé de politique de concurrence.

La législation sur la concurrence déloyale, qui se basait jusqu'à présent notamment sur l'article 31 bis, 2e alinéa, Cst., se voit dotée par l'article 78, 2e alinéa, du projet d'une base constitutionnelle expresse. Par ailleurs, l'article 78, 2e alinéa, du projet charge la Confédération, sous forme d'un mandat général, de protéger les intérêts des consommateurs.

La formulation s'inspire d'éléments du texte constitutionnel en vigueur.

Le texte en vigueur de l'"article sur les cartels" (art. 31 bis, 3e al., let. d, Cst.) prévoit expressément que, lors de l'adoption de la législation d'exécution, la Confédération peut déroger, en cas de besoin, au principe de la liberté du commerce et de l'industrie (al. 3, préambule). Cette clause est superflue et ne doit pas être reprise dans le projet dans la mesure où le but de la politique de concurrence réside dans la garantie d'un ordre économique libéral; elle sert à soutenir et à renforcer le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et se trouve, dès lors, en harmonie avec le principe de la libre concurrence (art. 21 et 75 du projet). C'est pourquoi, le fait d'inclure comme actuellement "l'article sur les cartels" dans l'article 31 bis, 3e alinéa, Cst. est considéré comme discutable par la majorité de la doctrine récente (cf. p. ex. Gygi, "Wirtschaftsverfassungsrecht", Berne 1981, 117 s.; Rhinow *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 31 bis, no 109 et les références citées). La nécessité de la justification par "l'intérêt général" (art. 31 bis, 3e al., préambule, Cst.) est une condition-cadre évidente de toute action de l'Etat dans le domaine de l'économie et ne doit pas être mentionnée spécialement dans le texte du projet.

Même sans mention expresse dans le texte de l'article 78, 3e alinéa, du projet, les "intérêts généraux de l'ensemble de l'économie nationale", ainsi que la liberté du commerce et de l'industrie (liberté économique) devront être respectés, lors de l'exercice de la compétence fédérale en matière de protection des consommateurs. La mise sur un pied d'égalité des organisations de consommateurs et des associations professionnelles et économiques dans le cadre de la LCD (art. 31 sexies, 2e al., Cst.) est garantie par une disposition légale expresse (art. 10 LCD). L'article 31 sexies, 3e alinéa, Cst. (exigences de droit fédéral relatives à la procédure judiciaire en matière de litiges entre consommateurs finals et fournisseurs) peut être ramené au niveau de la législation.

A titre d'innovation en matière de cartels, la marge de manoeuvre du législateur pourrait être étendue par la formulation suivante: "La Confédération veille au maintien de la concurrence économique" (formulation inspirée par Kölz/Müller, art. 18, 3e al.); cette manière de faire donnerait la possibilité, nouvelle, de prévoir au niveau de la loi une interdiction générale des cartels, sous réserve d'autorisation.

A titre de variante rédactionnelle et en s'inspirant du titre proposé par le Conseil fédéral pour une loi totalement révisée sur les cartels ("Loi fédérale

sur les cartels et autres limitations de la concurrence"; cf. FF 1995 I 472 ss), on pourrait parler de "cartels et autres limitations de la concurrence", au lieu de "cartels et organisations similaires". Etant donné que le mandat législatif en matière de surveillance des prix est actuellement réalisé, on pourrait envisager de renoncer à cette mention particulière.

Art. 79

Politique financière et politique monétaire

L'article 79 du projet remplace les articles 38 et 39 Cst.

L'article 79 du projet reprend de manière plus rigide le contenu des deux dispositions en vigueur en matière financière et monétaire. La question de la nature juridique de la Banque Nationale Suisse (BNS) peut rester ouverte au niveau de la Constitution. On sortirait du cadre d'une simple mise à jour si, comme cela est suggéré parfois, on faisait de la stabilité monétaire un objectif prioritaire de la politique de la BNS au niveau de la Constitution.

La formulation reprend des éléments du droit constitutionnel en vigueur.

La politique de crédit fait partie de la politique monétaire et ne doit pas être mentionnée spécialement (cf. en outre art. 80, 2e al., du projet). Les 2e et 3e alinéas de l'article 38 Cst. sont suffisamment concrétisés au niveau de la loi (cf. art. 2 et 4 de la LF du 18.12.1970 sur la monnaie, RS 941.10). Il n'est pas nécessaire de prévoir, dans la Constitution même, le transfert du monopole d'émission des billets de banque de la Confédération à la BNS. Dans l'intérêt d'une simplification du texte constitutionnel, il peut être renoncé à mentionner des tâches de la BNS qui vont de soi (faire office de régulateur du marché de l'argent, faciliter les opérations de paiement). L'exemption d'impôt cantonaux de la Banque Nationale (art. 39, 5e al., Cst.) peut être réglée au niveau de la loi; elle y est déjà suffisamment concrétisée (art. 12 LBN). En supprimant les obligations de remboursement des billets de banque et de la couverture par de l'or (art. 39, 6e et 7e al., Cst.), le projet suit la pratique constitutionnelle actuelle, qui tient compte du fait que la Suisse se voit exposée de façon permanente, depuis des années, à des "rapports monétaires perturbés". La suppression de ces deux obligations tient également compte de la situation actuelle de la politique monétaire internationale (cf. art. IV des statuts du Fonds monétaire international, RO 1992, 2571). Les diverses modalités de répartition du bénéfice net de la BNS sont suffisamment réglées au niveau de la loi (art. 27 LBN); il devrait suffire de maintenir au niveau constitutionnel le principe que ce bénéfice revient pour deux tiers au moins aux cantons.

Art. 80

Politique conjoncturelle

L'article 80 du projet reprend l'article 31 quinquies Cst.

L'article 80 du projet charge la Confédération de prendre des mesures en faveur d'un développement conjoncturel équilibré. Les moyens pour parvenir à la stabilité font l'objet de controverses dans les milieux politiques économiques comme dans les milieux scientifiques. "L'article conjoncturel" du projet tient compte de ces controverses en n'imposant pas aux organes de décision une théorie économique déterminée. Le 1er alinéa se limite, en plus de la mention du but principal en matière de politique de stabilité

(assurer une évolution régulière de la conjoncture), à la mention de deux aspects de ce but qui sont de prévenir et combattre le chômage et le renchérissement. Par ailleurs, l'article 80 du projet, à l'instar de l'article 31 quinquies Cst., renonce à énumérer de manière exhaustive les différents instruments de la politique conjoncturelle.

Seuls deux instruments de politique fiscale font l'objet d'une mention spéciale. La mention expresse de la possibilité, motivée par des raisons de politique conjoncturelle, de prélever des suppléments ou d'accorder des dégrèvements sur les impôts et les taxes fédéraux est indispensable dans la mesure où les taux maxima de différents impôts fédéraux sont fixés au niveau de la Constitution. L'instrument des réserves de crise, servant aux objectifs de la politique de l'emploi, doit être mentionné au niveau de la Constitution, étant donné que la possibilité d'obliger les cantons à accorder des allègements fiscaux sur ces réserves constitue une atteinte à la souveraineté des cantons en matière fiscale (et non pas parce que l'obligation de créer des réserves de crise implique une atteinte à la liberté des entreprises; en effet, pour permettre une telle atteinte, une disposition de niveau législatif serait suffisante; cf. FF 1984 I 1164 s.; Rhinow *in* Commentaire de la Constitution fédérale. art. 31 quinquies, no 64). Il y a lieu de faire ressortir ce qui précède du texte de la Constitution. En outre, le 3^e *alinéa* oblige de manière générale la Confédération, les cantons et les communes à fixer leurs recettes et leurs dépenses en fonction de la situation conjoncturelle. L'"article conjoncturel" n'établit toutefois pas, pour des raisons liées au respect du fédéralisme, de mécanismes de contrôle et de sanction. Par ailleurs, l'article 79 du projet constitue une autre base constitutionnelle pour la politique monétaire.

D'après l'article 80, 2^e *alinéa*, du projet, la politique conjoncturelle doit d'abord être réalisée par des mesures qui sont compatibles avec le principe de la libre concurrence. Le 2^e *alinéa*, tel l'article 31 quinquies, 2^e *alinéa*, Cst., cite trois domaines, dans lesquels il est permis exceptionnellement de déroger au principe de la libre concurrence (domaines de la monnaie et du crédit, des finances publiques et des relations économiques extérieures).

La formulation s'inspire du texte constitutionnel en vigueur.

Les modalités réglées à l'article 31 quinquies, 3^e *alinéa*, Cst. concernant la possibilité de prélever des suppléments et d'accorder des rabais sur des impôts fédéraux découlent des principes généraux (principe de la proportionnalité) et peuvent être réglées au niveau de la loi. Si on voulait encore maintenir expressément dans le texte constitutionnel les principes de l'affectation ou du remboursement des impôts, il faudrait reprendre une formulation calquée sur la disposition constitutionnelle actuelle.

La compétence pour procéder aux enquêtes statistiques est reprise implicitement par l'article 80, 1^{er} *alinéa*, du projet. Le relevé de données auprès des différentes entreprises pourrait cependant constituer une atteinte aux libertés protégées par la Constitution; pour justifier une telle atteinte, une base légale est toutefois suffisante.

Art. 81 **Politique économique extérieure**

L'article 81 du projet est contenu de manière implicite par différentes dispositions du droit constitutionnel en vigueur (cf. art. 2, 8, 23 bis, 29, 31 bis, 31 quinquies Cst.).

L'article 81, *1er alinéa*, du projet concrétise le but général de l'Etat et la norme attributive de compétence en matière de politique étrangère (art. 2 et 44 du projet), pour le domaine du commerce extérieur. La défense des intérêts comprend aussi la prise de mesures de promotion. La politique économique extérieure uniquement ancrée, dans le droit constitutionnel en vigueur, sous l'aspect "droits de douane", est dotée d'une base plus large. Les moyens de la politique économique extérieure (entre autres, conclusion d'accords internationaux, adhésion à des organisations internationales ou collaboration avec celles-ci) ne sont pas mentionnés expressément. Compte tenu de la procédure de prise de décision en matière de politique étrangère (référéndum en matière de traités internationaux), il ne nous paraît pas opportun de fixer dans la Constitution une politique déterminée pour la conclusion d'accords. L'article 81, *2e alinéa*, du projet s'inspire de l'article 61 du projet de Constitution du PRD Suisse du 22.6.1979.

A titre de variante rédactionnelle (éventuellement, d'innovation), on pourrait également imaginer que certaines maximes de la politique économique extérieure soient consacrées dans la Constitution.

Art. 82 **Approvisionnement du pays**

L'article 82 du projet met à jour les articles 31 bis, 3e alinéa, lettre e, et 23 bis Cst.

L'article relatif à l'approvisionnement du pays permet à la Confédération de prendre des mesures de défense économique du pays (p. ex. constitution de réserves) et offre une base à des mesures de lutte en cas de grave pénurie de biens et de services de première nécessité. L'Etat est tenu de collaborer avec l'économie. Les mesures qu'il prend ont un caractère subsidiaire. En raison du caractère général des dispositions attributives de compétence (art. 82, 1er al., et 83 du projet), un article détaillé concernant les céréales nous paraît aujourd'hui superflu. Le 2e alinéa ne concerne pas uniquement l'approvisionnement du pays, si bien que du point de vue systématique on pourrait également envisager de l'intégrer dans une autre disposition.

La formulation reprend des éléments du texte constitutionnel en vigueur.

La nécessité de la justification par "l'intérêt général" (art. 31 bis, 3e al., préambule, Cst.) est une condition-cadre évidente de toute action de l'Etat dans le domaine de l'économie et ne doit pas être mentionnée spécialement dans le texte du projet. Actuellement, on peut dans une large mesure laisser à la loi le soin de déterminer la manière de garantir l'approvisionnement du pays en céréales panifiables, en farine panifiable et en pain. L'article 23 bis Cst. est par conséquent ramené au niveau de la loi, pour autant qu'il n'existe pas déjà des normes correspondantes.

Art. 83 Agriculture

L'article 83 du projet met à jour l'article 31 bis, 3e alinéa, lettre b, Cst.

Compte tenu du rejet du nouvel article sur l'agriculture" (art. 31 octies Cst.) lors de la votation populaire du 12 mars 1995, la réglementation en vigueur est mise à jour en s'inspirant fortement du texte actuel de la Constitution.

A l'exception d'une adaptation rédactionnelle en vue d'une harmonisation avec la terminologie utilisée par le projet ("dérogation au principe de la libre concurrence" au lieu de "dérogation au principe de la liberté du commerce et de l'industrie"), la formulation reprend le texte de l'article 31 bis, 3e alinéa, lettre b, Cst.

La nécessité de la justification par "l'intérêt général" (art. 31 bis, 3e al., préambule, Cst.) est une condition-cadre évidente de toute action de l'Etat dans le domaine de l'économie et ne doit pas être mentionnée spécialement dans le texte du projet. La subsidiarité de la politique agricole de la Confédération (priorité pour les mesures d'entraide qu'on peut raisonnablement exiger; art. 31 bis, 4e al., Cst.) ainsi que l'obligation de tenir compte des groupements fondés sur l'entraide (art. 31 bis, 5e al., Cst.) résultent déjà des principes généraux; une mention spéciale dans l'article 77 du projet est ainsi superflue.

A titre d'innovation, il y aurait lieu d'envisager de reprendre des éléments du texte qui a été refusé par une faible majorité le 12 mars 1995 (50,8 % de non contre 49,2 % de oui; 13 3/2 contre 7 3/2 cantons; pour le texte de loi, cf. FF 1994 III 1777).

Art. 84 Alcool

L'article 84 du projet est basé sur les articles 32 bis, 32 ter et 32 quater Cst.

Cette disposition attribue à la Confédération la compétence de légiférer en matière d'importation, de fabrication, de rectification et de vente de boissons distillées (art. 32bis, 1er al. Cst.).

Une grande partie du texte constitutionnel en vigueur peut être supprimé:

- L'aspect fiscal figure désormais dans la partie financière de la Constitution (art. 106 du projet). La justification du maintien de la dîme de l'alcool (art. 32bis, 9e al., Cst.) doit être examinée, dans le cadre de la péréquation financière.
- Le projet renonce à reprendre les alinéas 2 à 8 de l'article 32bis Cst. Ces alinéas contiennent des dispositions que le législateur aurait déjà pu adopter sur la base de la norme générale de compétence de l'article 32bis, 1er alinéa, Cst. "Ils avaient pour fonction de diriger le législateur, de le limiter, plutôt que de l'habiliter à faire quelque chose qu'à défaut il n'aurait pas pu faire" (cf. Jean-François Aubert *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 32bis, no 43); en conséquence, ils peuvent être ramenés au niveau de la loi.
- Il en va de même pour l'interdiction de l'absinthe (art. 32ter Cst.), d'autant plus que, selon l'article 98 du projet, la Confédération est de

- toute manière compétente pour édicter des dispositions sur les denrées et substances qui peuvent présenter un danger pour la santé.
- On peut également supprimer les 1er et 2e alinéas de l'article 32quater Cst. Une clause du besoin, motivée par des raisons liées à la politique structurelle, analogue à celle figurant à l'article 31ter, 1er alinéa, Cst., a été introduite à l'article 77, 3e alinéa, du projet. La reprise d'une clause du besoin, motivée par des raisons liées à la protection de la santé publique, pourrait tout au plus être envisagée si l'on considère qu'il appartient à la Constitution de trancher la question de savoir si la clause du besoin est bien propre à réduire la consommation d'alcool (cf. Jean-François Aubert *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 32quater, no 26, n. 15).
 - On peut se poser la question de savoir si l'article 32quater, 3e alinéa, Cst. doit être mis à jour dans le cadre du régime financier. Compte tenu des nouvelles dispositions générales sur le régime financier, les cantons n'ont ici de toute manière plus de marge de manoeuvre.
 - L'article 32quater, 4e alinéa, 1ère phrase, Cst. doit également être supprimé; actuellement, cette disposition va de soi. La 2e phrase et le 5e alinéa sur le commerce de boissons spiritueuses non distillées, en quantité de deux litres et plus, résultent déjà de la compétence globale de la Confédération d'édicter des dispositions sur l'exercice d'une activité commerciale privée (art. 31bis, 2e al., Cst. et 76, 1er al., du projet).
 - L'article 32quater, 6e alinéa, Cst. doit être ramené au niveau de la loi.

Art. 85

Banques, bourses et assurances

L'article 85 du projet met à jour les articles 31 quater, 34, 2e al., et 31 bis, 2e al., Cst.

Le projet règle en une seule disposition la compétence fédérale relative à deux branches économiques qui sont traditionnellement réglementées au niveau fédéral et soumises à surveillance. Le domaine boursier n'est pas expressément mentionné dans le texte constitutionnel en vigueur (cf. art. 31 bis Cst.), mais il est généralement admis qu'il fait actuellement partie des domaines qui doivent être réglementés au niveau suisse. Le projet en fait mention.

La formulation s'inspire de la terminologie du droit constitutionnel en vigueur.

Le compétence de surveillance de la Confédération en matière d'assurances privées est comprise dans la compétence législative; une mention spéciale n'est pas nécessaire.

La compétence fédérale concernant les agences d'émigration, expressément mentionnée par l'article 34, 2e alinéa, Cst., est suffisamment couverte par la compétence générale prévue à l'article 76 du projet.

A titre d'innovation, la compétence d'édicter des dispositions prévue par l'art. 85 du projet pourrait être étendue globalement aux services financiers. Une compétence correspondante de légiférer existe déjà sur la base de l'article 31 bis, 2e alinéa, Cst.; elle se fondera à l'avenir sur l'article 76

du projet. Dans la mesure où la Confédération ne dispose que de compétences fragmentaires dans ce domaine, les services financiers ne sont pas mentionnés expressément par l'alinéa 1er.

En soi, une mention spéciale des banques cantonales à l'article 85 du projet serait superflue. Le législateur fédéral a accompli son mandat constitutionnel consistant à tenir compte de leur rôle et de leur situation particulière (art. 31 quater, 2e al., Cst.). Un traitement différencié des banques cantonales par rapport aux autres banques serait possible, même sans l'article 85, 2e alinéa, du projet.

Art. 86

Jeux de hasard

L'article 86 du projet attribue à la Confédération la compétence de légiférer en matière de maisons de jeu et de loteries. L'admission des appareils à sous servant aux jeux d'adresse relève de la compétence des cantons.

Cette disposition correspond au nouvel article 35 Cst., tel qu'il a été adopté le 7 mars 1993 par le peuple et les cantons. Certaines dispositions sont cependant ramenées au niveau de la loi.

Le *1er alinéa* reprend les 1er et 5e alinéas de l'article constitutionnel en vigueur. On renonce à fixer dans la Constitution le taux maximal de la taxe sur les maisons de jeu (selon l'art. 35, 5e al., Cst.: 80 %). Cette question doit être réglée par la loi.

Le *2e alinéa* reprend l'article 35, 2e alinéa, 1ère phrase, Cst. La disposition selon laquelle, lors de l'octroi de concessions, la Confédération doit tenir compte des conditions régionales et des dangers inhérents aux jeux de hasard, doit être ramenée au niveau de la loi. Au besoin, une disposition transitoire pourrait comporter les lignes directrices principales de l'actuel article sur les maisons de jeu, afin de lier l'Assemblée fédérale jusqu'à l'adoption de la loi fédérale y relative. Un avant-projet de loi fédérale sur les maisons de jeu a été soumis à la procédure de consultation le 18 janvier 1995.

Les *3e et 4e alinéas* correspondent à l'article 35, 4e et 6e alinéas, Cst.

Art. 87

Armes et matériel de guerre

L'article 87 du projet reprend les articles 40 et 40bis Cst.

Le *1er alinéa* reprend textuellement l'article 40bis Cst. Cette disposition a pour but de réglementer de manière uniforme l'usage abusif d'armes, d'accessoires d'armes et de munitions; elle doit avant tout contribuer au maintien de l'ordre public. La compétence de la Confédération a un effet dérogatoire subséquent (compétence concurrente). Cette compétence n'englobe pas toute la réglementation nécessaire en matière d'armes mais uniquement celle relative à la lutte contre l'usage abusif de certaines armes, de leurs accessoires et de leurs munitions. Elle doit également tenir compte de particularités suisses, spécialement de la tradition historique du citoyen-soldat.

Le *2e alinéa* rassemble les 2e à 4e alinéas de l'article 41 Cst. Cette disposition permet de soumettre à autorisation la fabrication, l'acquisition, la

distribution de même que l'importation, l'exportation et le transit de matériel de guerre, de même que, ainsi que le prévoit un projet de loi sur le matériel de guerre, les transferts de technologie correspondants. Les transferts de technologie sont déjà couverts par l'actuelle disposition constitutionnelle (cf. Message du 15 février 1985 au sujet de l'initiative populaire "pour l'interdiction d'exporter du matériel de guerre" et la revision de la loi sur le matériel de guerre, FF 1995 II 988. Toutefois, selon l'actuelle loi sur le matériel de guerre (LMG RS 514.51), ces transferts ne sont pas soumis à autorisation. L'instrumentarium doit permettre d'une part, dans l'intérêt de l'indépendance militaire, le maintien d'une industrie suisse de l'armement et d'autre part que les activités du secteur de l'armement respectent les principes de la politique étrangère et de la politique de neutralité de la Suisse - engagement pour les droits de l'homme, aide humanitaire, coopération au développement et règlement pacifique des différends (FF 1971 I 1609 ss; Malinverni *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 41, nos 9 à 27). Compte tenu de la LMG, le mandat législatif en matière de matériel de guerre (actuels 2e et 3e al.) peut être résumé de manière considérable. La compétence d'édicter des ordonnances fondées directement sur la Constitution (actuel 4e al.) n'a plus d'importance pratique depuis l'entrée en vigueur de la LMG.

Le 3e alinéa reprend la régle de la poudre telle qu'elle est prévue par l'actuel article 41, 1er alinéa, Cst. Le monopole de la poudre relève de la compétence exclusive de la Confédération. Il ne concerne que les moyens de propulsion des projectiles utilisables par l'armée (FF 1975 II 1304; Malinverni *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 41, no 6). Cependant, les autres explosifs peuvent faire l'objet de dispositions, militaires ou de police, de politique commerciale, de sécurité ou de santé publique (cf. FF 1975 II 1320 ss et le préambule de la loi sur les explosifs, LExpl, RS 941.41). La régle de la poudre est un monopole de fabrication et de commercialisation. En tant que monopole de commercialisation et dans la mesure où elle n'est pas motivée par la politique de sécurité, elle s'oppose à des obligations internationales visant la suppression de barrières commerciales; elle doit donc être abandonnée. Un projet à ce sujet est actuellement en préparation.

Section 7: Logement, travail, sécurité sociale et santé

Art. 88 Encouragement de la construction de logements et de l'accèsion à la propriété

L'article 88 du projet correspond à l'article 34 sexies Cst.

La disposition du projet donne à la Confédération le mandat impératif d'encourager la construction de logements et l'accèsion à la propriété et, dans la mesure où il est nécessaire d'édicter des dispositions juridiques, elle la dote d'une compétence concurrente. En outre, les cantons demeurent compétents pour prendre, à côté de la Confédération, leurs propres mesures d'encouragement.

Le *1er alinéa* groupe les différentes mesures relatives à l'encouragement de la construction de logements qui figurent à l'article 34 sexies, 1er à 3e alinéas, Cst. La compétence pour "équiper les terrains en vue de la construction de logements" (1er al., *in fine*) se recoupe avec celle prévue à l'article 57 du projet (Aménagement du territoire). Toutefois, en vertu de l'article 88 du projet, la Confédération peut légiférer dans le domaine de l'équipement d'une manière globale sans devoir se limiter aux principes. La notion de "construction de logements" comprend par conséquent non seulement la construction de nouveaux logements mais aussi la rénovation des anciens.

Le *2e alinéa* souligne la dimension sociale que doit revêtir l'encouragement de la construction de logements (cf. art. 34 sexies, 2e al., let. b, Cst.).

Le *3e alinéa* ancre dans la Constitution les mesures visant à encourager l'accèsion à la propriété qui n'étaient jusqu'ici mentionnées qu'incidemment à l'article 34 sexies, 1er alinéa, Cst. Seule l'acquisition de logements destinés aux besoins propres de particuliers ou de logements d'utilité publique fait l'objet de cet encouragement (cf. art. 47 ss de la loi fédérale encourageant la construction et l'accèsion à la propriété de logements, du 4 octobre 1974; RS 843).

La réserve en faveur de l'exécution par les cantons figure sous une forme générale à l'article 32, 3e alinéa, du projet. Le droit des cantons d'être consultés est réglé par la disposition relative à la procédure de consultation figurant dans le Titre 5 du projet.

Art. 89 Protection des locataires

Le *1er alinéa* traite de la protection des locataires. Il correspond à l'article 34septies, 1er alinéa, Cst. Selon ces dispositions, il appartient à la Confédération de légiférer "contre les abus dans le domaine du bail à loyer". Il s'agit là de l'octroi d'une compétence facultative générale en matière de législation contre les abus. Le droit en vigueur contient en outre quelques mandats législatifs isolés concernant les loyers abusifs, la contestation des congés abusifs et la prolongation des baux à loyer. Ces domaines ont été réglés dans le Code des obligations. Aussi, on renonce à leur énumération dans le projet, par souci de réduire la densité normative du texte constitutionnel. La notion d'abus devra être précisée au niveau de

la loi, compte tenu des interprétations données par le droit positif (FF 1972 I 1223; 1985 I 1388).

Le 2e alinéa correspond à l'article 34septies, 2e alinéa, de la Constitution. Il donne à la Confédération la compétence de conférer force obligatoire générale à des contrats-cadre de bail ou à d'autres dispositions appropriées prises par des associations de bailleurs ou de locataires. Le 27 septembre 1993, le Conseil fédéral a adopté un message concernant la loi fédérale sur les contrats-cadres de baux à loyer et leur déclaration de force obligatoire générale (FF 1993 III 912 ss).

Art. 90 Droit public du travail

L'article 90 du projet met à jour les articles 34ter et 116bis de la Constitution.

Le 1er alinéa confère à la Confédération la compétence de légiférer dans différents domaines du droit public du travail, notamment dans le domaine de la protection des travailleurs. Les dispositions correspondent essentiellement aux 1er et 2e alinéas de l'article 34ter Cst.

- La *lettre a* reprend le texte constitutionnel actuel (art. 34ter, 1er al., let. a, Cst.).
- La *lettre b* a été révisée, eu égard aux ambiguïtés du texte en vigueur (cf. Hans Peter Tschudi, La constitution sociale de la Suisse, Berne 1987, p. 50). A l'origine, l'article 34ter, 1er alinéa, lettre b, de la Constitution devait conférer à la Confédération la compétence de légiférer sur les communautés professionnelles et les communautés d'entreprise; aucune nécessité de réglementation ne s'est toutefois manifestée. En revanche, la question s'est posée de savoir si la disposition pouvait servir de base à une loi sur la participation des travailleurs au niveau de la gestion de l'entreprise ou au niveau de l'exploitation. Selon la doctrine dominante, la Confédération n'est compétente qu'en matière de réglementation de la participation au niveau de l'exploitation (cf. Message du Conseil fédéral concernant le projet d'arrêté fédéral relatif à l'initiative populaire sur la participation et à un contreprojet, FF 1973 II 229, 410 ss; Kurt Eichenberger, Verfassungsrechtliche Festlegung über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer, in Festschrift Frank Vischer, Zurich, 1983, p. 363 ss; Message du Conseil fédéral concernant la loi sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises [loi sur la participation], FF 1993 I 757, 815 ss et référence au message complémentaire II au message relatif à l'Accord EEE, FF 1992 V 506, 617). Aujourd'hui l'article 34ter, 1er alinéa, lettre b, de la Constitution sert de base à la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises (RO 1994 1037, en vigueur depuis le 1er mai 1994). Le projet mentionne expressément la compétence fédérale correspondante.
- La *lettre c* correspond à la lettre e du texte constitutionnel en vigueur.
- Le 1er alinéa, lettre c, et le 2e alinéa de l'article 34ter de la Constitution sont repris à la *lettre d*.

L'article 34ter, 1er alinéa, lettre d, de la Constitution (allocations pour perte de salaire et de gain en cas de service militaire) est mis à jour par l'article 47, 5e alinéa, du projet. La *lettre g* (formation professionnelle) apparaît à l'article 71 du projet.

Le 2e alinéa correspond à l'article 116bis Cst., ainsi qu'à l'article 20, 2e et 3e alinéas, des Disp. trans. Cst. Il déclare le 1er août fête nationale dans toute la Confédération. De cette façon, la fête nationale est expressément conçue comme jour férié, en vertu du droit fédéral, en commémoration de la naissance de l'Etat fédéral. Du point de vue du droit du travail, elle est assimilée à un dimanche. Il appartient au législateur de régler les modalités concrètes, en particulier en ce qui concerne l'obligation de versement du salaire, les exceptions au caractère férié et la compensation du temps libre.

Le 1er alinéa de la disposition transitoire du projet prévoit que le Conseil fédéral règle les détails jusqu'à l'entrée en vigueur de la législation fédérale correspondante. C'est du reste ce que le Conseil fédéral a fait par ordonnance du 30 mai 1994 (RO 1994 1340, RS 116). Depuis, le Conseil fédéral a en outre adopté un message à l'appui d'une loi correspondante (FF 1994 V 801). S'agissant de la concrétisation du jour férié et de sa compensation, le 2e alinéa de la disposition transitoire renvoie au droit de protection des travailleurs. Cependant, la reconnaissance du 1er août en tant que jour férié fédéral ne se fonde ni sur des motifs d'ordre religieux (Noël), ni sur des raisons idéologiques (1er mai), pas plus qu'elle ne relève de l'usage (carnaval) ou d'autres facteurs analogues. Le 1er août doit donc être compris comme jour férié *sui generis*. C'est pourquoi, contrairement aux jours fériés visés par la loi sur le travail, il ne doit pas être compensé s'il tombe un dimanche (2e al. des Disp. trans. du projet).

L'article 20, 1er alinéa, des Disp. trans. de la Constitution actuelle est devenu obsolète depuis la mise en vigueur du nouvel article 116bis par le Conseil fédéral (le 1.7.1994).

Art. 91

Prévoyance pour les cas de vieillesse, de décès et d'invalidité

L'article 91 du projet reprend l'article 34quater, 1er, 4e, 5e et 6e alinéas, de la Constitution.

Les 2e et 7e alinéas sur l'assurance fédérale (1er pilier) et le 3e alinéa sur la prévoyance professionnelle (2e pilier) deviennent des articles séparés (art. 92 et 93 du projet).

Le 1er alinéa consacre explicitement le système des trois piliers actuellement en vigueur, qui se compose de l'assurance fédérale (AVS/AI), de la prévoyance professionnelle et de la prévoyance individuelle.

Le 2e alinéa reprend textuellement le 4e alinéa de la disposition actuelle.

Les 3e et 4e alinéas correspondent (hormis quelques modifications rédactionnelles mineures) aux 5e et 6e alinéas de l'article 34quater de la Constitution.

Art. 92 Assurance fédérale

L'article 92 du projet réunit les dispositions relatives au 1er pilier (art. 34quater Cst., 2e et 7e al., et 11 des Disp. trans. Cst.).

Le *1er alinéa* charge la Confédération de légiférer sur l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité et il reprend les principes les plus importants de l'article 34quater, 2e alinéa, Cst. Ainsi la *lettre a* consacre le caractère obligatoire de l'assurance, la *lettre b* définit l'objectif des prestations à fournir, qui consiste à couvrir les besoins vitaux de manière appropriée, et la *lettre c* règle le financement.

Le *2e alinéa* précise la provenance des ressources alimentant la contribution de la Confédération à l'assurance fédérale. Il s'agit des produits nets des impôts sur le tabac, sur les boissons distillées et sur les maisons de jeu; cf. art. 34quater, 2e al., let. b, Cst.).

Le *3e alinéa* reprend l'obligation imposée à la Confédération par l'article 11, 1er alinéa, des Dispositions transitoires de la Constitution actuelle. Aux termes de cette disposition, la Confédération est tenue d'allouer aux cantons, tant que l'assurance ne couvre pas les besoins vitaux, des contributions destinées à financer des prestations complémentaires. On ne pourra pas renoncer, à l'avenir, à ces prestations complémentaires, bien qu'elles aient été conçues à l'origine comme purement provisoires. C'est pourquoi la contribution financière de la Confédération est reprise dans le projet à titre de tâche permanente.

Par contre, les points qui ont déjà trouvé ancrage dans la législation fédérale ou dont le contenu matériel n'a qu'une importance mineure ne sont pas repris. Ceci vaut entre autres pour la disposition selon laquelle l'assurance est appliquée avec le concours des cantons (cf. art. 32, 3e al., du projet) et des associations professionnelles et autres organisations publiques ou privées. En outre, on renonce à fixer le montant maximal et la composition de la contribution fédérale dans la Constitution. Seul l'essentiel de l'article 11 des Disp. trans. de la Constitution est repris dans le projet.

Le *4e alinéa*, sur l'intégration des invalides, correspond à l'article 34quater, 7e alinéa, de la Constitution.

Art. 93 Prévoyance professionnelle

L'article 93 du projet reprend des articles 34quater, 3e alinéa, de la Constitution et 11 des Disp. trans. les dispositions relatives au 2e pilier.

Le *1er alinéa* donne compétence et mandat à la Confédération de légiférer dans le domaine de la prévoyance professionnelle. Il formule en outre, dans ses lettres a à e, des exigences détaillées s'agissant de cette législation, en s'appuyant sur l'ordre constitutionnel en vigueur jusqu'ici (art. 34quater, 3e al., phrase introductive et let. a, c et d, Cst.). Ainsi, la *lettre a* définit l'objectif assigné aux prestations de la prévoyance professionnelle, qui est de maintenir de manière appropriée le niveau de vie antérieur des assurés, compte tenu des prestations de l'assurance fédérale. La *lettre b* autorise le législateur fédéral à prévoir une affiliation obligatoire des travailleurs. Elle impose à l'employeur la tâche d'assurer ses employés auprès d'une

institution de prévoyance. Le législateur doit pour sa part veiller à ce que chaque employeur ait la possibilité d'assurer son personnel auprès d'une telle institution. A cet effet, une caisse fédérale peut être créée. La *lettre c* traite de l'assurance facultative des indépendants tandis que la *lettre d* règle le financement, qui est couvert par les seules cotisations des assurés.

Selon le *2e alinéa*, le législateur fédéral fixe les exigences minimales auxquelles doivent satisfaire les institutions de prévoyance. Il lui est loisible de prévoir des solutions s'appliquant à l'ensemble du pays pour résoudre certains problèmes particuliers (actuel 3e al., let. b).

La *Disposition transitoire* reprend le contenu de l'article 11, 2e alinéa, 1ère phrase, des Disp. trans. de la Constitution actuelle.

Art. 94 Assurance-chômage

L'article 94 du projet correspond à l'article 34novies introduit dans la Constitution en 1976.

Par cette disposition, la Confédération reçoit une compétence législative globale dans les domaines de l'assurance-chômage et de l'aide aux chômeurs.

Le *1er alinéa* autorise et oblige la Confédération à édicter des prescriptions sur l'assurance-chômage. Les lettres a à c donnent au législateur un programme et des directives sur la manière dont il doit façonner l'assurance-chômage; ces directives législatives figurent aujourd'hui à l'article 34novies, 2e à 4e alinéas, de la Constitution. La *lettre a* définit la tâche de l'assurance. Celle-ci doit garantir une compensation appropriée de la perte du revenu et favoriser les mesures visant à prévenir et à combattre le chômage. La *lettre b* prévoit une assurance obligatoire pour les salariés. Elle autorise le législateur à prévoir des exceptions à ce principe. En outre, elle enjoint à la Confédération de veiller à ce que les personnes de condition indépendante puissent s'assurer elles aussi. Jusqu'ici cependant, la Confédération n'a pas répondu à cette sollicitation. La *lettre c* règle le financement de l'assurance-chômage, obtenu par les cotisations des assurés. Pour les salariés, la moitié de la cotisation est à la charge de l'employeur. Dans des circonstances exceptionnelles, des prestations financières de la Confédération et des cantons sont prévues. Il peut s'agir de contributions à fonds perdus ou de prêts.

Le *2e alinéa* autorise la Confédération à édicter des prescriptions sur l'aide aux chômeurs. Cette compétence - déjà prévue par le texte constitutionnel en vigueur - n'a pas été utilisée jusqu'ici. Ces derniers temps néanmoins, en raison de la croissance du chômage de longue durée, diverses interventions ont demandé que la Confédération fasse usage de son pouvoir législatif en la matière.

La disposition selon laquelle la loi fixe le montant maximum du revenu soumis à cotisation ainsi que le taux de cotisation maximum (actuel 4e al., 2e phrase) a déjà trouvé ancrage dans la législation fédérale. Aussi n'est-elle plus reprise dans le projet. On renonce également à reprendre l'article 34novies, 5e alinéa, de la Constitution, aux termes duquel les cantons et les organisations économiques concourent à l'élaboration et à l'exécution

des dispositions légales; cette collaboration est déjà inscrite dans la législation fédérale. La réserve en faveur de l'exécution par les cantons est réglée à l'article 32, 3e alinéa, du projet.

Art. 95 Devoir d'assistance envers les personnes dans le besoin

Cette disposition correspond à l'article 48 de la Constitution dans la mesure où celui-ci règle les questions de compétence. Quant aux prétentions individuelles des indigents vis-à-vis du canton de séjour, elles sont inscrites à l'article 9, 3e alinéa, du projet, qui concerne le droit à une existence conforme au minimum vital.

Au *1er alinéa*, il est précisé qu'en principe les indigents sont secourus au lieu de séjour. Par secours, on entend aussi bien des prestations pécuniaires que des avantages en nature, dont l'étendue est laissée à la libre appréciation des autorités. Les personnes secourues peuvent être aussi bien des personnes ayant la nationalité suisse que des étrangers, des apatrides ou des réfugiés. A l'instar du droit en vigueur, cette disposition n'a pas de signification s'agissant de la répartition interne dans les cantons: il appartient au canton de séjour de déterminer quelle collectivité et quelle autorité d'assistance sont compétentes. Sur la base du droit d'établissement révisé au cours des années 70 (art. 45 Cst.), il n'est plus possible de renvoyer dans leur canton d'origine les personnes dans le besoin (cf. aussi art. 10 LF en matière d'assistance, LAS, RS 851.1). Les frais de l'assistance aux indigents, supportés d'abord par le canton de séjour, sont mis ensuite à la charge du canton de domicile. Dans la législation, cette répartition a pourtant été inversée *de facto*: "l'assistance incombe au canton de domicile", alors que le canton de séjour n'est tenu qu'à fournir l'aide d'urgence nécessaire (art. 12 s. LAS).

Le *2e alinéa* permet à la Confédération de déterminer dans quelle mesure les cantons de domiciles précédents ou le canton d'origine peuvent être sollicités en ce qui concerne la prise en charge des frais d'assistance.

Comme les prétentions individuelles sont traitées ailleurs dans le projet et que les principaux éléments sont déjà réglés sur le plan législatif, cette disposition pourrait se limiter à prévoir uniquement la compétence législative de la Confédération de régler les compétences, sans incidence matérielle ("La Confédération règle les compétences des cantons en matière d'assistance des personnes dans le besoin").

Art. 96 Allocations familiales et assurance-maternité

L'article 96 du projet correspond à l'article 34quinquies de la Constitution.

Le *1er alinéa* reprend la disposition programmatrice exprimée à l'article 34quinquies, 1er alinéa, Cst.

Le *2e alinéa* (comme le 2e al. actuel) donne à la Confédération la compétence de légiférer dans le domaine des allocations familiales. Ce faisant, la Confédération doit tenir compte des caisses existantes. En outre, elle est autorisée à mettre sur pied une caisse fédérale de compensation. Même si jusqu'à présent la Confédération n'a usé que de manière

limitée de sa compétence dans le secteur des allocations familiales (LF sur les allocations familiales dans l'agriculture), le 2^e alinéa pourrait à l'avenir revêtir un caractère d'actualité sur la base de l'initiative parlementaire Fankhauser (91.411) demandant des prestations pour la famille, du 13 mars 1991 (BO CN 1992 215). Le 2 mars 1992, le Conseil national a donné suite à cette initiative, qui formule deux exigences: d'un côté, une réglementation fédérale des allocations pour enfants doit être établie, avec une compensation des charges répartie sur l'ensemble de la Suisse, et, d'autre part, des prestations sous condition de ressources doivent être prévues pour les familles ayant des enfants encore à charge.

Le 3^e alinéa charge la Confédération d'instituer l'assurance-maternité. Cette disposition revêt une signification particulière aujourd'hui puisque des tentatives sont en cours pour réaliser le mandat constitutionnel. En 1994, une procédure de consultation a été ouverte sur un projet de loi concernant l'assurance-maternité.

Le 4^e alinéa autorise la Confédération à prévoir une obligation d'assurance pour les deux branches visées aux alinéas précédents.

Plusieurs points de la norme constitutionnelle actuelle peuvent être réglés au niveau législatif. C'est le cas pour la compétence de faire dépendre les prestations financières de la Confédération de contributions appropriées des cantons en matière d'allocations familiales et d'assurance-maternité, de même que pour la collaboration d'associations privées et publiques à la mise en oeuvre. La réserve en faveur de l'exécution par les cantons est du reste reprise, de manière générale, par l'article 32, 3^e alinéa, du projet.

Art. 97

Assurance-accident et assurance-maladie

L'article 97 du projet correspond à l'article 34bis introduit dans la Constitution en 1890.

Le 1^{er} alinéa donne compétence et mandat à la Confédération de régler l'assurance-accident et l'assurance-maladie. Comparée à d'autres dispositions de la constitution sociale, il s'agit là d'une norme constitutionnelle ouverte. Elle laisse pratiquement toute liberté au législateur pour aménager les deux assurances.

Le 2^e alinéa autorise la Confédération à déclarer l'affiliation obligatoire pour les deux assurances. Pour l'assurance-accident, le législateur n'a introduit une obligation que pour les travailleurs. Quant à l'assurance-maladie, la loi laisse aujourd'hui encore aux cantons le soin - et la faculté - de la rendre obligatoire sur leur territoire. La nouvelle loi sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (FF 1994 II 239), qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 1996, prévoit dorénavant l'assurance obligatoire pour toutes les personnes domiciliées en Suisse en ce qui concerne les soins médicaux, ainsi qu'une assurance facultative d'indemnités journalières.

L'obligation pour le législateur de tenir compte des caisses de secours existantes (art. 34bis, 1^{er} al., 2^e partie de la phrase, Cst.) n'est plus reprise dans le projet. Cette prescription avait un sens autrefois quand on pensait charger la Confédération elle-même d'instituer l'assurance en cas d'accidents et de maladie, mais elle se révèle être obsolète aujourd'hui.

Art. 98**Protection de la santé**

La santé publique est en principe l'affaire des cantons. Toutefois, la Confédération est compétente pour certaines tâches spéciales dans ce domaine. Le *1er alinéa* décrit de manière générale l'étendue de la compétence de la Confédération. Le *2e alinéa* formule les charges concrètes de la Confédération.

Le *2e alinéa, lettre a*, correspond à l'article 69bis de la Constitution, revu du point de vue rédactionnel. La disposition a pour but de protéger les consommateurs des atteintes à la santé ainsi que des falsifications et des tromperies (dommages économiques) auxquelles ils pourraient être exposés en relation avec le commerce des denrées alimentaires et des autres biens destinés à la consommation ou à l'usage. Indirectement, la norme sert également à la protection contre la concurrence déloyale et à la protection des consommateurs. Elle oblige la Confédération à adopter, dans son champ d'application, les dispositions d'intérêt national nécessaires. La Confédération dispose à cet effet d'une compétence globale dotée d'un effet dérogoire différé. Matériellement, la disposition s'applique aux denrées alimentaires (aliments et produits de luxe) ainsi qu'à d'autres objets (biens d'utilisation et de consommation), dans la mesure où ceux-ci sont susceptibles de mettre la vie ou la santé en danger. Sont visés les biens qui sont utilisés par des personnes ne disposant pas de connaissances particulières ou d'une formation spéciale. Il ne doit cependant pas nécessairement s'agir d'un produit fini. Les objets qui sont utilisés par des spécialistes dans l'exercice de leur profession industrielle ou commerciale ne tombent pas sous le coup de la disposition. La disposition vise aussi bien la fabrication, le traitement et le commerce (importation, entreposage, distribution, achat) que l'utilisation des biens en question. Toutefois, la production pour un usage propre et purement privé ne tombe pas dans le champ d'application de la norme. L'exécution n'est plus mentionnée expressément; elle est suffisamment réglée au niveau de la loi (cf. p. ex. art. 28 et 56 de la loi sur les denrées alimentaires, RS 817.0; cf. aussi la disposition générale sur l'exécution prévue à l'art. 32, 3e al., du projet).

Le *2e alinéa, lettre b*, correspond à l'article 69 de la Constitution; cette disposition impose à la Confédération de protéger la vie et la santé de la population et des animaux contre les menaces sérieuses de certaines maladies. Du point de vue historique, il s'agissait en premier lieu de préserver la force de travail, les capacités commerciales et les capacités de défense de la population. La Confédération dispose d'une compétence concurrente, dotée d'un effet dérogoire différé. Elle est non seulement autorisée, mais aussi tenue d'être active dans ce domaine. L'article 98 du projet doit permettre à la Confédération de prendre des mesures de police sanitaire, mais aussi des mesures socio-pédagogiques et des mesures financières. La Confédération est notamment autorisée à intervenir lorsque, suite à l'extension d'une maladie, il y a danger d'affaiblissement de la capacité de travail de grandes parties de la population et, partant, de l'économie. Les moyens dont elle dispose sont d'ordre à la fois prophylactique (prévention des maladies) et thérapeutique (blocage de l'épidémie, extermination, soins). La Confédération n'est pas limitée aux mesures de police sanitaire

proprement dite; elle peut agir dans d'autres domaines, dans la mesure où cela sert à la lutte contre la maladie en question. Enfin, elle peut fournir des services (p. ex. création de centres de recherche, encouragement à la construction d'hôpitaux, travail d'information). L'exécution revient d'abord aux cantons. Toutefois, la Confédération a également créé des organes d'exécution propres, sur la base de la législation d'exécution.

Le 2^e alinéa, lettre c, comporte un mandat législatif concernant la protection de la population et des travailleurs contre les radiations (régulée jusqu'à présent à l'art. 24quiquies, 2^e al., Cst., en rapport avec l'énergie atomique) et les autres atteintes similaires. La plupart des mesures de police adoptées dans le cadre de l'exécution de ce mandat sont de nature préventive.

Art. 99 Procréation assistée et génie génétique

L'article 99 du projet reprend très largement l'article 24novies de la Constitution. La Confédération et les cantons doivent empêcher les abus dont l'être humain et son environnement pourraient être victimes dans les domaines des techniques de procréation et du génie génétique, en particulier par les essais en matière d'insémination, les interventions dans le patrimoine génétique ou le commerce de fœtus. Le but est de parvenir à une utilisation responsable, sur le plan éthique, des techniques de procréation et des techniques biologiques, tant dans la recherche que dans la pratique.

On a renoncé à abrégé rédactionnellement cette disposition qui a son origine dans une initiative populaire et ne figure dans la Constitution que depuis 1992. Cela se justifie d'autant plus que les dispositions d'application de cette norme n'ont pas encore été édictées et que le domaine en cause est politiquement très sensible et d'une portée considérable en ce qui concerne les droits fondamentaux.

Section 8: Etablissement des étrangers et asile

Art. 100

L'article 100 P correspond aux articles 69ter et 70 Cst. et concerne aussi bien le droit des étrangers en général (dispositions régissant la police des étrangers) que le droit d'asile au sens large (statut des réfugiés). Elle entend empêcher que des personnes indésirables n'entrent en Suisse et ne s'y installent. Elle sert en outre d'instrument pour stabiliser le marché du travail, ainsi que pour lutter contre le chômage et empêcher une surpopulation étrangère.

A son 1^{er} alinéa, cet article confère à la Confédération la compétence globale avec effet dérogatoire différé de légiférer en matière d'étrangers (entrée et sortie de Suisse, séjour et établissement). Le statut des étrangers est déterminé pour l'essentiel par les normes du droit des gens. Il existe, d'une part, des dispositions internationales minimales (interdiction d'assujettir des étrangers au service militaire; garantie des droits de l'homme minimums; interdiction de l'expulsion arbitraire). On compte, d'autre part, de nombreuses conventions internationales d'établissement,

qui visent à rapprocher dans une large mesure le statut des étrangers de celui des Suisses (ils jouissent notamment de la libre circulation à l'intérieur du pays, ainsi que de la liberté du commerce et de l'industrie). Toutefois, ces conventions ne leur confèrent pas le droit de s'établir en Suisse. Les étrangers n'ont pas un droit d'entrée dans notre pays. Le statut des étrangers diffère en outre de celui des Suisses en ce qui concerne les devoirs (pas de service militaire obligatoire, pas d'obligations civiques). Les étrangers n'en sont pas moins des sujets de droit civil. De plus, ils jouissent en principe des droits fondamentaux. Ils sont soumis à certaines restrictions pour ce qui concerne la liberté d'établissement, la liberté du commerce et de l'industrie (tant qu'ils n'ont pas le statut d'établis), la liberté d'opinion, d'association et de réunion. Les cantons peuvent leur accorder des droits politiques; la Confédération ne leur en confère aucun (exception faite du droit de pétition). A titre d'innovation, on pourrait réviser les objectifs de la politique de la Confédération dans ce domaine (p. ex. revoir des principes comme le juste équilibre entre la population suisse et étrangère, l'intégration des personnes vivant dans le pays).

Le 1er alinéa fixe en outre la compétence de la Confédération en matière d'asile. Le statut des réfugiés, à l'instar de celui des autres étrangers, fait l'objet d'un grand nombre de traités internationaux. Les autorités administratives de la Confédération décident de l'octroi ou du refus de l'asile. Le requérant n'a pas un droit subjectif à obtenir l'asile. La loi sur l'asile (RS 142.31) lui accorde néanmoins un droit subjectif à l'application d'une certaine procédure. De plus, il bénéficie du principe du non-refoulement garanti par la Convention de Genève sur les réfugiés et par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). La loi sur l'asile confère aux réfugiés qui ont obtenu l'asile le droit de séjourner en Suisse et d'y exercer une activité lucrative aussi longtemps que prévalent les raisons qui ont justifié l'octroi de l'asile. La Confédération prend à sa charge l'assistance des réfugiés (art. 31 de la loi sur l'asile).

L'application de la loi incombe en principe aux cantons. Le 2e alinéa fixe cette tâche sous une forme abrégée par rapport au droit actuel. En regard de la compétence entière et exclusive prévue au 1er alinéa, on pourrait tout aussi bien biffer cet alinéa. Le séjour des étrangers en Suisse est soumis à une autorisation. La Confédération fixe un contingent global pour les autorisations de séjour et les autorisations frontalières. Le permis de séjour (autorisation pour saisonniers [permis A], autorisation annuelle de séjour [permis B]) et l'autorisation d'établissement (permis C) sont octroyés par les cantons. La procédure d'octroi est caractérisée par le chevauchement des compétences cantonales et fédérales. Un recours de droit administratif au Tribunal fédéral n'est possible que s'il existe un droit à l'obtention d'une autorisation. Le recours administratif est possible pour violation des dispositions des traités d'établissement. Les décisions prises en dernière instance cantonale sont définitives (art. 18 LSEE). Les décisions émanant des offices fédéraux (OFE et OFP) peuvent être portées devant le Service des recours du Département fédéral de justice et police ou devant la Commission de recours en matière d'asile; elles peuvent faire l'objet d'un recours subsidiaire auprès du Tribunal fédéral dans les limites de la loi sur l'organisation judiciaire (OJ; art. 20 LSEE).

La compétence prévue au 3e alinéa confère à la Confédération la possibilité d'expulser du territoire national les étrangers qui compromettent la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse. Cette expulsion politique était prévue jusqu'à présent à l'article 70 Cst. Elle est soumise à certaines limitations imposées par le droit des gens (p. ex. principe du non-refoulement).

Section 9: Droit civil, droit pénal, métrologie

Art. 101 Droit civil

L'article 101 P règle la compétence dans le domaine du droit civil (art. 64 Cst.).

Le 1er alinéa confère à la Confédération le pouvoir de légiférer en matière de droit civil. Ce droit (appelé aussi droit privé) règle pour l'essentiel les rapports juridiques entre les citoyens. Il s'agit d'un domaine juridique dans lequel la Confédération dispose d'une compétence globale avec effet dérogatoire différé.

La doctrine et la jurisprudence ne sont pas parvenues jusqu'ici à formuler des critères emportant l'adhésion générale pour délimiter la compétence de la Confédération par rapport au droit public des cantons. Le Conseil fédéral s'est prononcé pour une interprétation typologique de l'article 64 Cst. (expertise de l'Office fédéral de la justice, JAAC 46 [1982], no 20) et considère que des normes juridiques tombent sous le coup de l'article 64 Cst. "lorsqu'elles poursuivent des objectifs typiques de droit privé et appartiennent dès l'origine au domaine du droit privé, en particulier lorsqu'elles créent ou rétablissent les conditions favorables au fonctionnement des rapports de droit privé (cf. Message relatif aux mesures d'urgence de droit foncier en milieu urbanisé, FF 1989 III 217 ss). La doctrine dominante se base sur la méthode de la technique juridique - et non pas sur le domaine à régler ou sur le but de la législation (Knapp in Commentaire de la Constitution fédérale, art. 64, no 1). La théorie de la technique juridique exige que l'on réponde à la question de savoir ce qu'est le droit privé par rapport au droit public. La doctrine a développé divers critères à cet effet (délimitation selon les domaines de normalisation, théorie du sujet de droit, théorie basée sur la fonction, théorie basée sur les intérêts, théorie de la subordination, théorie fiscale). Selon la doctrine dominante, il n'est pas possible d'effectuer une délimitation générale en se basant sur un seul de ces critères. La décision doit être prise dans un cas particulier en tenant compte de toutes les théories (Knapp in Commentaire de la Constitution fédérale, art. 64, no 27). Une minorité voit dans l'article 64 Cst. une disposition qui permet de réaliser tous les objectifs législatifs relevant de ce domaine, quelle que soit la qualification, privée ou publique, donnée à la réglementation (Gygi, RDS 1976 I 343 ss; Saladin in Commentaire de la Constitution fédérale, art. 2 DT, nos 34 ss). A cet égard, il n'est pas contestable que le droit de la poursuite pour dettes et la faillite, qui ressortit à la procédure d'exécution du droit civil, est du ressort de la Confédération.

La Confédération a fait largement usage de sa compétence; les cantons ne peuvent édicter des normes de droit civil que dans des domaines secondaires, et à la condition que ces domaines leur soient expressément

réservés (art. 5 CCS). Inversement, la Confédération ne doit pas édicter des dispositions matérielles de droit public qui excéderaient la répartition des compétences entre elle et les cantons.

L'article 53, 1er alinéa, Cst. relève de la compétence générale de légiférer en matière de droit civil; il n'est pas nécessaire de mentionner spécialement son contenu dans le projet.

Le 2e alinéa reprend le texte de l'article 64, 3e alinéa, Cst., en vertu duquel l'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice sont du ressort des cantons. Toutefois, la procédure cantonale ne doit pas restreindre, ni empêcher l'application du droit privé fédéral. Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a fixé divers principes non écrits qui restreignent le droit de procédure cantonal. Pour sa part, la Confédération a réglé de manière exhaustive le droit relatif à l'exécution forcée pour les dettes d'argent et les sûretés pécuniaires; les cantons ne conservent que l'organisation des autorités compétentes.

C'est sciemment que nous n'abordons pas ici la question de savoir si le droit de procédure ne devrait pas être unifié au nom du droit fédéral.

Art. 102 Droit pénal

L'article 64bis, 1er alinéa, Cst. confère à la Confédération la compétence d'unifier le droit pénal matériel par voie législative. Le principe en est fixé au 1er alinéa du projet. Dans le domaine du droit pénal matériel, la Confédération dispose ainsi d'une compétence globale avec effet dérogatoire différé, qui n'est pas limitée à la formulation de normes légales de principe. La Confédération a fait usage de cette compétence en édictant le code pénal suisse (RS 311.0), lequel, au titre de droit pénal central, sanctionne les atteintes aux règles fondamentales d'une cohabitation paisible. Les cantons conservent au plus la possibilité de légiférer dans le domaine des contraventions, pour autant que le droit fédéral ne règle pas, par un système de normes exhaustives, les atteintes à un bien juridiquement protégé.

La poursuite et le jugement des infractions de droit commun sont essentiellement du ressort des cantons, ce qui les oblige à édicter les dispositions de procédure et d'organisation nécessaires. En outre, les cantons sont chargés de l'exécution des peines, conformément aux dispositions très générales du CPS. Ils sont tenus de créer et d'exploiter les établissements nécessaires à l'exécution des peines prévues par le code pénal (art. 382 ss CPS). Le 2e alinéa du projet (à l'instar de l'art. 64bis, 3e al., Cst.) autorise la Confédération, mais ne l'oblige pas à verser des contributions pour la construction d'établissements pénitentiaires, de maisons de travail et de correction, ainsi que pour les réformes à réaliser dans l'exécution des peines. Comme la Confédération a la possibilité de subordonner l'octroi de ces subventions à des conditions particulières, il lui est loisible de diriger les cantons dans l'accomplissement de ces tâches.

Les sanctions de droit pénal administratif sont basées sur les dispositions du droit matériel applicable; partant, le 1er alinéa (comme l'art. 64bis, 1er al., Cst.) ne confère pas à la Confédération la possibilité d'édicter des dispositions uniformes dans le domaine du droit pénal administratif. Elle est

au plus autorisée à sanctionner les infractions aux dispositions de sa propre législation administrative. Parallèlement, les cantons disposent de la même compétence pour ce qui est de leur propre législation administrative. Il en va de même, au demeurant, en matière de droit disciplinaire.

Conformément au 3e alinéa du projet (ou à l'art. 64bis, 2e al., Cst.), les cantons conservent leurs compétences dans les domaines de l'organisation judiciaire, de la procédure et de l'administration de la justice "dans la même mesure que par le passé". C'est sciemment que nous n'abordons pas ici la question de savoir si le droit de procédure ne devrait pas être unifié au nom du droit fédéral.

Art. 103

Aide aux victimes

Le projet reprend l'article 64ter Cst. relatif à l'aide aux victimes. Pour des raisons d'équité sociale et de solidarité, mais aussi à titre de mesure complémentaire de "resocialisation" des auteurs d'infractions, les victimes de certains délits ou crimes sont habilitées à recevoir une aide financière et morale de la Confédération et des cantons. Du moment que les pouvoirs publics s'occupent davantage du sort des victimes d'infractions, il importe également d'augmenter l'efficacité de la justice pénale. La présente disposition constitutionnelle crée une tâche commune pour la Confédération et les cantons. Elle confère à la Confédération une compétence générale de légiférer - qui ne se limite pas à l'énoncé de principes. Parallèlement, elle confie aux cantons une tâche propre et non pas une simple participation à l'exécution d'une tâche de la Confédération.

L'aide peut être accordée même si tous les éléments constitutifs d'une infraction ne sont pas réunis (p. ex. en cas d'irresponsabilité de l'auteur). D'autre part, l'aide n'est pas subordonnée à l'arrestation de l'auteur et à sa condamnation. En outre, peu importe que l'auteur de l'infraction ait agi intentionnellement ou par négligence. Les prestations pécuniaires des pouvoirs publics ne représentent qu'une partie de l'aide. Celle-ci doit servir également à la création de centres d'accueil et de conseil des victimes; elle doit permettre aussi d'améliorer la position de la victime dans l'enquête de police et la procédure judiciaire. L'aide doit être appropriée, en ce sens que les mesures doivent être proportionnées aux besoins de la victime, sans qu'elles couvrent nécessairement la totalité du dommage subi. L'aide financière a un caractère subsidiaire et doit être limitée en faveur des personnes qui ne sont pas en mesure d'assumer seules les conséquences économiques de l'infraction. Les pouvoirs publics n'ont à intervenir que si la victime ne peut pas être indemnisée d'une autre façon (par l'auteur, un tiers, une assurance privée ou sociale).

Art. 104

Métrologie

L'article 104 P correspond à l'article 40 Cst.; il doit permettre à la Confédération d'unifier le système des poids et mesures, afin d'assurer la sécurité et l'honnêteté de la circulation des choses mesurables. La Confédération dispose à cet effet d'une compétence globale avec effet dérogatoire différé, pour fixer les poids et mesures. Depuis longtemps déjà, les mesures sont fixées par des accords internationaux.

Cette disposition englobe toutes les mesures, y compris celles qui ont été créées après l'adoption de l'article constitutionnel (1874): outre les mesures de longueur, de superficie, de capacité et de poids, celles de temps, d'électricité, de chaleur, de son, de rayonnement, etc.

La Confédération peut arrêter des dispositions de police industrielle ou commerciale dans l'intérêt de la sécurité du commerce, des consommateurs, de la santé et de la sécurité. En outre, elle peut rendre obligatoire l'application de mesures fixées par le droit fédéral chaque fois qu'une prestation (ou une contre-prestation) doit être déterminée sur la base d'une unité de mesure. En pareil cas, la Confédération peut prévoir des sanctions civiles et pénales lorsque des mesures fédérales ne sont pas appliquées.

Le droit en vigueur réserve aux cantons l'exécution de la législation fédérale (en particulier l'étalonnage et le contrôle). La Confédération peut fixer les méthodes et la fréquence des contrôles, afin d'assurer une application uniforme. Il incombe aux cantons de vérifier si les mesures utilisées sont licites et si elles répondent aux normes légales. Etant donné que cette réglementation d'exécution a été ancrée dans la législation d'application, la norme générale d'exécution prévue par le projet est suffisante.

Chapitre 3: Régime financier

Art. 105 Gestion des finances

L'article 105 contient d'une part la norme actuelle de l'article 42bis de la Constitution fédérale, qui oblige la Confédération à amortir le découvert de son bilan, et d'autre part le principe général en matière budgétaire figurant dans la LF sur les finances de la Confédération selon lequel un équilibre entre les dépenses et les recettes doit être assuré à long terme (art. 2, al. 2 LFC).

Le message du Conseil fédéral concernant les nouvelles dispositions constitutionnelles sur le régime financier de la Confédération (FF 1957 I 566) fait la distinction entre le désendettement et le remboursement des dettes. Le découvert du bilan ne peut être amorti qu'en cas d'excédent de recettes du budget de l'année suivante (désendettement). Le remboursement des dettes est une procédure comptable en matière des finances publiques qui est neutre du point de vue de ses effets. Suivant les explications du Conseil fédéral, le désendettement ne doit pas être effectué obligatoirement chaque année. Il doit être possible de le suspendre partiellement ou totalement en cas de graves conjonctures. Ce faisant, on établissait une politique financière anticyclique qui permettait dans les années favorables d'amortir les dettes publiques et qui offrait dans les années économiquement difficiles une marge de manoeuvre autorisant un nouvel endettement. En ce sens, l'article 42bis de la Constitution fédérale impose à ses destinataires une responsabilité en matière de politique de stabilité. Il ne donne aucune indication quant à la fixation de limites de l'endettement public. Il ne répond pas davantage à la question de savoir par quels moyens l'équilibre budgétaire et la diminution de la charge de la dette publique peuvent être atteints. Il maintient cependant l'obligation d'améliorer à long terme l'état d'endettement.

De plus, les dépenses et les recettes de la Confédération doivent également être maintenues en équilibre à long terme. Pour renforcer cette règle suivant laquelle seul un déséquilibre à long terme peut en somme conduire à un déficit, le principe finalement le plus important de la gestion des finances publiques a été repris dans la Constitution.

Art. 106 Principes généraux régissant la perception d'impôts

L'article 106 concrétise, sous forme de norme, la jurisprudence du Tribunal fédéral en droit fiscal et résume en même temps les dispositions des articles 41bis, alinéa 3 et 41ter, alinéa 6 de la Constitution fédérale, suivant lesquelles les principes essentiels des impôts doivent être réglés dans une loi. L'interdiction de la double imposition intercantonale (art. 46, al. 2 Cst. féd.) a été également reprise.

L'alinéa premier contient un principe qui découle également du principe de la légalité. Toutefois, il se justifie de le répéter dans ce contexte, puisqu'il est particulièrement important dans le domaine des impôts. La loi doit déterminer le sujet fiscal (le cercle des contribuables), l'objet fiscal (ce qui est soumis à l'impôt, à savoir le revenu, la fortune, l'importation, la production de tabac) et les bases de calcul (établissement de la fortune ou du revenu, le tarif fiscal, le taux d'imposition, la période fiscale). Chacun doit pouvoir sur la base de ces données déterminer s'il est astreint, sur quoi il est imposé et combien il devra payer d'impôts. En outre, la loi doit également régler les principes de la procédure et les états de faits punissables. La disposition proposée précise le droit actuel sans modifier la pratique dans un sens ou dans un autre. Certaines taxes causales sont également soumises aux principes régissant la perceptions d'impôts, comme notamment les taxes de remplacement et de préférence et les taxes d'orientation. Il sera cependant toujours possible de régler certaines taxes causales (comme les émoluments administratifs) uniquement par voie d'ordonnance.

L'alinéa 2 reprend le contenu de l'article 46, alinéa 2 de la Constitution fédérale, sans cependant renvoyer pour une nouvelle période de cinquante ans fédérale à une loi fédérale à édicter. Les normes de conflit qu'a créées entre temps le Tribunal fédéral ont si bien fait leur preuve qu'une loi apparaîtrait inutile aujourd'hui. La disposition est formulée de telle manière que chaque citoyen ou citoyenne concerné peut directement faire valoir un droit susceptible d'être porté jusqu'au Tribunal fédéral et qu'en même temps une compétence législative n'est toutefois pas exclue, si des normes législatives devaient s'avérer nécessaires. La notion de "Confédération" dans cette disposition comprend aussi bien le Tribunal fédéral que le législateur fédéral.

Il n'est pas possible de faire en même temps référence à la double imposition internationale. Sinon, le Tribunal fédéral serait contraint d'appliquer à des situations internationales les mêmes principes qu'il applique en matière intercantonale, sans avoir la garantie de la réciprocité. C'est pourquoi les accords de double imposition devront, comme par le passé, se fonder sur la compétence de la Confédération en matière de traités internationaux.

Régler dans la Constitution fédérale la double imposition intercommunale dépasserait le cadre de l'actuelle mise à jour. Lorsque deux communes

d'un même canton ne peuvent se mettre d'accord à propos d'une taxation (sur la fortune ou sur le revenu), il revient en premier lieu à une instance cantonale de rendre une décision ou un jugement. Pour autant que la dernière instance cantonale respecte l'égalité de traitement et l'interdiction de l'arbitraire, il n'y a pas du point de vue du droit fédéral de moyens permettant de corriger une telle décision (ATF 114 Ia 84 et 110 Ia 50).

Art. 107 Impôts directs

L'article 107 reprend, sauf quelques simplifications, toutes les parties de l'article 41ter de la Constitution fédérale qui concernent les impôts fédéraux directs.

Selon l'alinéa premier, la Confédération peut, comme aujourd'hui, prélever un impôt sur le revenu des personnes physiques et un impôt sur le bénéfice net et sur le capital des personnes morales. Cette énumération est exhaustive. A l'instar de ce qui prévaut actuellement en droit constitutionnel, les limites maximales des taux d'imposition sont déterminées dans le projet de Constitution, dès lors qu'elles sont du point de vue politique extrêmement importantes. Du point de vue du droit constitutionnel, ces limites maximales pourraient sans autre être supprimées, puisqu'il suffit qu'elles figurent dans la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD). Une solution intermédiaire serait de transférer ces limites maximales dans les dispositions transitoires de la Constitution fédérale. Ce faisant, elles demeureraient de rang constitutionnel et ne surchargeraient cependant plus le corps du texte de la Constitution fédérale.

De même, la disposition de droit constitutionnel relative à la compensation de la progression à froid a été également maintenue en raison de son importance politique. En principe, il aurait suffi de la prévoir dans une loi, ce qui est actuellement déjà le cas avec l'article 39 LIFD. Cette dernière disposition oblige le Conseil fédéral d'adapter les barèmes et des déductions en cas d'augmentation de l'indice suisse des prix à la consommation dépassant les 7 %. La compensation de la progression à froid exige par définition une imposition progressive. Si l'imposition devait être linéaire, aucune compensation de la progression à froid ne s'avérerait nécessaire (tout au plus pour ce qui est des déductions). Dès lors que le projet de Constitution ne traite plus, contrairement à l'article 8 des dispositions transitoires, en vigueur avant l'adoption de la TVA, le barème et des déductions, la compensation de la progression à froid est, après un sérieux examen, devenue elle-aussi sans objet. Cependant, cette disposition sera conservée en soulignant toutefois son caractère programmatique.

L'obligation de la Confédération de tenir compte, de façon appropriée, lors de la fixation des tarifs, "de la charge constituée par les impôts directs des cantons et des communes" n'a plus été retenue. Cette disposition est suffisamment prévue dans la loi (voir Höhn in Commentaire de la Constitution fédérale., Art. 41ter, no 73). Ont été également supprimés les montants non soumis à l'imposition, qui sont dépassés par l'article 36 (LIFD) (10'700 francs pour les célibataires, resp. 20'800 francs pour les personnes mariées). En outre, la Constitution interdit au législateur d'introduire dans une certaine mesure des impôts en dessous d'une certaine limite de

revenu (principe de l'imposition conforme à la capacité économique des contribuables et garantie du minimum d'existence vitale).

Le troisième alinéa a été repris pour transcrire correctement l'actuelle Constitution. Cette disposition devrait cependant également être remplacée par une nouvelle réglementation sur la péréquation financière (voir art. 114).

Art. 108 Harmonisation fiscale

Cette disposition correspond aux actuels articles 42quater et 42quinquies Cst. féd.

L'al. 1er prévoit la compétence de la Confédération d'harmoniser les impôts directs de la Confédération, des cantons et des communes. La Confédération a concrétisé sa compétence dans ce domaine par la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID), en vigueur depuis 1993. Parallèlement, le Parlement a adopté la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD) et a ainsi fait un premier pas en direction d'une harmonisation des impôts de la Confédération, des cantons et des communes.

Cette compétence permet uniquement à la Confédération d'édicter des principes, elle n'est par conséquent pas exclusive. Le projet ne reprend pas l'énumération des domaines pour la réglementation desquels la Confédération est compétente. La compétence est uniquement limitée de manière négative, ce qui était déjà le cas dans le texte constitutionnel actuel. Sont notamment exclus de l'harmonisation fiscale, les barèmes, les taux et les montants exonérés de l'impôt. Cela ne signifie toutefois pas que les cantons sont totalement libres dans ces domaines, dans la mesure où ils doivent se tenir à d'autres principes constitutionnels, et notamment à la jurisprudence du Tribunal fédéral sur l'égalité de traitement en droit fiscal (voir le commentaire ad art. 107 du projet). Les cantons gardent en particulier la compétence de réglementer la charge fiscale.

La compétence d'harmonisation fiscale concerne uniquement les impôts directs, cependant pas uniquement les impôts sur le revenu et la fortune, respectivement sur le bénéfice et le capital (voir Cagianut in Commentaire de la Constitution fédérale ad art 42quinquies, no 4ss). La Confédération peut notamment également harmoniser des impôts qu'elle ne perçoit pas elle-même (par exemple l'impôt sur la fortune).

La Confédération contrôle l'observation des principes d'harmonisation; cette tâche n'est plus mentionnée dans le projet, mais il va de soi qu'elle continue d'être assurée par la Confédération. Si, à l'échéance du délai transitoire de 8 ans (31.12.2000), un contribuable peut déduire quelque chose à son profit de la LHID, il peut, selon les art. 72 s LHID, attaquer la décision cantonale de dernière instance par la voie du recours de droit administratif au Tribunal fédéral. Si, à l'échéance de ce délai de 8 ans, un canton n'adapte pas sa législation, la Confédération pourra faire une réclamation de droit public (art. 83 OJF).

Selon l'al. 2, la Confédération tient compte des efforts des cantons en matière d'harmonisation. C'est dire qu'elle ne doit pas choisir des solutions

en matière d'harmonisation qui contredisent les solutions prévues par les cantons alors que ces dernières seraient dans une large mesure déjà harmonisées. La Confédération est toutefois habilitée à harmoniser si nécessaire des questions pour lesquelles il n'existe pas encore de solutions cantonales harmonisées ou qui ne sont réglées que dans une minorité de cantons (voir Cagianut, in Commentaire de la Constitution fédérale, ad art. 42quinquies, no 3).

L'al. 3 oblige la Confédération et les cantons à collaborer de manière intensive. En matière de collaboration, le droit des cantons va au-delà de leur droit usuel à être consultés. Il a été renoncé à mentionner le délai convenable que la Confédération devait laisser aux cantons pour adapter leurs législations, dans la mesure où cela va de soi. La LHID prévoit un délai de 8 ans; cela ne signifie toutefois pas que chaque modification implique un délai de cette durée. Des délais plus courts peuvent également être considérés comme convenables.

L'al. 4 correspond à l'art. 42quater Cst. féd. qui, dans cette matière, comprend également une compétence d'harmonisation. Cette disposition n'est transposée qu'une seule fois au niveau législatif, à l'art. 5 de la loi du 19 juin 1959 concernant la péréquation financière entre les cantons (RS 613.1).

Art. 109 Taxe sur la valeur ajoutée

La présente disposition correspond dans ses grandes lignes aux dispositions sur la TVA contenues dans l'art. 41ter Cst. féd.

L'al. 1er régit la taxe sur la valeur ajoutée de la même manière que l'art. 41ter al. 1er et 1bis Cst. féd. L'augmentation du taux à 6.5% selon l'al. 1bis a été directement intégrée au texte. La notion d'"impôt sur le chiffre d'affaires avec déduction de l'impôt préalable" a été remplacée par la notion usuelle de "taxe sur la valeur ajoutée". La future loi sur la taxe sur la valeur ajoutée sera basée sur cette disposition. L'ordonnance actuellement en vigueur, qui se base sur l'art. 8 DT., nécessite une norme analogue dans le projet de Constitution (art. 1 DT. du projet).

L'al. 2 reprend textuellement la deuxième phrase de l'art. 41ter al. 3. Comme auparavant, 5 pour cent du produit de la taxe sont affectés à des mesures en faveur des classes inférieures de revenus. Cependant, dans les cinq ans qui suivent l'introduction de la taxe sur la valeur ajoutée (jusqu'en 1999), la disposition spéciale de l'art. 8 al. 4 DT. (respectivement l'art. 1er al. 2 DT.) reste applicable.

L'al. 3 correspond, à l'exception d'une petite modification rédactionnelle à l'al. 3bis, à l'art. 41ter Cst. féd. Il permet l'augmentation à 7.5 pour cent du taux de la taxe sur la valeur ajoutée.

Art. 1er du droit transitoire Taxe sur la valeur ajoutée

L'art. 1er des dispositions transitoires du projet reprend textuellement l'actuel art. 8 DT., sous réserve des exceptions suivantes:

1. La phrase introductive a fait l'objet de modifications rédactionnelles, toutefois sans influence sur son contenu matériel.
2. L'al. 3 de l'art. 8 DT. (déduction anticipée de l'impôt préalable, réglementation de la transition de l'ICHA à la TVA), devenu obsolète, a été biffé.
3. L'art. 8bis DT. (augmentation du taux de 6.2 à 6.5 pour cent, respectivement de 1.9 à 2 pour cent) a été intégré au texte de la disposition constitutionnelle.
4. L'art. 8ter DT. est repris textuellement par l'al.3 de la présente disposition du projet.
5. La compétence implicite du Conseil fédéral de réglementation de la soustraction d'impôt et de la mise en péril de l'impôt (BO CN 1993 p. 331) est reprise par la lettre m.

Selon le principe de la légalité, une taxe doit être prévue par une loi formelle; ceci ressort également de l'art. 41ter al. 6 Cst. féd. En dérogation à ce principe, l'art. 8 DT. permet au Conseil fédéral, jusqu'à l'entrée en vigueur d'une loi, de régler la taxe sur la valeur ajoutée par voie d'ordonnance. Cette disposition est une norme de délégation dans laquelle doivent être contenues les grandes lignes de la réglementation: l'objet de l'impôt, le sujet de l'impôt et les bases de calcul de l'impôt. Dans son ordonnance, le Conseil fédéral ne peut pas s'écarter de ces principes. Il n'est par ailleurs pas non plus possible au législateur de corriger ponctuellement l'OTVA. Le législateur a uniquement la possibilité, en se basant sur l'art. 41ter (art. 109 du projet) d'édicter une loi sur la taxe sur la valeur ajoutée qui abroge l'ordonnance du Conseil fédéral. Dans les limites du principe de la légalité, une loi peut également se limiter à régler l'essentiel en déléguant à nouveau la réglementation de certaines questions au Conseil fédéral.

L'art. 8ter DT. (taux pour le tourisme) fait également partie du droit transitoire. Tant que reste en vigueur l'ordonnance sur la taxe sur la valeur ajoutée, un taux particulier ne peut être prévu que par une loi sujette au référendum, et non par une ordonnance du Conseil fédéral. Une loi basée sur l'art. 41ter Cst. féd. peut fixer en principe librement le taux de l'impôt pour les prestations touristiques, qui sont dans une mesure considérable consommées par des étrangers. A l'adoption d'une loi, la disposition selon laquelle le taux pour le tourisme nécessite une base légale deviendra obsolète, dans la mesure où une telle disposition résulte déjà de l'art. 41ter al. 6 Cst. féd. Si l'intention était de limiter le pouvoir d'appréciation du législateur dans la Constitution ("pour autant que les prestations touristiques soient consommées dans une large mesure par des étrangers et pour autant que la situation concurrentielle l'exige", il aurait fallu le dire dans le texte même de la Constitution (voir par exemple l'"initiative pour le sport et les prestations d'utilité publique", FF 1995 III 117).

L'art. 8ter Cst. féd. a été historiquement interprété de manière telle, qu'il ne peut être question d'un taux spécial qu'après une augmentation du taux usuel. Le texte de cette disposition permettrait toutefois actuellement une intervention du législateur (voir BO CE 1993 p.339ss, et CN 1993 p. 387ss, notamment p. 390, proposition Spoerry).

Art. 110 Droit de timbre, impôt anticipé, impôt de rétorsion

Cette disposition correspond pour l'essentiel à l'art. 41bis Cst. féd.

Selon l'al. 1er, la Confédération peut percevoir des droits de timbre d'émission. La notion n'est pas très claire dans la mesure où le droit de timbre (ou taxe sur le timbre) n'a aujourd'hui plus rien avoir avec un timbre. Il est prélevé comme taxe d'émission lors de l'émission de papiers valeurs ou comme droit de timbre de négociation lors du transfert de papiers valeurs. Le projet ne mentionne plus les coupons, effets de change et effets analogues, qui sont tous des papiers valeurs au sens des art. 965ss CO.

Selon l'al. 2, la Confédération peut percevoir un impôt anticipé. L'objet de l'impôt est défini par la disposition constitutionnelle et sa définition est la même que par le passé.

Selon l'al. 3, la Confédération peut percevoir un impôt spécial auprès des personnes domiciliées à l'étranger. Cet impôt, qualifié d'impôt de rétorsion, n'a encore jamais été prélevé et est destiné à empêcher "une tendance fiscale extensive" des Etats étrangers (FF 1957 I 596).

Art. 111 Impôts spéciaux sur les produits de consommation

L'art. 111 rassemble diverses dispositions de l'actuelle Constitution (art. 32bis, 36ter, 41bis et 41ter Cst. féd.) qui règlent divers impôts spéciaux.

Concernant l'impôt sur le tabac, la description de l'objet de l'impôt a été abrégée; la Confédération peut toutefois continuer à imposer le tabac et les produits du tabac qui font l'objet de la même utilisation.

La reprise dans cette disposition de l'impôt sur les boissons distillées a pour conséquence une petite modification, dans la mesure où les boissons distillées ne font aujourd'hui pas l'objet d'une imposition, mais sont frappées d'une taxe de monopole. Dans la mesure où la loi sur l'alcool devra prévoir à l'avenir une imposition non discriminatoire des importations (FF 1994 IV 1148), cette modification ne pose pas de problème. Selon l'al. 2, 10 pour cent du produit net de cet impôt vont aux cantons comme par le passé, pour combattre les problèmes de dépendance (alcool, drogue, médicaments etc.). Ce faisant, ils doivent combattre ces problèmes non seulement dans leurs effets, mais également dans leurs causes, ceci sans compétence fiscale cantonale supplémentaire (imposition exclusive par la Confédération).

L'impôt sur la bière est, depuis 1935, prélevé sur la base d'un arrêté du Conseil fédéral concernant l'impôt sur les boissons (RS 641.411). Depuis 1967, un arrêté fédéral non sujet à référendum (RS632.112.21) dispose que la base de calcul est le prix de la bière en gros et que l'imposition de la bière doit continuer au même taux qu'en 1958 (17,7 pour cent). Ces arrêtés ont, par l'art. 9 DT., été de fait élevés au niveau constitutionnel; ils ne seront abrogés que par l'éventuelle future loi sur la bière. Ainsi, la disposition détaillée de l'art. 41ter a. 4 lit. b) Cst. féd. peut être abrégée, dans la mesure où ces précisions peuvent indirectement être déduites de l'art. 9 DT., (respectivement art. 3 des dispositions transitoires du projet). Dans la mesure où la présente disposition constitutionnelle ne règle plus la

compensation automatique du renchérissement, il appartiendra à la future loi sur la bière de prévoir une solution pour cette question.

L'impôt sur les huiles minérales et sa surtaxe (jusqu'à maintenant, droits de douane supplémentaires sur les carburants, voir aussi la disposition du projet relative aux taxes routières) a été intégré en 1993 dans la Constitution dans le cadre de la transformation des droits de douane en impôts spéciaux sur la consommation. Un projet de loi y relatif a été soumis au Parlement le 5 avril 1995.

Au cours de l'année 1995, le Conseil fédéral devrait encore soumettre au Parlement un message sur la question d'un impôt sur les automobiles, qui serait perçu sur l'importation et la fabrication indigène d'automobiles et de pièces détachées.

Art. 112 Droits de douane

Le droit de douane est une taxe relevant du droit public perçue par un Etat, dans le cadre de sa souveraineté territoriale, sur le trafic transfrontière de marchandises. Du point de vue du droit fiscal, il s'agit d'un impôt économique sur les transactions. La perception de droits de douane permet de poursuivre différents buts politiques:

- Droits de douane financiers ou fiscaux: ils servent de ressource financière à l'Etat.
- Droits de douane économiques: en qualité de droits de douane protectionnistes, ils ont pour but de protéger l'économie nationale; en qualité de droits de douane d'incitation, ils ont une influence sur le marché intérieur.
- Droits de douane mixtes: ils remplissent plusieurs fonctions. Souvent, ils cumulent des buts de politique fiscale et commerciale. D'autres combinaisons sont possibles. Des droits de douane prohibitifs ont aussi bien des effets discriminatoires en matière de politique commerciale que des effets protectionnistes, dans la mesure où ils augmentent le prix des marchandises étrangères de telle manière qu'elles ne sont plus concurrentielles.

Les accords internationaux (notamment AELE, Accord de libre échange avec la communauté européenne, droits de douane préférentiels pour les pays en voie de développement, GATT) ont pour conséquence que les droits de douane et autres taxes à la frontière ont perdu de leur importance. Par ailleurs, le produit des droits de douane en suisse a chuté en valeur nominale dans la mesure où, comme base de calcul, notre pays prend en considération le poids et non pas la valeur. Toutefois, grâce à l'augmentation du fret et des redevances fiscales (carburants, tabac), les recettes de la Confédération ne cessent d'augmenter. Il faut toutefois souligner, qu'en 1970, les recettes des douanes suisses, avec un produit de 3.4 milliard de francs, représentaient presque la moitié des recettes de la Confédération, alors qu'aujourd'hui, avec un produit de 8.1 milliards, elles ne représentent plus qu'un cinquième des recettes de la Confédération.

Compte tenu de l'issue négative du vote relatif à l'accord sur l'EEE, il est peu probable que notre pays participe pas dans un proche avenir au marché intérieur de la Communauté européenne, ceci même si un rapprochement se dessine par des négociations bilatérales. C'est pourquoi la Suisse doit continuer à mener une politique douanière autonome qui est toutefois influencée par différentes conventions internationales. Les principes relatifs à la perception des droits de douane de l'art. 29 Cst. féd. ont pour l'essentiel la nature d'un programme. Ils doivent garantir que la politique douanière de la Suisse ne s'écarte pas de certaines lignes prédéterminées. Mais, en même temps, ils confient aux autorités fédérales un pouvoir d'appréciation difficile à définir. Et, finalement, ils servent de directives de rang constitutionnel pour l'ensemble de l'activité politique fondée sur les articles douaniers, c'est-à-dire pour la politique économique extérieure en général (voir Rhinow, in Commentaire Cst. féd. ad art. 29 n. 5). Les principes relatifs à la perception manquent d'unité et de précision. Les conflits de buts sont inévitables. L'encouragement de faibles droits de douane pour les produits alimentaires de base est en contradiction évidente avec une politique agricole protectionniste.

Pour les raisons susmentionnées il est proposé, dans le cadre de la révision de la Constitution fédérale, de renoncer à énumérer les différents buts politiques poursuivis. Enfin, dans la mesure où il s'agit d'une évidence, la disposition (art. 30 Cst. féd.) selon laquelle le produit des droits de douane appartient à la Confédération est également biffée.

Art. 113 Imposition exclusive par la Confédération

L'alinéa premier reproduit le droit en vigueur. Cette disposition a été introduite dans la Constitution à l'occasion du droit de timbre (cf. Locher, Comm. Cst., art. 41bis, chif. 71). Les cantons et les communes ne peuvent introduire de droit de timbre, d'impôt anticipé, de taxe sur la valeur ajoutée ou d'autres impôts de consommation, si la Confédération impose déjà le même objet. Par les termes "les objets que la législation soumet à [l'impôt]", on garantit que les objets que la Confédération désigne comme étant en principe assujettis à l'impôt soient soustraits à l'imposition des cantons et communes, même si une disposition spéciale les déclare exonérés. Demeurent toutefois admis, par exemple, les impôts cantonaux qui, bien qu'ayant pour objet le chiffre d'affaires, constituent simultanément un critère d'évaluation de la capacité économique (ATF 96 I 582s.). Ce type d'impôt cantonal s'explique historiquement; il visait, en l'occurrence, la Migros. Récemment, des problèmes se sont posés dans la pratique, notamment en matière de taxes cantonales sur l'énergie. Depuis 1995, de nouveaux domaines entrent en ligne de compte. En effet, depuis l'introduction de la taxe sur la valeur ajoutée, diverses prestations de services, qui n'étaient pas touchées par l'art. 41ter al. 2 Cst., sont désormais soumises à l'impôt. Les billets d'entrée à des expositions non culturelles (BEA, MUBA, Züspa, OLMA, Comptoir suisse de Lausanne, etc.) sont ainsi assujettis à la taxe sur la valeur ajoutée, ce qui emporte toutefois suppression de l'impôt communal sur les billets d'entrée fréquemment appliqué jusque-là. Ce dernier ne reste admis que dans le cas des "opérations exclues" (art. 14 de l'ordonnance régissant la taxe sur la va-

leur ajoutée). Toutefois, plusieurs personnes assujetties à la taxe sur la valeur ajoutée (organisateurs de manifestations sportives, exploitants de salles de cinéma) s'étant aperçu qu'il serait plus avantageux pour elles, grâce à la déduction de l'impôt préalable, d'être soumises à un taux de 2 pour cent plutôt que d'être admises dans la liste des opérations exclues, le problème de la taxe communale sur les billets d'entrée risque de se poser avec encore plus d'acuité à l'avenir. Dans ces conditions, on peut se demander s'il ne conviendrait pas, à la faveur d'une révision de la Constitution, de modifier cette disposition, soit en réservant la possibilité pour les cantons et les communes d'imposer les billets d'entrée, soit en supprimant la taxe sur la valeur ajoutée dans l'énumération du présent alinéa.

Le 2e alinéa s'explique surtout historiquement. Lors de la révision constitutionnelle de 1958, on a voulu éviter que les taxes sur les documents de transport, supprimées par la Confédération, soient réintroduites par les cantons. Cette question pourrait toutefois être réglée au niveau de la loi (cf. Locher, Comm. Cst., art. 7 DT, chif. 6).

Art. 114 Péréquation financière

L'article 114 attribue à la Confédération la compétence de régler la péréquation financière entre les cantons. Aujourd'hui, celle-ci est régie principalement par les art. 41ter al. 5 lit. b et 42ter Cst. et, marginalement, par les art. 32bis al. 9 Cst. et 10 DT.

Pour assumer les tâches qui leur sont propres, les cantons doivent disposer des moyens financiers nécessaires. Or, la capacité financière des cantons diffère sensiblement d'un canton à l'autre. Une péréquation financière efficace, tant verticale qu'horizontale, est donc indispensable. Elle représente aussi la condition sine qua non et le pendant de toute délégation de tâche aux cantons. Une distinction doit être opérée entre les mesures d'encouragement et les mesures de compensation. Dans leur forme actuelle, toutes les dispositions constitutionnelles relatives à la péréquation financière (y compris l'art. 42ter) sont dépassées. Ces dispositions sont, en effet, isolées de tout contexte, n'étant intégrées ni dans une conception globale structure de l'Etat / péréquation financière, ni dans une norme générale sur la péréquation financière.

Le 22 juin 1994, le Conseil fédéral a décidé de procéder à une refonte du système de la péréquation financière. Dans cette perspective, le Département fédéral des finances et la Conférence des directeurs cantonaux des finances ont mis en place un projet d'organisation. Les premières propositions devraient être formulées pour la fin 1995. Il serait donc peu judicieux de procéder aujourd'hui à une mise à jour de la péréquation financière dans le cadre du présent projet. Le texte proposé a donc un caractère provisoire et il est, à dessein, relativement court, puisqu'il devra être réélaboré suite aux propositions des groupes de travail chargés, dans le cadre du projet d'organisation susmentionné, d'étudier la réforme de la péréquation financière.

Droit transitoire relatif au chapitre 3 (régime financier)**Art. 2 Durée de la perception de l'impôt**

Cette disposition, reprise de l'art. 41ter al. 1er Cst., a été transférée dans les dispositions transitoires pour des raisons de systématique; cela n'implique pas de changements matériels.

Art. 3 Impôt sur la bière

Sans cette disposition, l'impôt sur la bière ne pourrait plus être perçu; en effet, malgré le fait que cet impôt soit perçu depuis soixante ans, il n'existe pas encore de loi concernant la perception de l'impôt sur la bière. Cette disposition élève au niveau de la Constitution fédérale l'arrêté du Conseil fédéral du 4 août 1934 concernant un impôt fédéral sur les boissons (RS 641.411) et l'arrêté fédéral du 21 décembre 1967 concernant l'adaptation de l'impôt sur la bière (RS 632.112.21)

Art. 4 Part des cantons au produit de l'impôt anticipé

Dans la mesure où elle modifie l'art. 2 de la loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé (RS 642.21), cette disposition doit être maintenue jusqu'à l'adoption de la nouvelle réglementation relative à la péréquation financière. La loi peut également être modifiée dans ce sens, dans la mesure où elle prévoit que la part des cantons au produit de l'impôt anticipé est de 12 pour cent, quand bien même le taux de l'impôt s'élève actuellement à 35 pour cent.

Titre 4: Peuple et cantons

Chapitre premier: Droit de vote

Art. 115

Les droits politiques des citoyens en matière fédérale trouvent leur fondement à l'art. 115 du projet. Cet article établit les conditions du droit de vote fédéral et définit les droits politiques de tout citoyen actif au niveau fédéral.

L'alinéa premier correspond à l'art. 74 al.1 et 2 Cst. Il règle clairement le droit de vote au niveau fédéral; le droit de vote concernant des affaires cantonales et communales relève du droit cantonal (cf. art. 42 du projet [Exercice du droit de vote]). Le droit de vote fédéral dépend des conditions suivantes: la nationalité suisse, l'âge de 18 ans révolus et l'absence d'interdiction pour cause de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit. Le projet constitutionnel reprend ainsi les principes de privation des droits civiques établis à l'art. 2 LDP: les droits politiques ne doivent pouvoir être retirés à une personne que si elle est interdite par suite de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit selon l'art. 369 CC. Dans ces deux cas, il faut partir de l'idée que le minimum requis en matière de capacité de discernement pour l'exercice du droit de vote n'est pas réalisé. La privation des droits politiques est inadmissible dans les autres cas de tutelle ou pour toute autre raison. La disposition s'inspire des formulations de différents projets constitutionnels (art. 57 du projet de 1977, art. 75 du projet du DFJP, art. 72 du projet du PRD).

La deuxième phrase de l'alinéa premier établit le principe du suffrage universel et déclare tous les citoyens égaux politiquement.

L'alinéa 2 donne un aperçu quant au contenu des droits politiques au niveau fédéral et se fonde sur différents articles constitutionnels: art. 73, 74, 89 al. 2 à 5, 89 bis al. 2 et 3, 120, 121, 123.

L'art. 115 du projet établit le droit de tout citoyen actif de prendre part aux élections au Conseil national et aux votations fédérales, de même que le droit de lancer et de signer des initiatives populaires et des demandes de référendum en matière fédérale.

L'art. 115 al. 2 du projet s'inspire de l'art. 77 du projet du DFJP.

Le droit de tout citoyen actif de former librement sa volonté et de l'exprimer dans un scrutin qui ne soit pas faussé est ancré, sous forme générale, à l'art. 28 du projet (Liberté de vote).

Chapitre 2: Initiative et référendum

Art. 116

Initiative populaire tendant à la revision totale de la Constitution

L'art. 116 du projet reprend, dans le Titre 4 "Peuple et cantons", les dispositions de l'art. 120 Cst., lesquelles règlent l'initiative populaire tendant à la revision totale de la Constitution. La revision totale en tant que telle est traitée au Titre 6 du projet, dans les dispositions sur la revision.

L'art. 116 du projet ancre le droit d'initiative populaire en matière de revision totale de la Constitution. 100 000 signatures sont nécessaires à l'aboutissement de l'initiative. L'initiative doit revêtir la forme d'une proposition conçue en termes généraux. Afin de mettre en évidence son importance et sa portée, la procédure de revision totale est rendue plus difficile de la manière suivante: après l'aboutissement de l'initiative, le peuple décide par une votation préalable si une revision totale doit être entreprise. Seule la majorité du peuple est requise pour cette votation; l'exigence de la double majorité est réservée pour la votation finale. Si une majorité des votants s'exprime en faveur de la revision totale, les deux conseils sont dissous et renouvelés. Ce renouvellement s'explique par le souci de confier l'élaboration de la nouvelle Constitution à un parlement qui y soit favorable.

L'art. 116 du projet reprend, en forme abrégée, les dispositions de l'art. 120 Cst., relatif à l'initiative populaire et les reformule.

Art. 117

Initiative populaire tendant à la revision partielle de la Constitution

L'art. 117 du projet correspond à l'art. 121 Cst., dont il donne une version abrégée et actualisée. La réglementation de l'art. 121 Cst. n'est reprise que dans la mesure où elle concerne l'initiative populaire tendant à la revision partielle de la Constitution. Le droit d'initiative de l'Assemblée fédérale, ancré également à l'art. 121 al.1 Cst., est discuté au Titre 6 du projet, dans le cadre des dispositions sur la revision.

A son alinéa premier, l'art. 117 du projet ancre le droit d'initiative populaire en matière de revision partielle de la Constitution. De même que pour la revision totale, 100 000 signatures sont nécessaires à l'aboutissement de l'initiative. L'initiative porte sur l'adoption, la modification ou l'abrogation d'un seul article ou de plusieurs articles ayant entre eux un lien de connexité matérielle.

L'alinéa 2 établit le principe de l'unité de la forme. L'initiative tendant à la revision partielle est présentée soit sous la forme d'une proposition conçue en termes généraux et qui soumet à l'Assemblée fédérale une ligne directrice générale, soit sous la forme d'un projet rédigé de toutes pièces. Un mélange des deux formes n'est pas possible, puisqu'une procédure différente s'applique selon la manière dont la demande d'initiative populaire est formulée.

L'alinéa 3 règle la nullité de l'initiative populaire tendant à la revision partielle de la Constitution. Toute initiative populaire se doit de respecter deux limites formelles: l'unité de la forme (cf. supra) et l'unité de la matière (cf. commentaire de l'art. 169 du projet [Revision partielle]). Si une initiative ne respecte pas l'une de ces deux limites, elle doit être déclarée nulle par l'Assemblée fédérale (art. 75 LDP).

Les règles impératives du droit international sont présentées comme une limite matérielle au droit d'initiative; d'après la toute récente pratique des autorités fédérales et en accord avec la doctrine dominante, ces règles limitent le contenu de toute revision constitutionnelle (cf. Message sur l'initiative "pour une politique d'asile raisonnable", FF 1994 III 1473 et sa déclaration de nullité par le Conseil des Etats en séance du 16 mars 1995;

cf. également le commentaire de l'art.169 du projet). Une initiative qui violerait une de ces règles du droit international devrait être déclarée nulle par l'Assemblée fédérale.

L'alinéa 4 règle la procédure pour l'initiative conçue en termes généraux. Si les deux Conseils rejettent l'initiative, celle-ci est soumise à une votation préalable. Si le peuple, lors de cette votation préalable, approuve l'initiative ou si l'Assemblée fédérale approuve d'emblée l'initiative, elle élabore un projet correspondant. Ce projet doit, sur les points essentiels mais non pas dans les détails d'importance secondaire, être conforme à l'initiative populaire. La revision partielle sous forme de proposition conçue en termes généraux est réputée n'avoir pas abouti si les deux Conseils n'arrivent pas à se mettre d'accord sur le texte constitutionnel qu'ils ont élaboré (art. 19, 20 al. 3 LRC).

Enfin, l'alinéa 5 décrit la procédure en cas d'initiative ayant la forme d'un projet rédigé de toutes pièces. Si l'Assemblée fédérale approuve l'initiative, celle-ci doit être soumise à l'approbation du peuple et des cantons. Si l'Assemblée fédérale n'approuve pas l'initiative, elle peut soit proposer le rejet de l'initiative, soit lui opposer un contre-projet qui sera soumis au vote du peuple et des cantons en même temps que l'initiative. Ceci pourrait éventuellement être précisé dans le texte même de la Constitution. L'Assemblée fédérale ne peut modifier le texte de l'initiative, car il est contraignant. Le contre-projet de l'Assemblée fédérale doit concerner la même matière constitutionnelle que l'initiative populaire (art. 27 al. 3 LRC); il peut cependant s'en distancer dans le principe et l'objectif.

La procédure en cas de votation sur l'initiative populaire et le contre-projet (possibilité du double oui) devra être réglée de manière détaillée au niveau de la loi fédérale sur les droits politiques, sur le modèle de l'actuel article 121bis Cst. Une disposition transitoire doit retenir la possibilité pour le corps électoral, lors d'une votation sur l'initiative et le contre-projet, d'approuver les deux projets et de marquer sa préférence pour l'une des deux propositions si toutes deux sont acceptées. Par là même, on s'assure que le résultat du scrutin est clair et n'a pas été faussé.

Art. 118 Référendum obligatoire

L'art. 118 constitue une norme d'organisation, qui prévoit le vote obligatoire du peuple et des cantons ainsi que celui du peuple seul pour certaines décisions de l'Assemblée fédérale.

L'al. 1 règle les cas de double majorité:

Selon la lettre a, le référendum obligatoire vaut pour toutes les revisions de la Constitution, comme c'est déjà le cas aujourd'hui (art. 123 al. 1 Cst.).

Est en outre soumise au référendum obligatoire du peuple et des cantons, aux termes de la lettre b, l'adhésion à une organisation de sécurité collective (par exemple l'ONU) ou à une communauté supranationale (par exemple l'Union européenne). Cette disposition correspond à l'article 89 al. 5 Cst. Elle n'exclut 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 (par exemple l'adhésion à l'Espace économique européen, cf. FF 1992 IV 525 ss).

Conformément à la lettre c, les modifications du nombre et du territoire des cantons doivent également être approuvées par le peuple et les cantons (voir à ce sujet le commentaire relatif à l'art. 39 du projet [Modifications du nombre et du territoire des cantons]).

Selon la lettre d, tombent enfin sous le coup du référendum obligatoire du peuple et des cantons, dans le délai d'une année dès leur adoption par l'Assemblée fédérale, tous les arrêtés fédéraux urgents dépourvus de fondement constitutionnel. Cette disposition correspond à l'art. 89bis al. 3 Cst. (voir à cet égard les explications relatives à la législation d'urgence [art. 142 du projet]).

L'al. 2 énumère les trois hypothèses de référendum obligatoire qui requièrent uniquement la majorité du peuple (sans l'exigence de la majorité des cantons):

D'après la lettre a, dans l'hypothèse d'une initiative populaire demandant la revision totale de la Constitution, il appartient au peuple de se prononcer, en votation préalable, sur la question de savoir s'il faut procéder à une telle revision totale (cf. aussi l'art. 116 du projet). Cette disposition correspond à l'actuel art. 120 al. 1 Cst.

Il y a également référendum obligatoire du peuple, aux termes de la lettre b, lorsque les deux chambres rejettent une initiative populaire tendant à une revision partielle et rédigée sous forme d'une proposition conçue en termes généraux (cf. art. 117 al. 4 du projet). Cette disposition reprend l'actuel art. 121 al. 5.

Le dernier cas de référendum obligatoire avec la simple majorité du peuple est prévu à la lettre c: lorsque les deux chambres sont d'avis divergents sur la question de savoir s'il faut procéder à une revision totale, la question doit être soumise au peuple et tranchée par celui-ci en votation préalable (cf. art. 168 al. 2 du projet). Cette règle correspond à l'actuel art. 120 al. 1.

Art. 119

Référendum facultatif

L'art. 119 prévoit le référendum facultatif pour certaines décisions de l'Assemblée fédérale. Le référendum peut être demandé par 50 000 citoyennes et citoyens actifs ou par huit cantons. L'art. 59 LDP impose à cet effet un délai de 90 jours. L'art. 119 du projet correspond aux art. 89 al. 2 à 4 et 89bis al. 2 Cst.

L'al. 1, lettres a et b, expose au référendum facultatif les "lois fédérales" et les "arrêtés fédéraux de portée générale". La Constitution actuelle ne dit pas ce qu'il faut entendre par là. En vertu des art. 5 et suivants LRC, la loi et l'arrêté fédéral de portée générale sont les formes réservées pour les actes législatifs qui contiennent des "règles de droit", la loi étant prévue pour les actes d'une durée illimitée et l'arrêté fédéral pour les actes de durée limitée. Par règles de droit, la LRC entend toutes "les normes générales et abstraites qui imposent des obligations ou confèrent des droits aux personnes physiques ou morales, ainsi que celles qui règlent

l'organisation, la compétence ou les tâches des autorités ou fixent une procédure". Les purs actes d'administration ne doivent donc pas revêtir la forme de la loi ou de l'arrêté fédéral de portée générale, et ils ne peuvent en conséquence pas non plus être soumis au référendum. Selon la doctrine et la pratique, il est cependant admissible de prévoir des actes administratifs dans une loi ou un arrêté fédéral de portée générale lorsque de tels actes sont en rapport étroit et immédiat avec des normes de caractère général et abstrait (par exemple une concession octroyée dans la loi à une société déterminée).

Sur la base de l'art. 119, les actes législatifs seraient soumis au référendum dans leur intégralité seulement, comme c'est déjà le cas actuellement. Autrement dit, il ne serait pas admissible de soumettre au vote des parties ou des dispositions isolées d'un acte législatif. L'Assemblée fédérale a cependant la possibilité de modifier un même acte, loi ou arrêté de portée générale, en plusieurs projets distincts, de manière à permettre ainsi des référendums séparés.

Sont aussi soumis au référendum facultatif, aux termes de l'al. 1, lettre c, tous les arrêtés fédéraux de portée générale déclarés urgents, et conformes à la Constitution, dont la durée de validité est supérieure à une année (cf. art. 142 du projet [Législation d'urgence]).

L'alinéa 1, lettre d, soumet certains traités internationaux au référendum facultatif. Les deux premières catégories (référendum facultatif pour les traités de durée indéterminée et non dénonçables et pour les traités prévoyant l'adhésion à une organisation internationale) ne posent guère de problèmes en pratique (cf. JAAC 1978 [42/II], n° 38, p. 188, et 1980 [44/I], n° 1, p. 25; cf. aussi FF 1987 III 182/183). Pour les détails, voir D. Schindler, in *Commentaire de la Constitution fédérale*, ad art. 89 al.3, n°3 ss.

La troisième catégorie (référendum facultatif pour les traités qui entraînent une unification multilatérale du droit) peut en revanche soulever quelques difficultés d'interprétation dans des cas limites. La pratique a toutefois développé une solution suffisamment cohérente (cf. FF 1990 III 904 et 1988 II 894, avec d'autres références). Il y a unification multilatérale lorsqu'un traité international crée du droit (multilatéral) uniforme, dans l'ensemble directement applicable, qui remplace ou au moins complète de manière immédiate le droit national, et que ce droit uniforme constitue un ensemble d'une ampleur suffisamment importante, qui justifierait aussi, selon les critères du droit national, l'adoption d'une loi séparée; on admet en outre qu'il peut, dans des cas particuliers (cf. FF 1990 III 904), y avoir unification multilatérale même lorsque les normes internationales en question ne sont pas très nombreuses, mais qu'elles revêtent une portée fondamentale.

Les modifications de traités internationaux qui ont été exposés au référendum facultatif en raison de l'adhésion à une organisation internationale ou d'une unification multilatérale du droit doivent elles-mêmes être assujetties au référendum si elles portent sur des questions d'une importance fondamentale (cf. FF 1992 II 1190 et 1986 III 781/782).

L'al. 2 prévoit la possibilité d'un référendum facultatif extraordinaire, en habilitant l'Assemblée fédérale à soumettre au référendum, dans un cas d'espèce, n'importe quel autre traité international qu'elle doit approuver.

Art. 120 Majorités requises

L'art. 120 du projet règle la détermination des résultats des votations fédérales. Il fait suite aux dispositions sur les référendums obligatoire et facultatif, dispositions qu'il complète.

L'art. 120 du projet se fonde sur l'art. 123 de la Constitution actuelle, lequel pose et concrétise l'exigence de la double majorité du peuple et des cantons pour les votations relatives aux modifications de la Constitution. La disposition du projet met à jour le contenu de l'art. 123, dans la mesure où elle porte sur l'ensemble des cas de double majorité que connaît le droit constitutionnel actuel. La question de savoir quels projets nécessitent la double approbation du peuple et des cantons est réglée dans la disposition relative au référendum obligatoire (art. 118 al. 1 du projet).

L'art. 120 du projet détermine par ailleurs le mode de calcul des résultats des votations exigeant la simple majorité du peuple. Tombent sous le coup de cette disposition les votations populaires provoquées par un référendum facultatif au sens de l'art. 119 du projet, ainsi que les trois cas suivants, mentionnés à l'art. 118 al. 2 du projet: les votations relatives aux initiatives populaires tendant à la revision totale de la Constitution fédérale, les votations relatives aux initiatives populaires tendant à la revision partielle de la Constitution et présentées sous forme de propositions conçues en termes généraux, qui ne sont pas approuvées par les chambres, ainsi que les votations provoquées par une divergence des deux sections de l'Assemblée fédérale quant à une revision totale de la Constitution fédérale.

La majorité du peuple et la majorité des cantons sont calculées de manière suivante: la majorité du peuple est atteinte lorsque le projet est approuvé par la majorité absolue des citoyennes et des citoyens qui ont voté. S'agissant de la majorité des cantons, le projet doit être approuvé par la majorité absolue des cantons, c'est-à-dire douze cantons, le résultat de la votation populaire dans chaque canton étant déterminant pour le calcul des voix des cantons. Les vingt cantons disposent chacun d'une voix entière, les six demi-cantons d'une demi-voix chacun. En cas d'égalité de voix des cantons approuvant et rejetant le projet (11½ : 11½), celui-ci est réputé rejeté.

L'art. 120 du projet correspond aux formulations de l'art. 63 du projet de 1977 et de l'art. 81 du projet du DFJP.

Titre 5: Autorités fédérales

Chapitre premier: Dispositions générales

Art. 121 Eligibilité

L'art. 121 du projet correspond aux art. 75, 96, al. 1er (dans la mesure où il concerne l'éligibilité au Conseil fédéral) et 108, al. 1er, Cst. Il résume ces trois dispositions constitutionnelles en un seul article et les actualise.

L'art. 121 du projet règle l'éligibilité à l'Assemblée fédérale, au Conseil fédéral et au Tribunal fédéral. Il assimile l'éligibilité au droit de vote en ce qui concerne l'élection à ces trois autorités fédérales et consacre ainsi le principe de la capacité générale passive en matière de droits politiques. De plus, l'art. 121 du projet contient, tout comme le droit en vigueur, une clause d'incompatibilité faisant de la laïcité une condition d'éligibilité.

Dans le sens d'une innovation, on envisagera de biffer la clause de laïcité. Il s'agit en effet d'une relique du siècle dernier qui a perdu sa signification aujourd'hui. On ne voit en effet aucune raison de priver les membres du clergé de leur éligibilité. Cette variante correspond à l'initiative parlementaire "Assemblée fédérale. Revision de la Cst." de la Commission des institutions politiques du Conseil national (FF 1995 I 1123).

Art. 122 Incompatibilités

L'article 122 du projet correspond aux articles 77, 81, 97 et 108 Cst.

Il donne les règles d'incompatibilité applicables à toutes les autorités fédérales. Cette disposition entend réaliser le principe de la séparation personnelle des pouvoirs. Le *1er alinéa* prévoit que les fonctions de membre du Conseil national, du Conseil des Etats, du Conseil fédéral, et de juge du Tribunal fédéral sont incompatibles. Le *2e alinéa* entend empêcher des conflits entre les intérêts du Conseil fédéral ou du Tribunal fédéral et les intérêts résultant d'une autre activité professionnelle; partant, il vise à garantir l'indépendance de ces deux autorités. Le *3e alinéa* mentionne un autre cas d'incompatibilité: les agents de la Confédération ne peuvent être membres du Conseil national. Ils ne peuvent pas non plus siéger simultanément au Tribunal fédéral. La notion d'"agents de la Confédération" entend remplacer le terme trop étroit de "fonctionnaires", car, selon la conception actuelle de la Constitution et en vertu de l'article 18 LDP (RS 161.1), les employés de la Confédération, les officiers supérieurs et les commandants de corps qui font partie de la direction de l'armée en vertu de l'article 185, 2e alinéa, de la loi sur l'organisation de l'armée, les professeurs à plein temps des hautes écoles techniques fédérales et les titulaires de postes doivent être comptés au nombre des fonctionnaires. En vertu du *4e alinéa*, la législation peut prévoir d'autres incompatibilités (cf. p. ex. art. 31 et 32 PA). Sanction de l'application de cette disposition constitutionnelle: la personne concernée doit choisir, pour lever l'incompatibilité, entre les deux fonctions ou entre la fonction et l'autre activité lucrative.

Tant le projet 1977 (art. 71) que le projet DFJP (art. 89) contiennent un seul article sur l'incompatibilité applicable à toutes les autorités fédérales.

Les deux projets correspondent à peu près à l'article 122, 1er et 4e alinéas, du projet.

Le projet ne pose aucun problème de droit transitoire.

A titre d'innovation par rapport au 3e alinéa, on pourrait supprimer de la manière suivante la disparité actuelle des règles d'incompatibilité applicables aux membres du Conseil national et du Conseil des Etats du point de vue de l'appartenance au personnel fédéral: "Les membres du Conseil national et du Conseil des Etats ne peuvent pas faire partie du personnel fédéral." Cette innovation aurait en outre l'avantage de prendre en considération l'initiative parlementaire de la Commission des institutions politiques du Conseil national sur la réforme du parlement, qui propose d'unifier les règles d'incompatibilité concernant les membres du Conseil national et du Conseil des Etats (FF 1995 I 1113, 1123 ss).

On pourrait simplifier les choses en biffant les 2e et 3e alinéas et en prévoyant la réglementation au niveau de la loi (cf. 4e al.). Le 2e alinéa a déjà trouvé sa concrétisation dans la loi, tant pour les membres du Conseil fédéral (art. 31 LOA) que pour les juges du Tribunal fédéral (art. 3 OJ). Il suffirait également de prévoir une réglementation sur le plan légal pour le 3e alinéa.

Art. 123 **Durée de fonction**

L'article 123 du projet correspond en partie aux articles 76, 96, 105 et 107 Cst.

Il fixe à 4 ans la durée de fonction des membres du Conseil national et du Conseil fédéral, ainsi que du chancelier de la Confédération. La 2e phrase règle la durée de fonction des juges du Tribunal fédéral. L'article 107, 2e alinéa, Cst. confie au législateur le soin de fixer cette durée. Selon l'article 5 OJ, la durée de fonction des juges du Tribunal fédéral est de 6 ans. Par souci de symétrie, il convient de mentionner également dans la Constitution la durée de fonction des membres du Tribunal fédéral, comme c'est le cas pour les membres du Conseil national et du Conseil fédéral et pour le chancelier de la Confédération. C'est pour cette raison que le projet prévoit une phrase en ce sens.

Tant le projet 1977 (art. 72) que le projet DFJP (art. 90) règlent dans un seul article la durée de fonction des membres de toutes ces autorités fédérales (Conseil national, Conseil fédéral, chancelier de la Confédération et juges du Tribunal fédéral).

Art. 124 **Langues officielles**

L'article 124 du projet correspond à l'article 116, 2e alinéa, Cst.

La langue fait partie des attributs les plus importants de l'être humain, ainsi que de chaque nation. Tout changement dans le langage d'une nation entraîne nécessairement une mutation de celle-ci en tant que communauté politique. Tout appauvrissement de la culture linguistique fragilise la communauté. Pour notre Etat fédératif, en particulier - qui doit son existence à la vitalité et à la diversité de ses cultures et, partant, de ses lan-

gues - la politique linguistique constitue un facteur important de la politique nationale (FF 1991 II 315 ss). Du point de vue du droit constitutionnel, un article consacré aux langues revêt dès lors une importance cardinale.

Alors que l'article 5 du projet énumère les langues nationales de la Suisse, l'article 124 du projet, à l'instar de l'article 116, 2^e alinéa, Cst., place sur un pied d'égalité, sans rang de préséance, l'allemand, le français et l'italien, en tant que langues officielles de la Confédération.

Aspect positif: la disposition constitutionnelle prévoit que les citoyens peuvent s'adresser aux autorités fédérales dans l'une des langues officielles et ils sont en droit d'exiger une réponse dans la langue qu'ils ont utilisée. Aspect négatif: elle précise qu'ils ne peuvent le faire que dans l'une de ces langues. Cette disposition protège également l'usage de la langue maternelle pour autant qu'il s'agisse d'une langue officielle (cf. ATF 106 la 302 ss).

Innovation: la nouvelle disposition constitutionnelle reprend le principe contenu partiellement dans quelques lois, selon lequel le romanche est considéré comme langue officielle dans les relations avec les personnes s'exprimant dans cette langue. Ce principe a une portée illimitée dans les rapports écrits avec l'administration fédérale (cf. FF 1991 II 327).

L'article 124 est conforme à la proposition du Conseil fédéral relative au 5^e alinéa de l'article 116 Cst. révisé (FF 1991 II 334).

Art. 125 Responsabilité

L'article 125 du projet correspond à l'article 117 Cst.

L'article 117 Cst. fixe en principe que les fonctionnaires de la Confédération sont responsables de leur gestion et que la loi règle les détails de cette responsabilité. Cette disposition doit être comprise dans un sens large et ne se limite pas à la seule question de la responsabilité. En conséquence, la loi sur la responsabilité des fonctionnaires ne prévoit pas seulement que ceux-ci répondent économiquement des dommages qu'ils ont causés, mais qu'ils encourent en outre des sanctions pénales et disciplinaires (cf. art. 3 ss, 13 ss et 17 s. LRCE, en liaison avec les art. 30 ss StF).

Pour sa part, l'article 125 du projet prévoit que la Confédération répond du dommage causé sans droit par ses organes dans l'exercice de leurs tâches publiques. Le principe repose, comme jusqu'à présent, sur la responsabilité exclusive de l'Etat. Le personnel fédéral n'est pas directement responsable envers les personnes lésées. La responsabilité de la Confédération présuppose que l'acte dommageable résulte d'une tâche publique; les activités privées des employés fédéraux n'entraînent aucune responsabilité de la Confédération. Le caractère illicite d'un acte peut résulter non seulement du droit fédéral, mais aussi du droit international. Les responsabilités pénale et disciplinaire ne sont pas couvertes par l'article 125 du projet. L'une et l'autre sont déjà réglées à suffisance de droit dans la loi (code pénal, loi sur le statut des fonctionnaires).

Le projet ne pose pas de problème de droit transitoire particulier.

L'article 125 du projet s'inspire, d'une part, de l'article 6, 1^{er} alinéa, du projet 1977 et de l'article 5, 1^{er} alinéa, du projet DFJP et, d'autre part, de l'article 71, 1^{er} alinéa, de la Constitution du canton de Berne, du 6 juin 1993.

A titre d'innovation, on pourrait introduire un *2^e alinéa complémentaire*. Celui-ci disposerait que, dans les cas prévus par la loi, la responsabilité pourrait être étendue aux dommages qui sont causés par des actes licites. Pour que l'Etat soit amené à verser une indemnité en pareil cas, il faudrait que la personne lésée soit gravement touchée et qu'on ne puisse pas raisonnablement exiger d'elle qu'elle supporte elle-même le dommage (cf. aussi art. 6, 2^e al., du projet 1977 et art. 5, 2^e al., du projet DFJP).

Chapitre 2: Assemblée fédérale

Section 1: Organisation

Art. 126 Rôle de l'Assemblée fédérale et principe du bicamérisme

L'article 126 du projet correspond à l'article 71 Cst.

Cette disposition fixe la base constitutionnelle de l'Assemblée fédérale et décrit implicitement l'organisation fondamentale de l'Etat fédéral suisse, qui repose sur le principe de la séparation des pouvoirs. Le *1^{er} alinéa* prévoit que l'Assemblée fédérale est l'autorité suprême de la Confédération et lui accorde la primauté sur les deux autres pouvoirs que sont le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral. La primauté de l'Assemblée fédérale s'explique par la légitimité de ses membres qui résulte de l'élection au suffrage universel direct. Sont réservés les droits du peuple et des cantons. Le *2^e alinéa* règle la composition de l'Assemblée fédérale et crée le système du bicamérisme politique. Le Conseil national et le Conseil des Etats sont placés sur un pied d'égalité.

L'article 126 du projet reprend la disposition relative à la primauté de l'Assemblée fédérale telle que prévue à l'article 71 Cst. et se fonde également sur cette disposition pour ce qui concerne le 2^e alinéa.

Art. 127 Composition et élection du Conseil national

L'article 127 du projet correspond aux articles 72 et 73 Cst.

Cette disposition règle la composition du Conseil national. La spécificité du système bicaméral suisse se caractérise par le fait que les deux conseils sont composés de façon différente: les 200 conseillers nationaux sont élus par le peuple suisse et représentent l'ensemble de la population (*2^e al.*), alors que le Conseil des Etats est composé de députés des cantons. Le Conseil national est entièrement renouvelé à chaque élection. Les 2^e et 3^e alinéas fixent la répartition des sièges du Conseil national par cantons, lesquels forment chacun un cercle électoral. Les sièges sont répartis en proportion de la population résidente des cantons, encore que chaque canton ait droit au moins à un siège.

L'article 127 du projet regroupe en une disposition les articles 72 et 73 Cst.

L'article 79 Cst. (indemnisation des membres du Conseil national) trouve une base suffisante dans la loi sur les indemnités.

Art. 128 Composition et élection du Conseil des Etats

L'article 128 du projet correspond à l'article 80 Cst.

Cette disposition règle la composition du Conseil des Etats, qui comprend 46 députés des cantons. Chaque canton nomme deux députés, à l'exception de six d'entre eux (les demi-cantons d'Obwald, Nidwald, Bâle-Ville, Bâle-Campagne, Appenzell Rhodes-Extérieures, Appenzell Rhodes-Intérieures) qui n'élisent qu'un député (dérogation au principe de l'égalité des cantons). Selon le *3e alinéa*, il appartient aux cantons de régler le mode d'élection des députés au Conseil des Etats.

L'article 83 Cst. (indemnisation des membres du Conseil des Etats) n'a pas sa place dans la Constitution et, pour des raisons de systématique, doit être réglé - comme l'indemnisation des membres du Conseil national - sur le plan légal. En fixant dans la même réglementation légale la rémunération des membres du Conseil national et du Conseil des Etats, il serait possible de réaliser le postulat de la CIP (Indemnisation des membres du Conseil des Etats par la Confédération, voir l'initiative parlementaire de la CIP-N, FF 1995 I 1113, 1134 s.).

Art. 129 Sessions

L'article 129 du projet reprend la réglementation de l'article 86 Cst.

L'article 86, 1er alinéa, Cst. exige que les deux conseils composant l'Assemblée fédérale se réunissent régulièrement. Le parlement est donc tenu de siéger effectivement, sans que la convocation des conseils dépende uniquement de circonstances politiques. Interprétant la formule du 1er alinéa ("Les deux conseils s'assemblent, chaque année une fois, en session ordinaire le jour fixé par le règlement"), la pratique admet que le Conseil national et le Conseil des Etats tiennent plusieurs sessions ordinaires par an. Celles-ci ont lieu régulièrement quatre fois par année. Selon le *2e alinéa*, des sessions extraordinaires sont convoquées à la demande du Conseil fédéral, d'un quart des membres du Conseil national ou de cinq cantons. En cas de besoin, il appartient au président du Conseil national ou du Conseil des Etats de convoquer l'Assemblée fédérale (art. 13 et 13a de la loi sur les garanties, RS 170.21).

La pratique a institué en outre des sessions spéciales, afin de réduire les objets en suspens. On trouve une réglementation en ce sens dans la loi sur les rapports entre les conseils (RS 171.11, art. 1er, al. 2bis). En vertu de l'article 86 Cst., les deux conseils se réunissent en principe simultanément. Toutefois, en raison de la durée prolongée des sessions plénières du Conseil national, la pratique parlementaire admet la possibilité de tenir des sessions spéciales séparées. L'article 86 Cst. exige seulement que les conseils se réunissent en même temps pour les sessions extraordinaires et une session ordinaire par année. Il n'exige pas que la procédure des deux conseils soit formellement identique, de sorte que d'autres sessions de l'un ou de l'autre conseil ne sont pas exclues.

L'article 129, *1er alinéa*, du projet est proche quant au sens de l'initiative parlementaire de la Commission des institutions politiques du Conseil national sur la réforme du parlement, ad art. 86 Cst. (FF 1995 I 1113, 1142 s.). A la différence de cette initiative, le *1er alinéa* n'énumère pas les différents types de sessions dans la Constitution. En regard des réglementations légales existantes, il suffit d'ancrer dans la Constitution l'obligation pour les conseils de tenir des sessions régulières et de donner mandat au législateur de régler la question des convocations. Le *2e alinéa* correspond à l'article 86, *2e alinéa*, Cst. En vertu de cette disposition, un quart des membres du Conseil national, cinq cantons ou le Conseil fédéral peuvent demander la convocation des chambres fédérales à des sessions extraordinaires.

A titre d'innovation, on pourrait modifier le *2e alinéa* pour permettre à un quart des membres du Conseil des Etats de demander, en lieu et place des cantons, la convocation de l'Assemblée fédérale à des sessions extraordinaires. Une telle modification correspond à l'initiative parlementaire de la Commission des institutions politiques du Conseil national sur la réforme du parlement, ad article 86, *2e alinéa*, Cst. (FF 1995 I 1113, 1142 s.) et se justifie par le fait que les cantons - à l'inverse du Conseil national et du Conseil fédéral - n'ont jamais fait usage de leur prérogative. Au surplus, elle placerait les deux conseils sur un pied d'égalité.

Pour ce qui concerne la réglementation transitoire, il y a lieu de résoudre la question de la rémunération des parlementaires. L'indemnisation des conseillers nationaux et, en partie, des conseillers aux Etats (art. 79 et 83 Cst.) est déjà réglée dans la loi sur les indemnités parlementaires (RS 171.21). Il n'est pas nécessaire d'insérer des dispositions analogues dans la Constitution. Il est possible de réaliser par voie légale la proposition relative à l'initiative parlementaire de la Commission des institutions politiques du Conseil national sur la réforme du parlement, ad article 83 Cst. (FF 1995 I 1113, 1135 s.), à savoir de faire indemniser les membres du Conseil des Etats par la seule Confédération.

Art. 130 Présidence

L'article 130 du projet correspond aux articles 78 et 82 Cst.

Il règle la question de la présidence et de la vice-présidence du Conseil national et du Conseil des Etats. Selon le *1er alinéa*, chaque conseil choisit en son sein le président, ainsi que le vice-président. La durée de ces fonctions est d'une année. Une réélection immédiate à la même charge est exclue. Le président ne peut pas non plus être élu à la fonction de vice-président. En vertu du *2e alinéa*, le président du Conseil des Etats, de même que le vice-président ne peuvent être choisis parmi les députés du canton dont est issu le président sortant. Le vice-président ne peut être choisi deux ans de suite parmi les députés d'un même canton (clause cantonale).

L'article 130 du projet rassemble en une disposition les articles 78 (présidence du Conseil national) et 82 (présidence du Conseil des Etats) de la Constitution.

Droit transitoire: les dispositions des articles 78, 3e alinéa, et 82, 4e alinéa, Cst. (élection et droit de vote du président) doivent être réglées au niveau de la loi (LREC), dans la mesure où les normes réglementaires actuelles (RCN et RCE) devraient être considérées comme insuffisantes.

A titre d'innovation, le 1er alinéa pourrait être formulé comme suit:

"Chaque conseil élit, parmi ses membres, un président et un premier vice-président, ainsi qu'un second vice-président pour la durée d'une année. Une réélection immédiate est exclue".

Cette proposition relative à l'élection d'un second vice-président correspond à l'initiative parlementaire de la Commission des institutions politiques du Conseil national sur la réforme du parlement (FF 1995 I 1113, 1133). Elle a pour but de renforcer la présidence des conseils.

Autre proposition de modification du 1er alinéa en vue de renforcer la présidence des conseils:

"Chaque conseil élit, parmi ses membres, un président pour la durée de deux ans. Une réélection immédiate est exclue."

Cette proposition, qui vise à porter la durée de la fonction présidentielle à deux ans, est conforme à la proposition de la minorité de la Commission des institutions politiques du Conseil national sur la réforme du parlement (FF 1995 I 1113, 1134).

Art. 131

Commissions

La Constitution est muette au sujet des commissions parlementaires. Leur statut et leurs tâches ne sont pas fixés dans la Constitution, mais dans la loi sur les rapports entre les conseils et les règlements des deux conseils.

Les commissions exercent une grande influence sur le processus de décision parlementaire. Le fait de confier, de manière permanente, à une même commission des affaires matériellement connexes permet à ses membres de développer des connaissances spécifiques et de favoriser la continuité politique. Dans la perspective d'un renforcement du Parlement et de son rétablissement dans la position constitutionnelle qui lui revient, les commissions permanentes ont un important rôle à jouer. Elles lui permettent, en outre, de mieux assumer les tâches qui ne cessent de croître (cf. FF 1982 I 1144; FF 1991 III 663 ss). Il se justifie dès lors de les mentionner dans la Constitution.

Les commissions délibèrent sur les objets qui leur sont confiés en raison de leur domaine de compétence, elles suivent les évolutions sociales et politiques, elles étudient des suggestions et des propositions en vue de résoudre les problèmes posés, elles font rapport au plénum et présentent des propositions. Elles peuvent déposer des initiatives et faire des interventions sur les objets qui relèvent de leur compétence et faire rapport. Les commissions sont habilitées à inviter des membres du Conseil fédéral à leurs séances en vue d'obtenir des explications, à exiger des rapports du Conseil fédéral et à faire appel à des experts. Chaque commission peut désigner des sous-commissions pour des tâches permanentes ou pour examiner des objets particuliers relevant de sa compétence. Les commis-

sions des deux conseils coordonnent leur activité (cf. art. 8quinquies et 47 s. LREC, en relation avec les art. 15 ss RCN et 10 ss RCE).

On compte aujourd'hui douze commissions permanentes dans chaque conseil (art. 15 RCN et 10 RCE). La désignation de commissions non permanentes est un fait exceptionnel (FF 1991 III 663 ss; 1991 IV 366 ss; cf. aussi art. 15a RCN et 11 RCE).

La teneur du *1er alinéa* correspond dans une large mesure à l'article 87, 1er alinéa, du projet 1977 et à l'article 103, 1er alinéa, du projet DFJP. Le *2e alinéa* s'inspire de l'article 103, 2e alinéa, du projet DFJP.

Le projet ne pose pas de problème de droit transitoire.

A titre d'innovation, on pourrait prévoir l'*adjonction* d'un *3e alinéa*. A teneur de celui-ci, il serait possible, dans les cas prévus par la loi, de confier aux commissions le traitement d'objets de nature non législative. Cette innovation correspond à l'initiative parlementaire de la Commission des institutions politiques du Conseil national sur la réforme du parlement, ad article 85bis, 3e alinéa (nouveau), Cst. (FF 1995 I 1113, 1139 ss). La délégation de compétences aux commissions a pour but d'alléger les débats en plénum et d'augmenter l'efficacité de l'activité parlementaire.

Art. 132 Groupes

Le statut des groupes parlementaires, leurs droits et obligations, ne sont pas fixés dans la Constitution, mais dans la loi sur les rapports entre les conseils et dans le règlement du Conseil national. Le règlement du Conseil des Etats ne fait pas mention des groupes.

Dans notre démocratie et notre système parlementaire, les groupes jouent un rôle important dans la formation de l'opinion politique. La démocratie a besoin des partis et, partant, de groupes parlementaires. Ils sont le reflet de la composition politique du Conseil national tel qu'il résulte des élections au scrutin proportionnel (B.O. CN 1965 516 et 519; FF 1970 II 1518 ss et 1982 I 1145). Les groupes prennent des positions préalables notamment sur les objets soumis aux conseils et sur les élections et contribuent à un traitement rationnel des affaires (art. 8septies LREC). Il se justifie dès lors de mentionner les groupes dans la Constitution.

Les groupes jouent un rôle important notamment au sein du Conseil national: les présidents de groupes sont membres du bureau du Conseil national (art. 9, 1er al., RCN). Pour l'élection du président et du vice-président du Conseil national ainsi que pour celle des scrutateurs, il est tenu compte équitablement de leur importance numérique respective. Lors de l'élection des membres des commissions, ils sont consultés et ont le droit, en cas de contestation, de saisir le plénum (art. 13, 1er et 4e al., RCN). Au cours des débats parlementaires, les représentants des groupes ont un droit prioritaire de prendre la parole (art. 64, 1er al., et 68 RCN).

Le projet ne pose pas de problème de droit transitoire.

L'article 132 du projet s'inspire de l'article 88 du projet 1977 et de l'article 104 du projet DFJP.

Variante rédactionnelle: 2e alinéa (nouveau). Les groupes reçoivent actuellement déjà une contribution annuelle destinée à couvrir les frais de leurs secrétariats (art. 12 de la loi sur les indemnités). Il ne s'agit pas d'un financement général et ciblé des partis, mais d'une rémunération des prestations fournies par ceux-ci pour permettre aux groupes d'effectuer leur travail (FF 1993 III 784). Eu égard à l'importance des groupes pour le mode de fonctionnement de l'Assemblée fédérale et à leur statut d'organes qui en découle, on pourrait consacrer expressément dans la Constitution la possibilité pour l'Etat de verser des contributions aux groupes.

Art. 133 Services du Parlement

L'article 133 du projet est tiré de l'article 105, 1er alinéa, Cst.

L'article 105 Cst. fixe la base juridique de la Chancellerie, qui est chargée des tâches de secrétariat aussi bien de l'Assemblée fédérale que du Conseil fédéral. Cette disposition se fonde sur l'idée de l'unité structurelle des services administratifs de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral. Dans la pratique toutefois, une division s'est produite. C'est ainsi que la Chancellerie fédérale assume aujourd'hui le secrétariat du Conseil fédéral. Parallèlement, le présent siècle a vu le développement de services parlementaires travaillant exclusivement pour l'Assemblée fédérale. Ces services sont certes soumis administrativement à la Chancellerie et à la surveillance du Conseil fédéral (cf. sur l'ensemble de la question l'exposé des motifs de l'art. 153 du projet); mais ils sont autonomes dans leur activité et ne répondent qu'à l'égard de l'Assemblée fédérale (cf. art. 8novies de la loi sur les rapports entre les conseils [RS 171.11] et l'arrêté fédéral sur les services du Parlement [RS 171.115]). Etant donné qu'il est pratiquement quasi impossible de distinguer entre la subordination administrative et matérielle, le pouvoir exécutif n'exerce plus ses prérogatives administratives qu'avec beaucoup de retenue.

A titre d'innovation, on pourrait dès lors biffer l'article 133, 2e phrase, du projet. La séparation des services parlementaires de la Chancellerie fédérale correspond à l'initiative parlementaire de la Commission des institutions politiques du Conseil national sur la réforme du parlement, ad art. 94bis (nouveau) Cst. (FF 1995 I 1113, 1145 ss). L'unité structurelle des services de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral est devenue pratiquement impossible et soulève des problèmes du point de vue de la séparation des pouvoirs. Même si l'exécutif fait preuve de la plus grande retenue dans l'exercice de ses prérogatives administratives, il n'en reste pas moins qu'en vertu de la réglementation des compétences telle que fixée par la Constitution, il est amené à prendre des décisions sur le plan administratif et dans le domaine du personnel, lesquelles ont nécessairement des conséquences d'ordre matériel. Le rattachement des services parlementaires à l'Assemblée fédérale nécessiterait une révision de l'arrêté fédéral sur les services du Parlement et de toute une série de lois (LREC, LGar, LRCE, LOA, StF, LFC, LCF, PA, OJ).

Section 2: Procédure

Art. 134 Délibération séparée

L'article 134 du projet correspond à l'article 92 (1ère phrase) et à l'article 89, 1er alinéa, Cst.

Le *1er alinéa* fixe le principe selon lequel chaque conseil délibère séparément. Le terme "délibération" s'entend aussi bien des débats parlementaires que de la prise des décisions. Le *2e alinéa*, confirme le principe de l'égalité des décisions des deux conseils: celles-ci doivent concorder pour que les actes législatifs de l'Assemblée fédérale soient valablement adoptés.

L'article 134 du projet regroupe en une disposition l'article 92 (1ère phrase) et l'article 89, 1er alinéa, Cst.

Art. 135 Délibération commune

L'article 135 du projet correspond à l'article 92 (2ème phrase) Cst.

Les deux chambres de l'Assemblée fédérale siègent en principe séparément. Le *1er alinéa* prévoit une exception à ce principe dans trois cas particuliers qui ne se prêtent pas à des délibérations séparées. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'élections, de trancher un conflit de compétence entre les autorités fédérales suprêmes ou d'exercer le droit de grâce, le Conseil national et le Conseil des Etats se réunissent pour délibérer en commun. Le président du Conseil national assume la direction des Chambres fédérales réunies. Selon le *2e alinéa*, l'Assemblée fédérale peut en outre se réunir pour traiter d'objets particuliers et pour entendre les déclarations du Conseil fédéral (art. 37bis LREC). Il ne résulte pas clairement de la Constitution actuelle si et dans quelle mesure la loi peut accorder d'autres prérogatives à l'Assemblée fédérale (Chambres réunies). Quoiqu'il en soit, les articles 5 et 15 de la loi sur les garanties politiques (LGar) prévoient deux autres cas pour lesquels les chambres fédérales réunies sont compétentes (levée de la clause d'immunité de certaines autorités; conflits au sujet de l'application de la loi sur les garanties politiques). La doctrine met toutefois en doute la constitutionnalité de l'attribution de telles compétences (cf. J.F. Aubert *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 92, no 8).

L'article 135 du projet reprend d'une part la disposition correspondante de la Constitution (art. 92, 2ème phrase, Cst.) et, d'autre part, la disposition de l'article 37bis LREC concernant les déclarations du Conseil fédéral. Il n'est pas fait mention en revanche des compétences supplémentaires attribuées par la loi aux chambres fédérales réunies (art. 5 et 15 Lgar), en raison des doutes qui subsistent sur la constitutionnalité de telles attributions.

Art. 136 Publicité des séances

L'article 136 du projet correspond à l'article 94 Cst.

La *1ère phrase* de l'article 136 fixe le principe de la publicité des débats des deux conseils. La conformité avec le droit constitutionnel en vigueur de

la 2^{ème} phrase, selon laquelle la loi peut statuer des exceptions à ce principe, résulte de la formulation de l'article 94 Cst. ("dans la règle"). Les débats à huis clos sont actuellement prévus dans les règlements des conseils (art. 57 RCN et art. 47 RCE).

Tant l'article 91 du projet de 1977 que l'article 107 du projet du DFJP ajoutent que la loi peut prévoir des exceptions au principe de la publicité des débats parlementaires.

Art. 137 **Quorum et majorité**

L'article 137 du projet correspond aux articles 87 et 88 Cst.

Le 1^{er} alinéa exige que, pour pouvoir délibérer valablement au sein du Conseil national ou du Conseil des Etats, la majorité au moins des membres du conseil concerné soit présente pendant toute la durée des débats. Concrètement, cela signifie qu'au moins 101 députés du Conseil national et 24 députés du Conseil des Etats doivent être présents. Selon le principe fixé au 2^e alinéa, il faut que, dans chacun des conseils et au sein de l'Assemblée fédérale (chambres réunies), les décisions soient prises à la majorité des votants pour être valables. Les 3^e et 4^e alinéas correspondent aux 2^e et 3^e alinéas de l'article 88 Cst. acceptés par le peuple et les cantons le 12 mars 1995 (FF 1995 II 1313); il appartient au Conseil fédéral de décider de l'entrée en vigueur de ces dispositions (AF du 7 octobre 1994 instituant un frein aux dépenses, FF 1994 III 1783). En vertu de ces nouvelles dispositions constitutionnelles, les décisions relatives aux dépenses doivent être prises non plus à la majorité des membres votants, mais à la majorité de tous les membres dans chaque conseil.

Art. 138 **Droit de proposition**

L'article 138 du projet correspond à l'article 93 Cst.

Cette disposition règle le droit de faire des propositions à l'Assemblée fédérale. Ce droit appartient tout d'abord à chaque parlementaire, aux groupes politiques, aux commissions parlementaires et au plénum de chaque conseil, mais aussi aux cantons (concernant le droit de proposition du Conseil fédéral, cf. art. 155, 2^e al., du projet).

Le régime de l'initiative parlementaire est précisé par la loi (art. 21bis ss LREC [RS 171.11]). Celle-ci accorde à un ou plusieurs parlementaires, ainsi qu'aux commissions, le droit de présenter un projet de loi ou d'arrêté rédigé de toutes pièces ou d'en proposer l'élaboration par une commission parlementaire; chaque conseil exerce son droit de proposition en transmettant à l'autre conseil un tel projet d'acte législatif. L'initiative parlementaire permet de soumettre à l'Assemblée fédérale des propositions portant sur la manière dont cette dernière doit exercer l'une de ses compétences. Face à une proposition, l'Assemblée fédérale doit décider de l'entrée en matière et, cas échéant, de la procédure à suivre pour traiter l'objet quant au fond. Il ne lui suffit pas d'en prendre acte.

Le droit d'initiative des cantons (art. 93, 2^e al., Cst.) est réglé dans le détail par la loi. Chaque canton peut exercer son droit d'initiative par voie de

correspondance en s'adressant directement à l'Assemblée fédérale pour lui soumettre un projet d'acte législatif rédigé de toutes pièces ou lui proposer l'élaboration d'un tel projet. Vu que l'initiative des cantons est adressée à l'Assemblée fédérale, chacun des conseils est tenu de décider s'il entre en matière.

L'article 138 du projet s'inspire de l'article 93 Cst., tout en lui donnant une nouvelle teneur rédactionnelle. La rédaction s'appuie sur l'article 92 du projet de 1977. Le présent projet accorde expressément aux groupes le droit de présenter des propositions. Ce droit ne figure certes pas expressément dans la Constitution fédérale actuelle, ni dans la loi sur les rapports entre les conseils (RS 171.11), mais correspond à la pratique en vigueur.

Art. 139 Interdiction du mandat impératif

L'article 139 du projet correspond à l'article 91 Cst.

Cette disposition énonce le principe selon lequel les membres des deux conseils délibèrent et votent librement, c'est-à-dire sans instructions des cantons, des citoyens, des partis politiques, etc. En réalité, les parlementaires dépendent de tout un faisceau de relations et d'intérêts. Afin de faire toute la transparence nécessaire sur ces relations et intérêts, chaque membre d'un conseil est tenu, au moment de son entrée en fonction, de renseigner le bureau du conseil sur son activité professionnelle, ses mandats au sein de conseils d'administration, etc. Ce principe de transparence, très important pour la démocratie (représentation de l'ensemble du peuple et des cantons), est fixé actuellement à l'article 3bis LREC (RS 171.11). En raison de son importance, il est considéré comme droit constitutionnel matériel et figure à l'article 139, 2e phrase, du projet.

Art 140 Immunité

La Constitution fédérale actuelle ne contient aucune disposition sur l'immunité. Celle-ci est réglée dans la loi sur la responsabilité (LRCF, RS 170.32) et dans la loi sur les garanties politiques (LGar, RS 170.21). L'immunité ne vise pas seulement à protéger personnellement les membres du parlement, du gouvernement et des tribunaux, mais aussi à assurer la protection indispensable au bon fonctionnement du parlement, du gouvernement et des autorités judiciaires.

En vertu de l'immunité dite absolue prévue à l'article 2, 2e alinéa, LRCF, les membres du Conseil national, du Conseil des Etats et du Conseil fédéral ne peuvent pas être poursuivis pour les propos qu'ils tiennent devant les conseils ou dans leurs commissions. L'immunité absolue ne peut pas être levée, car les personnes précitées sont d'emblée soustraites à toute poursuite pénale.

Il en va différemment pour les deux autres genres d'immunité: en vertu de la garantie de participer aux sessions parlementaires (prévue aux art. 1er et 2 LGar), les membres du Conseil national et du Conseil des Etats ne peuvent faire l'objet de poursuites pénales durant une session pour des infractions qui n'ont aucun rapport avec leur activité officielle. L'immunité peut néanmoins être levée moyennant une procédure relativement simple.

Il suffit de l'assentiment écrit du membre concerné ou, à défaut, de l'accord du conseil auquel il appartient. En ce qui concerne l'immunité pour des infractions qui sont en rapport avec l'activité officielle d'un membre - immunité dite relative - il est possible de la lever moyennant l'accord des deux conseils (art. 14 LRCF). L'immunité relative vaut pour les membres des deux conseils, ainsi que pour les membres des autorités et les magistrats élus par l'Assemblée fédérale (art. 14 ss LRCF).

Bien que l'importance *pratique* de l'immunité joue un rôle très secondaire, il se justifie néanmoins d'ancrer l'immunité absolue dans la Constitution en raison de la *portée incontestable* qu'elle revêt *sur le plan politique*. De ce fait, il se justifie également de l'étendre au chancelier de la Confédération pour les propos qu'il tient devant les conseils ou dans leurs commissions. Comme jusqu'à présent, il appartient au législateur de régler les autres formes d'immunité et de l'étendre à d'autres personnes (2e al.).

Le 1er alinéa de l'article 140 du projet s'inspire de l'article 93 du projet de 1977 et de l'article 109 du projet du DFJP, ainsi que de l'article 2, 2e alinéa, LRCF. L'article 336 du Code pénal est compatible avec la disposition proposée.

Section 3: Compétences

Art. 141 Compétences législatives

L'article 141 du projet correspond à l'article 85, chiffre 2, Cst.

Cette disposition concerne l'adoption d'actes juridiques généraux et abstraits. Lorsque le droit fixe des règles de comportement, il s'agit essentiellement de conférer des droits et d'imposer des obligations; en matière de droit d'organisation, de règles portant sur les structures ou fixant les compétences et la procédure. L'adoption de règles de droit ne représente pas une compétence exclusive de l'Assemblée fédérale. Le Conseil fédéral dispose en particulier de compétences normatives, soit pour édicter des dispositions d'exécution de lois et d'arrêtés fédéraux, soit en vertu des compétences qu'il tient directement de la Constitution, ou en vertu d'une délégation législative (cf. art. 156 du projet).

Le *1er alinéa* fixe la compétence générale de l'Assemblée fédérale en matière de législation. En tant que norme centrale d'un Etat largement régi par le droit, cette disposition attribue à l'Assemblée fédérale la fonction de législateur. Elle fixe de manière contraignante le contenu des lois et des arrêtés fédéraux de portée générale. Même lorsque l'Assemblée fédérale ne fait que donner suite à des propositions du gouvernement, ou lorsque la décision finale appartient au peuple, c'est à elle seule qu'il appartient de fixer le contenu définitif des actes législatifs. La compétence législative de l'Assemblée fédérale trouve ses limites dans la compétence matérielle de la Confédération.

Le 1er alinéa cite la loi fédérale et l'arrêté fédéral de portée générale comme formes possibles des actes législatifs. La loi (art. 5 ss. LREC, RS 171.11) limite le contenu à des dispositions législatives, de durée illimitée ou limitée, selon qu'il s'agit respectivement de lois ou d'arrêtés de portée générale. Dans certains cas, la pratique administrative utilise également

l'arrêté fédéral pour des actes administratifs proprement dits (cf. art. 12, 2e al., de la loi sur l'aide aux universités [RS 414.20] ou art. 2 de la loi sur les CFF [RS 742.31]).

Le 2e alinéa règle les conditions d'admissibilité et les limites de la délégation de compétences législatives: la norme de délégation doit figurer dans une loi fédérale ou dans un arrêté fédéral de portée générale exposé au référendum. En outre, il ne faut pas que la Constitution exclue la délégation. Enfin, l'acte exposé à référendum doit fixer les principes de la réglementation à adopter; en d'autres termes, il doit définir l'objet, le but et l'étendue de la compétence déléguée. En règle générale, les principes régissant la délégation de compétences législatives s'appliquent à toutes les activités de l'Etat. Les conditions définissant la norme de délégation peuvent varier selon les domaines concernés. Les restrictions importantes apportées à des droits fondamentaux doivent figurer dans la loi elle-même. Dans le domaine fiscal, la loi doit fixer le cercle des contribuables, l'objet imposable et les bases de calcul. Inversement, les conditions sont moins strictes lorsqu'il est difficile de prévoir entre plusieurs solutions celle qui conviendra le mieux à la situation concrète, ou lorsque ce serait trop exiger du législateur, malgré sa bonne volonté, qu'il règle la matière concernée ou qu'il soit contraint, en cas de changements rapides de la situation, de procéder à de fréquentes modifications législatives.

On peut concevoir en principe deux types de délégation: l'Assemblée fédérale peut se réserver elle-même le droit d'édicter des dispositions qui échapperont au référendum (arrêté fédéral de portée générale selon l'art. 7 LREC); mais elle peut aussi - et c'est le cas le plus fréquent dans la pratique - déléguer au Conseil fédéral des compétences législatives (cf. art. 156 du projet).

L'article 141, 1er alinéa, du projet est très proche de l'article 85, ch. 2 Cst.; il reformule cette disposition et énumère les formes d'actes législatifs édictés par l'Assemblée fédérale. Le 2e alinéa ne figure pas expressément dans la Constitution fédérale actuelle, mais correspond à la jurisprudence du Tribunal fédéral, à la pratique administrative et à la doctrine dominante.

Art. 142 Législation d'urgence

L'art. 142 du projet, à l'instar de l'art. 89bis Cst., est une disposition d'organisation qui permet de mettre en vigueur avec effet immédiat des arrêtés fédéraux de portée générale (APG). La décision prise à cet effet doit recueillir l'adhésion de la majorité absolue des deux conseils.

Seuls les APG peuvent être déclarés urgents, à l'exclusion des lois fédérales et des autres arrêtés fédéraux portant sur l'approbation de traités internationaux (munis de la clause référendaire). Pour les arrêtés fédéraux qui ne sont pas soumis a priori au référendum ("décrets fédéraux", arrêtés simples), la clause d'urgence n'a aucun sens.

Les APG déclarés urgents doivent, en vertu de la Constitution, être limités dans le temps (pour les APG "ordinaires", cette obligation résulte de l'art. 6, al. 1er LREC, RS 171.11).

Les APG ne peuvent être déclarés urgents que si leur "entrée en vigueur ne souffre aucun retard". Dans la pratique, on qualifie cette condition de "temporelle" et d'"objective": l'arrêté doit être mis en vigueur immédiatement en raison de circonstances exceptionnelles; il doit concerner en outre un objet "*important*" (le deuxième critère a rarement une importance autonome.)

Les arrêtés fédéraux qui sont *conformes à la Constitution* sont soumis au référendum *facultatif*; si ce dernier est demandé, l'APG doit être approuvé par le peuple un an après son adoption par l'Assemblée fédérale (2e al.). Les APG qui *dérogent à la Constitution* doivent être ratifiés *par le peuple et les cantons dans l'année qui suit leur adoption par l'Assemblée fédérale* (3e al.). Selon la pratique en vigueur, l'Assemblée fédérale peut soustraire au référendum un APG déclaré urgent, en limitant sa validité à moins d'une année. Le projet ne fait pas expressément mention de cette possibilité (voir toutefois l'art. 118 du projet [Référendum obligatoire] et l'art. 119 du projet [Référendum facultatif]). Si un APG est rejeté par le peuple, il perd sa validité au bout d'une année et ne peut plus être "renouvelé", autrement dit il ne saurait être prolongé avec un contenu identique ou analogue (4e al.). En revanche, si l'APG est ratifié en votation populaire (ou si le référendum facultatif n'est pas demandé), il reste en vigueur jusqu'à l'expiration de sa validité et peut être "renouvelé", pour autant que l'état d'urgence persiste et que le droit ordinaire n'a pas encore été adapté. Lorsqu'un APG dont la durée de validité est supérieure à une année fait l'objet d'une demande de référendum, l'Assemblée fédérale peut éviter qu'il soit soumis au verdict populaire, en abolissant l'APG en question avant l'expiration du délai d'une année. En pareil cas, il n'est possible ni de renouveler cet arrêté par un APG déclaré urgent, ni d'adopter un arrêté non urgent ayant un contenu identique. Dans tous les autres cas, il est licite de remplacer des APG urgents par des APG ordinaires ou des dispositions légales de droit fédéral ayant un contenu identique ou analogue.

En ce qui concerne les APG urgents qui ne reposent pas sur une base constitutionnelle, il convient d'ajouter que de tels APG peuvent certes déroger à certaines normes constitutionnelles (par ex. à des droits fondamentaux), mais qu'ils doivent autant que possible respecter dans son ensemble le droit constitutionnel en vigueur.

Art. 143 Traités internationaux

L'article 143 du projet correspond à l'article 85, chiffre 5, Cst.

Cette disposition confère à l'Assemblée fédérale la compétence d'approuver les traités internationaux. L'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral (cf. art. 158 du projet) se succèdent tour à tour dans les phases de conclusion des traités. Le Conseil fédéral dirige les négociations (instructions, détermination de l'objet, autorisation de signer); l'approbation des traités est du ressort de l'Assemblée fédérale. En règle générale, l'acte d'approbation parlementaire intervient à une date qui se situe entre la signature du traité et sa ratification (par le Conseil fédéral). L'Assemblée fédérale se prononce sur le traité dans son ensemble. Son intervention se limite pour l'essentiel à approuver ou à refuser l'acte qui lui est soumis; elle peut aussi

obliger le Conseil fédéral à formuler une réserve déterminée. On peut concevoir aussi - bien que cela corresponde dans la pratique à un refus d'approbation - que l'Assemblée fédérale renvoie l'objet au Conseil fédéral avec mission de renégocier certaines adaptations, approuve l'objet avec une réserve ou n'approuve qu'une partie du traité. L'approbation parlementaire confère au Conseil fédéral l'autorisation de ratifier le traité.

La réserve selon laquelle "le Conseil fédéral n'est pas habilité à conclure "seul" exprime une pratique constitutionnelle différenciée entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral. Cette pratique n'exige pas que tous les traités internationaux soient soumis à l'approbation expresse de l'Assemblée fédérale. En pratique, seul un peu plus du tiers de tous les traités internationaux sont soumis à l'approbation de l'Assemblée fédérale; la majorité d'entre eux sont conclus sous la seule responsabilité du Conseil fédéral selon une procédure simplifiée. Il s'agit dans ce dernier cas (1) de traités conclus sur la base d'une clause d'habilitation figurant dans un acte interne ou international, (2) de traités provisoires ou urgents, (3) de traités qui ne confèrent à la Suisse que des droits et point d'obligations, (4) de traités passés en exécution de précédents traités, (5) de traités passés dans des domaines qui relèvent de la compétence réglementaire exclusive du Conseil fédéral, dans la mesure où la compétence implique des tâches qui revêtent une dimension transfrontière, ainsi que des traités d'importance mineure (cf. pour le détail l'exposé des motifs de l'art. 158, 2e al., du projet; cf. aussi JAAC 51 IV [1987], no 58, p.369ss).

En ce qui concerne les effets sur le droit interne et l'application des traités, nous renvoyons à l'exposé des motifs d'autres dispositions du projet (art. 4, 1er al., et 44 du projet).

L'article 143 du projet est très proche de l'article 85, chiffre 5, Cst., dont il redéfinit la teneur. Il codifie la pratique selon laquelle les traités internationaux ne sont pas tous soumis à l'approbation expresse de l'Assemblée fédérale.

Art. 144 Compétence financière

L'article 144 du projet correspond à l'article 85, chiffre 10, Cst.

Cette disposition fixe les compétences du parlement dans le domaine financier. S'agissant du budget annuel, la décision finale appartient à l'Assemblée fédérale. La fixation du budget annuel, comme la compétence de légiférer, revêt une importance décisive dans la conduite de l'Etat. L'acte central de l'exercice du pouvoir financier réside dans l'adoption du budget annuel; pour ce faire, l'Assemblée fédérale se prononce matériellement sur la proposition que lui présente le Conseil fédéral, sans être liée par cette proposition. Le budget comporte les dépenses et les recettes de l'année qui suit. Sur le plan des dépenses, le budget fixe de manière définitive le montant et le but d'utilisation des crédits (crédits de paiement); c'est une approbation concrète des dépenses. En ce qui concerne les recettes, il contient des valeurs d'estimation. Le budget ne saurait procurer des recettes; celles-ci résultent de bases juridiques particulières.

Entrent également dans la compétence de l'Assemblée fédérale d'autres décisions relatives aux dépenses, qui, de par leur nature, ne relèvent pas

ou en partie seulement du budget: l'octroi de crédits additionnels, complémentaires ou d'engagements. La réglementation du budget annuel est fixée dans une large mesure par la loi (en particulier par la loi sur les finances de la Confédération, RS 611.0) et le droit complémentaire.

Répondant aux exigences d'un Etat moderne en matière de prévision, la pratique a mis en place, en plus du budget, l'instrument du plan financier pluriannuel, qui est lié à la planification des dépenses (lignes directrices de la politique gouvernementale). Il appartient au Conseil fédéral d'établir ce plan financier (cf. art. 102, ch. 14, Cst., art. 157 du projet) et de le soumettre chaque année au parlement pour information.

L'Assemblée fédérale approuve aussi le compte d'Etat. Celui-ci est présenté par le Conseil fédéral et comprend les dépenses et les recettes, ainsi que les excédents de dépenses et de recettes de l'exercice comptable. Son approbation est un acte engageant sa responsabilité politique.

Les décisions relatives à la conclusion d'emprunts sont également de la compétence de l'Assemblée fédérale. Mais depuis la première Guerre mondiale, le parlement, se conformant à une pratique constante qui a fait ses preuves, a délégué cette compétence au Conseil fédéral pour la durée de chaque législature (la dernière fois, pour la période de 1991 à 1995; FF 1991 IV 203). Cette autorisation globale et préalable provient de la nécessité pratique d'agir rapidement et avec souplesse.

L'article 144 du projet est très proche de l'article 85, chiffre 10, Cst. S'écartant toutefois du droit constitutionnel de portée formelle, le projet ne reprend pas la compétence relative aux décisions d'emprunts. Cette question devra être réglée sur le plan légal. La délégation constante de cette compétence au Conseil fédéral montre clairement que l'Assemblée fédérale n'est pas, d'un point de vue fonctionnel, l'organe adéquat pour se prononcer sur la conclusion d'emprunts. Le droit constitutionnel et la pratique ne sont donc plus en harmonie sur ce point (FF 1986 II 1397, 1406 s.). Il convient de régler cette question par l'adoption d'une disposition adéquate dans la loi sur les finances de la Confédération (RS 611.0).

Art. 145

Elections

L'article 145 du projet correspond à l'article 85, chiffre 4, Cst.

L'article 85, chiffre 4, 1er alinéa, Cst. confie à l'Assemblée fédérale (chambres réunies) (cf. art. 92 Cst., art. 135, 1er al., let. a, du projet) l'élection du Conseil fédéral, du Tribunal fédéral, du chancelier de la Confédération et du général. Cette disposition caractérise le système politique de la Confédération: le parlement est appelé à désigner toutes les autres autorités fédérales. C'est à lui qu'incombe ainsi la formation du gouvernement.

L'élection des différentes autorités, à l'exception du général, fait l'objet de dispositions particulières de la Constitution (art. 96, 98, 105 et 107 Cst.).

Le règlement de l'Assemblée fédérale (chambres réunies) (RS 171.12) fixe la procédure d'élection.

Aux termes de l'article 85, chiffre 4, 2e alinéa, Cst., la loi peut attribuer à l'Assemblée fédérale d'autres droits d'élection. C'est ainsi que la loi d'organisation judiciaire (RS 173.110) lui confie l'élection du président, ainsi que du vice-président du Tribunal fédéral. Jusqu'à ce jour, le législateur n'a pas fait usage du droit de confirmation d'une élection. Cette possibilité pourrait cependant gagner en actualité en ce qui concerne les nouveaux secrétaires d'Etat, qui devraient être nommés par le Conseil fédéral et confirmés par l'Assemblée fédérale (projet de loi d'organisation du gouvernement et de l'administration, FF 1993 III 1152 ss).

Art. 146

Haute surveillance

L'article 146 du projet correspond à l'article 85, chiffre 11, Cst.

En vertu de cette disposition, l'Assemblée fédérale exerce la haute surveillance sur le Conseil fédéral et l'administration fédérale, ainsi que sur la justice. La haute surveillance est un élément important du système de la séparation des pouvoirs. Il s'agit d'un contrôle politique exercé par le parlement et non pas d'une surveillance comme celle qu'exerce le Conseil fédéral en vertu de l'article 102 Cst. Le parlement exprime sa satisfaction ou sa critique et émet des recommandations pour l'avenir. Mais il ne peut pas se substituer aux organes de surveillance ou annuler leurs décisions. Les moyens d'action et d'information dont dispose le parlement pour exercer sa haute surveillance sont notamment les comptes-rendus, les renseignements fournis dans les commissions parlementaires ou au plénum, les inspections et les enquêtes à proprement parler. Les commissions de gestion des deux conseils jouent un rôle important dans ce domaine (cf. l'exposé des motifs de l'art. 131 du projet).

La haute surveillance exercée sur le Conseil fédéral et l'administration fédérale s'adresse au Conseil fédéral. Cette surveillance s'étend à tous les services administratifs qui tombent sous le contrôle du Conseil fédéral. Elle porte sur la légalité et l'opportunité des actes du Conseil fédéral et de l'administration, ainsi que sur l'usage qui est fait de la liberté d'action dont ils disposent. A travers la haute surveillance, le parlement se prononce sur les activités dirigeantes du Conseil fédéral; mais il n'est pas compétent pour diriger lui-même l'administration. La haute surveillance n'est, en principe, pas un contrôle parallèle. Elle se limite, en règle générale, à des contrôles subsidiaires. A l'inverse de ces derniers, les contrôles parallèles impliquent en fait un droit de codécision dans le domaine qui relève des compétences du gouvernement; ils auraient pour effet de gommer les responsabilités et de porter atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, c'est-à-dire à l'organisation fondamentale de la Constitution fédérale.

La haute surveillance de la justice s'adresse aux tribunaux fédéraux, mais aussi au Conseil fédéral lorsqu'il exerce des fonctions judiciaires. Contrairement à la haute surveillance sur le Conseil fédéral et l'administration, dans le domaine judiciaire le contrôle porte uniquement sur la bonne gestion des tribunaux. L'indépendance du pouvoir judiciaire interdit le contrôle des décisions sur le fond.

L'article 146 du projet reprend le texte rédactionnel de l'article 85, chiffre 11, Cst. Il en précise cependant le domaine d'application en soumettant expressément à la haute surveillance, outre les autorités fédérales, "les autres organes agissant pour la Confédération".

Art. 147 Autres tâches et compétences

L'article 147 du projet correspond à l'article 84 Cst., au préambule et aux chiffres 1, 3, 5 à 9 et 13 de l'article 85 Cst., ainsi qu'à l'article 121, 3e et 4e alinéas, Cst.

Selon le *1er alinéa, lettre a*, l'Assemblée fédérale exerce une influence sur la structure des relations avec l'étranger et en suit l'évolution; elle prend en outre des mesures pour sauvegarder la sécurité extérieure, l'indépendance et la neutralité de la Suisse.

Dans le domaine des affaires étrangères, la Constitution ne connaît pas une répartition stricte des compétences entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral (cf. art. 158 du projet). Bien au contraire, les deux pouvoirs exercent des prérogatives parallèles, qui s'interfèrent et les obligent à collaborer. Selon la conception constitutionnelle, il appartient pour l'essentiel au Conseil fédéral de conduire la politique extérieure. Outre le droit d'approuver les traités internationaux (cf. art. 143 du projet), le parlement dispose indirectement de moyens de pression importants: adoption d'actes législatifs dans le domaine de la politique extérieure, souveraineté financière et haute surveillance (cf. art. 141, 144 et 146 du projet). L'imbrication accrue des relations avec l'étranger et, partant, les implications croissantes de la politique extérieure sur la politique intérieure ont amené l'Assemblée fédérale à intensifier son intervention directe dans le domaine de la politique extérieure: l'article 47bisa de la loi sur les rapports entre les conseils (LREC, RS 171.11) fait, d'une part, obligation aux deux chambres du parlement de suivre l'évolution internationale et d'observer les négociations que la Suisse mène avec les Etats étrangers et les organisations internationales; il oblige, d'autre part, le Conseil fédéral à informer les présidents et les commissions de politique extérieure des deux conseils sur les projets relevant de cette politique et à les consulter (selon différents modes) lors de négociations internationales.

Selon le *1er alinéa, lettre b*, l'Assemblée fédérale prend les mesures de sécurité intérieure. Le Conseil fédéral, qui est doté d'une compétence analogue (cf. art. 102, ch. 9, Cst., art. 159, 2e al., du projet), devrait en réalité agir en tant qu'organe approprié. Il peut exercer sa compétence dans la mesure où l'Assemblée fédérale ne fait pas usage de la sienne. Comme la lettre a, la lettre b institue dans une moindre mesure la base juridique des compétences matérielles de la Confédération. Il convient également d'observer que la sauvegarde de la sécurité intérieure n'est pas l'affaire de la seule Confédération. Les cantons sont responsables en premier lieu de la sécurité de leur territoire. La Confédération prend les mesures adéquates chaque fois qu'un problème de sécurité intérieure intéresse l'ensemble de la Suisse.

La sauvegarde de la sécurité intérieure constitue une tâche originale et primaire de l'Etat. Elle implique la défense des normes les plus fondamen-

tales de la cohabitation pacifique, la conservation des institutions de l'Etat, la protection de la société et des individus contre les dangers élémentaires, la défense contre des situations de crise sociale. La réglementation de police, qui assure la protection des biens des personnes (en particulier la vie, la liberté, la santé, la moralité) et qui vise plus particulièrement à prévenir les dangers par des mesures défensives, comporte un élément de sécurité politique qui atteint des dimensions prospectives et universelles (p. ex. l'écologie).

Le *1er alinéa, lettre c*, autorise l'Assemblée fédérale à adopter dans le domaine de la sécurité extérieure et intérieure des actes législatifs autonomes soustraits au référendum, ainsi que des arrêtés de portée concrète et individuelle. Selon la doctrine, seules des mesures provisoires (en vue d'écarter des dangers concrets) sont admissibles, à l'exclusion de réglementations permanentes. La compétence prévue à la lettre c est en concurrence avec les prérogatives accordées au Conseil fédéral (cf. art. 102, ch. 9, Cst., art. 159, 3e al., du projet). Cette disposition peut aussi servir de base pour justifier la compétence matérielle de la Confédération (Verbandskompetenz). Les actes entrepris dans ce domaine - qui constituent une condition élémentaire de l'existence de l'Etat - relèvent de la compétence inhérente (inherent power). Néanmoins, la pratique tend à faire inscrire explicitement dans le droit constitutionnel des compétences matérielles en faveur de la Confédération, afin que les tâches relevant de la sécurité extérieure soient soumises à une réglementation durable (p. ex. la protection civile [art. 22bis Cst., art. 50 du projet], l'approvisionnement économique du pays [art. 31bis, 3e al., let. e, Cst., art. 82, 1er al., du projet]).

Aux termes du *1er alinéa, lettre d*, l'Assemblée fédérale ordonne le service militaire actif. Cette tâche revient normalement au Conseil fédéral lorsque l'Assemblée fédérale n'est pas réunie. Toutefois, le Conseil fédéral est tenu par la Constitution de convoquer immédiatement les Chambres fédérales si le nombre des troupes levées dépasse deux mille hommes ou si elles restent sur pied au-delà de trois semaines (cf. art. 102, ch. 11, Cst., art. 159, 4e al., du projet). Dès qu'elle est réunie, l'Assemblée fédérale décide du maintien de cette mesure. L'organisation militaire (RS 510.10, art. 195 ss; à l'avenir: art. 67 ss et 76 ss de la loi sur l'armée et l'administration militaire, LAAM, FF 1995 I 655) précise les conditions d'engagement de l'armée. Selon cette législation, les compétences du parlement sont déléguées dans une large mesure au Conseil fédéral.

Le *1er alinéa, lettre e*, fixe les attributions de l'Assemblée fédérale dans les relations entre la Confédération et les cantons.

Selon cette disposition, l'Assemblée fédérale veille à l'entretien de bonnes relations entre la Confédération et les cantons par l'intermédiaire du Conseil fédéral. L'article 85, chiffre 7, Cst. énumère différentes attributions dans ce domaine, qui sont interprétées comme des compétences parallèles ou concurrentes à celles du Conseil fédéral. Leurs formulations ne sont pas toujours claires et leur contenu se recoupe parfois avec le texte du chiffre 8. La garantie des constitutions (une fois approuvées) et du territoire des cantons (cf. art. 37, 1er al., du projet) incombe au Conseil fédéral (cf. art. 160, 1er al., du projet), sans que, pour autant, l'Assemblée fédérale ne

soit empêchée de prendre les mesures qu'elle juge nécessaires. De plus, le parlement est compétent pour décider des mesures d'intervention destinées à assurer le maintien de l'ordre constitutionnel dans un canton (au sujet de l'intervention de la Confédération, cf. art. 37, 2e al., du projet). Pour le surplus, nous renvoyons à l'exposé des motifs de l'article 160 du projet en ce qui concerne la surveillance exercée par la Confédération.

L'article 38, 2e alinéa, du projet oblige les cantons à requérir la garantie fédérale de leur Constitution. L'autorité fédérale compétente à cet effet est l'Assemblée fédérale. Celle-ci doit s'assurer que le contenu du droit constitutionnel cantonal réponde aux exigences de l'article 38, 1er alinéa, du projet.

L'Assemblée fédérale est en outre chargée d'approuver les traités passés par les cantons entre eux ou avec l'étranger dans la mesure où le Conseil fédéral ou un autre canton élève des réclamations. L'obligation d'approuver les conventions passées entre cantons ou entre des cantons et l'étranger ressort des articles 34, 3e alinéa, et 45, 2e alinéa, du projet (voir ces dispositions). L'approbation doit permettre de vérifier que de telles conventions ne contiennent rien qui soit contraire au droit fédéral, aux intérêts de la Confédération et aux droits des autres cantons (cf. art. 34, 2e al., et 45, 2e al., du projet). La première phase de la procédure d'approbation se déroule devant le Conseil fédéral. L'Assemblée fédérale se prononce ensuite.

Le *1er alinéa, lettre f*, accorde à l'Assemblée fédérale la compétence de décider des mesures à prendre pour faire appliquer le droit fédéral. Cette disposition rejoint l'article 85, chiffre 8, Cst., qui a sa signification propre par rapport au chiffre 7 dans la mesure où il confie à l'Assemblée fédérale la compétence d'arrêter les mesures "qui ont pour but d'obtenir l'accomplissement des devoirs fédéraux" (exécution fédérale, cf. art. 35, 2e al., du projet). D'une manière générale, la Constitution confère le pouvoir de prendre des mesures d'exécution non seulement à l'Assemblée fédérale, mais aussi au Conseil fédéral. Selon l'article 161, 1er alinéa, lettre a, du projet, ce dernier prend "les mesures qui s'imposent". En pratique, l'Assemblée fédérale ne conserve que l'exécution dans le domaine militaire, encore que le Conseil fédéral puisse aussi agir en ce domaine de son propre chef en cas d'urgence (cf. art. 102, ch. 11, Cst., art. 159, 4e al., du projet).

Selon le *1er alinéa, lettre g*, l'Assemblée fédérale est compétente pour décider de la validité des initiatives populaires. Il s'agit plus particulièrement de vérifier si une initiative satisfait à l'exigence relative à l'unité de la matière ou aux conditions de forme (cf. art. 121, 3e et 4e al., Cst., art. 75, 1er al., de la loi fédérale sur les droits politiques [RS 161.1] et art. 24, 1er al., LREC [RS 171.11]). Mais le contenu d'une initiative peut soulever des questions quant à sa validité, du fait notamment que l'initiative se révèle impossible pour des raisons matérielle ou de temps. Dans leur pratique la plus récente, le Conseil fédéral et le Conseil des Etats ont considéré que le non-respect de règles fondamentales du droit des gens pouvait entraîner la nullité d'une initiative (cf. Message sur l'initiative populaire "pour une politique d'asile raisonnable", FF 1994 III 1471; décision

du Conseil des Etats du 16 mars 1995; la décision du Conseil national n'est pas encore prise; cf. aussi art. 117, 3e al., et 169, 2e et 3e al., du projet). Si les décisions des deux conseils divergent et que le conseil qui a admis la validité de l'initiative confirme sa décision, l'initiative doit être déclarée valable selon la réglementation légale en vigueur (art. 24, 2e al., LREC).

Le *1er alinéa, lettre h*, fixe les compétences de l'Assemblée fédérale dans le domaine de l'organisation. On peut ainsi déduire de cette disposition que la Constitution fédérale n'entend pas en principe créer pour les différents organes de la Confédération un pouvoir d'organisation qui s'écarterait de la réglementation ordinaire des compétences (cf. aussi l'exposé des motifs de l'art. 152, 1er al., du projet).

Le *1er alinéa, lettre i*, confie à l'Assemblée fédérale (chambres réunies) (cf. art. 92 Cst., art. 135, 1er al., let. b, du projet) le soin de trancher les conflits de compétence entre les autorités supérieures de la Confédération. Deux hypothèses sont envisageables: plusieurs autorités s'estiment compétentes ou, au contraire, dénie leur compétence (conflits positifs ou négatifs de compétence). En pareils cas, l'Assemblée fédérale désigne souverainement l'autorité compétente, même si elle est elle-même partie au conflit. Dans ce dernier cas, sa première déclaration sur sa propre compétence ne vaut pas décision définitive; elle doit au contraire réexaminer et trancher le conflit dans une seconde procédure spéciale. La compétence prévue à la lettre i revêt un caractère subsidiaire. Lorsque la loi prévoit une autre réglementation pour liquider des conflits de compétence, c'est celle-ci qui a la priorité.

Le *1er alinéa, lettre k*, confie à l'Assemblée fédérale l'exercice du droit de grâce et celui de décider d'une amnistie. Cette dernière signifie que l'on renonce à poursuivre ou à sanctionner pénalement un certain nombre de personnes. Elle constitue une compétence générale de la Confédération et peut s'étendre à l'ensemble du droit pénal fédéral. La grâce, pour sa part, est la renonciation à l'exécution d'une peine qui frappe une personne (déterminée). En vertu du code pénal (RS 311), le droit de grâce ne relève de la compétence de l'Assemblée fédérale que dans les cas où le jugement émane d'une autorité fédérale; si c'est une autorité cantonale qui s'est prononcée, la grâce est du ressort des cantons. Les deux conseils se prononcent séparément sur l'amnistie; en revanche, la grâce est du ressort des deux chambres réunies (cf. art. 92 Cst., art. 135, 1er al., let. c, du projet).

Aux termes du *2e alinéa*, l'Assemblée fédérale exerce toutes les compétences fédérales qui ne sont pas attribuées à une autre autorité fédérale. Cette disposition ne saurait cependant être comprise comme une règle de présomption générale en faveur de la compétence de l'Assemblée fédérale. L'autorité compétente doit être déterminée en interprétant la Constitution. A cet égard, le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs joue un rôle essentiel.

Le *3e alinéa* souligne le fait que l'énumération des attributions de l'Assemblée fédérale n'est pas exhaustive (cf. aussi le préambule de l'art. 85 Cst.). D'autres dispositions constitutionnelles fixent des compétences ponctuelles (p. ex. art. 16, 4e al., Cst., art. 37, 2e al., 2e phrase, du

projet; art. 37, 2e al., Cst., art. 59, 3e al., du projet; art. 114bis, 4e al., Cst., art. 164, 2e al., du projet) ou laissent à la législation fédérale le soin d'attribuer des compétences à l'Assemblée fédérale (p. ex. art. 85, ch. 4, 2e al., Cst., art. 145, 2e al., du projet; art. 113, 2e al., Cst., art. 163, 2e al., du projet). La loi peut en principe attribuer à l'Assemblée fédérale des compétences autres que législatives lorsqu'elles ont une dimension éminemment politique ou qu'elles revêtent d'une autre façon une grande portée. Pour l'attribution de telles compétences, il y a lieu toutefois de respecter le principe fondamental de la séparation des pouvoirs inscrit dans la Constitution. Le parlement doit tenir compte des fonctions centrales des autres organes de l'Etat, telles qu'elles ont été fixées dans la Constitution (cf. l'exposé des motifs de l'art. 126, 1er al., du projet, ainsi que ceux du 2e alinéa).

L'article 147 du projet regroupe dans une sorte de disposition collective l'article 84 Cst., le préambule et les chiffres 1, 5 à 9 et 13 de l'article 85 Cst., ainsi que l'article 121, 3e et 4e alinéas, Cst., sous une nouvelle forme rédactionnelle. Le projet ne mentionne plus la compétence réservée à l'Assemblée fédérale en ce qui concerne le traitement et les indemnités des membres des autorités fédérales et de la Chancellerie fédérale (cf. art. 85, 3e al., Cst.). Cette compétence ressortit au pouvoir de l'Assemblée fédérale en matière d'organisation, et se trouve ainsi contenue dans le 1er alinéa, lettre h. Si l'on estime que cette explication n'est pas suffisante, il y aurait lieu de compléter en conséquence la teneur de cette dernière disposition. Le projet n'a pas repris non plus l'article 85, chiffre 12, Cst., qui déclare l'Assemblée fédérale compétente pour les "réclamations contre les décisions du Conseil fédéral relatives à des contestations administratives (art. 113)". La compétence originaire de l'Assemblée fédérale en matière de justice a perdu de son importance depuis que la législation attribue dans une large mesure l'administration de la justice au Tribunal fédéral. De plus, le droit constitutionnel réserve à la législation le soin de régler cette compétence (cf. art. 113, 2e al., Cst., art. 163, 2e al., du projet), alors que la loi sur la procédure administrative (RS 172.021) énumère les cas qui peuvent faire l'objet d'un recours devant l'Assemblée fédérale. Il semble dès lors justifié de renoncer à mentionner expressément cette compétence dans le catalogue des attributions de l'Assemblée fédérale. L'article 85, chiffre 14, Cst. n'a pas été repris sous le titre relatif aux compétences. Le chiffre 14 attribue à l'Assemblée fédérale la révision de la Constitution fédérale. Les révisions constitutionnelles (partielles ou totales) peuvent être préparées par d'autres organes à l'attention de l'Assemblée fédérale. Mais il n'est pas possible de passer par-dessus cette dernière, en instaurant par exemple un conseil constitutionnel. Les révisions totales ou partielles de la Constitution (à l'exception de celles qui sont demandées par des initiatives populaires revêtant la forme d'un projet rédigé de toutes pièces) sont traitées en principe par voie législative. La participation de l'Assemblée fédérale à la révision de la Constitution fédérale est réglée par les dispositions constitutionnelles y relatives (cf. art. 167 ss du projet). L'article 147, 1er alinéa, lettre c, du projet prévoit expressément que l'Assemblée fédérale est autorisée à édicter dans le domaine de la sécurité intérieure et extérieure des arrêtés fédéraux de portée générale non soumis au référendum. Cette compétence ne figure pas expressément dans la

Constitution fédérale actuelle, mais y est contenue implicitement selon la doctrine dominante (voir plus haut). La compétence de l'Assemblée fédérale de décider de la validité d'une initiative populaire (1er al., let. g) résulte, lorsque se pose la question de l'unité de la matière ou de la forme d'une telle initiative, de l'article 121, 3e et 4e alinéas, Cst., ainsi que de l'article 75, 1er alinéa, de la loi fédérale sur les droits politiques (RS 161.1) et de l'article 24, 1er alinéa, LREC (RS 171.11). Lorsque le contenu d'une initiative populaire met en cause sa validité, le droit écrit est muet sur l'autorité compétente; la pratique des autorités considère néanmoins que l'Assemblée fédérale est compétente en pareil cas (cf. FF 1994 III 1471; Luzius Wildhaber, dans *Commentaire de la Constitution fédérale*, art. 121/122, no 116).

A titre d'innovation, on pourrait placer la garantie des constitutions cantonales (1er al., let. e) dans la compétence du Conseil fédéral; l'Assemblée fédérale ne serait appelée à se prononcer que si le Conseil fédéral refuse la garantie ou qu'un canton élève une réclamation. Le parlement serait ainsi déchargé de tous les cas où la garantie n'est pas contestée (cf. aussi l'exposé des motifs de l'art. 160 du projet).

Chapitre 3: Conseil fédéral et administration fédérale

Section 1: Organisation et procédure

Art. 148 Conseil fédéral

L'article 148 du projet correspond aux articles 95 et 102, chiffre 8, Cst.

Le *1er alinéa* fait du Conseil fédéral l'autorité directoriale et exécutive supérieure et, partant, le gouvernement de la Confédération. Il est vrai que l'exercice des fonctions gouvernementales n'est pas de la compétence exclusive du Conseil fédéral; l'Assemblée fédérale en particulier exerce également de telles fonctions. Mais, dans leur majeure partie, celles-ci sont confiées au Conseil fédéral. En raison de son contenu élargi, il n'est pas possible de définir avec précision et de délimiter la notion de gouvernement (en tant que fonction). Cette notion implique notamment les attributions suivantes (cf. art. 2 ss et 8 LOA, RS 172.010, et art. 8 ss du projet de loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, FF 1993 III 1153 s.): suivre l'évolution politique et sociale, en Suisse et à l'étranger; apprécier constamment l'état de la situation; déterminer la politique gouvernementale en fixant les objectifs et la stratégie à suivre (en particulier les priorités); appliquer la politique du gouvernement; nommer les cadres supérieurs (nominations); représenter l'Etat dans le pays et à l'étranger; assurer la communication avec le public; veiller à l'unité de l'Etat et à la cohésion du pays.

Le 1er alinéa fixe les deux aspects fondamentaux du collège gouvernemental: en tant qu'organe directorial, le Conseil fédéral prend des initiatives chaque fois que la situation de l'Etat l'exige, il va de l'avant, fait preuve de créativité, de prospective et de prévoyance. Pour assumer ses activités directoriales, le Conseil fédéral n'agit pas en organe isolé. Abstraction faite de son domaine de compétence, il est amené à faire appel au concours d'autres organes ou du peuple. Il vise alors à communiquer des impulsions

et à obtenir des décisions. La notion d'autorité exécutive supérieure conforte le Conseil fédéral dans sa qualité de chef de l'administration. La Constitution reconnaît ainsi l'unité de l'administration basée sur un système hiérarchisé, dominé par l'organe gouvernemental. En raison de la diversité des fonctions, de la multiplicité des tâches et de l'ampleur prise par l'organisation actuelle des autorités administratives. Le Conseil fédéral doit assurer la direction faîtière de l'administration et mettre en place les instruments et les procédures de gestion adéquats (cf. aussi art. 152 du projet).

La Constitution soumet, il est vrai, l'évolution de l'organisation des autorités au principe de la séparation des pouvoirs. Elle n'en fait toutefois pas un dogme. Contrairement au principe d'une séparation rigoureuse et conséquente des pouvoirs dans le domaine de l'organisation et du personnel, la Constitution fédérale n'exige pas un partage strict des fonctions. De ce fait, l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral en particulier sont appelés à coopérer durablement, en cherchant des modes de collaboration novateurs. La suprématie du parlement (cf. art. 126, 1er al., du projet, art. 71 Cst.) se limite à l'adoption des lois et du budget, ainsi qu'à l'exercice de la haute surveillance. Un parlement conçu comme autorité suprême dans tous les domaines serait contraire à la séparation des pouvoirs telle que voulue par la Constitution.

Le 2e alinéa confie au Conseil fédéral la compétence générale et exclusive de représenter la Suisse à l'extérieur. Le Conseil fédéral est considéré comme le chef de l'Etat; lui seul peut faire des déclarations engageant notre pays envers les autres Etats et les organisations internationales (cf. aussi l'exposé des motifs de l'art. 158, 1er al., du projet).

L'article 148 du projet s'inspire des articles 95 et 102, chiffre 8, Cst., sous une nouvelle forme rédactionnelle. Une inversion a été opérée au 1er alinéa ("autorité directoriale et exécutive" au lieu de "autorité exécutive et directoriale"). Cette modification est conforme à la loi sur l'organisation de l'administration (RS 172.010) et au projet de loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (FF 1993 III 1152 ss). Le 2e alinéa s'inspire de l'article 102, chiffre 8, Cst. Le nombre des membres du Conseil fédéral est fixé à l'article 149, 1er alinéa, du projet.

Art. 149 Composition et élection

L'article 149 du projet reprend l'article 96 Cst.

Selon le 1er alinéa, le Conseil fédéral est composé de sept membres.

Le 2e alinéa désigne l'organe chargé de l'élire, le moment de l'élection et la durée de fonction du Conseil fédéral. Ce dernier est élu par l'Assemblée fédérale (chambres réunies) pour une durée fixe de quatre ans après chaque renouvellement intégral du Conseil national (cf. aussi art. 123 et 145 du projet). L'élection d'un conseiller fédéral est soumise à son acceptation; il n'est pas contraint de l'accepter. Les membres du Conseil fédéral sont rééligibles. La réélection ne peut être tacite; et elle nécessite donc une nouvelle élection. Si elle ne réélit pas un membre, l'Assemblée fédérale n'est en aucun cas tenue de motiver son choix. Un conseiller fédéral ne

peut pas être élu pour une durée limitée (limitation de la durée de fonction en cas de réélection).

La pratique interprète le 2e alinéa en ce sens que l'élection a lieu au scrutin uninominal (art. 4 du règlement de l'Assemblée fédérale (chambres réunies), RS 171.12). Du fait que le renouvellement intégral du Conseil national entraîne celui du Conseil fédéral, les durées de fonction de ces deux autorités sont synchronisées.

Il n'est juridiquement pas possible de contraindre un membre du Conseil fédéral à démissionner en cours de mandat. En revanche, l'Assemblée fédérale, qui élit le Conseil fédéral, a aussi la compétence de relever un membre du gouvernement de ses fonctions si les conditions d'éligibilité ou d'exercice de la fonction (p. ex. pour des raisons de santé) ne sont plus réunies. Le texte de la Constitution fédérale ne se prononce pas sur la question de savoir si les membres du Conseil fédéral peuvent démissionner (au cours de leur mandat) et renoncer à leur fonction ou s'ils doivent présenter une demande formelle de démission à l'Assemblée fédérale. Jusqu'à ce jour, la pratique s'est contentée d'une déclaration de démission.

En vertu du 3e alinéa, on ne peut choisir plus d'un membre du Conseil fédéral dans le même canton. La loi fixe les critères de rattachement à un canton (art. 9 LGar, RS 170.21). Pour le surplus, les conditions d'éligibilité des membres du Conseil fédéral sont identiques à celles des membres du Conseil national (cf. art. 121 du projet).

L'article 149 du projet correspond à l'article 96 Cst. Les cas d'incompatibilité sont réglés à l'article 122 du projet. Le projet ne reprend pas la disposition de l'article 96, 3e alinéa, Cst., aux termes de laquelle les membres qui font vacance dans l'intervalle des quatre ans sont remplacés à la première session de l'Assemblée fédérale pour le reste de la durée de leurs fonctions. Elle va de soi. L'article 99 Cst. règle le droit incontesté des membres du Conseil fédéral à toucher une rémunération. A vrai dire, la législation d'exécution ne se base pas sur l'article 99 Cst., mais sur la compétence prévue à l'article 85, chiffre 3, Cst. (loi fédérale concernant les traitements et la prévoyance professionnelle des magistrats, RS 172.121). Cette compétence résulte également de l'article 147, 1er alinéa, lettre h, du projet (voir plus haut), de sorte que l'on a renoncé à reprendre la disposition de l'article 99 Cst. à cet endroit.

Variante rédactionnelle du 2e alinéa: comme la durée de fonction du Conseil fédéral et l'autorité compétente pour l'élire sont réglées à un autre endroit du projet (art. 123 et 145 du projet), on pourrait par souci de rigueur biffer les termes "par l'Assemblée fédérale" et "pour une durée de quatre ans".

Remarque: la clause cantonale, en tant que condition restrictive à l'éligibilité, est considérée de divers côtés comme dépassée (voir récemment l'initiative parlementaire acceptée par le Conseil national à la session spéciale de janvier 1995 (93.452) modifiant les conditions d'éligibilité du Conseil fédéral (clause cantonale). Selon l'issue des débats devant les chambres fédérales, il y aura lieu de biffer le 3e alinéa ou de le modifier.

Art. 150 Présidence

L'article 150 du projet correspond à l'article 98 Cst.

Le *1er alinéa* en liaison avec le 2e alinéa prévoit que le président de la Confédération n'est ni le chef de l'Etat, ni le chef du gouvernement. Il ne dispose d'aucune prérogative matérielle de conduite de l'Etat; il ne peut pas établir des directives de gouvernement, ni donner des instructions à ses collègues de l'exécutif. Selon le 1er alinéa, le président de la Confédération assume la présidence du Conseil fédéral. Si l'on tient compte du principe de la collégialité (art. 151 du projet), qui place les membres du Conseil fédéral sur un pied d'égalité au sein du collège gouvernemental, il apparaît que le rôle du président est celui d'un *primus inter pares*. La loi sur l'organisation de l'administration (LOA, RS 172.010; à l'avenir: loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, FF 1993 III 1152 ss) précise les fonctions du président de la Confédération. Il dirige le Conseil fédéral (présidence des débats du collège gouvernemental), rend des décisions présidentielles (en cas d'urgence, avec l'approbation ultérieure de ses collègues ou pour les affaires de moindre importance), représente le gouvernement en Suisse et à l'étranger et entretient les contacts avec les cantons. Le 1er alinéa ne dit rien des fonctions du vice-président (2e al.). La loi le désigne comme remplaçant du président et permet de lui confier certaines attributions présidentielles (cf. art. 24 LOA et art. 26 du projet de loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration).

Selon le *2e alinéa*, l'Assemblée fédérale (chambres réunies) élit chaque année un président, ainsi qu'un vice-président de la Confédération parmi les membres du Conseil fédéral.

Le *3e alinéa* exclut une réélection immédiate du président et du vice-président; il exclut également l'élection du président au titre de vice-président. Le droit constitutionnel crée ainsi des entraves institutionnelles en vue d'assurer l'équilibre au sein du système collégial. Celles-ci doivent limiter le pouvoir présidentiel et empêcher qu'il ne se développe de fait entre les mains d'une personne ou d'un noyau de personnes au sein du Conseil fédéral: la pratique électorale du 20e siècle (contrairement à celle du 19e siècle) a évolué vers l'instauration du principe de la stricte rotation des membres du gouvernement à la présidence. Il n'existe aucune obligation constitutionnelle à cet égard. De même, le droit constitutionnel ne prévoit pas que le futur président doive occuper la fonction de vice-président l'année précédant son élection à la présidence.

Art. 151 Principe de l'autorité collégiale et division en départements

L'article 151 du projet correspond à l'article 103 Cst.

Le *1er alinéa* se rattache par son contenu à l'article 148 du projet et fait des membres du Conseil fédéral - qui ont les mêmes droits et les mêmes compétences matérielles - un organe collectif. Ils forment ensemble la volonté commune (action et responsabilité communes) et apparaissent à l'extérieur comme une unité. Le Conseil fédéral est ainsi beaucoup plus qu'une simple conférence des chefs de départements; il constitue un organe gouvernemental qui délibère et agit en commun. C'est en son sein que l'exécutif élabore la politique gouvernementale (cf. art. 154 du projet)

et assume la direction faîtière de l'administration (cf. art. 152 du projet). Il convient de rattacher au principe de la collégialité celui de la division en départements (cf. à ce sujet art. 152, 2e al., du projet). Les conseillers fédéraux réunissent dans leur personne la qualité de membre du gouvernement et celle de chef d'un département. Ainsi combinés, ces deux principes assurent à leurs titulaires un exercice dynamique et durable de leurs fonctions, voulue par la Constitution. Dans ce rapport, le principe "départemental" a une signification particulière: il permet à l'exécutif de gérer ses affaires par la division du travail. Si l'on considère la multiplicité et la complexité des tâches auxquelles doit faire face un Etat moderne, ce principe représente la condition nécessaire au bon fonctionnement du système de la collégialité. Les départements préparent les objets destinés au collège gouvernemental et exécutent les décisions de ce dernier; ils liquident de leur propre chef la plus grande partie des affaires administratives. Néanmoins, le 1er alinéa instaure le principe de la priorité de la décision collégiale, ainsi que l'obligation pour chacun des membres du Conseil fédéral d'accorder la priorité à sa qualité de membre du collège gouvernemental (cf. aussi art. 26 LOA, RS 172.010).

Le 2e alinéa souligne ce qui précède, en prescrivant que les affaires du Conseil fédéral sont réparties entre ses différents membres pour être préparées et exécutées au niveau des départements. Pour les questions fondamentales qui touchent à la conduite de l'Etat, le Conseil fédéral doit élaborer ses décisions d'un point de vue collégial et les arrêter en plénum (cf. art. 12 du projet de loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, FF 1993 III 1154). Il en va de même des affaires de moindre importance, mais qui ont une portée politique particulière en raison des circonstances.

Le 3e alinéa permet de déléguer certaines affaires en vue de leur règlement définitif aux départements ou aux services qui leur sont subordonnés. Le droit de recours est garanti; la législation fédérale désigne l'autorité de recours compétente (cf. art. 161, 1er al., let. e, 163, 2e al., et 164, 1er al., du projet). Les dispositions d'application règlent la délégation de compétence comme suit: en vertu de l'article 61, 2e alinéa, LOA (RS 172.010), le Conseil fédéral désigne les affaires qu'il entend déléguer aux départements ou aux services qui lui sont rattachés (cf. à ce sujet l'ordonnance sur la délégation de compétences, RS 172.011). On trouve aussi des normes de délégation de compétences dans des lois spéciales. L'article 42, alinéa 1bis, LOA précise que les tâches de l'administration fédérale passent de plein droit au département compétent, dans la mesure où il s'agit de décisions qui peuvent, conformément à la loi sur l'organisation judiciaire (RS 173.110), faire l'objet d'un recours de droit administratif (délégation d'office). Selon le projet de loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (FF 1993 III 1152 ss), la décision est prise, selon l'importance de l'affaire, soit par le Conseil fédéral, soit par un département, un groupement ou un office. Le Conseil fédéral doit fixer par voie d'ordonnance les compétences des différentes unités administratives en matière de décision. En principe, les unités administratives subordonnées et le Conseil fédéral peuvent en tout temps se saisir de certaines affaires (cf. art. 51 du projet de loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration). La pratique administrative admet une extension accrue du

pouvoir de délégation résultant de la Constitution: le Conseil fédéral peut en principe déléguer des compétences même dans les cas où une loi spéciale le désigne comme autorité compétente. La seule limitation absolue concerne ses attributions en matière de conduite de l'Etat (voir plus haut).

Sous la formulation nouvelle, l'article 151 du projet est très proche de l'article 103 Cst. L'article 100 Cst., qui fixe le quorum pour les délibérations du Conseil fédéral, est suffisamment ancré dans la loi (art. 14 LOA et art. 18 du projet de loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, FF 1993 III 1155). Il n'est dès lors pas nécessaire de reprendre cette disposition dans le projet.

Art. 152 Administration fédérale

L'article 152 du projet correspond aux articles 102, chiffre 12, et 103, 1er alinéa, 1ère phrase, Cst.

Le *1er alinéa, 1ère phrase*, confie au Conseil fédéral la direction de l'administration. De ce fait, le Conseil fédéral (en tant que collège) a la responsabilité de la direction factière de l'administration. Le projet de loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (FF 1993 III 1152 ss) contient toute une série de dispositions qui tendent à adapter le mandat constitutionnel à une direction moderne de l'administration (p. ex. gestion par objectifs, appréciation des performances, échelonnement des compétences de décision, extension de la liberté d'action des unités administratives exerçant principalement des activités économiques ou des fonctions basées sur des prestations de services).

Le *1er alinéa, 2e phrase*, fournit la base constitutionnelle de l'organisation de l'administration fédérale, qui a à sa tête le Conseil fédéral. Cette disposition peut être invoquée pour réserver le pouvoir d'organisation du Conseil fédéral, quand bien même la Constitution fédérale ne reconnaît pas à l'exécutif un pouvoir d'organisation dont le gouvernement aurait l'exclusivité. Il incombe au Conseil fédéral de mettre en place une organisation appropriée, à moins que le législateur ne l'ait déjà fait (cf. sur ce point l'exposé des motifs de l'art. 147, 1er al., let. h, du projet). C'est dans ce sens et cet esprit que le projet de loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration fixe les lignes directrices de l'organisation et laisse au Conseil fédéral ce qui exige une grande flexibilité.

Le Conseil fédéral répond également de l'exécution des attributions conformément aux objectifs fixés. Il doit faire en sorte que l'administration s'acquitte de ses tâches en se conformant aux principes de la légalité, de l'efficacité et de la rentabilité. Il lui incombe de surveiller la mise en place d'instruments et de procédures de gestion qui répondent aux circonstances, compte tenu de l'ampleur et de la diversité des fonctions de l'administration fédérale actuelle.

Le *2e alinéa* prévoit la structuration de l'administration fédérale en départements. Chaque membre du Conseil fédéral dirige seul un département (au moins). La Constitution ne connaît donc pas de ministres sans portefeuille.

Etant à la fois membre du collège gouvernemental et chef de département, les conseillers fédéraux ont un double statut. Leur responsabilité s'articule

en conséquence: le Conseil fédéral, en tant qu'organe collectif, répond de l'exécution des tâches relevant du collège gouvernemental; ses membres partagent une responsabilité collective entière et solidaire. De plus, chaque conseiller fédéral répond politiquement de la gestion de son département.

Le *3e alinéa* autorise le législateur à confier des tâches de la Confédération en dehors des services départementaux de l'administration générale. Il permet ainsi de doter des unités administratives spécifiques d'une grande autonomie, de créer de telles unités ou de confier l'exécution de tâches étatiques à des organisations mixtes ou de droit privé (cf. art. 42, 2e al., LOA (RS 172.010) et art. 2, 4e al., du projet de loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (FF 1993 III 1152). Il n'en reste pas moins que, dans tous les cas, le Conseil fédéral conserve, en tant qu'autorité directoriale et exécutive supérieure, la surveillance des affaires et la possibilité d'intervenir (cf. art. 161, 1er al., let. b, du projet).

L'article 152 du projet s'inspire des articles 102, chiffre 12, et 103, 1er alinéa, Cst., dont il présente une nouvelle teneur rédactionnelle en une seule disposition. Le 3e alinéa ne figure pas explicitement dans le texte de la Constitution actuelle. La possibilité de faire appel à des experts, prévue à l'article 104 Cst., est suffisamment ancrée dans la loi (art. 40 LOA et art. 61 du projet de loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration). Une réglementation spéciale dans le projet ne se justifie pas.

Art. 153 Chancellerie fédérale

L'article 153 du projet correspond à l'article 105 Cst.

Le *1er alinéa* décrit la position et le rôle de la Chancellerie fédérale. Celle-ci n'assure pas seulement le secrétariat du Conseil fédéral; elle est surtout le service général de coordination du gouvernement. En cette dernière qualité, elle se voit attribuer de nombreuses tâches en matière d'information, de planification, de préparation, d'organisation, de coordination et de contrôle, qu'elle accomplit pour le compte du gouvernement. La Constitution n'exclut pas que l'on puisse attribuer à la Chancellerie fédérale d'autres fonctions que celles de service de coordination (p. ex. le contrôle de l'exercice des droits politiques). Il est également possible de mettre à contribution d'autres services de coordination, qui ne soient pas rattachés à la Chancellerie fédérale.

La pratique a conduit à séparer clairement les attributions du secrétariat de l'Assemblée fédérale de celles de la Chancellerie fédérale. Les services du parlement s'occupent des tâches administratives de l'Assemblée fédérale et de ses commissions. Bien que rattachés formellement à la Chancellerie fédérale, ils ne dépendent pas du Conseil fédéral ni de la Chancellerie fédérale pour ce qui est de l'exécution de leur activité (cf. art. 133 du projet).

Selon le *2e alinéa*, la Chancellerie fédérale est placée sous la direction du chancelier de la Confédération. La loi sur l'organisation de l'administration (LOA, RS 172.010; à l'avenir: loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, cf. FF 1993 III 1152) précise le rôle du chancelier vis-à-vis du Conseil fédéral: il conseille et soutient le président de la Confédération et le Conseil fédéral dans leurs activités. Il est en quelque sorte le bras

droit du président. En raison de la rotation annuelle de la présidence, il assure une continuité dans la gestion des affaires du Conseil fédéral. Entrent notamment dans ses attributions les activités suivantes: planifier et coordonner les activités du gouvernement, participer à la préparation et au déroulement des délibérations du Conseil fédéral, élaborer les rapports sur les grandes lignes de la politique gouvernementale et les rapports de gestion, conseiller en matière de gestion et exercer des fonctions de surveillance, apporter son soutien dans les rapports avec l'Assemblée fédérale, assurer l'information interne et externe. D'autre part, le 2e alinéa confère une légitimité accrue au chancelier de la Confédération dans son rôle de soutien du Conseil fédéral, soutien qui va bien au-delà des aspects purement administratifs. Le chancelier est élu par l'Assemblée fédérale pour une période de quatre ans, en même temps que les membres du Conseil fédéral (cf. aussi art. 123 et 145 du projet).

L'article 153 du projet correspond à l'article 105 Cst., qu'il reformule. L'article 105, 3e et 4e alinéas, Cst. contient des prescriptions qui découlent d'autres dispositions constitutionnelles (surveillance [3e al.]: art. 102, ch. 15, Cst.; réglementation de l'organisation par une loi [4e al.]: art. 85, ch. 1 et 2, Cst.). Ces dispositions sont reprises par les articles 161, 1er alinéa, lettre b, et 147, 1er alinéa, lettre h, du projet.

Comme la durée de fonction du chancelier de la Confédération et l'organe chargé de l'élire sont déjà définis dans d'autres dispositions du projet (art. 123 et 145 du projet), on pourrait par souci de concision biffer les termes "par l'Assemblée fédérale" et "pour la durée de quatre ans".

Section 2: Compétences

Art. 154 Politique gouvernementale

L'article 154 du projet correspond à l'article 102 Cst., en particulier à son chiffre 1.

Le *1er alinéa* attribue au Conseil fédéral la responsabilité de déterminer la politique gouvernementale, ainsi que la planification et la coordination des tâches de l'Etat. Cette disposition découle de l'article 148, 1er alinéa, du projet: le Conseil fédéral est l'autorité directoriale et exécutive suprême de la Confédération.

L'obligation faite au Conseil fédéral de définir la politique du gouvernement résulte de la position que la Constitution lui attribue. Cette position trouve aujourd'hui son expression dans l'article 102, chiffre 1, Cst., tel que précisé par la loi (cf. art. 3 LOA, RS 172.010). En vertu de cette disposition, le Conseil fédéral dirige les affaires fédérales. Cette notion de direction correspond à celle des articles 95 Cst. et 148 du projet; elle crée une compétence générale d'assumer les fonctions gouvernementales dans les limites des lois et des arrêtés fédéraux. En exerçant ses fonctions directoriales, le Conseil fédéral doit donc se conformer à ces actes législatifs. La condition ici posée vaut obligation de se conformer et non pas interdiction d'agir; elle permet au Conseil fédéral d'agir, même en l'absence de base légale expresse. La législation ne permet pas, en effet, de saisir la fonction directoriale dans tous ses aspects (p. ex. temporels ou thématiques). Pour être assumée avec efficacité, celle-ci suppose d'autres di-

mensions. Au titre des tâches gouvernementales, la loi sur l'organisation de l'administration (RS 172.010), de même que le projet de loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (FF 1993 III 1152) énumèrent les activités suivantes: la planification périodique (grandes lignes de la politique gouvernementale) et sa mise en oeuvre, les appréciations constantes de la situation, la fixation des objectifs, la coordination à l'échelon gouvernemental.

Le *2e alinéa* fait obligation au Conseil fédéral d'informer le public sur son activité dans la mesure où des intérêts publics ou privés prépondérants ne s'y opposent pas. Actuellement déjà, le gouvernement et l'administration doivent renseigner le public sur les objectifs, les bases de décision et les résultats de leurs activités (cf. art. 8 LOA). L'information doit être donnée à temps et de façon complète. La teneur de cette disposition met l'accent sur l'obligation faite au Conseil fédéral d'assurer la transparence de ses activités; elle tient compte de l'importance croissante de l'information.

L'article 154, 1er alinéa, du projet s'inspire de l'article 102 Cst., en particulier de son chiffre 1. Afin d'en préciser la portée, le projet reprend le contenu de l'article 3 LOA. Sa teneur est très proche de la version adoptée par le Conseil national pour l'article 6 du projet de loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (FF 1993 III 1153). L'article 154, 2e alinéa, du projet correspond au libellé de l'article 97, lettre h, du projet de 1977.

Art. 155 Préparation des affaires parlementaires

L'article 155 du projet correspond aux articles 101 et 102, chiffres 4 et 5, Cst.

Le *1er alinéa*, en tant que disposition fondamentale, règle la procédure de consultation. Toute une série de dispositions constitutionnelles en vigueur prévoient que les cantons (et parfois les organisations intéressées) doivent être consultés lors de l'élaboration des dispositions d'exécution (cf. art. 22bis, 27ter, 27quater, 27quinqs, 32, 34ter, 34sexies et 45bis Cst.). Mais la Constitution fédérale ne prévoit pas un droit général d'être consulté. Les détails relatifs à la procédure de consultation sont réglés dans l'ordonnance du 17 juin 1991 sur la procédure de consultation (RS 172.062).

Le principe général inscrit au 1er alinéa se substitue à un droit d'être consulté qui n'était jusqu'ici garanti que de cas en cas. Le droit d'être consulté est de règle, même s'il peut comporter des exceptions. Cette disposition permet, en particulier, de maintenir la possibilité de simplifier la procédure de consultation et, le cas échéant, de redimensionner son champ d'application en limitant le nombre des consultations et le cercle des milieux consultés.

Il appartiendra à la législation de préciser les modalités de la procédure de consultation, dont en particulier l'actuelle garantie du droit d'être consulté.

Selon le *2e alinéa*, le Conseil fédéral soumet à l'Assemblée fédérale des projets de révision de la Constitution, de lois et d'arrêtés fédéraux. Il s'agit là d'une des normes fondamentales qui déterminent notre système de gouvernement. Cette disposition confère au Conseil fédéral un droit global

et étendu de participer à l'élaboration de la législation. Le Conseil fédéral peut soumettre des projets de lois et d'arrêtés, en agissant de son propre chef ou à la suite d'interventions parlementaires (motion, postulat; art. 22 s. LREC, RS 171.11).

L'élaboration d'un projet de loi se déroule pour l'essentiel au sein de l'administration. Mais il appartient au gouvernement de fixer à l'administration les buts et le cadre du projet envisagé et de prendre les décisions intermédiaires qui s'imposent durant son élaboration.

Si la préparation de la législation n'est pas de la compétence exclusive du Conseil fédéral (cf. p. ex. l'initiative parlementaire), elle est toutefois impossible, tant juridiquement (cf. art. 21quater, 4e al., et 65bis ss LREC) que sur le plan politique, sans le concours du Conseil fédéral.

Les préavis que le Conseil fédéral est appelé à donner à l'Assemblée fédérale ou aux cantons (cf. art. 102, ch. 4, Cst.) trouvent concrètement et en premier lieu leur expression dans les rapports sur les initiatives parlementaires et dans les messages concernant les initiatives populaires. La pratique autorise le Conseil fédéral à se prononcer sur tous les objets parlementaires de quelque importance. Le Conseil fédéral est plus rarement appelé à donner avis à l'adresse des cantons; il s'agit alors le plus souvent de consultations informelles.

Le 3e alinéa confère aux membres du gouvernement, ainsi qu'au chancelier de la Confédération le droit de participer aux débats parlementaires, d'y prendre la parole et d'y faire des propositions. Les deux pouvoirs ont ainsi la possibilité de dialoguer directement et de coopérer. Le droit de participer aux débats parlementaires implique aussi l'obligation d'y assister. La Constitution ne précise pas combien de membres du Conseil fédéral ni lesquels doivent être présents. Les détails de cette participation sont réglés par les articles 65bis ss LREC.

Le droit de faire des propositions dont il est question ici doit être distingué du droit de proposition ou d'initiative appartenant au collège gouvernemental, qui sont ancrés au 2e alinéa et à l'article 102, chiffre 4, Cst. Il n'autorise pas à présenter de nouveaux thèmes lors des débats parlementaires, mais seulement à intervenir sur des objets en cours d'examen. Chaque membre du Conseil fédéral a la possibilité d'intervenir dans les délibérations en fonction de la situation et de proposer de nouvelles solutions. Lorsqu'ils exercent leur droit de faire des propositions, les membres du Conseil fédéral demeurent liés par le principe de la collégialité: leurs interventions ne peuvent aller à l'encontre de la volonté du collège gouvernemental mais elles doivent en respecter le sens et l'esprit.

L'article 155 du projet correspond à l'article 101, ainsi qu'à l'article 102, chiffres 4 et 5, Cst. Le 1er alinéa est identique à l'article 68, 1er alinéa, du projet de 1977 et à l'article 68, 1er alinéa, du projet DFJP; il établit une synthèse entre l'article 69, 1er alinéa, du projet de 1977 et l'article 64, 1er alinéa, de la Constitution du canton de Berne. Le remplacement des dispositions ponctuelles sur le droit d'être consulté, qui figurent dans la Constitution fédérale actuelle, par une norme générale se justifie pour les raisons suivantes: d'une part, il n'est pas possible de légiférer sans tenir compte des réalités sociales, économiques et politiques; d'autre part, il

importe de trouver autant que possible un consensus sur la matière à régler par voie de législation, si l'on entend faire de bonnes lois. La procédure de consultation est donc politiquement incontournable. Le droit du chancelier de la Confédération de prendre la parole ou de faire des propositions lors des débats parlementaires n'est pas réglé expressément dans la Constitution fédérale actuelle; toutefois, selon l'article 65quater LREC, celui-ci présente les affaires de la Chancellerie tant dans les commissions parlementaires que dans les séances des conseils.

Transition de la Constitution actuelle au projet: les dispositions constitutionnelles ponctuelles qui garantissent le droit d'être consulté (cf. 1er al.) devront être reprises à l'échelon de la loi.

Art. 156 Compétences législatives et d'exécution

L'article 156 du projet correspond à l'article 102, chiffres 4 et 5, Cst.

L'*alinéa 1* confère au Conseil fédéral la compétence d'édicter des règles de droit en la forme d'ordonnances dans la mesure où il y est autorisé par la Constitution fédérale ou la loi. Il s'agit, d'une manière générale, du pouvoir qu'a le Conseil fédéral d'adopter des dispositions législatives. En fonction de leur fondement juridique, il convient de distinguer entre les ordonnances indépendantes qui trouvent leur fondement directement dans la Constitution (cf. p. ex. art. 36sexies, al. 2, Cst., art. 61, al. 2, du projet) et les ordonnances dépendantes, qui se basent - comme dans la plupart des cas - sur une délégation de compétence prévue par la loi ou un arrêté fédéral de portée générale (ou sur une sous-délégation de compétence conférée par une ordonnance). Comptent au nombre des ordonnances indépendantes du Conseil fédéral notamment les ordonnances d'exécution et les ordonnances administratives (cf. al. 2), ainsi que les ordonnances destinées à protéger la sécurité intérieure et extérieure (cf. art. 159, al. 3, du projet). Mais, le plus souvent, ce sont des dispositions légales qui confèrent au Conseil fédéral la compétence d'édicter, en lieu et place du législateur, des normes législatives qui vont au-delà d'une simple réglementation d'exécution (en ce qui concerne les exigences posées par la pratique des autorités et la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de délégation législative, cf. l'exposé des motifs de l'art. 141, al. 2, du projet).

L'*alinéa 2, 1ère phrase*, attribue au Conseil fédéral la compétence d'exécuter les lois, les arrêtés de l'Assemblée fédérale et les décisions des tribunaux. L'exécution comporte tout d'abord l'application extrajudiciaire du droit (application dans un cas particulier concret d'une norme juridique générale abstraite), mais aussi d'autres activités étatiques qui ne se limitent pas à la seule application du droit (actes matériels, usage du pouvoir d'appréciation, législation d'exécution, actes administratifs de coopération informelle). Pour ce qui concerne les décisions des tribunaux, l'application est synonyme d'exécution de la sentence judiciaire. La loi confie le plus souvent aux cantons l'exécution des arrêts du Tribunal fédéral (loi d'organisation judiciaire, RS 173.110). En cas d'exécution imparfaite, le recours au Conseil fédéral est possible. Ce dernier peut aussi intervenir d'office en pareil cas dans le cadre de la haute surveillance prévue à l'article 102, chiffre 2, Cst. (cf. art. 160 du projet). Dans certains domaines juridiques

(poursuite pour dettes et faillite), le Tribunal fédéral fait office d'autorité de recours.

L'*alinéa 2, 2e phrase*, charge le Conseil fédéral d'édicter les dispositions d'exécution nécessaires; cette disposition constitue ainsi la base constitutionnelle pour la promulgation d'ordonnances administratives et d'exécution. Ce genre d'ordonnance a pour but de rendre applicables les normes légales en les complétant par des dispositions de détail, de manière à garantir la sécurité juridique et l'égalité de traitement dans l'exécution. Il se situe à un degré intermédiaire entre la loi (générale et abstraite) et l'acte d'application au cas d'espèce (individuel et concret). L'ordonnance d'exécution s'adresse à l'ensemble de la communauté. En revanche l'ordonnance administrative ne déploie que des effets internes à l'administration: c'est une instruction destinée aux autorités administratives. Dans un Etat moderne appelé à fournir des performances de haut niveau, la compétence du Conseil fédéral en matière d'exécution englobe aussi bien le contrôle des résultats que l'analyse de l'efficacité des mesures appliquées. S'y ajoute la mise en vigueur des actes législatifs, si ceux-ci sont muets sur ce point.

L'article 156, alinéa 1, 1ère phrase, du projet reprend l'article 102, chiffres 4 et 5, Cst., dont il présente une nouvelle teneur rédactionnelle. L'alinéa 1 crée une nouvelle base constitutionnelle attribuant expressément au Conseil fédéral la compétence d'édicter des règles de droit sous la forme d'ordonnances, conformément à un principe bien ancré dans le droit constitutionnel matériel. L'alinéa 2, 2e phrase, confirme expressément la compétence reconnue implicitement au Conseil fédéral par l'article 102, chiffre 5, Cst. d'édicter des ordonnances d'exécution. En revanche, l'article 156, alinéa 2, du projet n'a pas repris la compétence relative à l'exécution des transactions et des sentences arbitrales sur les différends entre cantons prévue à l'article 102, chiffre 5, Cst.; celle-ci n'a plus qu'une valeur historique.

Art. 157

Compétence financière

L'article 157 du projet correspond à l'article 102, chiffre 14, Cst.

Cette disposition charge le Conseil fédéral d'établir le plan financier, un projet de budget et le compte d'Etat, ainsi que de veiller à une gestion financière correcte. La Constitution autorise une certaine décentralisation de l'administration des finances pour certains services autonomes (p. ex. les PTT, les CFF, la CNA), sans priver toutefois le Conseil fédéral de ses prérogatives en matière de surveillance et de direction. L'étroite collaboration entre le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale trouve spécialement son expression dans le domaine financier. L'article 157 du projet est une norme complémentaire, qui fait pendant à la compétence financière de l'Assemblée fédérale (cf. art. 144 du projet). Le Conseil fédéral prend l'initiative et conduit la politique budgétaire (dont les effets pratiques imprègnent l'ensemble de la politique financière). Il lui incombe, en vertu de la Constitution, d'élaborer le projet du budget, qui est adopté par l'Assemblée fédérale, sans que cette dernière soit liée par les propositions du gouvernement. Le Conseil fédéral est également compétent pour établir le

compte d'Etat, qu'il doit présenter à l'Assemblée fédérale pour approbation. A l'instar de la fonction qu'il exerce dans la conduite de la politique, le Conseil fédéral peut utiliser ses prérogatives dans le domaine financier comme un instrument de gestion administrative (répartition des moyens financiers).

La loi (en particulier, la loi sur les finances de la Confédération, RS 611.0) et le droit qui en découle déterminent dans une large mesure la pratique budgétaire. Outre le budget (annuel), la pratique a introduit le plan financier pluriannuel, qui est lié à la planification des dépenses (lignes directrices de la politique gouvernementale). Le tout répond ainsi aux exigences d'un Etat moderne en matière de planification. Le plan financier pluriannuel entre dans la notion de budget au sens de l'article 102, chiffre 14, Cst.

L'article 157 du projet correspond à l'article 102, chiffre 14, Cst., dont il présente une nouvelle teneur rédactionnelle. Il ancre dans la Constitution le nouvel instrument du plan financier, issu de la pratique.

Art. 158

Relations avec l'étranger

L'article 158 du projet correspond à l'article 102, chiffre 8, Cst.

L'*alinéa 1* confie au Conseil fédéral la charge des affaires étrangères (pour la représentation de la Suisse à l'extérieur, cf. art. 148, al. 2, du projet). Les tâches essentielles du Conseil fédéral en matière de politique extérieure sont notamment les suivantes: négocier, conclure, signer, ratifier et dénoncer les traités internationaux; élaborer et adopter des mandats pour les conférences internationales; déléguer des représentants auprès d'organisations internationales en leur donnant des instructions; conclure et rompre les relations diplomatiques; émettre des déclarations unilatérales ayant une portée juridique (p. ex. reconnaissance d'un Etat) ou politique (p. ex. documents CSCE); prendre des sanctions; protéger les intérêts de la Confédération (en particulier par le biais des représentations consulaires et diplomatiques); fournir des biens et des services. Le Conseil fédéral détermine en outre et coordonne l'objet et l'orientation de la politique extérieure suisse et s'occupe de sa réalisation. La conduite de la politique extérieure (appréciation de la situation, conception, prise d'initiatives, coordination, information) entre en principe dans les prérogatives de l'organe gouvernemental. En raison des compétences parallèles et superposées de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral, les deux pouvoirs sont appelés nécessairement à collaborer, mais, selon la conception inhérente au droit constitutionnel, il appartient au Conseil fédéral d'assumer la plus grande partie des activités (opérationnelles) dans le domaine de la politique extérieure (cf. art. 143 et 147, al. 1, let. a, du projet).

L'*alinéa 1*, en liaison avec l'article 156 du projet, autorise en outre le Conseil fédéral à édicter des ordonnances indépendantes (basées directement sur la Constitution; voir plus haut). Leur contenu n'est pas limité à des réglementations de police, mais peut avoir aussi pour objet des affaires ressortissant à la politique extérieure.

L'*alinéa 2* oblige en principe le Conseil fédéral à soumettre les traités internationaux à l'approbation de l'Assemblée fédérale. Selon la pratique des autorités, il n'est pas nécessaire de soumettre chaque traité particulier à la

procédure d'approbation du parlement, qui prend beaucoup d'énergie et de temps (cf. à ce sujet l'art. 143 du projet). La formule retenue à l'article 158, alinéa 2, entend rendre compte de la pratique actuelle des autorités fédérales. Cette pratique est exposée dans une publication commune de la Direction du droit international public et de l'Office fédéral de la justice, dont le Conseil fédéral a pris connaissance, en l'approuvant, le 14 décembre 1987 (JAAC 51 [1987] no 58, p. 369 ss). La compétence du Conseil fédéral de conclure seul des traités internationaux dans certains cas y est expressément reconnue. Plus de 80 % des traités conclus selon la procédure simplifiée sont basés sur une clause d'autorisation. Dans la pratique, les traités provisoires ou urgents sont rares - la plupart des exemples concernent des accords économiques -, et dans tous les cas la procédure ordinaire d'approbation parlementaire est réservée. La conclusion de traités d'importance mineure fait l'objet d'une communication à l'Assemblée fédérale dans le rapport de gestion; celle-ci peut alors décider de prendre acte de cette communication ou de demander l'ouverture d'une procédure ordinaire d'approbation. Si elle refuse d'approuver un traité, le Conseil fédéral est tenu de le dénoncer. Afin d'éviter les problèmes pratiques qui peuvent résulter du refus d'approbation, les traités d'importance mineure ne sont conclus selon la procédure simplifiée que s'ils peuvent être dénoncés à court terme; cela s'est produit à 22 reprises au total jusqu'à fin 1994.

Le pouvoir du Conseil fédéral de conclure des traités (alinéa 2), de même que celui de conduire les affaires étrangères (alinéa 1) font que le Conseil fédéral est aussi compétent pour mettre en vigueur provisoirement des conventions internationales pour des raisons d'urgence.

Le Conseil fédéral est autorisé à sous-déléguer la compétence de conclure des traités aux départements ou à des offices fédéraux; en pareils cas, les restrictions apportées par le Tribunal fédéral en droit interne sont applicables par analogie.

L'article 158 du projet est en étroite corrélation avec l'article 102, chiffre 8, Cst. L'alinéa 2, qui correspond à la proposition de la Commission Aubert, codifie la pratique actuelle qui permet au Conseil fédéral de conclure seul certains traités. La question de savoir si l'inscription dans la Constitution de la pratique actuelle peut être opposée avec des chances de succès à un Etat contractant étranger reste ouverte (cf. art. 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités [RS 0.111], ainsi que ATF 120 Ib 360, cons. 2); sa solution permettrait de clarifier le droit interne.

Art. 159 Sécurité intérieure et extérieure

L'article 159 du projet correspond à l'article 102, chiffres 8, 9, 10 et 11, Cst.

L'*alinéa 1* charge le Conseil fédéral de veiller à la sécurité extérieure, ainsi qu'au maintien de l'indépendance et de la neutralité de la Suisse. A l'instar de l'article 102 Cst., l'alinéa 1 instaure une compétence parallèle à celle de l'Assemblée fédérale. Le Conseil fédéral ne peut exercer son attribution que si le parlement n'a pas fait usage de la sienne (cf. à propos de l'art. 85, ch. 6, Cst. l'exposé des motifs de l'art. 147, al. 1, let. a, du projet).

L'*alinéa 2* charge le Conseil fédéral de veiller à la sécurité interne du pays. Pour la notion de "sécurité intérieure" et le partage des compétences entre la Confédération et les cantons, de même qu'entre le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale, nous renvoyons à l'exposé des motifs de l'article 147, alinéa 1, lettre b, du projet.

L'*alinéa 3* crée une base juridique pour les ordonnances qui s'appuient directement sur la Constitution et pour les décisions du Conseil fédéral dans le domaine de la sécurité intérieure et extérieure, lorsque des circonstances extraordinaires justifient de telles mesures. La doctrine, se fondant sur une conception stricte du principe de la légalité, réclame que de telles ordonnances n'aient qu'un caractère temporaire ou qu'elles soient limitées dans le temps. La pratique a généralement suivi cette conception; dès lors, les ordonnances qui se fondent sur l'*alinéa 3* perdent leur assise constitutionnelle dès l'instant où cessent les circonstances exceptionnelles qui ont justifié leur adoption, et elles doivent être abolies.

L'*alinéa 3* n'offre, pas plus que l'article 102, chiffre 10, Cst., une base constitutionnelle pour le droit de nécessité. Il n'autorise en aucune façon le Conseil fédéral à déroger à la Constitution en cas de nécessité. De telles situations nécessitent une réglementation spécifique, en marge du droit constitutionnel ordinaire, ainsi qu'un fondement légitime.

L'*alinéa 4* autorise le Conseil fédéral à mettre sur pied l'armée dans les cas d'urgence, si l'Assemblée fédérale n'est pas réunie. Cette compétence du Conseil fédéral est subsidiaire et devient provisoire selon le nombre de troupes levées et la durée de mobilisation (cf. art. 147, al. 1, let. d, du projet). En liaison avec cette dernière disposition, l'*alinéa 4* fournit aussi des indications sur le statut du général en tant que commandant en chef de l'armée: il ne jouit d'aucune hégémonie vis-à-vis du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale et doit céder le pas au politique.

L'article 159 du projet correspond à l'article 102, chiffres 8, 9, 10 et 11 Cst., dont il présente une nouvelle version rédactionnelle; l'*alinéa 4* a une teneur très proche de celle de l'article 77, alinéa 3, de la loi sur l'armée et l'administration militaire (FF 1995 I 655). L'article 159, alinéa 3, du projet autorise expressément le Conseil fédéral à édicter des ordonnances basées directement sur la Constitution et à prendre des décisions dans le domaine de la sécurité intérieure et extérieure si des circonstances exceptionnelles l'exigent. Selon la doctrine dominante, cette dernière compétence représente du droit constitutionnel matériel.

Art. 160 Relations entre la Confédération et les cantons

L'article 160 du projet correspond à l'article 102, chiffres 2, 3, 7, 8 et 13, Cst.

Le *1er alinéa* règle les compétences du Conseil fédéral par rapport aux cantons. Il lui appartient d'entretenir les relations entre la Confédération et les cantons. Il incarne le gouvernement de la Confédération (cf. art. 148 du projet). En cette qualité, il représente la Confédération dans les rapports officiels avec les cantons. De plus, il exerce la haute surveillance sur ces derniers. Il veille à ce que l'ensemble du droit fédéral et le droit inter-cantonal soient respectés dans les cantons (cf. art. 35, 2e al., 1ère partie

de la phrase, du projet). Il prend d'office ou sur plainte les mesures nécessaires à cet effet (cf. art. 102, ch. 2, Cst.). Les cantons doivent respecter le droit fédéral, même dans l'exercice de leurs domaines de compétences propres. La surveillance du Conseil fédéral s'étend à tous les actes cantonaux (actes législatifs, décisions, activités ou inaction de l'administration, etc.). Le Conseil fédéral doit en particulier veiller à la garantie des constitutions cantonales. Il doit s'assurer que les cantons demandent cette garantie; une fois celle-ci accordée, il doit s'assurer que les cantons observent l'article 38, 1er alinéa, du projet (voir cette disposition). Dans la mesure où les articles 38 et 39 du projet concernent le droit constitutionnel cantonal, la garantie de celui-ci fait également partie des obligations prévues par l'article 160, 1er alinéa, du projet. L'octroi de la garantie porte sur l'ensemble du droit constitutionnel cantonal.

Selon la pratique, la compétence de surveillance du Conseil fédéral cesse dès l'instant où les parties à une procédure ont la possibilité de porter des actes de souveraineté cantonale devant le Tribunal fédéral (cf. aussi la réserve prévue à l'art. 102, 2e al., Cst. concernant les attributions du Tribunal fédéral). Lorsqu'un intérêt public important est en jeu, le Conseil fédéral peut néanmoins exercer la surveillance fédérale dans les cas où une partie à une procédure renonce - bien qu'elle en ait juridiquement la possibilité - à utiliser la voie du recours au Tribunal fédéral; il peut également le faire dans les cas rares où son intervention se justifie pour assurer le respect du droit fédéral, quand bien même le Tribunal fédéral est saisi. Les violations du droit intercantonal étant toutes susceptibles d'être portées devant le Tribunal fédéral, la surveillance du Conseil fédéral dans ce domaine se limite à l'exécution des arrêts du Tribunal fédéral.

Le Conseil fédéral dispose d'un pouvoir d'appréciation dans l'exercice de la surveillance fédérale. Il est lié par le principe de la proportionnalité, l'intérêt public et des considérations d'ordre politique. Dans la pratique, les moyens de surveillance mis en oeuvre vont des contacts informels jusqu'aux mesures coercitives telles que la rétention de moyens financiers ou l'exécution d'office (en l'absence d'une base légale expresse) (cf. aussi l'art. 35, 2e al., 2e partie de la phrase, du projet), en passant par les circulaires et l'approbation d'actes législatifs.

Selon le 2e alinéa, le Conseil fédéral approuve les actes législatifs des cantons qui ne sont pas de rang constitutionnel lorsque l'exécution du droit fédéral l'exige. Cette approbation va de soi dans les cas où les cantons appliquent le droit fédéral. A la différence de l'article 102, chiffre 13, 1ère partie de la phrase, Cst., la teneur de l'article 160, 2e alinéa, du projet indique clairement que la Confédération n'est pas libre d'imposer son approbation dans le champ des compétences originaires des cantons (pour un cas spécial, cf. art. 42 du projet).

Le 3e alinéa attribue au Conseil fédéral l'examen des conventions que les cantons passent entre eux ou avec des Etats étrangers. Le Conseil fédéral approuve ces conventions sous réserve des compétences attribuées à l'Assemblée fédérale (cf. art. 147, 1er al., let. e, du projet). Sur le fond, ces conventions doivent satisfaire aux exigences de l'article 34, 3e alinéa, ou de l'article 45, 2e alinéa, du projet. La procédure d'approbation relative

aux actes législatifs cantonaux et aux conventions intercantionales est réglée par la loi (cf. art. 7a LOA, RS 172.010).

L'article 160 du projet correspond à l'article 102, chiffres 2, 3, 7, 8 et 13, Cst.: il rassemble ces chiffres en une seule disposition et les ordonne systématiquement: le 1er alinéa règle les rapports et la surveillance; le 2e alinéa, l'approbation des actes législatifs cantonaux; le 3e alinéa, les conventions des cantons.

A titre d'innovation, on pourrait *ajouter* à cette disposition un *4e alinéa* ayant la teneur suivante: "Il garantit les constitutions cantonales" (cf. aussi l'innovation proposée à l'art. 147, 1er al., let. e, du projet). Dès lors, le Conseil fédéral serait compétent pour donner son approbation dans tous les cas non litigieux, soit en règle générale.

Art. 161

Autres tâches et compétences

L'article 161 du projet correspond au préambule, aux chiffres 2, 3, 6, 11, 15 et 16 de l'article 102 Cst., ainsi qu'à l'article 103, alinéas 2 et 3, Cst.

Selon l'*alinéa 1, lettre a*, le Conseil fédéral veille à ce que le droit fédéral dans son ensemble, le droit intercantonal (conventions) et le droit constitutionnel cantonal soient respectés dans les cantons; il prend les mesures nécessaires à cet effet. Etant donné que cette question est en étroite corrélation avec la haute surveillance exercée par la Confédération sur les cantons, on peut renvoyer pour plus de détails à l'exposé des motifs de l'article 160, alinéa 1, du projet.

Selon l'*alinéa 1, lettre b*, le Conseil fédéral surveille l'administration fédérale et les autres organes chargés d'assumer des tâches fédérales. Le Conseil fédéral assume ainsi (en tant que collège) la direction faîtière de l'administration. Sa fonction d'organe supérieur de l'administration (cf. art. 152 du projet) s'exprime dans son rôle directorial et dans les décisions qu'il est appelé effectivement à prendre. Il exerce une surveillance constante et systématique sur l'administration. La surveillance dont il s'agit ne se contente pas d'un simple contrôle subsidiaire: elle s'étend à l'ensemble du domaine de gestion de l'administration. De ce fait, le Conseil fédéral dispose de prérogatives étendues pour émettre des instructions, effectuer des contrôles et procéder à des interventions. Il exerce également une surveillance appropriée sur les organes extérieurs à l'administration fédérale qui sont chargés d'assumer des tâches fédérales. Il répond du fait que l'administration exécute ses activités selon les principes de la légalité, de l'efficacité et de la rentabilité (cf. art. 4 LOA, RS 172.010, et art. 3 et 8 du projet de loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, FF 1993 III 1152 s.).

Selon le *l'alinéa 1, lettre c*, le Conseil fédéral rend compte régulièrement de sa gestion et de la situation du pays à l'Assemblée fédérale. La lettre c poursuit un double objectif: permettre d'une part au parlement d'exercer sa haute surveillance (cf. art. 85, ch. 11, Cst., art. 146 du projet) et favoriser, d'autre part, la collaboration entre le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale pour ce qui est de la conduite des affaires de l'Etat.

La pratique des autorités admet que le Conseil fédéral rende compte de son activité en présentant son rapport annuel de gestion. Elle ignore en revanche la rédaction d'un rapport formel sur "la situation du pays". Néanmoins, ce passage du texte doit être compris comme un élément important du droit constitutionnel, parce qu'il souligne la fonction gouvernementale du Conseil fédéral (cf. l'exposé des motifs de l'art. 154 du projet, art. 3, al. 1, let. a, LOA et art. 6, al. 1, du projet de loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration). L'alinéa 1, lettre c, contient ainsi un élément d'ouverture vers l'avenir (cf. aussi art. 102, ch. 16, Cst.: "... recommande les mesures qu'il croit utiles à l'accroissement ..."). Sur le fond, cette disposition vise plus particulièrement la planification politique (lignes directrices de la politique gouvernementale). Aux termes de l'article 102, chiffre 16, Cst., le Conseil fédéral doit rendre compte de sa gestion à l'Assemblée fédérale "à chaque session ordinaire". La pratique entend par là que le Conseil fédéral doit présenter un rapport chaque année. La périodicité du rapport est suffisamment garantie par l'article 45 LREC (RS 171.11). En renonçant à fixer un délai à l'article 161, alinéa 1, lettre c, du projet, l'on permet au parlement d'adapter aux circonstances le rythme et la date du rapport par une modification de la LREC. Cette innovation correspond également à l'initiative parlementaire de la Commission des institutions politiques du Conseil national ad article 102, chiffre 16, Cst. (FF 1995 I 1113, 1143 s.).

L'*alinéa 1, lettre d*, accorde une compétence subsidiaire au Conseil fédéral: celui-ci procède aux nominations qui ne relèvent pas d'une autre autorité. La Constitution accorde des compétences en matière d'élection ou de nomination à d'autres organes soit directement (cf. p. ex. art. 85, ch. 4, al. 1, Cst., art. 145 du projet), soit en confiant ce soin au législateur (cf. p. ex. art. 85, ch. 1 et 4, al. 2, Cst., art. 145, al. 2, du projet). Le Conseil fédéral peut déléguer sa compétence en la matière, tout en conservant les nominations aux postes importants. L'engagement des cadres de direction appropriés aux postes clés de l'administration fait partie de ses attributions en tant que gouvernement. La législation (statuts des agents fédéraux) a réglé la matière de manière différenciée.

L'*alinéa 1, lettre e*, fait obligation au Conseil fédéral de traiter des recours dans les cas prévus par la loi. Le Conseil fédéral est compétent dans tous les domaines que la loi soustrait expressément à la compétence du Tribunal fédéral (cf. art. 163, al. 2, mais aussi 164, al. 1, du projet). Cette attribution de compétence vaut également dans les cas où le traitement de certaines affaires est confié à des départements ou à d'autres unités administratives (cf. art. 151, al. 3, du projet; pour ce qui concerne la surveillance fédérale, cf. en outre l'exposé des motifs de l'art. 160, al. 1, du projet).

La loi (loi sur la procédure administrative [RS 172.021], loi sur l'organisation judiciaire [RS 173.110], lois spéciales) définit comme suit la compétence juridictionnelle du Conseil fédéral: il se prononce en dernière instance sur les recours contre des décisions fondées sur le droit administratif fédéral, qui ne peuvent pas faire l'objet d'un recours de droit administratif au Tribunal fédéral ou d'un recours devant une commission fédérale de recours et qui ne sont pas définitives en vertu d'une loi fédérale. Outre les

recours administratifs, le Conseil fédéral tranche les recours qui ont le caractère de recours de droit public mais qui ne peuvent pas être soumis au Tribunal fédéral (cf. art. 73, al. 1, let. a et b, LPA). Les décisions du Conseil fédéral sur recours sont définitives; font exception les quelques rares cas qui peuvent être portés devant l'Assemblée fédérale (cf. art. 79 LPA; cf. l'exposé des motifs de l'art. 147 du projet). Avec l'introduction de la juridiction administrative et son développement constant, le pouvoir du Conseil fédéral en matière de justice administrative (cf. art. 114bis Cst., art. 164, al. 1, du projet) a perdu considérablement de son importance. Le besoin d'une protection juridique accrue garantie par des autorités indépendantes et impartiales, mais aussi la nécessité de décharger le Conseil fédéral de ses tâches non gouvernementales, a favorisé le développement de la juridiction administrative.

En vertu de l'*alinéa 2*, la loi peut attribuer d'autres tâches et compétences au Conseil fédéral (cf. préambule de l'art. 102 Cst.). La réglementation des compétences dans le projet n'est pas exhaustive. Des normes non constitutionnelles (lois fédérales, arrêtés fédéraux de portée générale, ordonnances [moyennant une délégation correspondante]) peuvent attribuer d'autres compétences au Conseil fédéral. Ce dernier exerce ses attributions "dans les limites de la présente Constitution" (cf. préambule de l'art. 102 Cst.). Constituent de telles limites le principe de la séparation des pouvoirs, les impératifs contenus dans d'autres dispositions de la Constitution ou la répartition des compétences au niveau de l'Etat fédéral.

L'article 161 du projet rassemble en une disposition le préambule et les chiffres 2, 3, 6, 11, 15 et 16 de l'article 102 Cst., ainsi que l'article 103, alinéas 2 et 3, Cst. Il en offre une nouvelle version rédactionnelle. L'alinéa 1, lettre c, est très proche de la teneur proposée par l'initiative parlementaire de la Commission des institutions politiques du Conseil national ad article 102, chiffre 16, Cst. (FF 1995 I 1113, 1143 s.).

Chapitre 4: Tribunal fédéral

Art. 162 Rôle du Tribunal fédéral

L'article 162 du projet correspond aux articles 106, 1er alinéa, 107 et 109 Cst.

Cette disposition institue un Tribunal fédéral pour rendre la justice dans les domaines de la Confédération. En tant que tribunal ordinaire et suprême de la Confédération, celui-ci est compétent en matière civile, pénale, administrative et constitutionnelle (le Tribunal fédéral des assurances est une section du Tribunal fédéral, jouissant d'une organisation autonome). Le Tribunal fédéral constitue le troisième pouvoir de la Confédération (principe de la séparation des pouvoirs). Le Tribunal fédéral n'est pas la seule autorité qui rende la justice au niveau de la Confédération. Tant l'Assemblée fédérale que le Conseil fédéral exercent des fonctions judiciaires. De plus, dans certains domaines du droit administratif fédéral, il existe des juridictions administratives spéciales, appelées commissions fédérales de recours, qui tranchent en première instance les affaires qui relèvent de leur ressort. En règle générale, leurs décisions peuvent faire l'objet d'un recours de droit administratif au Tribunal fédéral. Enfin, les tri-

bunaux militaires fédéraux sont compétents en matière de justice militaire. (En ce qui concerne l'indépendance des juges, cf. art. 24 du projet "Procédure judiciaire").

L'article 161, 1er alinéa, du projet reprend par analogie les articles 108 du projet de 1977 et 124 du projet DFJP.

La question des trois langues officielles est réglée à suffisance de droit dans l'OJ (art. 1er, 2e al.).

Art. 163 Juridiction constitutionnelle

L'art. 163 correspond à l'art. 113, al. 1 et 2 Cst et à la jurisprudence du Tribunal fédéral.

L'art. 163 traite de la juridiction constitutionnelle du Tribunal fédéral. Cette disposition protège le particulier contre les abus de l'Etat en lui permettant de se plaindre auprès d'un tribunal indépendant d'une atteinte à ses droits constitutionnels, de même que de la violation d'un concordat ou d'un traité international. Cet article permet en outre de vider les litiges entre collectivités publiques (litiges opposant la Confédération à un canton ou opposant les cantons entre eux).

L'art. 163 confère au citoyen, comme l'art. 113 Cst, un droit constitutionnel en matière de protection juridique et de voies de droit. Ce droit n'est toutefois pas absolu, car le 2e alinéa permet au législateur d'exclure le recours au Tribunal fédéral et de confier à d'autres autorités de la Confédération le soin de juger les cas en question. Mais de telles exceptions doivent rester limitées et le législateur ne saurait exclure toute possibilité de recours au niveau fédéral après l'épuisement des voies de droit cantonales.

Le recours au juge constitutionnel n'est ouvert que pour se plaindre de violations tout à fait précises du droit. L'alinéa 1er énumère trois motifs de recours:

La lettre a permet de recourir au Tribunal fédéral pour violation des droits constitutionnels. La notion de droits constitutionnels n'est précisée ni par la constitution, ni par la législation. C'est donc au Tribunal fédéral qu'est laissé le soin de concrétiser ces droits. Ils peuvent être ancrés explicitement ou implicitement dans la Constitution fédérale, dans une constitution cantonale, dans la convention européenne des droits de l'homme ou dans un autre traité international. Seules des normes destinées à protéger des citoyens peuvent revêtir le caractère de droits constitutionnels, mais non des normes de nature programmatrice. On peut dire que les droits constitutionnels sont des droits que le citoyen peut faire valoir en justice, qui ne se rapportent pas exclusivement à des intérêts publics, mais aussi à des intérêts et à un besoin de protection individuels, et dont l'importance est telle qu'il s'impose de leur assurer la protection du juge constitutionnel. Il faut que la norme dont la violation est alléguée soit suffisamment précise et claire pour servir de base, dans un cas particulier, à une décision touchant des droits individuels. Le Tribunal fédéral a depuis longtemps reconnu aux communes le droit de recourir au juge constitutionnel pour faire valoir une violation de l'autonomie qui leur est accordée par le droit cantonal.

Le citoyen peut également faire recours pour violation d'une convention intercantonale ou d'un traité international, mais seulement lorsque la norme dont il est question confère directement des droits (lettre b).

La lettre c permet de soumettre au Tribunal fédéral des réclamations de droit public entre la Confédération et les cantons, de même qu'entre cantons.

Le 2e alinéa permet au législateur fédéral de confier aux autorités politiques de la Confédération ou à d'autres autorités judiciaires le jugement de certaines contestations qui relèveraient normalement du Tribunal fédéral au sens du 1er alinéa. Il appartient au législateur de déterminer quelles sont ces affaires. Actuellement, trois cas de violation des droits constitutionnels sont soumis à la juridiction de droit public des autorités politiques de la Confédération: le droit à l'équipement gratuit des soldats (art. 18, al. 3 Cst), le droit à l'instruction primaire gratuite et suffisante, ainsi qu'à la neutralité confessionnelle des écoles publiques (art. 27, al. 2 et 3 Cst), le droit à une sépulture décente (art. 53, al. 2 Cst).

L'art. 166 oblige le juge à se conformer aux lois et aux arrêtés de portée générale adoptés par l'Assemblée fédérale, ainsi qu'aux traités internationaux.

L'art. 163 s'inspire de l'art. 113, al. 1 et 2, Cst et du projet de Constitution de 1977 (art. 109).

Art. 164 **Juridiction civile, pénale et administrative**

L'art. 164 correspond aux art. 110, 111, 114 et 114bis (sans l'al. 3).

L'art. 164 délègue au législateur le soin de régler la juridiction du Tribunal fédéral dans les domaines autres que la juridiction constitutionnelle, c'est-à-dire en particulier dans les domaines du droit civil, du droit pénal et du droit administratif, en tant que ces domaines ne sont pas constitutionnellement réservés aux cantons. L'art. 164 permet d'assurer l'application uniforme du droit dans ces domaines. Cette disposition consacre, comme l'art. 114 Cst, le rôle essentiel du Tribunal fédéral comme instance supérieure de recours contre les décisions cantonales de dernière instance. Sur cette base, le législateur pourra régler l'ensemble des attributions du Tribunal fédéral dans les domaines du droit civil, du droit pénal et du droit administratif et, comme il l'a fait sur la base de l'art. 114 Cst, fixer des règles de procédure. En ce qui concerne plus particulièrement la juridiction administrative, cette disposition permet d'améliorer la protection juridique du citoyen face à l'administration, en lui ouvrant une possibilité de recours à une autorité extérieure à l'administration. Par ailleurs, elle permet de garantir que les autorités chargées d'appliquer le droit administratif respectent la loi.

Le 2e alinéa confère aux cantons le droit de soumettre à la juridiction administrative de la Confédération, sous réserve de l'approbation de l'Assemblée fédérale, des contestations relevant du droit administratif cantonal. L'approbation de l'Assemblée fédérale a un effet constitutif. Les cantons n'ont pas un droit à l'octroi de l'approbation. Le 2e alinéa pourrait être biffé et la question réglée au niveau de la loi.

Les termes de l'art. 164 s'inspirent du projet de Constitution de 1977 (art. 110).

Art. 165 Assises fédérales

L'art. 165 correspond à l'art. 112 Cst.

L'art. 165 soumet à la juridiction du Tribunal fédéral (Assises fédérales) certains actes délictueux ayant trait à la sécurité du pays, aux relations avec l'étranger, à la protection des intérêts de l'Etat fédéral, ainsi qu'à l'intégrité des organes de l'administration fédérale. Les Assises fédérales sont assistées d'un jury, chargé de statuer sur les faits. Le droit pour l'accusé d'être jugé par le Tribunal fédéral assisté d'un jury est garanti constitutionnellement dans les cas prévus aux lettres a à c. Du fait que l'art. 165 ne définit que de manière sommaire les infractions qui relèvent de la compétence des Assises fédérales, il incombe au législateur de les déterminer exactement (voir art. 341 CP: liste des crimes et délits soumis aux Assises fédérales).

L'art. 165 reprend pour l'essentiel les termes de l'art. 112 Cst. La terminologie de la lettre b s'inspire des art. 296ss CP.

Les procès devant les Assises fédérales sont extrêmement rares. Le dernier en date remonte à 1933. Cette disposition constitutionnelle peut être réglée au niveau de la loi, pour autant qu'elle se justifie encore.

Art. 166 Droit applicable

L'art. 166 correspond aux art. 113, al. 3 et 114bis, al. 3, Cst, ainsi qu'à la jurisprudence du Tribunal fédéral.

Pour que le pouvoir judiciaire ne s'élève pas au-dessus du pouvoir législatif, l'art. 166 oblige le juge à se conformer aux lois et aux arrêtés de portée générale adoptés par l'Assemblée fédérale, ainsi qu'aux traités internationaux. Ce principe vaut non seulement pour la juridiction constitutionnelle, mais étend ses effets également aux autres attributions du Tribunal fédéral, ainsi qu'à toutes les autorités chargées d'appliquer le droit. Il résulte a contrario de l'art. 166 que les actes législatifs fédéraux qui n'émanent pas de l'Assemblée fédérale échappent en principe à l'interdiction de contrôle. Néanmoins, si le contenu d'une ordonnance du Conseil fédéral est déterminé par une loi fédérale, il n'y a plus de place pour un contrôle du Tribunal fédéral, car ce serait remettre en cause indirectement une loi fédérale. En outre, ce sont tous les traités internationaux, donc également ceux qui sont conclus par le Conseil fédéral seul, qui sont immunisés contre le contrôle du Tribunal fédéral (ATF 120 Ib 360, c. 2)

L'art. 166 constitue une exception au principe général de la prééminence du droit de rang supérieur (art. 4, al. 1, du projet), puisque les autorités d'application du droit doivent faire prévaloir les lois fédérales, les arrêtés fédéraux de portée générale et les traités internationaux sur la Constitution fédérale. Selon la doctrine et la jurisprudence, la clause d'immunité vaut aussi à l'égard des règles générales du droit international et des actes unilatéraux des organisations internationales. Cet article ne règle, en revan-

che, pas les rapports réciproques entre les lois fédérales, les arrêtés fédéraux de portée générale et les traités internationaux. Ce dernier aspect obéit au principe général réglé à l'art. 4, al. 1, du projet.

L'art. 166 s'inspire des art. 113, al. 3 et 114bis, al. 3 Cst. L'extension du champ d'application de l'art. 166 à toutes les autorités chargées d'appliquer le droit correspond à la jurisprudence du Tribunal fédéral ainsi qu'à la doctrine unanime.

Titre 6: Revision de la Constitution fédérale et dispositions finales

Chapitre premier: Revision

Art. 167 Principe

L'alinéa 1er, qui reprend textuellement l'art. 118, al. 1er, Cst., pose le principe selon lequel la Constitution peut être révisée en tout temps et prévoit que la demande de revision peut porter sur la Constitution dans son entier ou sur des domaines particuliers. Selon la conception dominante, la distinction entre revision totale et revision partielle se fait sur la base de critères formels et matériels. L'étendue et le contenu de la revision sont déterminants. Du point de vue formel, il y a revision totale lorsque la Constitution en tant que telle est remplacée par une Constitution nouvelle, tandis qu'il y a revision partielle, lorsqu'un ou plusieurs articles ayant entre eux un lien de connexité matérielle sont modifiés, abrogés ou introduits dans la Constitution en vigueur. Du point de vue matériel, il y a revision totale lorsque les fondements de la Constitution sont modifiés, tandis qu'il y a revision partielle lorsque la modification porte sur des particularités s'inscrivant dans le cadre des structures et lignes directrices principales de la Constitution en vigueur.

Sur la question des limites matérielles à la revision de la Constitution, se référer au commentaire de l'art. 169 du projet (Revision partielle).

L'alinéa 2 s'inspire des art. 119, 121, al. 1er et 122, Cst. Il stipule que l'élaboration d'une Constitution entièrement révisée, ainsi qu'une revision partielle, suivent la même procédure que l'élaboration de la législation fédérale, pour autant que ni la Constitution fédérale, ni la loi, n'en décident autrement.

La Constitution même prévoit quelques dérogations à la procédure législative ordinaire. Les lois fédérales qui règlent la procédure en cas de revision constitutionnelle (loi fédérale sur les droits politiques, RS 161.1 et loi sur les rapports entre les conseils, RS 171.11) contiennent des dispositions prévues pour la revision partielle qui ne conviennent pas toujours à une revision totale. En raison des lacunes de la réglementation légale, les dispositions de procédure tirées par déduction analogique de la Constitution et de la loi s'appliquent également à la revision totale (cf. L. Wildhaber, in Commentaire de la Constitution fédérale, art. 119/120, no 31).

Art. 168 Revision totale

L'art. 168 du projet reprend l'art. 120 Cst. fédérale. Il en modifie uniquement la rédaction dans le sens d'une plus grande rigueur.

L'alinéa premier établit qu'une revision totale de la Constitution fédérale peut être demandée par le peuple, c'est-à-dire par 100 000 citoyens actifs, par l'Assemblée fédérale ainsi que par l'une des deux chambres.

L'alinéa 2 prévoit, pour renforcer la signification de la revision totale, une procédure supplémentaire: au cas où la demande de revision totale émane du peuple ou lorsque les deux chambres ne peuvent s'entendre sur sa réalisation, la question de savoir s'il faut entreprendre une revision totale doit être préalablement soumise au vote. Pour ce vote, seule la majorité du peuple est décisive. Si la majorité des votants s'exprime en faveur d'une revision totale, alors les deux chambres devront être renouvelées (al. 3). Par ce biais, on s'assure que seul un Parlement favorable à une revision effectue les travaux de revision totale de la Constitution fédérale. Si, par contre, la demande de revision totale émane de l'Assemblée fédérale, un vote préalable portant sur la question de savoir si une telle revision doit être entreprise n'est pas nécessaire.

Art. 169 Revision partielle

L'art. 169 du projet correspond à l'art. 121, alinéa 1 à 4 Cst.

Le premier alinéa règle le droit d'initiative en cas de revision partielle de la Constitution fédérale. L'Assemblée fédérale et le peuple disposent chacun du droit d'initiative; à la différence de la revision totale, ce droit n'appartient cependant pas à une seule chambre de l'Assemblée fédérale. En cas de revision partielle - comme en matière de revision totale - , 100 000 signatures valables sont nécessaires pour le dépôt d'une initiative populaire. L'initiative populaire en cas de revision partielle est réglée de manière détaillée au Chapitre 2, "Initiative et référendum", du Titre 4.

L'al. 2 fixe le principe de l'unité de la forme comme limite applicable à l'initiative populaire en cas de revision partielle. L'initiative populaire doit revêtir la forme d'une proposition conçue en termes généraux ou celle d'un projet rédigé de toutes pièces (voir le commentaire relatif à l'art. 117 du projet [Initiative populaire en vue de la revision partielle de la Constitution fédérale]).

L'al. 3 établit le principe de l'unité de la matière comme limite formelle à observer pour chaque revision partielle. Ce principe s'applique aussi bien à une initiative émanant du peuple qu'à une initiative émanant des autorités. L'art. 169 du projet reprend la précision prévue à l'art. 75, al. 2 de la LDP, selon laquelle un rapport intrinsèque doit exister entre les parties d'une initiative. Aussi longtemps qu'un lien de connexité suffisant subsiste entre les normes, une revision partielle peut comprendre plusieurs dispositions constitutionnelles; ce que prévoit expressément l'al. 4.

Le principe de l'unité de la matière cherche à garantir que les personnes disposant du droit de vote puissent effectivement manifester leur volonté en toute liberté et sans altération, que ce soit lors de la signature d'une initiative ou lors de la votation. On ne saurait par conséquent admettre de

réunir sous une seule proposition un ensemble arbitraire de plusieurs postulats différents dans le but d'atteindre le nombre de signatures exigé. Lors des votations, il faut également veiller à ne pas proposer au vote une même initiative réunissant plusieurs objets différents qui n'ont pas entre eux un rapport de connexité suffisant.

Le constituant et le législateur ont une conception très large du principe de l'unité de la matière. La pratique de l'Assemblée fédérale va également dans ce sens: elle défend une notion large de l'unité de la matière et n'est parvenu jusqu'à présent que dans un cas à conclure à une violation du principe de l'unité de la matière (voir la déclaration de nullité de l'initiative "contre la vie chère et l'inflation", FF 1977 II 477, 1977 III 947). A la suite des derniers développements, une pratique plus restrictive a vu cependant le jour (voir la décision du Conseil des Etats du 22 mars 1995 déclarant la nullité de l'initiative "pour moins de dépenses militaires et plus de politique de la paix").

Hormis les deux limites formelles que sont l'unité de la forme et l'unité de la matière, la Constitution fédérale ne fixe aucune limite matérielle à la revision constitutionnelle. La question de savoir s'il existe des limites matérielles non écrites en matière de la revision constitutionnelle a suscité dans la doctrine des réponses extrêmement controversées (voir L. Wildhaber, in *Commentaire de la Constitution fédérale*, art. 118, n^{os} 23 ss., et les nombreuses références). Les autorités fédérales ont sur ce point une attitude réservée. Jusqu'à présent, seule l'inexécutabilité dans les faits d'une initiative était considérée comme une limite matérielle non écrite de la revision constitutionnelle (voir la déclaration de nullité de l'initiative Chevallier déposée en 1954, FF 1955 II 333 ss.), ce qui peut aller de soi. Cependant, la pratique la plus récente des autorités fédérales tend actuellement à accepter l'idée selon laquelle les normes contraignantes du droit international public, c'est-à-dire le jus cogens, doivent également être considérées comme une limite matérielle de la revision constitutionnelle (voir le message relatif à l'initiative "pour une politique d'asile raisonnable", FF 1994 III 1471ss.). Cette pratique est conforme à la doctrine dominante (voir ledit message, ch. 314.1). Les normes du droit international public auxquelles on reconnaît un caractère impératif ont valeur absolue compte tenu de leur importance pour l'ordre juridique international (p. ex. les interdictions de la torture, du génocide, de l'esclavage, les garanties de la CEDH auxquelles on ne peut déroger même en état de nécessité). Le jus cogens repose sur le droit international coutumier; cependant il peut également ressortir du droit conventionnel international. Il comprend des normes d'importance fondamentale auxquelles un Etat fondé sur le droit ne saurait se soustraire, même en dénonçant les traités internationaux qui les consacrent. Chaque Etat est tenu de respecter ces droits fondamentaux, qu'ils aient été consacrés ou non dans un traité international. D'après la pratique la plus récente des autorités et en conformité avec la doctrine dominante, les initiatives constitutionnelles qui violent de telles normes contraignantes du droit international public doivent être frappées de nullité (voir la décision du Conseil des Etats du 16 mars 1995 qui a déclaré nulle l'initiative en matière d'asile pour cause de violation du principe de non-refoulement). Les limites matérielles de la revision constitutionnelles ne sont pas uniquement applicables aux initiatives populaires, mais également

aux propositions émanant des autorités; cette conception est également partagée par la doctrine dominante (voir L. Wildhaber, *op. cit.*, n° 25).

Pour régler de manière claire et transparente la question importante des limites de la revision constitutionnelle, il se justifie de mentionner expressément dans la Constitution fédérale -à côté des deux limites formelles que sont l'unité de la forme et l'unité de la matière- les règles impératives du droit international public comme limite matérielle de toute revision de la Constitution.

Art. 170 Entrée en vigueur

L'art. 170 du projet correspond à l'art. 123, al. 1er Cst.

Cette disposition soumet une revision partielle ou totale à l'acceptation ou au rejet du peuple et des cantons (l'exigence d'une double majorité en matière de revision constitutionnelle est également consacrée à l'art. 118, al. 1er, let. a [Référendum obligatoire]). Elle reconnaît ainsi non seulement au peuple mais aux cantons la qualité d'organes constituants. De par l'exigence de la majorité du peuple et des cantons, la démocratie et le fédéralisme sont intégrés de manière équilibrée dans le processus d'élaboration de la Constitution.

Le Conseil fédéral fixe la date de la votation en matière de revision de la Constitution et en constate de manière obligatoire les résultats (validation). L'arrêté de validation est publié dans la Feuille fédérale. Sauf disposition contraire, la modification constitutionnelle entre en vigueur dès l'acceptation par le peuple et les cantons (art. 15, al. 1-3 LDP).

Exposé des motifs

1	Introduction	blanc
2	Mise à jour du droit constitutionnel	blanc
3	Variantes	blanc
4	Réforme des droits populaires	bleu
5	Réforme de la justice	vert
6	Abréviations	blanc
7	Annexe: Questionnaire sur la réforme de la Constitution	blanc

Exposé des motifs du projet de Constitution

1	Introduction	blanc
2	Mise à jour du droit constitutionnel	blanc
3	Variantes	blanc
4	Réforme des droits populaires	bleu
5	Réforme de la justice	vert
6	Abréviations	blanc
7	Annexe: Questionnaire sur la réforme de la Constitution	blanc

3 Variantes au projet de Constitution

31 Introduction

La présentation de variantes, conçues comme compléments au texte de mise à jour de la nouvelle Constitution, répond aux explications qui, à l'occasion de l'adoption de l'arrêt fédéral en 1987, ont été en particulier données par les présidents de commission. En complément aux remarques formulées dans la partie générale, on mentionnera que les directives suivantes ont été prises en considération lors du choix de quatre variantes, retenues parmi un certain nombre d'autres propositions.

- Il devait s'agir - dans un objectif de concentration - **d'un nombre restreint de "variantes politiques" de caractère ponctuel**, répondant à un besoin de réforme important et reconnu, portant sur des sujets où l'opinion publique attend une réponse dans le cadre de la réforme constitutionnelle. Les innovations perçues comme souhaitables et nécessaires sous l'angle juridique ou technique, qui dépassent le mandat relatif à la mise à jour, sont mentionnées dans le commentaire du texte de la mise à jour, et ceci avec réserve. Cela est en particulier le cas lorsqu'existent des propositions parlementaires transmises qui ont un lien avec la réforme constitutionnelle. On n'a par ailleurs pas seulement renoncé à un plus grand nombre de variantes au motif que des propositions de réforme particulière n'étaient pas mûres, mais également pour ne pas éveiller l'impression que l'on voulait procéder à une révision totale "à froid" de la Constitution, façon de procéder que l'Assemblée fédérale avait rejetée.
- Dans les domaines de réforme relatifs aux droits populaires et à la justice, de même que dans les domaines de la réforme du gouvernement et du parlement, ainsi que sur la question de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons, aucune variante n'a été proposée. Par ailleurs, les variantes ne doivent pas entraîner de conséquences financières importantes.
- Les variantes proposées tendent au **renforcement des conditions-cadre institutionnelles de l'Etat fédéral**. On a renoncé aux propositions qui, certes, seraient susceptibles d'animer la discussion constitutionnelle, mais qui, dans la substance, polariseraient ou diviseraient l'opinion publique.

32 Texte et commentaire des dispositions de variantes

Protection du secret de rédaction

Art. 13 Liberté d'opinion et d'information et liberté des médias

Al. 1 à 4 inchangés

⁵ *Le secret de rédaction est garanti.*

Le Comité directeur s'est demandé s'il serait le cas échéant opportun de proposer comme variante un article relatif à la presse, aux termes duquel la Confédération se verrait accorder la compétence, d'une part, de prendre des mesures d'encouragement en vue de garantir la diversité de la presse et, d'autre part, de régler le secret de rédaction de même que les principes

devant ordonner les relations entre les éditeurs et rédacteurs. Il est parvenu à la conclusion qu'une telle norme de compétence, dans le domaine du droit de la presse et de l'encouragement à la presse, n'est pas opportune.

En ce qui concerne ce qu'on appelle la liberté interne des médias (relation entre les éditeurs et les rédacteurs) et la protection du secret de rédaction, le droit en vigueur permettrait une réglementation de ces questions dans le domaine de la radio et la télévision. Mais une réglementation de ce domaine limité ferait cependant peu de sens. La question se pose par conséquent de savoir si l'on ne devrait pas également, expressément, prévoir une compétence correspondante pour le domaine de la presse écrite.

Il est douteux qu'une réglementation de la liberté interne des médias réponde aujourd'hui à un besoin politico-juridique urgent. En revanche, un besoin d'intervention législative existe aujourd'hui avant tout en ce qui concerne la protection du secret de rédaction. Là, des travaux sont en cours en vue de la création d'une réglementation législative (droit pénal des médias), dont la base constitutionnelle n'est cependant pas sans soulever des controverses. En tenant compte en particulier de ces travaux en cours, le Comité directeur est parvenu à la conclusion qu'il fallait placer dans la partie relative aux droits fondamentaux l'ancrage constitutionnel de la protection du secret de rédaction. La variante apporte une clarification qui nous paraît opportune et importante.

Changement territoriaux entre cantons

Art. 39 *Modifications du nombre et du territoire des cantons*

¹ Les modifications du nombre et du territoire des cantons requièrent l'approbation de la population et des cantons concernés.

² De plus, les modifications du nombre des cantons requièrent l'approbation du peuple et des cantons.

³ Les modifications du territoire des cantons sont soumis à l'approbation de l'Assemblée fédérale sous forme d'un arrêté fédéral de portée générale.

⁴ Les rectifications de frontières intercantionales se font par conventions entre les cantons.

La condition d'approbation des intéressés est nécessaire. Des initiatives des cantons de Berne et de Neuchâtel ont demandé, en 1977, l'ancrage de ce principe en droit positif (Bull. officiel N1980 791ss; p. 55ss.). Dans sa prise de position, le Conseil fédéral a considéré que l'approbation des intéressés aux modifications territoriales fait partie du droit constitutionnel en vigueur, mais a considéré qu'un ancrage en droit positif ne s'imposait pas (FF 1979 III 1134). La motion Bonny du 16.6.93 (93.3318, voir déjà 90.949) demandait une majorité qualifiée des 2/3 pour l'approbation de la population concernée aux modifications territoriales, afin d'éviter des majorités de circonstance. Le Conseil fédéral ne s'est toutefois pas étendu plus longuement, dans sa réponse, sur une majorité choisie aussi arbitrairement.

La portée d'un droit constitutionnel jusqu'ici largement non-écrit (voir cependant l'art. 5 Cst.), et d'une pratique mal assurée reste grande. Le cas de la commune de Vellerat illustre l'actualité de la proposition. Seule une variante est susceptible de tenir compte des aspirations à une simplification de la procédure d'approbation définie par le droit constitutionnel fédéral (renonciation à l'approbation du peuple et des cantons; voir motion Gross).

Selon cette proposition, l'Assemblée fédérale pourrait coordonner la procédure et approuver les modifications territoriales. L'arrêt fédéral d'approbation serait exposé au référendum facultatif (aujourd'hui obligatoire). On peut ainsi partir de l'idée que dans les cas qui ne portent pas à controverse, un vote populaire n'aurait pas lieu. Nous renonçons cependant à conférer à l'Assemblée fédérale seule la compétence d'approbation, car les modifications territoriales peuvent présenter une dimension politique très variable. Dans les cas délicats et controversés, comme celui du district du Laufonnais, l'approbation du peuple à un changement de canton peut apaiser les sentiments de la minorité qui succombe.

Participation des cantons à la politique étrangère

Art. 44 Affaires étrangères

Al. 1 et 2 inchangés

³ La Confédération tient compte des compétences des cantons dans la conduite de la politique étrangère et sauvegarde leurs intérêts. Elle informe les cantons à temps et de manière complète, les consulte et les associe à la préparation des décisions. Dans la mesure où la mise en oeuvre du droit international leur incombe, les cantons sont tenus de procéder à temps aux adaptations nécessaires. La Confédération les soutient dans l'accomplissement de cette tâche.

La variante proposée correspond largement à la disposition contenue dans l'arrêt fédéral du 9 octobre 1992 relatif à l'EEE. Elle concerne toutefois de manière générale la politique étrangère, et cela également par analogie à l'art. 47 bis a de la loi sur les rapports entre les conseils, qui règle la participation du parlement à la politique extérieure.

Le point de départ est la compétence générale de la Confédération dans le domaine de la politique étrangère. Aucune modification ne doit être apportée à la répartition actuelle des compétences dans ce domaine. Dans l'exercice de sa compétence, la Confédération est cependant tenue de tenir compte de la répartition interne des compétences et - de surcroît - des intérêts cantonaux, dans la mesure où ceux-ci sont compatibles avec les intérêts de la Confédération. Le devoir de la Confédération comprend à cet égard avant tout trois éléments: un devoir d'information, un devoir de consultation et le devoir de permettre aux cantons, de façon appropriée, d'être associés à la préparation des décisions. Ce dernier élément peut également inclure la présence de représentants cantonaux dans des délégations de négociation, pour les domaines qui relèvent de la compétence des cantons.

La troisième phrase de la proposition de variante met en évidence l'importance de l'obligation qui incombe également aux cantons de mettre en oeuvre le droit international. Selon le droit en vigueur, la Confédération peut certes se charger elle-même, en dernière analyse, de cette mise en oeuvre. Dans les domaines où les cantons sont compétents sur le plan interne, elle laisse dans la règle aux cantons la charge de cette mise en oeuvre. La variante proposée met en évidence que cette tâche incombe au premier chef aux cantons. Les cantons sont ainsi, d'une certaine façon, responsabilisés à cet égard. En même temps, la Confédération doit les soutenir dans l'accomplissement de cette tâche.

Par la variante proposée, la pratique actuelle est pour l'essentiel ancrée dans le droit constitutionnel et précisée. La réglementation constitutionnelle peut être concrétisée au niveau de la loi. En particulier, la législation pourrait régler les modalités de la participation des cantons et, le cas échéant, également définir expressément quels organes spécifiques auraient une responsabilité particulière à cet égard (par ex. le Groupe de contact Confédération-cantons et la Conférence des gouvernements cantonaux). Il n'est pas prévu que la Confédération puisse être liée à d'éventuelles prises de position des cantons, et cela même dans les domaines qui, sur le plan interne, relèvent de la compétence des cantons.

Publicité des actes de l'administration

Art. 154 *Politique gouvernementale*

Al. 1 inchangé

2 Les autorités fédérales informent le public sur leurs activités et garantissent à toute personne l'accès aux actes administratifs, dans la mesure où aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose.

En vertu de cette proposition de variante, d'une part, les autorités seraient tenues à un devoir d'information actif et, d'autre part, les particuliers se verraient reconnaître certains droits d'accès. Aucun des ces devoirs ne serait cependant illimité: des intérêts publics et privés, qui devraient être définis plus précisément au niveau de la loi, peuvent exiger le maintien du secret et les modalités d'accès devraient être précisées dans la loi.

Aujourd'hui vaut, dans l'administration fédérale, le principe du maintien du secret, assorti de l'exception de la publicité des actes de l'administration. Représente en particulier une exception le canton de Berne, qui, dans sa nouvelle constitution, a ancré le principe de la publicité des actes de l'administration, principe qu'il a récemment concrétisé dans une loi sur l'information.

Depuis des années, on s'efforce de prévoir des changements au niveau de la Confédération: le principe du maintien du secret tempéré de l'exception de la publicité doit être remplacé par le principe de la publicité tempéré par le maintien du secret. Plusieurs propositions parlementaires ont été déposées à cet effet et divers travaux administratifs internes ont déjà été effectués. Le Conseil fédéral est renforcé dans son intention de prendre en temps voulu une décision de principe sur ce dossier. La variante proposée ne consacre pas de manière explicite un changement de système explicite

au niveau constitutionnel, mais elle permettrait un tel changement au niveau législatif.

Le passage au principe de la publicité pourrait renforcer la confiance des citoyens dans les institutions étatiques. De nature à créer la confiance, cette mesure apparaît aujourd'hui comme particulièrement importante et répondrait de surcroît à l'un des leitmotiv de la réforme constitutionnelle, la création de la transparence. Le principe de la publicité des actes de l'administration améliorerait de surcroît les conditions de la participation des citoyens à la formation de la volonté publique et serait apte à contribuer à une meilleure discussion politique, qui est souvent compliquée dans les médias par des indiscretions et des rapports unilatéraux ou qui gonflent la réalité.

Exposé des motifs

1	Introduction	blanc
2	Mise à jour du droit constitutionnel	blanc
3	Variantes	blanc
4	Réforme des droits populaires	bleu
5	Réforme de la justice	vert
6	Abréviations	blanc
7	Annexe: Questionnaire sur la réforme de la Constitution	blanc

Exposé des motifs du projet de Constitution

1	Introduction	blanc
2	Mise à jour du droit constitutionnel	blanc
3	Variantes	blanc
4	Réforme des droits populaires	bleu
5	Réforme de la justice	vert
6	Abréviations	blanc
7	Annexe: Questionnaire sur la réforme de la Constitution	blanc

Première Partie: Observations générales sur la réforme des droits populaires fédéraux.

41. Introduction.*

Les droits populaires, initiative et référendum, ont imprégné la vie publique fédérale depuis plus d'un siècle¹. Il est vraisemblable que, sans eux, l'histoire de notre pays aurait suivi un cours différent. Il est en tout cas certain qu'ils ont eu une influence sur le comportement des autorités et sur le sort des actes qu'elles adoptaient. Cette influence peut être mesurée quand les citoyens ont fait un usage effectif des droits d'initiative et de référendum. L'influence n'est, probablement, pas moins réelle, mais plus difficile à quantifier lorsque les autorités ont infléchi leur action dans la perspective d'un vote populaire. On peut même penser que l'élection du Gouvernement se ferait différemment si les Suisses s'étaient donné un régime purement représentatif. Mais il ne s'agit pas, ici, d'explorer les conséquences occultes de la démocratie directe, sa relation avec la composition quadripartite du Conseil fédéral, non plus que de chercher à dresser l'inventaire des lois que l'Assemblée fédérale a renoncé à faire, ou a faites autrement qu'elle ne le souhaitait, sous la pression d'une initiative ou la menace d'un référendum. On se bornera donc à rappeler quel a été l'effet visible des droits populaires, celui que la

* Par décision du 6 juillet 1994, le Chef du DFJP a créé une commission d'experts chargée d'examiner, dans le cadre des travaux de révision de la Constitution fédérale, les réformes à entreprendre dans le domaine des droits populaires. Cette commission a siégé sous la présidence du Professeur Jean-François Aubert, de l'Université de Neuchâtel; autres membres: Prof. Olivier Jacot-Guillarmod, DFJP, Office fédéral de la justice, vice-président; Prof. Roger Blum, Université de Berne; Prof. Marco Borghi, Université de Fribourg; Prof. Mathias Krafft, DFAE, Direction du droit international public; Prof. Wolf Linder, Université de Berne; Prof. Alois Riklin, Université de Saint-Gall; Prof. Gerhard Schmid, Université de Bâle; Prof. Daniel Thürer, Université de Zurich; M. Hans-Urs Wili, dr en droit, Chancellerie fédérale; Mme Elisabeth Zölch, membre du Conseil-Exécutif, Berne. La commission a bénéficié de l'assistance de M. Aldo Lombardi, dr en droit et de Mme Katharina Fontana, dr en droit, DFJP, Service de la révision totale de la Constitution fédérale.

¹ Les exposés généraux sur les droits populaires en Suisse sont nombreux. Voir, par exemple, parmi les plus récents, l'approche d'un politologue chez Wolf Linder, *Swiss Democracy*, Londres, 1994, p.84-137; et celle d'un juriste chez Walter Haller, *Das schweizerische System der halbdirekten Demokratie*, Zeitschrift für Verwaltung, Vienne, 1994/6, p.613-622. - Pour un tableau juridique détaillé, cf. Etienne Grisel, *Initiative et référendum populaires, Traité de la démocratie semi-directe en droit suisse*, Lausanne, 1987. - Pour une vue comparative, cf. Silvano Möckli, *Direkte Demokratie*, Saint-Gall, 1994.

statistique permet de montrer sans effort². Ces chiffres ne rendent compte assurément que d'une partie du problème, mais nous croyons qu'il peut être utile à la discussion de les remettre en mémoire.

Du 14 janvier 1866 (premiers votes référendaires du corps électoral fédéral) au 31 mai 1995, les citoyens suisses se sont prononcés sur 434 questions. Ils ont voté 310 fois en référendum obligatoire (dont six fois en vote populaire préalable, où on ne tient pas compte des voix des cantons) et 124 fois en référendum facultatif. Sur ces 434 questions, 217 (la moitié!) ont été posées au cours des trente dernières années, entre le 1er juin 1965 et le 31 mai 1995: l'accélération est incontestable.

Référendum obligatoire.

Sur la revision totale de la Constitution: un projet de l'Assemblée fédérale a été rejeté (en 1872), le projet suivant a été accepté (en 1874), une initiative populaire a été rejetée en vote préalable (en 1935).

Sur la revision partielle de la Constitution: 39 projets de l'Assemblée fédérale ont été rejetés (dont huit du temps de l'ancienne Constitution, en 1866); 107 ont été acceptés (dont un en 1866 et les autres après 1874). A quoi il faut ajouter 10 contre-projets qui ont été rejetés et 18 contre-projets qui ont été acceptés. Parmi les initiatives populaires rédigées, 101 ont été rejetées, 12 ont été acceptées; les 5 initiatives "non rédigées" qui ont été soumises à un vote préalable ont toutes été rejetées. On voit, par les chiffres qui précèdent, que la Constitution fédérale de 1874 a subi 136 revisions partielles.

Sur les arrêtés urgents dérogeant à la Constitution: 11 ont été acceptés, aucun n'a été rejeté.

Sur les traités internationaux: 2 ont été rejetés (en 1986, concernant l'adhésion à l'Organisation des Nations Unies, et en 1992, concernant l'adhésion à un Espace économique européen); 2 ont été acceptés (selon une ancienne pratique, en 1920, sur l'entrée dans la Société des Nations, et en 1972, sur un traité de libre-échange avec la Communauté économique européenne).

Référendum facultatif.

Sur les lois et les arrêtés de portée générale: 61 textes de l'Assemblée fédérale ont été rejetés; 59 ont été acceptés.

Sur les traités internationaux: 2 ont été rejetés; 2 ont été acceptés.

Le référendum a donc été demandé 124 fois, alors que l'Assemblée fédérale a adopté, depuis 1874, environ mille huit cents actes contre lesquels il aurait pu être demandé.

Sur la double majorité (du peuple et des cantons). Elle était exigée dans 304 cas (qui ont donné 153 rejets et 151 acceptations). Parmi les 153 rejets, 8 résultent du défaut de majorité des cantons (en 1866, 1955, 1970, 1973, 1975, 1983, et deux fois en 1994). Dans ces huit cas, où les cantons ont tenu en échec la majorité populaire, celle-ci ne dépassait

² Voir, par exemple, Hans-Urs Wili, *Demaristokratie?*, Législation d'aujourd'hui, 1993/3, p.71-93, en particulier 77-79 (statistique au 31 octobre 1993).

toutefois pas 55% des votants; et les huit cas concernaient des projets de révision partielle de la Constitution qui devaient donner de nouvelles compétences à la Confédération. Autrement dit, la règle a rempli sa fonction fédéraliste et n'a pas affecté gravement le principe démocratique. Il est vrai que, pour une évidente raison de démographie, la fréquence de ces cas s'est accrue dans le dernier quart de siècle et qu'elle pourrait finir par poser un véritable problème politique.

On notera encore que l'équilibre entre les acceptations et les rejets est purement fortuit et qu'il n'a pas de signification politique. Il serait plus juste de considérer les cas où les autorités ont été soutenues et ceux où elles ont été désavouées. Or les autorités sont en général hostiles aux initiatives populaires; elles n'en ont que rarement recommandé l'acceptation; un non à une initiative populaire est donc, presque toujours, un oui au Parlement et au Gouvernement. En conséquence, on peut estimer à moins de 130 les votes référendaires "antigouvernementaux" et à plus de 300 ceux qui ont appuyé les pouvoirs établis. Il n'en demeure pas moins que certaines défaites ont fait mal.

Pour les deux dernières décennies. Du 1er juin 1975 au 31 mai 1985, les citoyens ont voté sur 87 questions, 67 fois dans le sens de l'Assemblée fédérale et 20 fois contre elle. Du 1er juin 1985 au 31 mai 1995, ils ont voté sur 90 questions, 70 fois dans le sens de l'Assemblée fédérale et, de nouveau, 20 fois contre elle.

Il est vrai que cette exposition statistique ne nous dit rien de l'importance respective des questions: le vote sur l'économie sucrière, le vote sur le commencement de l'année scolaire comptent chacun pour une unité, comme le vote sur le Jura, celui sur les effets du mariage, celui sur l'ONU, celui sur l'EEE, celui sur la TVA. Mais un regard un peu attentif nous fait voir que les succès et les échecs sont en proportions semblables dans les grandes et dans les petites affaires. Tout au plus peut-on relever qu'en politique étrangère, le score des vingt dernières années est franchement négatif; cela tient sans doute à un certain décalage qui s'est créé entre des autorités acquises à l'ouverture internationale et un corps électoral resté, en général, plus méfiant.

Les considérations qui précèdent peuvent donner à penser que le système fonctionne bien. Il fonctionne, c'est vrai, et pas si mal que le prétendent certains détracteurs: après tout, si une petite majorité du peuple suisse s'est montrée réfractaire à la politique étrangère du Gouvernement et du Parlement, on peut le regretter; mais en tirer argument pour retirer la parole aux citoyens a, sous les couleurs du modernisme, un côté un peu "ancien régime" qu'on croyait disparu depuis longtemps. Seulement, si le système fonctionne, il présente quelques défauts auxquels on peut très bien chercher à remédier à l'occasion de la réforme de la Constitution.

Parmi ces défauts, le plus visible est peut-être celui qui affecte les relations internationales de la Suisse. Non pas à cause du décalage qui a été relevé plus haut; ce décalage est un problème de fond, qu'on ne résout pas en diminuant les droits populaires. Mais à cause du risque de contradictions. D'après le droit actuel, les engagements internationaux de la Suisse peuvent être mis en cause devant le peuple à deux reprises. D'abord, les arrêtés d'approbation de plusieurs catégories de traité sont

exposés, voire soumis au référendum avant la ratification (art. 89, al.3 à 5, Cst.féd.). Mais, une fois le traité ratifié, les lois qui l'exécutent peuvent encore, à leur tour, faire l'objet d'un vote populaire (art. 89, al.2, Cst.féd.). Ce cumul du référendum en matière de traités et du référendum législatif ne paraît pas opportun. Il est vrai que, jusqu'à maintenant, le risque de votes contradictoires ne s'est guère réalisé, mais il s'accroît avec l'intensification des relations internationales.

Un autre défaut concerne l'objet du référendum facultatif. Alors que le texte de la Constitution ne fait pas obstacle au référendum administratif, le législateur l'a exclu, en 1962, lorsqu'il a révisé la loi sur les rapports entre les conseils³. Le système inauguré en 1962 est fondé sur l'opposition entre la règle de droit et la décision et sur la thèse que la règle de droit est d'une importance plus grande et d'un intérêt plus général que la décision. Or l'opposition n'est pas très claire et la thèse a été maintes fois démentie par l'expérience. Quoi qu'il en soit, l'absence du référendum administratif est ressentie comme une lacune dans divers milieux de l'opinion publique, qui s'efforcent d'y remédier par l'usage, artificiel mais difficile à empêcher, de l'initiative constitutionnelle. On ferait probablement mieux d'appeler les choses par leur nom et de rétablir la possibilité du référendum sur des arrêtés qui ne contiennent pas de règles de droit.

L'obligation de voter en bloc sur les lois présente également des inconvénients. C'est toute la loi qui risque de tomber à cause d'un article ou d'un alinéa. Quand elle a été rejetée, le Parlement peut évidemment la refaire sans les dispositions qui l'ont conduite à l'échec; mais cela signifie du temps et de l'énergie perdus sans utilité. Maintenant qu'une manière simple d'organiser des votes à trois termes, voire davantage (la méthode des frères Haab), s'est répandue dans nos constitutions⁴, on peut sérieusement envisager d'ouvrir au législateur la faculté de présenter des textes alternatifs. La même méthode permettrait d'ailleurs de résoudre encore un autre problème que pose la pratique politique actuelle, qui est le dépôt simultané de plusieurs initiatives populaires sur le même objet.

L'usage répété de l'initiative constitutionnelle, auquel nous avons fait plus haut une brève allusion, est dû, pour une bonne part, comme chacun sait, à l'absence de l'initiative législative. On peut dire, sans forcer les chiffres, qu'environ la moitié des initiatives constitutionnelles actuellement pendantes ou annoncées pourraient être satisfaites par l'adoption ou la modification d'une simple loi. C'est bien la preuve qu'il manque, ici encore, quelque chose dans nos instruments de démocratie directe. Sans doute la plupart de ces initiatives formellement constitutionnelles, mais matériellement législatives, ont-elles fini par être rejetées. Mais elles ont parfois suscité des contre-projets qui sont entrés dans la Constitution sans y avoir nécessairement leur place. Il n'y a d'ailleurs pas de raison de soumettre ce genre de propositions à l'exigence de la double majorité du peuple et des cantons. C'est dire qu'on ne peut guère entreprendre une réforme des droits populaires sans réexaminer, une nouvelle fois, l'opportunité d'instituer l'initiative au niveau de la législation ordinaire - au moins sous la

³ R.S. 171.11, art. 5 et 6.

⁴ Voir notamment l'art. 121 bis Cst.féd.

forme d'une proposition générale (cette forme qu'on appelait naguère l'initiative "de type unique"⁵).

L'institution d'une initiative populaire générale permettrait en outre d'apporter un commencement de réponse à un autre grief qui est adressé, surtout depuis une dizaine d'années, à la pratique usuelle de la démocratie directe. Nous voulons parler de la critique du caractère suspensif du référendum. Avec le système que nous connaissons aujourd'hui, la manière normale de s'opposer à une loi est d'empêcher qu'elle vienne à l'existence: la campagne référendaire se déroule donc (sauf pour les arrêtés urgents) avant l'entrée en vigueur de la loi, l'échange d'arguments porte sur un objet dont on ne connaît pas vraiment la portée, ce qui n'est pas toujours très raisonnable. On peut espérer que certains adversaires, s'ils ont la certitude de pouvoir demander plus tard l'abrogation ou la modification d'une règle, renonceront à l'attaquer hâtivement et sans preuves avant qu'on ait pu la juger à son application.

Dans les paragraphes qui suivent, nous nous efforçons de répertorier les questions que nous avons examinées, les solutions que nous avons retenues, certaines autres que nous avons écartées, enfin les problèmes que nous n'avons fait qu'effleurer parce qu'ils nous paraissaient relever de la loi plutôt que de la Constitution.

L'exposé est divisé en trois rubriques: les droits populaires en tant qu'ils se rattachent à la revision de la Constitution; les droits populaires en tant qu'ils se rattachent à l'adoption d'actes inférieurs à la Constitution (lois et arrêtés à contenu législatif ou administratif); les droits populaires dans leurs rapports avec le droit international. Mais cette division ne doit pas être entendue strictement; il y a des questions qui se posent de la même manière, ou de manière semblable, dans plus d'une rubrique; il y a également, de toute évidence, des interactions entre les diverses solutions qui sont proposées.

42. Les droits populaires en matière constitutionnelle.

42.1. Revision totale de la Constitution.

Le système n'est pas modifié. L'initiative peut venir, comme aujourd'hui, de l'Assemblée fédérale ou des citoyens (avec un vote populaire préalable). Le cas de désaccord entre les deux chambres ne fait plus l'objet d'une réglementation spéciale: il entraîne l'abandon du projet.

Pour le nombre de signatures, les modalités de la récolte, le financement des campagnes référendaires, la présentation d'alternatives, la détermination de la majorité des voix des cantons, les quorums, voir ci-après les questions communes (no 42.9).

⁵ L'expression "type unique" était appropriée quand l'instrument était destiné à *remplacer* l'initiative constitutionnelle rédigée; comme il est proposé ici qu'il vienne simplement s'y *ajouter*, nous adoptons un autre terme.

42.2. Revision partielle de la Constitution.

Ici également, l'initiative peut venir de l'Assemblée fédérale ou des citoyens. L'initiative populaire présentée sous la forme d'un projet rédigé est maintenue; c'est un instrument traditionnel de l'action politique auquel on ne conçoit guère qu'on puisse renoncer. Quant à l'initiative présentée sous la forme d'une proposition "conçue en termes généraux", nous recommandons de l'élargir en une initiative populaire "générale" (autrefois dite "de type unique"), qui pourrait avoir pour objet des matières non seulement constitutionnelles, mais encore législatives; cette proposition sera développée plus loin, dans la rubrique relative aux actes législatifs et administratifs (no 43.8).

42.3. Limites matérielles à la revision de la Constitution?

Nous avons réexaminé l'opportunité d'introduire de telles limites. Nous nous sommes demandé, une nouvelle fois, s'il était possible, ne fût-ce que d'un point de vue technique, d'empêcher les initiatives populaires dites "rétroactives", comme le Conseil national l'a proposé récemment⁶. Il nous est apparu qu'une telle interdiction - en plus de l'objection politique à laquelle elle se heurte inévitablement - serait facile à tourner, l'abrogation d'une décision passée pouvant presque toujours être transformée en une règle sur le comportement futur des autorités. Nous avons aussi dû constater que le moment critique, pour la détermination de la "rétroactivité", n'était pas facile à fixer (examen préliminaire de l'initiative, aboutissement de l'initiative, votes finals des chambres, vote populaire?) et que des solutions différenciées pour des dates différentes - invalidation facultative dans certains cas, obligatoire dans d'autres - nuiraient à la sécurité du droit. Nous en concluons qu'il est préférable d'en rester à la situation actuelle, où ce sont les citoyens qui tranchent. Ces initiatives n'ont eu d'ailleurs, jusqu'à maintenant, qu'un faible succès⁷ et le développement du référendum administratif et financier (voir plus loin, no 43.9) pourrait même avoir pour conséquence la diminution, voire la disparition du phénomène. Finalement, la seule limite matérielle qui nous paraît s'imposer est celle qui peut se fonder sur le droit international. Mais, même dans un tel domaine, la possibilité d'invalidier une initiative populaire ne devrait être admise qu'avec une extrême retenue, ainsi qu'il sera montré dans la rubrique relative aux rapports avec le droit international (no 44.3).

⁶ Initiative Zwingli, du 11 mars 1991; FF 1993 II 205-223 (rapport - positif - de la commission des institutions politiques du Conseil national); 224-232 (avis - négatif - du Conseil fédéral); BO 1993 CN 793-805, 812-821 (décision de reviser la Constitution); 1994 CE 741-743 (refus d'entrer en matière, accompagné d'une motion). Le Conseil national a maintenu sa position dans sa séance du 21 mars 1995; cf. NZZ du 22 mars 1995, no 68, p.18.

⁷ Parmi les initiatives considérées comme "rétroactives", seule en effet celle dite de Rothenturm, art.24 sexies V Cst.féd., a été acceptée (le 6 décembre 1987).

42.4. Autorité compétente pour statuer sur la validité des initiatives.

La question des limites est étroitement liée à celle de la validité matérielle des initiatives ainsi qu'à celle de l'autorité compétente pour en juger. Aujourd'hui, c'est l'Assemblée fédérale qui décide si une initiative populaire respecte les principes de l'unité de la forme et de l'unité de la matière et les règles impératives du droit international⁸. On peut se demander si cette tâche, qui est essentiellement juridictionnelle, doit vraiment incomber au Parlement. L'Assemblée fédérale est une autorité politique; elle devrait pouvoir se consacrer à la délibération politique - recommander aux citoyens l'acceptation ou le rejet de l'initiative, faire un contreprojet - tandis que l'examen juridique serait, si les deux chambres estiment que l'initiative n'est pas valable, attribué au Tribunal fédéral. Nous faisons une proposition en ce sens (ci-après, no 42.6).

42.5. Contrôle préalable?

A ce sujet, nous avons d'abord examiné si un contrôle préalable de la validité matérielle des initiatives populaires, avant la récolte des signatures, ne préviendrait pas utilement certaines déconvenues⁹. Nous avons dû nous rendre à l'évidence: le contrôle préalable est difficile à organiser. Pour qu'il soit efficace, il faudrait le déclarer obligatoire ou, tout au moins, le mettre à la disposition de tous les comités d'initiative qui le sollicitent; une procédure sélective, à la demande du Conseil fédéral ou de la Chancellerie fédérale, rendrait en effet difficilement acceptable un examen ultérieur des initiatives qui n'auraient pas été contrôlées au départ (à cause du principe de la bonne foi). Mais le contrôle préalable, qui pourrait même devoir être répété, de toutes les initiatives annoncées, y compris celles qui n'aboutissent pas ou qui ne sont même pas lancées, constituerait une charge disproportionnée pour l'autorité compétente (l'Assemblée fédérale ou, comme il est proposé ici, le Tribunal fédéral). Nous en restons donc au système actuel du contrôle subséquent, exercé après que l'initiative a abouti.

42.6. Mode de saisine du Tribunal fédéral.

Les rôles seraient partagés de la manière suivante: l'Assemblée fédérale constaterait, de manière définitive et sans recours, qu'une initiative est valable; mais, si les deux chambres estiment que l'initiative n'est pas valable, elles la transmettent au Tribunal fédéral, qui prononcerait, lui aussi de manière définitive, si l'initiative est valable ou si elle ne l'est pas. L'Assemblée fédérale serait ainsi dispensée de la charge de prendre elle-même la décision d'invalidation, qui est immanquablement qualifiée de "politique" par une partie de l'opinion publique. Le même grief peut sans

⁸ Voir notamment deux décisions du Conseil des Etats, des 16 et 22 mars 1995; cf. NZZ du 17 mars 1995, no 64, p.18; du 23 mars 1995, no 69, p.16.

⁹ Voir, en ce sens, une motion du conseiller national Rudolf Keller, du 28 septembre 1994, no 94.3374; Résumé des délibérations de l'Assemblée fédérale, Session de printemps 1995, p.108.

doute être adressé aussi au Tribunal fédéral; mais cette autorité n'est, en général, pas considérée comme politique; ou, si elle l'est, c'est évidemment dans une moindre mesure. D'ailleurs, l'opinion publique est habituée à lui voir rendre, depuis des décennies, des décisions de ce genre à l'encontre des initiatives populaires déposées dans les cantons.

42.7. Pluralité d'initiatives populaires sur le même objet.

Il est arrivé assez souvent, ces derniers temps, que plusieurs initiatives fussent déposées, à quelques mois d'intervalle, sur le même objet (l'AVS, la drogue, la politique européenne). La question se pose de savoir si l'Assemblée fédérale peut les traiter ensemble et leur opposer, si elle le juge utile, un seul contreprojet. Nous avons d'abord considéré qu'il y avait là un casse-tête insoluble¹⁰. Après un nouvel examen, nous sommes arrivés à la conclusion que deux voies pouvaient être suivies. Une solution minimale consiste à laisser les coudées franches au Parlement, en le libérant du principe d'antériorité imposé par la loi (ce qui suppose l'abrogation de l'art. 28 de la loi sur les rapports entre les conseils); le Parlement fixerait librement l'ordre des scrutins. Il ne pourrait toutefois pas opposer un contreprojet à plus d'une initiative. En effet, l'organisation, dans le même jour, de deux votes séparés où le même contreprojet serait opposé à deux initiatives pourrait conduire à deux résultats contradictoires¹¹. L'autre solution, plus exhaustive, serait d'utiliser la méthode Haab en l'élargissant. Au lieu de la limiter, comme aujourd'hui, à trois termes (initiative, contreprojet et statu quo), on l'étendrait à quatre termes ou davantage. Pour permettre de marquer toutes les préférences, les bulletins de vote seraient à vrai dire plus complexes¹². Mais ce qui est complexe n'est pas nécessairement incompréhensible¹³.

42.8. Délai pour le traitement des initiatives et pour l'organisation du vote populaire.

Ces matières, dont l'importance n'est pas contestable, relèvent traditionnellement de la loi; elles sont d'ailleurs, à l'heure actuelle, en examen devant l'Assemblée fédérale¹⁴. Notons qu'une souplesse en matière de délais pour l'organisation du vote pourrait aussi être un moyen permettant

¹⁰ Voir, à ce sujet, un exposé instructif de M. Luzian Odermatt, *Das Abstimmungsverfahren bei Grundsatz- und Einzelpunktabstimmungen, mit oder ohne Varianten*, ZBl 1991, p.93-117, spécialement 102-112.

¹¹ Si le contreprojet est accepté dans une confrontation et rejeté dans l'autre.

¹² Voir l'étude que le Conseil d'Etat du canton de Zoug a faite de ce problème, en se fondant sur une expertise des frères Haab (message du 25 février 1992, no 7650; ce message est à l'origine de la loi zougnoise du 26 novembre 1992 revisant la loi sur les élections et les votations).

¹³ Il suffit, pour s'en convaincre, de penser à la réglementation de l'élection au Conseil national: le cumul, le biffage et le panachage sont aussi des manières de marquer des préférences.

¹⁴ FF 1993 III 405, 469, 513-514; Conseil national, séance du 8 mars 1995; cf. NZZ du 9 mars 1995, no 57, p.17.

d'éviter ou de réduire des conflits potentiels entre le droit national et le droit international.

42.9. Questions communes.

Nombre de signatures.

Le nombre de signatures nécessaires aux initiatives populaires n'a été révisé qu'une seule fois en un siècle et demi (en septembre 1977), par doublement (passage de 50 000 à 100 000), alors que le nombre des citoyens actifs, dans la même période, a décuplé (de moins de 500 000 en 1848 à 3 800 000 en 1977 et à 4 600 000 en 1995). Le rétablissement de la proportion admise en 1848, soit environ 10%, conduirait le constituant à porter aujourd'hui le nombre à plus de 450 000. Mais, naturellement, les choses ne sont pas aussi simples. L'élévation du nombre des signatures n'est pas neutre du point de vue politique: la barrière supplémentaire qu'elle oppose aux initiatives serait probablement facile à franchir pour les entreprises et les groupements d'intérêts riches et bien organisés, mais plus difficile pour des mouvements marginaux. La commission d'experts que nous avons consultée s'était donc montrée très réservée sur l'opportunité d'augmenter le nombre des signatures.

Nous sommes toutefois d'avis que, pour les initiatives constitutionnelles rédigées (comme d'ailleurs aussi pour les demandes de référendum, ci-dessous, no 43.1), une augmentation est justifiée. Elle l'est d'abord en raison de l'accroissement du corps électoral et du développement des techniques de communication¹⁵. Elle l'est aussi pour bien marquer la différence entre l'initiative rédigée et l'initiative générale (no 43.8 in fine). Mais elle répond encore à la nécessité d'équilibrer l'ensemble de nos propositions. Naturellement, il ne peut s'agir que d'une augmentation modérée. Nous estimons qu'un nouveau doublement (passage de 100 000 à 200 000) constitue une mesure raisonnable. La proportion, qui était tombée de 10% en 1848 à 1,3% en 1977 et avait alors été redressée à 2,6%, puis s'est de nouveau érodée à moins de 2,2%, serait ainsi portée à environ 4,4%¹⁶.

¹⁵ Les conséquences de cette évolution peuvent se mesurer à l'élévation du nombre des initiatives qui ont abouti: 128 entre 1892 et 1977; 73 entre 1978 et 1995. Le rythme a presque triplé.

¹⁶ Signalons, en passant, qu'un observateur averti de la pratique de la démocratie directe a récemment recommandé le retour à 10%: cf. Henner Kleinewefers, "Verwesentlichung" der Politik durch Einschränkung der direkten Volksrechte, Fribourg, 1995, p.38-43. - Il faut toutefois préciser que, si les modalités de la récolte des signatures étaient rendues plus sévères, ou le délai raccourci, le nombre de 200 000 devrait être réduit et peut-être même abaissé au-dessous du nombre actuel de 100 000.

Modalités de la récolte des signatures.

Nous considérons que ces modalités sont du domaine de la loi. Elles ont d'ailleurs été réexaminées récemment par le Conseil national¹⁷. Quant au fond: tout en comprenant la réprobation qui entoure certaines façons de recueillir des signatures, nous ne pouvons pas nous empêcher de penser que l'obligation de se rendre dans des locaux de l'administration pour signer constituerait un obstacle sérieux à l'exercice des droits populaires.

Délai pour la récolte des signatures.

Il appartient également au législateur de décider si le doublement du nombre des signatures doit avoir pour corollaire une prolongation de ce délai.

Présentation d'alternatives.

La faculté de présenter une alternative devrait être reconnue à l'Assemblée fédérale lorsqu'elle propose au vote populaire une révision totale ou une révision partielle de la Constitution, qu'elle le fasse de son propre chef ou pour réaliser une initiative populaire. Mais cette faculté doit être limitée à un seul texte alternatif, de manière que le vote ne dépasse pas trois termes (les deux textes et le statu quo). Pour la même raison, l'Assemblée fédérale ne doit pouvoir opposer qu'un seul contreprojet à une initiative populaire rédigée. Ce n'est que dans le cas d'une pluralité d'initiatives populaires qu'un scrutin plus complexe pourrait être envisagé (voir plus haut, no 42.7).

Ajoutons que la présentation d'alternatives n'est pas, comme on serait tenté de le croire, une solution de facilité. C'est, en réalité, une arme à deux tranchants. Elle permet sans doute d'éviter l'échec total d'une révision et la perte de temps qui en résulte. Et pourtant, utilisée avec trop de complaisance, elle risque d'empêcher l'adoption de mesures que la majorité du Parlement tient pour justifiées, mais qui, en raison de leur impopularité, n'ont de chance de succès que si elles sont incluses dans un ensemble - alors qu'elles courent au contraire grand risque d'être rejetées si elles sont proposées comme des cibles spéciales. Il appartiendra donc à l'Assemblée fédérale de peser les avantages et les inconvénients du procédé et de choisir, selon la conclusion qu'elle aura tirée de cet examen, entre le vote en bloc et le vote séparé.

Financement des campagnes référendaires.

De l'avis de nombreux observateurs de la vie politique suisse, le jeu démocratique est parfois faussé par l'inégalité des ressources financières des parties en présence. D'où la demande, souvent formulée, de prévoir des subventions de l'Etat, ou un plafonnement des dépenses, ou une limitation des dons, ou au moins l'obligation, pour chaque partie, de publier

¹⁷ Dans ses séances des 8 et 9 mars 1995; cf. NZZ du 9 mars 1995, no 57, p.17; du 10 mars 1995, no 58, p.18.

les comptes de sa campagne. Nous sommes conscients de l'existence du problème, mais nous constatons qu'il n'est pas d'usage d'y apporter une réponse dans la Constitution; les règles en la matière, d'ailleurs difficiles à concevoir et à formuler et peut-être plus difficiles encore à faire respecter, appartiennent au législateur. La Constitution ne peut guère faire davantage que de lui adresser le mandat de légiférer sur cet objet.

Détermination de la majorité des voix des cantons.

C'est, là encore, une question épineuse; et c'est un point qui, à la différence du précédent, ne peut être réglé que par la Constitution. Des voix se sont fait entendre, depuis quelques années, qui signalent la fréquence croissante des cas où une majorité de cantons a tenu la majorité du peuple en échec. Ce qu'il en est exactement, du point de vue statistique, a été exposé dans l'Introduction: huit cas sur cent cinquante depuis le XIX^{ème} siècle, mais six au cours du dernier quart de siècle et deux dans une seule journée de 1994.

La commission d'experts que nous avons consultée, tout en reconnaissant qu'il n'était pas question de renoncer à l'exigence d'une double majorité, a cherché à l'assouplir par une légère pondération des cantons. Elle s'est arrêtée au modèle développé par MM. Trechsel et Hess, de l'Université de Genève¹⁸. Appliqué aux votes antérieurs, ce modèle aurait transformé en succès cinq échecs dus au défaut de majorité des cantons¹⁹; seuls les votes de 1955 (protection des locataires et des consommateurs), 1970 (régime des finances) et 1994 (naturalisation des jeunes étrangers) seraient restés négatifs. Mais on peut observer, en passant, que si le vote de 1992, sur l'Espace économique européen, avait donné une majorité populaire positive, la pondération Trechsel-Hess n'aurait pas empêché l'échec. Le modèle, assez semblable, du Professeur Möckli²⁰ n'y aurait rien changé non plus.

Au vu de ces résultats, nous sommes d'avis qu'il n'y a pas lieu de réformer la règle. Nous pensons d'ailleurs que, dans un domaine aussi sensible, toute modification du système devrait être étudiée de concert avec la Conférence des Gouvernements des cantons.

18 Cf. NZZ, 23 juin 1993, no 142, p.23; BaZ, 24 juin 1993, no 144. Le modèle, qui prévoit une pondération de un à trois, donne une voix aux cantons qui ont jusqu'à 2% de la population de la Suisse, deux voix aux cantons dont la population se situe entre 2 et 4% et trois voix à ceux qui ont une population supérieure à 4%. Avec les données démographiques actuelles, il y aurait cinquante voix de cantons au lieu de vingt-trois.

19 Poids et mesures (1866); droit à la formation (1973); premier article conjoncturel (1975); premier article sur l'énergie (1983); deuxième article sur la culture (1994).

20 Pondération de deux à cinq au lieu de un à trois. Cf. TA, 6 septembre 1994.

Quorums.

Nous n'en proposons aucun. Ni quorum de participation, où le vote n'a pas d'effet si la participation n'atteint pas un certain taux, par exemple 40 ou 50%, des citoyens inscrits; ce système est particulièrement pervers, parce que le camp qui sent qu'il va perdre recommande l'abstention et finit par gagner²¹. Ni quorum d'acceptation, qui, pour les projets de l'Assemblée fédérale, conduirait à une absurdité. Ni même quorum de rejet, qui devrait être placé très bas (à 20%, alors qu'au Danemark il est fixé à 30%²²), si l'on ne veut pas détruire complètement l'instrument du référendum.

43. Les droits populaires en matières législative et administrative.

43.1. Lois fédérales et arrêtés fédéraux de portée générale, nombre de signatures.

Nous proposons de maintenir le système actuel, où ces actes sont exposés au référendum facultatif. Sur l'augmentation du nombre de signatures nécessaire, de 50 000 à 100 000, voir les explications qui ont été données plus haut (no 42.9, Nombre de signatures). Il appartient au législateur de décider si le délai pour la récolte des signatures doit être prolongé (comp. no 42.9, Délai pour la récolte des signatures).

43.2. Référendum suspensif ou abrogatoire?

Ici se situe la question fondamentale de l'abandon du référendum suspensif au profit d'un référendum abrogatoire.

Précisons d'abord que la suppression du caractère suspensif du référendum ne se conçoit que pour les règles de droit et ne conviendrait nullement à des traités internationaux, non plus d'ailleurs qu'à des actes administratifs ou financiers. Ajoutons qu'elle est également hors de question pour les revisions constitutionnelles²³.

Quant aux règles de droit du niveau législatif: la commission d'experts s'est longuement interrogée sur les avantages et les inconvénients de la solution actuelle, savoir s'il vaut mieux, comme maintenant, pouvoir empêcher une loi d'entrer en vigueur ou s'il faut ne pouvoir l'abroger qu'après que ses défauts se sont révélés. Pour certains commissaires, le caractère suspensif du référendum est l'un des aspects les moins satisfaisants de la démocratie directe telle qu'elle est pratiquée chez nous et la suppression de la possibilité de détruire un acte avant d'en connaître les

²¹ Exemple de quorum à 50%: la revision est acceptée avec 30% de oui et 25% de non, mais elle est rejetée avec 35% de oui et 10% de non (parce qu'ici le quorum de 50% n'est pas atteint et que le scrutin n'a pas d'effet). Voir, en Italie, un référendum du 4 juin 1990, concernant certaines dispositions sur la chasse, où dix-huit millions d'électeurs ont perdu devant deux millions, alors qu'ils auraient gagné devant six millions!

²² Art. 42, al.5, de la Constitution danoise du 5 juin 1953.

²³ Sauf naturellement les arrêtés urgents au sens de l'art.89 bis, al.3, Cst.féd.

effets constituerait la meilleure réforme des droits populaires. La majorité de la commission n'a pas été insensible à cette opinion, mais elle n'a pas pu se résoudre à proposer l'abolition d'une des institutions les mieux établies de la vie politique suisse.

Nous sommes du même avis. Il serait assurément souhaitable que certaines lois puissent être expérimentées avant d'être combattues, mais nous avons peine à imaginer que le référendum soit dépouillé de son effet suspensif. Il y a d'ailleurs d'autres lois pour lesquelles le besoin d'expérimentation ne se fait guère sentir; par exemple, la plupart des lois fiscales. Il n'en demeure pas moins qu'un problème existe et il nous paraît qu'on peut contribuer à le résoudre, comme nous l'avons annoncé dans l'Introduction, en instituant une initiative populaire générale (ci-après, no 43.8) propre à remettre en cause les lois qui ne donnent pas satisfaction.

La situation serait la suivante. La loi votée par l'Assemblée fédérale demeure, comme aujourd'hui, exposée au référendum suspensif, qui doit être demandé dans un temps relativement court. Mais, et en ceci réside la nouveauté, les adversaires potentiels de la loi sauraient que, s'ils ne la soumettent pas immédiatement au référendum, ils gardent la possibilité de l'attaquer plus tard, en tout temps, pour le cas où elle présenterait effectivement les défauts qu'ils lui prêtent ou d'autres auxquels ils n'ont pas pensé. Si l'initiative générale est subordonnée aux mêmes conditions que la demande de référendum (même nombre de signatures), voire à des conditions plus légères (un délai plus long pour les réunir), on peut penser que certains opposants renonceront à demander le référendum ou, s'il est demandé, à rejeter la loi pour pouvoir la juger à l'usage. L'initiative a d'ailleurs l'avantage de la souplesse en ce qu'elle permet à l'Assemblée fédérale de présenter, sous la forme d'un projet alternatif, une version corrigée de la loi.

43.3. Contenu de la loi.

Nous avons aussi examiné la question du contenu de la loi. Nous proposons de préciser, dans la Constitution, que la loi et l'arrêté de portée générale contiennent des règles de droit. Mais, si nous le faisons, c'est parce que nous recommandons de prévoir, dans une autre disposition, la possibilité d'exposer au référendum aussi des arrêtés administratifs ou financiers (ci-après, no 43.9). Si cette recommandation n'était pas suivie, il faudrait alors évidemment renoncer à la mention des règles de droit dans la Constitution, de manière à ne pas empêcher le législateur de revenir un jour, s'il le juge opportun, sur la solution restrictive qu'il a adoptée en 1962.

43.4. Importance des règles contenues dans la loi?

Mais la mention des règles de droit est une chose. Une mention de la qualité des règles de droit en est une autre. Il se pose ici, en effet, une question souvent débattue: s'il faut préciser que les règles de droit contenues dans la loi ou dans l'arrêté de portée générale doivent être importantes.

Une telle précision peut être comprise de deux manières: comme une limite ou comme une exigence minimale.

Dans le premier sens, elle signifierait que la loi ne doit contenir que des règles importantes - les autres règles étant passées dans des formes qui ne sont pas exposées au vote populaire (arrêtés de l'Assemblée fédérale non sujets au référendum, ordonnances du Conseil fédéral). Cette conception, qui rappelle une tentative du constituant français de 1958²⁴, est tout à fait contraire à nos habitudes politiques; elle est d'ailleurs peu réaliste, comme l'expérience française l'a démontré depuis plus de trente ans. Elle ne sera donc pas examinée davantage. Mais nous ne pouvons pas nous empêcher d'observer, en passant, que la recherche d'une démocratie concentrée sur l'"essentiel" ("Verwesentlichung der Demokratie") est une entreprise difficile: ce n'est pas la Constitution qui fait le départ entre les règles importantes et celles qui ne le sont pas, c'est le Parlement et ce sont les citoyens.

Dans le second sens, la précision signifie que toutes les règles importantes doivent se trouver dans la loi, qui peut contenir encore d'autres règles. Nous rejoignons ici un principe constitutionnel général, qui est le principe de la légalité, c'est-à-dire de l'exigence d'une base légale formelle pour toutes sortes d'actes de l'Etat. La question est de savoir s'il faut la reproduire ici. Nous sommes d'un avis négatif, pour deux raisons. D'abord, le principe est général, comme on vient de le rappeler. Il vaut pour les cantons aussi bien que pour la Confédération. Si on juge utile de l'inscrire en termes détaillés dans la Constitution, ce n'est donc pas dans une partie consacrée à l'organisation politique de la Confédération qu'il faut le faire, mais bien dans la partie liminaire. L'autre raison, c'est que la définition des règles qu'il faut passer dans la forme de la loi (fédérale ou cantonale) ne peut guère être donnée en termes abstraits. Elle varie, en effet, selon le domaine et peut-être même selon les circonstances. La jurisprudence du Tribunal fédéral, comme d'ailleurs celle des juridictions européennes, est nuancée; assez précise dans le domaine du droit pénal et dans celui du droit fiscal, beaucoup moins dans les autres domaines, ainsi qu'il est apparu, par exemple, avec le problème du *numerus clausus* pour l'accès aux universités²⁵. La question est alors de savoir s'il vaut la peine de mettre des adjectifs, tels que "fondamental" ou "important", dans la Constitution. On pourrait l'admettre dans une disposition qui chercherait à limiter l'usage de la délégation législative. Mais on ne voit pas ce que la Constitution gagnerait en clarté à dire, dans une formule abstraite, que les lois fédérales ou les arrêtés fédéraux de portée générale doivent contenir toutes les règles de droit importantes. Le constituant bernois, qui a fait un effort louable pour concrétiser l'idée, n'a lui-même pas pu s'empêcher de recourir à des termes assez vagues²⁶.

24 Art. 34 et 37 de la Constitution française du 4 octobre 1958.

25 ATF 103 Ia 369, 388-392, Waeffler, du 25 mai 1977.

26 Voir l'art. 69, al.4, de la Constitution du canton de Berne, du 6 juin 1993 (où il est notamment question, à deux reprises, de "grandes lignes").

En conclusion sur ce point, nous estimons qu'il faut en rester au système actuel et laisser le législateur décider de ce qu'il y a lieu de mettre dans la loi. Si la juridiction constitutionnelle est étendue aux lois fédérales, cette décision devra tenir compte, en l'anticipant là où elle n'est pas encore établie, de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

43.5. Présentation d'alternatives.

Ce qui a été dit au sujet des revisions de la Constitution (voir plus haut, no 42.9, Présentation d'alternatives) doit être répété ici: l'Assemblée fédérale, quand elle adopte une loi, doit pouvoir présenter une alternative; mais cette alternative doit se limiter à une seule variante. En revanche, comme le référendum n'est que facultatif et qu'il n'aura peut-être pas lieu, le Parlement devra indiquer lequel des deux textes entre en vigueur si le vote populaire n'est pas demandé.

43.6. Suppression de la clause référendaire pour les textes qui ont obtenu une majorité qualifiée au Parlement?

La proposition a été faite quelquefois, ces derniers temps, notamment par le Professeur Borner, de l'Université de Bâle, de soustraire au référendum les actes qui bénéficiaient d'une forte légitimité parlementaire parce qu'ils auraient réuni les voix d'une majorité qualifiée de l'Assemblée; par exemple celle des deux tiers des membres de chacune des deux chambres (ce qui signifierait 134 voix au Conseil national et 31 au Conseil des Etats)²⁷. Cette idée, qu'on trouve dans la Constitution de certains Etats américains (parfois sous la forme d'une clause d'urgence exclusive du référendum²⁸), ne manque pas d'intérêt. Mais force est de constater qu'une majorité des deux tiers serait déjà trop élevée pour être efficace et qu'elle n'aurait guère influencé la pratique récente du référendum: parmi les dix-neuf référendums législatifs qui ont été organisés au cours des trois dernières années (du mois de mai 1992 au mois de mars 1995), trois seulement, semble-t-il, n'auraient pas pu avoir lieu - sur la réforme du Parlement (loi sur les rapports entre les conseils), sur l'augmentation des droits d'entrée sur les carburants et sur l'assurance chômage - trois référendums qui, rappelons-le, ont été favorables au Parlement. Il est vrai que, si la règle des deux tiers avait existé, certains votes finals auraient pu tourner différemment; mais c'est justement la possibilité de changer le statut de la loi par quelques voix en plus ou en moins, avec les calculs et les manœuvres qu'elle permet, qui nous conduit à ne pas recommander cette innovation.

²⁷ Cf. Silvio Borner/Aymo Brunetti/Thomas Straubhaar, *Die Schweiz im Alleingang*, Zurich, 1994, p.131-132.

²⁸ Voir, par exemple, l'art. II, sect.9, de la Constitution de la Californie; cf. Andreas Auer, *Le référendum et l'initiative populaires aux Etats-Unis*, Bâle/Francfort, 1989, p.21-22.

43.7. Référendum constructif?

L'idée du référendum constructif, qui a été réalisée dans la Constitution bernoise de 1993²⁹, a attiré l'attention du monde politique fédéral lors des délibérations sur l'Espace économique européen. L'instrument consiste, comme on sait, à accompagner de propositions constructives la demande de référendum contre une loi; c'est, en réalité, une forme d'initiative populaire législative, qui présente un indéniable attrait dans un système constitutionnel où seule l'initiative constitutionnelle est connue. Si l'initiative législative est introduite, fût-ce sous la forme de l'initiative générale, comme nous le proposons (au no 43.8), le référendum constructif perd une partie de son intérêt. Il est vrai que la Constitution bernoise a les deux institutions, et même l'initiative populaire législative rédigée³⁰; mais on ne peut pas non plus ignorer certains défauts inhérents à cet instrument. D'une part, la proposition constructive qui le caractérise pose un problème de conformité au droit supérieur, qui pourrait justifier son invalidation; et il faudrait encore savoir qui serait compétent pour la prononcer et s'il s'agirait de l'invalidation de l'ensemble de la demande ou seulement de celle de sa partie constructive. D'autre part, il est dans la logique du système que le Parlement puisse faire un contreprojet. Or la procédure d'invalidation, comme la confection d'un contreprojet, prennent du temps; elles se conçoivent très bien pour les initiatives populaires, mais elles ne sont guère conciliables avec le caractère suspensif du référendum et la nécessité de présenter sans retard la loi au vote populaire. A quoi l'on ajoutera la difficulté résultant du dépôt de deux ou plusieurs demandes de référendum, qui entraînerait un vote à quatre termes ou davantage (voir ci-dessus, no 42.7). Ces considérations nous ont conduit à renoncer au référendum constructif, dont la nature mélangée combine le frein et le moteur, pour lui préférer l'initiative populaire.

43.8. Introduction de l'initiative populaire générale.

On a déjà dit, plus haut (no 42.2), que l'initiative populaire constitutionnelle rédigée est un instrument trop traditionnel de l'action politique pour qu'il soit concevable de l'abandonner. Toutefois, pour éviter qu'il en soit fait un usage artificiel, comme il arrive souvent aujourd'hui, nous estimons que le moment est venu de proposer l'introduction d'un type d'initiative plus souple, qui permette à ceux qui désirent changer la loi de le faire sans mettre nécessairement en cause la Constitution. A cet effet, deux solutions s'offrent à l'esprit: l'initiative législative rédigée, qui est un instrument très fin, avec lequel les initiants peuvent formuler leur demande d'une manière précise; ou alors une initiative générale, non rédigée, qui laisse une certaine latitude à l'Assemblée fédérale, mais qui résout élégamment le problème de la conformité des lois à la Constitution. En effet, alors que l'initiative législative rédigée qui est contraire à la Constitution doit être invalidée, l'initiative générale qui vise une loi mais qui touche à la Constitution, au lieu d'être invalidée, est simplement traduite en termes constitutionnels. Nous proposons donc d'introduire, à côté

²⁹ A l'art. 63, al.3.

³⁰ Art. 58, al.1, lettre b, et al.3.

de l'initiative constitutionnelle rédigée, l'initiative populaire générale. En principe, cette solution n'exclut pas l'introduction, à titre complémentaire, de l'initiative législative.

Ce type d'initiative aurait pour objet l'adoption, la modification ou l'abrogation de règles de droit. Il ne s'étendrait pas aux actes administratifs (cf. encore ci-dessous, no 43.12).

Quant au nombre de signatures: l'initiative générale, qui est moins ambitieuse que l'initiative constitutionnelle rédigée, en ce qu'elle ne vise souvent que le niveau législatif et qu'elle laisse une plus grande marge de manoeuvre à l'Assemblée fédérale, nécessite aussi moins de signatures: 100 000 au lieu de 200 000. Autrement dit, la condition numérique serait la même que pour la demande de référendum (ci-dessus, no 43.1); l'initiative pourrait ainsi remplir, sans difficulté accrue, la fonction d'une demande de référendum abrogatoire, telle qu'elle a été décrite plus haut (no 43.2 in fine).

43.9. Introduction du référendum administratif et financier.

Nous sommes d'avis que le référendum ne devrait pas être limité aux seules règles de droit, comme le législateur l'a décidé en 1962: il y a des mesures concrètes qui sont autrement importantes, aux yeux d'une partie de la population, que mainte disposition abstraite. Mais c'est une fois qu'on a posé cette évidence que les difficultés commencent. Toutes les mesures concrètes ne peuvent pas être exposées au vote du peuple. Faut-il alors recourir à un critère matériel pour définir celles qui doivent l'être, ou s'en remettre à un mode procédural, c'est-à-dire confier à l'Assemblée fédérale, ou à une minorité qualifiée de celle-ci, le soin d'ajouter la clause référendaire à ses arrêtés administratifs ou financiers quand elle l'estime judicieux? Entre la solution matérielle et la solution procédurale, le choix n'est pas facile. Pour finir, nous proposons de retenir un système mixte: le mode procédural pour le principe et des critères matériels pour indiquer les arrêtés qui ne peuvent en aucun cas être munis de la clause référendaire.

Cela ne signifie pas que nous n'ayons, à plusieurs reprises, étudié la possibilité de recourir à un système unique de notions matérielles (telles que des dépenses nouvelles d'un certain montant, des concessions, des autorisations, des plans), comme il a été fait, pour le référendum financier, dans la plupart des Constitutions cantonales et, dans quelques-unes d'entre elles, pour d'autres types de référendum administratif³¹. Mais il faut admettre qu'il y a une différence entre les notions matérielles qui figurent dans la Constitution d'un canton et celles qu'on introduirait dans la Constitution fédérale à l'adresse de l'Assemblée fédérale. Celles des cantons sont sous la protection du Tribunal fédéral, il y a un recours contre la manière dont les Grands Conseils les interprètent et, même si l'on tient compte de la marge d'appréciation que le tribunal reconnaît aux Parlements cantonaux, la qualification qu'un Grand Conseil donne d'une dépense ou d'un acte administratif, avec la conséquence qui en résulte pour

³¹ Voir, par exemple, la Constitution bernoise de 1993, art.62, al.1, lettres c à e.

l'ouverture au référendum, ne saurait être purement politique. Autre serait la situation si c'était la Constitution fédérale qui imposait au Parlement fédéral l'obligation d'ajouter la clause référendaire à des actes financiers ou administratifs définis par leur contenu. Comme il n'est pas question d'étendre en la matière la juridiction du Tribunal fédéral, l'Assemblée fédérale interpréterait librement et sans recours les notions constitutionnelles. On peut bien dire qu'elle est et qu'elle se tient pour soumise au droit comme toutes les autres autorités du pays. C'est vrai, mais ici le droit, qui opère avec des termes très larges, manque singulièrement de précision; même si les députés s'efforcent de se référer à la jurisprudence du Tribunal fédéral sur les dépenses nouvelles, ils devront admettre qu'elle n'est pas facile à comprendre et à mettre en pratique. Conclusion: présentée sous une apparence juridique, la qualification d'un arrêté finira toujours par être un acte éminemment politique: on comptera les suffrages. Le Conseil national décidera, par exemple, par 90 voix contre 70, qu'une dépense n'est pas nouvelle et il n'y aura pas de clause référendaire.

C'est cette situation inévitablement ambiguë qui fait que nous considérons comme plus réaliste, et même plus franche, la solution procédurale. C'était d'ailleurs celle qui était pratiquée avant 1962: l'Assemblée fédérale décidait librement, sans que la Constitution lui fournît la moindre directive, si l'arrêté qu'elle adoptait était "de portée générale".

Si le mode procédural est retenu, il faut encore choisir entre la règle ordinaire, selon laquelle la clause référendaire serait ajoutée à l'arrêté à la majorité des votants, et une règle nouvelle, qui donnerait cette faculté à une minorité qualifiée, par exemple au tiers des membres de chacune des deux chambres. Nous avons finalement écarté la règle ordinaire de la majorité, qui a une couleur un peu plébiscitaire - l'Assemblée n'adoptant la clause que si elle n'a rien à craindre de son usage ou pour se décharger d'une responsabilité qui lui pèse. Nous jugeons préférable de mettre la clause à la disposition de la minorité qualifiée du tiers (67 voix au Conseil national, 16 au Conseil des Etats), qui représente une condition assez difficile à remplir, tout en supprimant l'apparence même de plébiscite³². Nous sommes bien conscients que nous nous exposons ainsi à la critique que nous avons nous-mêmes adressée à la suggestion du Professeur Borner (voir ci-dessus, no 43.6): les voix qui pourraient faire le tiers risquent de se vendre assez cher. C'est vrai qu'il y a, ici également, un danger de manoeuvre. Mais la situation et l'objet ne sont pas les mêmes. D'un côté (proposition Borner), il s'agirait d'empêcher un référendum législatif, qui est une ancienne institution; de l'autre (c'est-à-dire ici), la majorité chercherait à dissuader la minorité d'ouvrir la voie à un référendum administratif, qui est une institution nouvelle.

43.10. Exceptions au référendum administratif et financier.

Tous les actes administratifs, on l'a dit, ne supporteraient pas la démocratie référendaire. Il faut que la Constitution marque des exceptions. Or,

³² On trouve une règle semblable dans la Constitution bernoise de 1993, art.62, al.1, lettre f: la clause est à la disposition d'une minorité qualifiée des deux cinquièmes (80 députés sur 200).

si c'est une décision de procédure qui expose un arrêté au référendum, seule une énumération de critères matériels permet de soustraire au vote populaire les actes qui ne s'y prêtent pas. Mais on vient de voir que les critères matériels peuvent donner prise à des controverses où les sentiments politiques risquent d'altérer le jugement juridique. Il importe donc que la liste des exceptions soit aussi simple et claire que possible³³.

43.11. Référendum déclenché par l'Assemblée fédérale ou par une minorité de celle-ci?

Si nous estimons que le Parlement, ou même une minorité du Parlement, devrait pouvoir décider qu'un arrêté sera exposé au référendum, il n'a jamais été question, à nos yeux, que le Parlement (ou une minorité) puisse soumettre directement cet arrêté au vote populaire. Un référendum ne doit être organisé que si une fraction du corps électoral, éventuellement huit cantons, ont manifesté expressément leur opposition.

43.12. Initiative administrative?

Alors que nous préconisons l'introduction du référendum administratif, nous considérons, en revanche, qu'il ne serait pas opportun de prévoir une initiative populaire spéciale dans les mêmes matières (cf. déjà, ci-dessus, no 43.8). Nous en restons donc au système actuel, où l'initiative constitutionnelle peut seule en tenir lieu (voir plus haut, no 42.3, notre conclusion sur le refus des limites matérielles). Mais les conditions en sont difficiles: 200 000 signatures, ainsi que l'exigence de la double majorité du peuple et des cantons.

44. Les droits populaires en matière internationale.

Nous partons de l'idée que le principe de la primauté du droit international sur le droit interne fait partie du droit positif interne de la Suisse. Nous l'avons dit sans équivoque, notamment dans notre message du 18 mai 1992 relatif à l'approbation de l'Accord sur l'Espace économique européen³⁴, ainsi que dans notre message du 22 juin 1994 concernant une initiative sur la politique d'asile³⁵. La seule question qui reste litigieuse, comme il est apparu lors du débat de l'Assemblée fédérale sur l'Accord EEE³⁶, est de savoir si les autorités suisses doivent, en toutes circonstan-

³³ Nous renvoyons ici au commentaire de l'art.123, ci-après. On verra l'exemple d'un principe et d'une liste d'exceptions dans la Constitution soleuroise de 1986, art.36 et 37; cf encore l'art.62, al.1, lettre f in fine, de la Constitution bernoise de 1993.

³⁴ FF 1992 IV 83, 85-87, où le Conseil fédéral déclare partager les vues (d'un "monisme" très strict) développées dans une publication commune de l'Office fédéral de la justice et de la Direction du droit international public, du 26 avril 1989, JAAC 1989, no 54.

³⁵ FF 1994 III 1480-1483.

³⁶ BO 1992 CN 1381-1392; CE 825-833; 883-887; CN 1836-1845. Cf. Aldo Lombardi, Die Gestaltung des künftigen EWR-Rechts, PJA, 1992, p.1330-1344; Felix Schöbi, Die "Schubert-Praxis", etc., ibid., 1993, p.887-893.

ces, prêter leur ministère à la réalisation du principe ou s'il n'y a pas lieu, dans certains cas exceptionnels, d'engager la responsabilité de la Suisse et d'encourir les sanctions du droit international lui-même. Avec nos propositions, nous nous efforçons de prévenir, autant qu'il est possible, la survenance de tels cas.

L'exposé traitera successivement des référendums sur les traités internationaux, des référendums sur les lois qui les exécutent et des initiatives populaires, notamment de celles qui contiennent des dispositions contraires à nos obligations internationales. A ces trois points, nous ajouterons encore une observation sur le conflit entre le droit interne existant et le droit international.

44.1. Elargissement du référendum facultatif sur les traités internationaux.

Ou, plus exactement: du référendum sur les arrêtés par lesquels l'Assemblée fédérale approuve un traité international. Un des buts de la réforme proposée est d'éviter que l'usage interne des droits populaires, référendums sur les lois ou initiatives, ne conduisent la Suisse à violer le droit international. Nous pensons que la meilleure manière d'atteindre ce but est de renforcer la légitimité populaire des traités eux-mêmes, de manière à les libérer de l'éventuelle objection d'un déficit démocratique qui les affecterait. Voilà pourquoi nous recommandons de reconsidérer la revision constitutionnelle de 1977 et d'élargir la catégorie des traités normatifs définis actuellement par l'art. 89, al.3, lettre c, Cst.féd. Ce ne sont pas seulement les traités multilatéraux qui devraient être exposés au référendum facultatif, mais aussi les traités bilatéraux; et ce ne sont pas seulement les traités qui contiennent eux-mêmes des règles de droit directement applicables à l'intérieur des Etats nationaux, mais aussi les traités qui obligent les Etats nationaux à en créer en adoptant des lois. Ce double élargissement permet seul de justifier la proposition suivante.

44.2. Soustraction au référendum de certaines lois d'exécution des traités internationaux.

Ce qu'on donne aux droits populaires avant la conclusion du traité, on doit pouvoir le leur ôter une fois le traité approuvé et ratifié, quand il s'agit, pour la Suisse, d'honorer ses engagements. La difficulté est évidemment, ici, de déterminer les actes législatifs internes qui résultent nécessairement du traité. La solution la plus simple serait d'inclure ces actes dans l'arrêté d'approbation. Notons à ce propos que, selon la pratique suivie jusqu'à maintenant et qui n'est nullement mise en question, le droit national est adapté avant ou simultanément à l'approbation des traités internationaux (voir notamment les exemples récents relatifs aux accords sur l'Espace économique européen et sur l'OMC). Mais cette solution n'est pas toujours possible, les choix à faire prennent parfois du temps, et d'ailleurs l'inclusion risquerait d'alourdir considérablement l'arrêté. Une autre solution, à laquelle va notre préférence, consiste à insérer dans l'arrêté d'approbation une clause de délégation détaillée qui indiquerait dans quels domaines l'Assemblée fédérale entend pouvoir légiférer sans référendum. Les deux solutions ont ceci de commun que les citoyens

savent - et même de manière tout à fait précise dans le premier cas - ce que signifie l'approbation du traité³⁷. Dans le second cas, l'utilisation que fait le législateur national de la marge de manoeuvre que lui laisse un traité n'est plus soumise au contrôle référendaire. Ajoutons toutefois qu'avec l'une et l'autre solution, l'initiative populaire, rédigée ou générale, permettra toujours aux citoyens de demander la correction des actes d'exécution qui sont entrés en vigueur sans référendum.

44.3. Initiatives populaires et respect du droit international.

L'un des thèmes les plus délicats, dans le domaine qui nous occupe, est celui de la confrontation entre le droit international (conventionnel, coutumier, unilatéral, général) et l'initiative populaire. Une argumentation logique déduirait de la primauté du droit international l'invalidation de toutes les initiatives qui lui sont contraires. Nous n'avons pas pu nous y rallier. Nous nous efforçons, au contraire, de ménager autant qu'il est possible le droit d'initiative. Nous le faisons d'ailleurs en considération de tous les autres moyens, politiques et juridictionnels, qui permettent de défendre la crédibilité de la Suisse. Moyens politiques: les autorités recommanderont le rejet de l'initiative en montrant que son acceptation nous mettrait en danger de violer nos engagements internationaux; elles pourront aussi lui opposer un contreprojet, ou un texte alternatif (dans le cas de l'initiative générale), qui, tout en respectant la tendance générale de l'initiative, lui enlève ce qu'elle a d'incompatible avec le droit supérieur. Moyens politiques encore: si l'initiative est néanmoins acceptée, l'infléchir dans la législation d'exécution; si cela n'est pas possible, dénoncer, au besoin, le traité avec lequel l'initiative est en conflit. Moyens juridictionnels enfin: interpréter l'initiative conformément au droit international; par exemple, ne l'appliquer que dans nos rapports avec les Etats envers lesquels nous ne sommes pas liés par un traité, etc. Il se peut, toutefois, qu'un conflit ne puisse pas être résolu complètement et qu'il faille, dans ce cas, assumer les conséquences éventuelles d'une violation du droit international.

Pour finir, nous proposons de ne frapper d'invalidation, totale ou partielle, que les initiatives ou les éléments d'initiatives qui sont indubitablement contraires aux règles impératives du droit international - comme le Conseil des Etats a récemment commencé de le faire³⁸. La définition des "règles impératives du droit international" ne pourrait toutefois guère être donnée en termes abstraits; ce serait l'affaire de la pratique. Il appartiendrait donc à l'autorité compétente (dans notre système, l'Assemblée fédérale, pour la

37 On pourrait encore penser à inscrire la délégation, en termes abstraits, directement dans la Constitution. Mais cette troisième solution laisserait, à notre avis, une trop grande liberté au Parlement: c'est lui qui déciderait seul, de cas en cas, si une loi est la conséquence "nécessaire" du traité.

38 Dans sa séance du 16 mars 1995 (invalidation d'une initiative populaire "pour une politique d'asile raisonnable", à cause d'une violation du principe de non-refoulement); cf. NZZ du 17 mars 1995, no 64, p.18.

validation, et, s'il y a lieu, le Tribunal fédéral, ci-dessus, no 42.6) de former une jurisprudence en se référant à la doctrine internationale³⁹.

Ajoutons qu'une initiative populaire peut avoir avec le droit international un rapport qui ne pose pas de problème de conformité. Elle peut tendre, par exemple, à la dénonciation d'un traité international (s'il peut être dénoncé et aux conditions auxquelles il peut l'être), voire à l'ouverture de négociations avec un Etat étranger ou une organisation internationale. Mais, compte tenu de la façon dont la Constitution distribue les compétences en la matière, seule peut être utilisée ici la voie de l'initiative constitutionnelle rédigée, qui suppose la réunion de 200 000 signatures.

44.4. Conflit entre le droit interne et le droit international dans les cas d'application.

La reconnaissance de la primauté du droit international ne préviendra évidemment pas les conflits; elle donne plutôt une clé pour les résoudre. Si l'autorité chargée d'appliquer le droit à un cas d'espèce considère que la règle de droit interne qu'elle doit appliquer n'est pas conforme au droit international, il faudra distinguer deux hypothèses. Quand la règle litigieuse est une règle cantonale ou une règle fédérale inférieure aux lois et aux arrêts de portée générale, le contrôle de conformité peut rester ce qu'il est aujourd'hui (c'est-à-dire un contrôle "diffus"); l'autorité d'application peut faire prévaloir elle-même le droit international sur la règle interne qui lui est contraire. En revanche, quand la règle litigieuse se trouve dans une loi fédérale ou un arrêté fédéral de portée générale, la compétence de la déclarer inapplicable, en tout ou en partie, doit être réservée à la plus haute autorité juridictionnelle du pays (contrôle "concentré"); l'autorité juridictionnelle inférieure ne pourra donc que suspendre la procédure qui se déroule devant elle et solliciter la décision du Tribunal fédéral. Celui-ci dira si et dans quelle mesure la loi ou l'arrêté peut être appliqué. Cette solution correspond à celle qui figure dans notre projet de réforme de la justice. Nous renvoyons à ce sujet au commentaire relatif à l'art. 168, al. 2, 2^e phrase, proposé dans le cadre de la réforme de la justice. La solution proposée s'inspire de la "political question doctrine".

45. Conclusion.

Un de nos soucis a toujours été d'obtenir un ensemble de propositions cohérent et équilibré. L'option fondamentale était bien de renforcer et d'affiner les droits populaires, mais sans qu'il en résulte une enflure démesurée de la démocratie directe. Toutes les dispositions du projet ne devaient pas aller systématiquement dans le même sens; il était clair, au contraire, que le renforcement et l'affinement des droits populaires auraient, sur certains points, des contreparties.

³⁹ Voir, par exemple, Stefan Kadelbach, *Zwingendes Völkerrecht*, Berlin, 1992; Gennady M. Danilenko, *International Jus Cogens: Issues of Law-Making*, *Journal européen de droit international*, vol.2, 1991, no 1, p.42-65; Peter Saladin, *Völkerrechtliches Jus Cogens und schweizerisches Landesrecht*, *RSJB*, vol.124 bis, 1988, p.67-96.

Nous avons le sentiment de présenter aujourd'hui un système balancé. L'initiative générale et la possibilité d'exposer au référendum certains arrêtés administratifs ou financiers et certains traités qui n'y sont actuellement pas sujets sont incontestablement des élargissements. La faculté d'offrir des alternatives constitue plutôt un affinement ou, si l'on préfère, un perfectionnement; de même les rares interventions du Tribunal fédéral. En face de ces mesures qu'on peut, si elles tiennent leurs promesses, qualifier de positives, nous en proposons d'autres qu'on doit bien considérer comme des restrictions. Il s'agit, on s'en doute, de l'élévation du nombre des signatures; mais il s'agit aussi de la suppression du référendum suspensif à l'égard des actes qui sont la conséquence nécessaire des traités, ainsi que de l'invalidation des initiatives qui seraient jugées contraires aux règles impératives du droit international.

On trouverait sans doute d'autres voies qui mènent à l'équilibre. Il y en a une, en particulier, que certains membres de la commission d'experts n'ont cessé de défendre avec conviction. Il s'agirait de soustraire généralement les lois au référendum suspensif et de permettre, en compensation, d'en proposer l'abrogation ou la modification par l'initiative législative rédigée. La renonciation aux votes préventifs sur des lois qu'on ne connaît pas constituerait un tel changement dans nos habitudes politiques qu'on pourrait même faire alors l'économie de toute augmentation du nombre des signatures. Cette voie, que la commission, dans sa majorité, n'a pas voulu suivre, n'est pas non plus la nôtre; mais elle ne saurait être écartée d'une discussion sérieuse sur la réforme des droits populaires.

Deuxième Partie: Commentaire⁴⁰

Les propositions de dispositions constitutionnelles reproduites en bleu ont été conçues de manière à pouvoir remplacer l'ensemble des dispositions relatives aux droits populaires qui figurent dans le projet de Constitution fédérale mise à jour.

Ces propositions reprennent donc la systématique, la densité juridique et la terminologie de la mise à jour. Elles sont censées pouvoir s'y intégrer aussi harmonieusement que possible.

Précision typographique: pour permettre de bien distinguer, dans les propositions, ce qui est nouveau de ce qui n'est qu'une reprise de la mise à jour, des caractères italiques ont été utilisés; en revanche, si les modifications apportées ne portent que sur la rédaction ou l'agencement formel, le texte est imprimé en caractères normaux.

DROITS POPULAIRES

Chapitre premier: Dispositions générales

Art. 115 Droit de vote

Cette disposition est la reprise de l'art. 115 de la mise à jour. On renvoie aux explications contenues dans les notes et le commentaire qui s'y rapportent.

Art. 116 Formation de l'opinion et de la volonté populaires

Alors que les alinéas 1 et 2 de cette disposition correspondent au droit existant, l'alinéa 3 donne un mandat au législateur de poser les règles propres à assurer un fonctionnement transparent de la démocratie directe. Il s'agirait notamment d'obliger les comités d'initiative et les comités référendaires à rendre publiques leurs dépendances économiques à l'égard de tiers. La loi pourrait ainsi leur faire un devoir d'indiquer leurs sources de financement, afin que les citoyens puissent s'assurer que certains groupements d'intérêts n'abusent pas de leur position dominante dans l'exercice des droits populaires. Cette législation serait inspirée de principes voisins de ceux qui ont amené le législateur, en 1984, à exiger des parlementaires qu'ils signalent leurs intérêts professionnels et économiques⁴¹. On peut aussi penser à un plafonnement des dépenses autorisées ou à une limitation des dons - encore que le contrôle du respect des réglementations de ce genre ne soit pas une chose facile⁴².

⁴⁰ La structure des articles, leur terminologie et leur numérotation a été conçue de manière à pouvoir s'intégrer dans le projet de mise à jour de la Constitution fédérale.

⁴¹ Art. 3 bis de la loi fédérale sur les rapports entre les conseils, R.S. 171.11.

⁴² Voir, à ce sujet, un rapport du Conseil fédéral, du 23 novembre 1988; FF 1989 I 117-225, notamment 156-161.

Chapitre 2: Initiative populaire**Art. 117 Initiative populaire tendant à la revision totale de la Constitution**

Cette disposition correspond au droit actuel, sauf sur un point important: le nombre de signatures requis pour le déclenchement de la revision totale par des citoyens actifs passe de 100 000 à 200 000.

Nous estimons en effet, en dépit des hésitations de la commission d'experts, qu'il convient d'augmenter le nombre de signatures requis pour les initiatives constitutionnelles - ainsi d'ailleurs que pour les demandes de référendum. On pourrait éventuellement envisager aussi une réduction du délai dans lequel les signatures doivent être récoltées. Cette question n'est pas examinée ici; elle relève traditionnellement de la législation ordinaire.

Art. 118 Initiative populaire rédigée tendant à la revision partielle de la Constitution

Tenant compte des critiques qui avaient été adressées au projet de Constitution fédérale de 1977 (projet qui supprimait l'initiative populaire rédigée tendant à la revision partielle de la Constitution pour la remplacer par l'initiative constitutionnelle dite alors "de type unique", voir l'art. 64 du projet de 1977), nous proposons de maintenir l'initiative rédigée: cet instrument constitue en effet l'un des piliers de notre démocratie directe. En revanche, nous estimons possible de renoncer à l'initiative constitutionnelle populaire sous sa forme non rédigée, puisque l'initiative générale (voir l'art. 119) peut en tenir lieu; au surplus, on rappellera qu'en 140 ans, il n'y a eu que cinq cas d'initiatives populaires conçues en termes généraux qui ont été soumises au vote préalable.

Le nombre de signatures requis pour l'initiative populaire rédigée passe toutefois de 100 000 à 200 000 comme pour la revision totale (voir ci-dessus, ad art. 117).

En outre, l'art. 118 précise que l'initiative doit respecter les principes de l'unité de la forme et de l'unité de la matière ainsi que les règles impératives du droit international.

Le principe de l'unité de la matière est un principe incontesté du droit constitutionnel en vigueur. Il doit donc être mentionné ici, comme d'ailleurs aussi à l'art. 169 al. 2, du présent projet (lorsque c'est l'Assemblée fédérale qui procède à la revision partielle de la Constitution).

Le principe de l'unité de la forme est maintenu à cause de l'institution de l'initiative générale, voir ad art. 119.

L'indication que l'initiative doit être exécutable est omise; elle ne figure aujourd'hui ni dans la Constitution, ni dans la loi; à moins d'être interprétée d'une manière abusivement large, elle vise une hypothèse que nous tenons pour académique; et finalement, si l'hypothèse d'une réelle inexécutabilité devait se réaliser un jour, la règle correspond à une évidence qu'il n'est pas nécessaire de rappeler dans le texte constitutionnel⁴³.

⁴³ En 1976, le Conseil national a refusé, à une forte majorité, d'inscrire la règle dans la loi sur les droits politiques; cf. BO 1976 CN 77-80.

En revanche, nous estimons nécessaire de dire clairement dans la Constitution que l'exercice du droit d'initiative populaire trouve ses limites dans le respect des règles impératives du droit international. Il s'agit essentiellement des dispositions que le droit international qualifie de "jus cogens". Revêt ce caractère une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère⁴⁴. A titre d'exemple on citera, sur le plan universel, l'interdiction du génocide, de la torture, de l'esclavage et, sur le plan régional, les droits fondamentaux qui ne souffrent aucune dérogation (art.15 CEDH⁴⁵). Est nulle toute règle interne - même du niveau de la Constitution - qui est contraire à une norme de cette catégorie.

Pour trancher le cas de l'incompatibilité d'une initiative populaire avec une règle impérative du droit international, la disposition constitutionnelle générale sur le respect du droit et sur le principe de la primauté du droit international (voir l'art. 4 de la mise à jour et l'art. 4 des présentes propositions) ne suffit pas, puisqu'elle n'indique pas la conséquence juridique qui résulte de cette incompatibilité. Il faut donc une règle spécifique pour empêcher qu'une disposition contraire au droit international impératif entre dans la Constitution. Telle est d'ailleurs la position adoptée par le Conseil des Etats, le 16 mars 1995, à l'occasion de l'examen de la validité de l'initiative des Démocrates suisses pour une "politique d'asile raisonnable".

Après un examen approfondi, nous avons décidé de renoncer à proposer toute autre limite matérielle à la revisibilité de la Constitution (voir la Première partie, no 42.3). Nous n'avons, en particulier, pas voulu entrer dans la controverse relative à la rétroactivité des initiatives constitutionnelles; le problème est difficilement saisissable et il pourrait d'ailleurs être désamorcé par l'introduction du référendum administratif et financier (voir l'art. 123 des présentes propositions).

Art. 119 Initiative populaire générale

L'initiative populaire générale était déjà contenue dans le projet de Constitution fédérale de 1977, sous le nom d'initiative "de type unique" (aux art. 64 et 66 du texte principal et dans une variante), ainsi que dans l'essai de modèle du DFJP de 1985 (à l'art. 82). Lors de la procédure de consultation qui a suivi la publication du projet de 1977, cette forme d'initiative a été fort bien reçue. Chacun s'accordait à reconnaître que son introduction revêtirait un grand intérêt dans une double perspective: d'une part, cet instrument faciliterait la tâche des comités d'initiative, qui ne sont pas toujours entourés de conseils juridiques qui les aident à formuler de manière adéquate des projets constitutionnels rédigés; d'autre part, la possibilité donnée à l'Assemblée fédérale, quand elle approuve l'initiative,

⁴⁴ Voir l'art.53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, R.S. O.111.

⁴⁵ R.S. O. 101.

de réaliser celle-ci en agissant au niveau normatif approprié (adoption ou abrogation de dispositions constitutionnelles ou législatives) garantirait la cohérence de l'ordre juridique et prémunirait le texte constitutionnel contre une dilution de sa densité normative. A ces deux avantages s'ajouterait le fait que l'Assemblée fédérale pourrait agir en même temps, de manière complémentaire, au niveau constitutionnel et au niveau législatif. Les délais dans lesquels les réformes souhaitées pourraient être mises en oeuvre en seraient raccourcis d'autant.

Même s'il eût été assez logique d'admettre qu'une initiative populaire conçue sous la forme d'une proposition générale puisse aussi déboucher sur l'adoption ou l'abrogation de dispositions non normatives, nous estimons que l'élargissement de l'initiative générale aux matières administratives serait inopportun. D'ailleurs, avec 200 000 signatures, les citoyens pourront toujours, dans les cas où ils le jugent vraiment nécessaire, agir en ces matières par le biais de l'initiative populaire rédigée tendant à la revision partielle de la Constitution (par exemple sous la forme d'une disposition transitoire).

Nous proposons de n'exiger, pour l'initiative générale, que 100 000 signatures - soit la moitié du nombre proposé pour l'initiative rédigée tendant à la revision de la Constitution (comp. ad art. 117 et 118). En effet, l'initiative générale n'aura souvent pour objet que l'adoption d'une loi ordinaire et elle laissera, de toute façon, une plus grande latitude à l'Assemblée fédérale. On relèvera encore qu'en accentuant le parallélisme entre ce type d'initiative et le référendum facultatif, la solution proposée peut encourager les adversaires d'une loi à la juger sur ses effets plutôt que de la combattre par anticipation (cf. Première partie, no 43.2).

En résumé, l'institution de l'initiative populaire générale, telle qu'elle est conçue à l'art. 119, représente une amélioration majeure par rapport à l'instrument actuel, peu utilisé, de l'initiative constitutionnelle conçue en termes généraux. On peut considérer, en effet, que les avantages de l'initiative générale sont au nombre de cinq: tâche rédactionnelle plus facile pour les initiants; nombre de signatures inférieur à celui qui est nécessaire pour faire aboutir une initiative constitutionnelle rédigée; faculté donnée à l'Assemblée fédérale d'intervenir au niveau normatif approprié (constitutionnel ou législatif); complémentarité du niveau d'action (constitutionnel et, le cas échéant, simultanément législatif) et, en conséquence, réalisation plus rapide des vœux des initiants; diminution possible du nombre des cas où une loi est bloquée par un référendum suspensif.

Chapitre 3: Référendum populaire

Art. 120 Référendum obligatoire du peuple et des cantons

Cette disposition est la reprise de l'art. 118 de la mise à jour. Il reflète l'état du droit constitutionnel en vigueur et n'appelle, de ce fait, pas de commentaire particulier.

Art. 121 Référendum obligatoire du peuple

Cette disposition reflète également l'état du droit constitutionnel en vigueur. Nous considérons que le regroupement, dans une même section, de tous les cas de vote populaire présente l'avantage d'être clair et complet.

Art. 122 Référendum facultatif législatif

Non sans hésitation, nous avons décidé de maintenir, avec son caractère suspensif, cette institution centrale de notre démocratie directe. Nous partageons cependant les vues de la commission d'experts, pour laquelle on ne saurait ignorer l'inconvénient majeur de cette procédure: les campagnes référendaires se mènent sur des textes législatifs qui n'ont jamais été appliqués, de sorte que le citoyen a peine à en mesurer les conséquences pratiques.

Compte tenu de l'accroissement du corps électoral, il nous paraît justifié de porter de 50 000 à 100 000 le nombre de signatures requis pour la demande de référendum (voir la Première partie, no 42.9, Nombre de signatures).

Sur un point, nous jugeons opportun de préciser le texte constitutionnel: l'alinéa 2 dispose lui-même que les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale contiendront des règles de droit. Cette règle figure aujourd'hui aux art. 5 et 6 de la loi sur les rapports entre les conseils⁴⁶. Il convient de l'inscrire désormais dans le texte constitutionnel, pour bien montrer la frontière entre le référendum facultatif législatif, objet de l'art. 122 du projet, et le référendum facultatif administratif et financier, qui est traité à l'art. 123. Naturellement, si la proposition d'instituer le référendum administratif et financier n'était pas suivie, il faudrait alors supprimer cet alinéa 2, de manière que le législateur puisse au moins modifier les dispositions précitées de la loi sur les rapports entre les conseils, le jour où il l'estimerait souhaitable.

Art. 123 Référendum facultatif administratif et financier

L'interdiction du référendum facultatif administratif et financier, décidée par le législateur en 1962, a créé l'une des lacunes les plus visibles du système des droits populaires fédéraux. Nous proposons donc de revenir sur cette décision et de réintroduire la possibilité de ce type de référendum. Selon le système envisagé, l'usage de cette possibilité relèverait d'un acte procédural et non d'un critère matériel: l'arrêté fédéral administratif ou financier serait, aux termes de l'art. 123, muni de la clause référendaire et par conséquent exposé au référendum (c'est-à-dire qualifié d'arrêté de portée générale) si un tiers des membres de chacune des deux chambres en décidait ainsi.

L'alinéa 2 contient un catalogue d'actes administratifs ou financiers que l'Assemblée fédérale ne pourrait pas munir de la clause référendaire; car si l'introduction du référendum administratif et financier représente manifes-

⁴⁶ R.S. 171.11.

tement une amélioration des droits populaires, il convient en même temps d'en circonscrire avec soin le champ d'application afin de conjurer les risques d'abus. Tel est le but de cette liste d'exceptions, qui nécessitent encore une discussion approfondie et au sujet desquelles nous pouvons apporter les indications suivantes:

Les actes relatifs à la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse sont ceux qui, dans le droit actuel (mais ils sont très rares), se fonderaient sur l'art.85, ch.6 et 7, Cst.féd.

Les actes relatifs à la surveillance sur les cantons s'étendraient évidemment, le cas échéant, à d'éventuelles mesures d'exécution ou d'intervention fédérale selon l'art.85, ch.7 et 8, Cst.féd.

L'inclusion du budget dans la liste des exceptions est tout à fait normale, mais elle suppose une législation et une pratique rigoureuse⁴⁷, c'est-à-dire une définition étroite des crédits de paiement que le Parlement peut porter directement au budget sans qu'ils soient prédéterminés par une loi ou un crédit d'engagement⁴⁸.

Par actes de stricte application du droit, on entend les décisions à caractère juridictionnel, telles que la garantie des Constitutions cantonales ou les jugements rendus sur recours de droit public; voir notamment l'art.85, ch.7, 12 et 13 Cst.féd.

Par actes de procédure, il faut comprendre les actes qui jalonnent la procédure législative, les motions, les recommandations, ainsi que les actes par lesquels l'Assemblée fédérale approuve une ordonnance du Conseil fédéral ou approuve un rapport ou en prend connaissance.

Art. 124 Référendum facultatif en matière internationale

Aujourd'hui, le développement de la législation interne est de plus en plus influencé par les règles de droit contenues dans des traités internationaux. La revision constitutionnelle de 1977, qui a élargi les cas d'ouverture du référendum facultatif en matière internationale (art.89, al.3 à 5, Cst.féd.), a dans l'ensemble plutôt donné satisfaction. Nous avons toutefois estimé qu'il fallait étendre encore, sur un point essentiel, le référendum facultatif en matière de traités.

Selon l'art. 89, al. 3, lettre c, du texte actuel de la Constitution, le référendum facultatif n'est ouvert, en effet, qu'à l'égard des arrêtés d'approbation de traités internationaux qui "entraînent une unification multilatérale du droit". C'est à dessein, on s'en souvient, que le constituant de 1977 n'avait pas voulu créer de parallélisme, pour l'ouverture au référendum, entre les actes législatifs internes et les actes normatifs matérialisés dans des traités internationaux.

⁴⁷ Voir la loi fédérale sur les finances de la Confédération, de 1989, R.S. 611.0.

⁴⁸ En revanche, le crédit d'engagement est un objet possible de référendum, sans qu'il soit fait de différence entre les dépenses nouvelles et les dépenses liées. De délicates controverses sont ainsi rendues superflues.

Il convient cependant, aujourd'hui, de repenser le problème en fonction d'une autre exigence, tout aussi importante: il est capital que le citoyen puisse se prononcer sur l'acte qui opère, en réalité, le choix normatif décisif. Or la réalité montre que ce choix n'existe, le plus souvent, qu'au moment de l'approbation du traité international lui-même, alors que les actes législatifs de mise en oeuvre interne en découlent plus ou moins nécessairement. Partant de cette considération, nous proposons d'élargir la faculté de référendum en matière internationale aux arrêtés par lesquels, selon la nouvelle formulation de l'art.124, al.1, lettre c, du projet, l'Assemblée fédérale approuve un traité qui "contient des règles de droit ou oblige à adopter des lois fédérales ou des arrêtés fédéraux de portée générale"⁴⁹. Conformément à la pratique actuelle, les règles de droit doivent cependant avoir une substance minimale pour que la possibilité du référendum facultatif soit donnée.

Art. 125 Législation d'exécution des traités internationaux

Nous estimons que cet élargissement du référendum facultatif en matière internationale doit toutefois s'accompagner d'un complément qui en est la suite naturelle: la faculté reconnue au législateur d'inclure, dans l'arrêté fédéral d'approbation exposé au vote du peuple, les modifications législatives requises par le traité ou de déléguer à l'Assemblée fédérale la compétence de les adopter, ultérieurement, sans référendum. Cette proposition s'inspire de l'idée qu'il n'est pas opportun d'offrir une seconde fois au citoyen la possibilité de se prononcer sur un acte législatif de mise en oeuvre d'un traité international, lorsqu'il est largement déterminé par ce dernier. Il faut préciser que, si le Parlement devait adopter, en sus des règles législatives qui sont la conséquence nécessaire du traité, d'autres règles qui lui paraîtraient simplement opportunes, l'adjonction de ces règles exposerait l'ensemble de l'acte législatif au référendum. La solution proposée ne changera rien à la pratique actuelle selon laquelle le droit national est, dans la mesure du possible, adapté avant ou simultanément à l'approbation des traités internationaux.

Nous considérons qu'envisagé dans son ensemble, le système proposé (modification de la lettre c de l'alinéa 1 de l'art. 124, en liaison avec l'art. 125) représente un tout équilibré et cohérent, qui tient compte de vœux souvent exprimés, en 1992, à l'occasion et en marge des débats relatifs à l'approbation de l'Accord EEE.

⁴⁹ Exemples de traités qui obligent à adopter des lois (et dont l'approbation serait donc exposée désormais au référendum facultatif): Convention de la Haye, du 25 octobre 1980, sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants; approuvée le 21 juin 1983 (R.S. 0.211.230.02). - Convention du Conseil de l'Europe, du 16 novembre 1989, contre le dopage; approuvée le 22 septembre 1992 (RO 1993 1237). - Convention du Conseil de l'Europe, du 8 novembre 1990, relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime; approuvée le 2 mars 1993 (RO 1993 2384). - Convention internationale, du 21 décembre 1965, sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale; approuvée le 9 mars 1993 (RO 1995 1163).

Les expériences accumulées depuis une vingtaine d'années (c'est-à-dire depuis la révision constitutionnelle de 1977)⁵⁰ laissent supposer que cet élargissement des droits populaires en matière internationale ne conduira pas à une multiplication excessive des demandes de référendum sur les traités. Il ne fait d'ailleurs que compenser la diminution des droits populaires sur les actes législatifs de mise en oeuvre des traités.

Chapitre 4: Autres dispositions relatives au référendum populaire

Art. 126 Présentation d'alternatives

Nous estimons qu'un moyen pragmatique d'affiner les droits populaires serait de permettre à l'Assemblée fédérale de présenter à la votation populaire des variantes, c'est-à-dire deux textes constitutionnels ou, au niveau législatif, un texte principal et un texte alternatif. Voir les alinéas 1 et 2. Dans la votation populaire, les textes seraient départagés selon les modalités prévues à l'art. 129 du présent projet.

L'alinéa 2 précise que, lorsque l'Assemblée fédérale expose au référendum facultatif un texte principal et un texte alternatif, c'est le texte principal qui entre en vigueur si le vote du peuple n'est pas demandé.

L'alinéa 3 exclut toute alternative pour l'approbation de traités internationaux, en partant de l'idée que, de manière générale, l'approbation d'un traité ne peut pas être conditionnelle. Lorsqu'elle l'est (par la formulation d'une ou plusieurs réserves), c'est d'abord au Conseil fédéral, qui assume la responsabilité principale en matière de relations extérieures, et ensuite à l'Assemblée fédérale, qui coopère avec lui dans cette tâche, que revient la compétence de faire les choix de politique étrangère liés à la formulation des réserves. La possibilité de choisir entre les réserves n'est pas donnée aux citoyens, qui ne se prononcent, par oui ou par non, que sur le choix fait par le Parlement.

Art. 127 Clause d'urgence

La clause d'urgence est une disposition qui, en droit fédéral, n'a de signification qu'en rapport avec le référendum. C'est pourquoi nous jugeons utile d'indiquer ici les conditions auxquelles elle peut être adoptée.

Le texte de l'art. 127 correspond au droit actuel, sous réserve d'une précision contenue à l'alinéa 2: la clause d'urgence ne peut affecter qu'un arrêté qui contient des règles de droit. En effet, elle ne convient pas aux arrêtés d'approbation des traités internationaux, non plus qu'aux arrêtés administratifs ou financiers.

⁵⁰ Eléments de statistique: de 1977 à 1995, 62 traités ont été exposés au référendum facultatif: 18 selon la lettre a de l'al.3 de l'art. 89 Cst.féd.; 21 selon la lettre b; 21 encore selon la lettre c; 2 selon l'al.4. Le référendum n'a été demandé qu'une seule fois (dans un cas de la lettre b, institutions de Bretton Woods, vote du 17 mai 1992). Naturellement, on peut prévoir que la règle proposée à l'art. 124 provoquerait quelques demandes supplémentaires.

Art. 128 Détermination du résultat des référendums

Cette disposition maintient le droit actuel (voir la Première partie, no 42.9, Détermination de la majorité des voix des cantons).

Art. 129 Votes sur les alternatives et les contreprojets

Cette disposition transpose, dans un cadre plus large, le système Haab contenu à l'art. 121 bis de la Constitution actuelle. Ce dernier système n'est prévu, aujourd'hui, que pour départager une initiative constitutionnelle et un contreprojet. L'art. 129 l'étend au cas où les citoyens peuvent se prononcer sur deux textes (constitutionnels, législatifs ou administratifs) de l'Assemblée fédérale.

Art. 130 Pluralité d'initiatives populaires

Cette proposition de réforme vise à traduire, en langage constitutionnel, les avantages politiques qu'il y aurait à donner la possibilité aux autorités d'opposer entre elles plusieurs initiatives sur le même objet ou même de leur opposer un contreprojet commun. En effet, avec une fréquence croissante ces derniers temps, plusieurs initiatives sont lancées sur des objets voisins (intégration européenne, âge de la retraite, interdiction ou légalisation de la drogue, etc.).

Nous sommes cependant d'avis qu'il est difficile de trouver, au niveau constitutionnel, une règle générale et abstraite qui appréhende des cas qui ne sont guère comparables entre eux. Pour cette raison, la règle constitutionnelle envisagée à l'art. 130 vise à donner une certaine latitude à l'Assemblée fédérale. Les innovations doivent toutefois trouver leurs limites dans la garantie que les citoyens puissent exprimer leur volonté de façon cohérente, en marquant leurs préférences éventuelles. La législation d'application devrait également introduire une certaine souplesse (on pourrait notamment renoncer à l'art. 28 de la loi sur les rapports entre les conseils, qui prescrit de traiter les initiatives dans l'ordre chronologique de leur aboutissement). Par ailleurs, lors de la concrétisation législative de l'art. 130, le législateur fédéral pourra s'inspirer de modèles cantonaux récents, tels que le modèle zougais introduit au début des années 1990 (art. 95 bis - 95 déciès de la loi cantonale sur les élections et votations, révision du 26 novembre 1992, fondée sur une expertise des frères Haab)⁵¹.

AUTRES DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES LIEES AUX DROITS POPULAIRES**Principes généraux de l'activité de l'Etat****Art. 4 Respect du droit**

L'affirmation claire, dans le texte constitutionnel, du principe de la supériorité du droit international sur le droit interne est, à notre avis, un complément indispensable de la réforme des droits populaires. La plupart des constitutions européennes contient d'ailleurs une clause relative aux rapports entre le droit international et le droit interne. En Suisse, cette

⁵¹ Cf. la note 12, ci-dessus.

question fondamentale a jusqu'ici été laissée à la pratique administrative et judiciaire; du point de vue démocratique, il serait souhaitable qu'elle soit soumise une bonne fois au peuple et aux cantons.

Les droits populaires font en effet partie de l'essence de l'identité suisse. Ils doivent, à ce titre, être préservés, affinés, et le cas échéant renforcés. Mais l'attachement de la Suisse aux droits populaires doit aller de pair avec le respect par la Suisse des règles de droit international qui président à la coopération pacifique entre Etats. De même que nous attendons de nos partenaires qu'ils respectent leurs engagements internationaux, de même sont-ils en droit d'attendre que nous respections les nôtres. La Suisse attache traditionnellement une grande importance au respect de ses engagements internationaux et jouit à cet égard d'une bonne réputation. La règle cardinale, dans ce contexte, est celle de l'art. 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (ci-après, Convention de Vienne), en vigueur pour la Suisse depuis 1990⁵², selon laquelle une partie "ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité". Une telle règle vaut à l'égard non seulement de toute disposition législative, mais aussi de toute disposition constitutionnelle contraire au droit international.

L'un des points essentiels du mandat à la commission d'experts était précisément de chercher à affiner et à renforcer les droits populaires fédéraux en veillant à leur meilleure adéquation aux réalités internationales.

Nous estimons donc que le droit d'initiative populaire doit, dans toute la mesure du possible, être préservé. Mais nous tenons également pour indispensable de consolider dans la Constitution la pratique la plus récente des autorités fédérales, expliquée par le Conseil fédéral dans son message du 22 juin 1994 relatif à l'initiative des Démocrates suisses en matière d'asile⁵³: l'initiative populaire qui viole une règle impérative du droit international doit être invalidée, totalement ou partiellement. Naturellement, s'il y a doute, l'initiative devra être soumise au vote du peuple et des cantons, accompagnée, le cas échéant, d'une recommandation de rejet de la part de l'Assemblée fédérale.

Sur la portée de la règle de la primauté du droit international au stade de l'application du droit interne, voir ci-dessous, ad art.166 bis.

Il ne faut pas négliger, dans notre contexte, l'intérêt que présente la règle de la primauté ainsi comprise pour assurer, autant qu'il est possible, le respect de la volonté du constituant: les autorités d'application du droit ne feront, en effet, prévaloir le droit international que dans la mesure où nos engagements envers nos partenaires internationaux l'exigent; à l'égard des Etats tiers, la disposition constitutionnelle pourra garder la plénitude de ses effets.

Dans le contexte international actuel, notamment vis-à-vis de nos partenaires européens, une extension des droits populaires pourrait susciter certains malentendus et objections. C'est pour cette raison, entre autres,

52 R.S. 0.111.

53 FF 1994 III 1480-1483.

que nous tenons à ce qu'elle soit accompagnée de l'assurance que nous remplirons nos engagements internationaux (art. 26 de la Convention de Vienne). Voilà pourquoi nous estimons que l'insertion d'une règle générale de primauté dans les dispositions liminaires de la Constitution est nécessaire: l'adoption d'une telle clause permettra, dans la pratique, de trouver un équilibre optimal entre les exigences du droit international et la volonté de respecter, dans toute la mesure du possible, les droits populaires nationaux.

Assemblée fédérale

Art. 143 Approbation de traités internationaux

Il est incontestable que les hésitations de certains de nos concitoyens vis-à-vis du principe de la primauté du droit international sur le droit interne trouve son origine dans le sentiment diffus que les traités internationaux ne bénéficient pas de la même légitimité démocratique que les lois internes. La Constitution actuelle érige pourtant en principe général l'approbation des traités internationaux par l'Assemblée fédérale (art. 85, ch. 5, Cst.féd.). La pratique constitutionnelle qui remonte au siècle dernier, et qui est généralement reconnue comme ayant acquis force de droit constitutionnel coutumier, n'est pas toujours d'une application aisée. Il est certes admis que le Conseil fédéral peut conclure seul certains traités, mais les catégories reconnues ont évolué avec le temps et ne se fondent pas toujours sur des critères clairs⁵⁴. La présente réforme doit être l'occasion de dire clairement, dans le texte constitutionnel, que l'approbation des traités internationaux par l'Assemblée fédérale est la règle. Cette approbation est parfois expresse, parfois tacite. Mais c'est toujours l'Assemblée fédérale qui, en dernière analyse, assume la responsabilité de son choix⁵⁵.

Le texte proposé rend ainsi compte de la volonté du constituant de faire jouer à l'Assemblée fédérale un rôle clé dans la légitimation démocratique de nos relations extérieures.

Si l'art. 143 était accepté comme tel, il conviendrait de procéder aux aménagements correspondants à l'art. 158, al. 2, qui concerne le Conseil fédéral. La formule retenue à l'époque à l'art. 114 de l'essai de modèle du DFJP de 1985 fournirait un complément approprié (cette disposition, qui rappelle que le Conseil fédéral dirige les affaires étrangères, signe les traités internationaux et les ratifie, ajoute: "il les soumet à l'approbation de l'Assemblée fédérale, à moins qu'il ne soit autorisé à les conclure lui-

⁵⁴ Cf. JAAC 1955, no 18; 1987, no 58.

⁵⁵ Eléments de statistique: de 1977 à 1995, la Confédération suisse a conclu 1075 traités internationaux; 372 ont été approuvés par l'Assemblée fédérale (parmi lesquels 62 ont été exposés au référendum facultatif, ci-dessus, note 50) et 703 ont été passés en la forme simplifiée (en vertu de délégations, etc). On notera que, sur ces 1075 traités, 234 étaient multilatéraux et 841 bilatéraux. L'approbation parlementaire est la règle pour les premiers (199 sur 234, soit 85%) et presque l'exception pour les seconds (173 sur 841, soit 20%); il est vrai qu'il s'agit là souvent d'échanges de notes sur des questions mineures.

même", hypothèse qui, elle, excluerait aussi la soumission au référendum facultatif).

Conseil fédéral

L'art.158, al.2, est, pour les compétences du Conseil fédéral en matière de traités internationaux, le pendant de l'art.143 qui traite de celles de l'Assemblée fédérale (voir ci-dessus).

Tribunal fédéral

Art. 163 bis Juridiction constitutionnelle en matière d'initiatives populaires

Nous avons jugé nécessaire de limiter au strict minimum l'intervention du Tribunal fédéral dans le contrôle de l'exercice des droits populaires fédéraux.

Pour cette raison, nous avons maintenu le rôle prioritaire de l'Assemblée fédérale dans l'appréciation de la validité des initiatives populaires. C'est elle qui assumera comme jusqu'ici la responsabilité principale de cet examen, en veillant à maintenir la substance des droits populaires.

L'art. 163 bis, al. 1, reconnaît implicitement la compétence d'examen prioritaire de l'Assemblée fédérale. Mais celle-ci ne prendra, formellement, que des décisions déclarant valables les initiatives populaires. Si elle a un doute sur la validité, totale ou partielle, de l'une d'elles (au regard des principes de l'unité de la forme ou de l'unité de la matière ou d'une règle impérative du droit international), elle sera placée devant une alternative: soit déclarer l'initiative valable (en en recommandant, le cas échéant, le rejet); soit, par une décision prise à la majorité des votants dans chaque chambre, saisir le Tribunal fédéral. Dans ce cas, le Tribunal fédéral devra, au terme d'une procédure rapide (30 jours), rendre un arrêt, qui liera l'Assemblée fédérale.

Nous avons en revanche écarté une proposition tendant à confier au Tribunal fédéral la tâche de contrôler d'office toutes les initiatives avant la récolte des signatures (voir à ce sujet une motion de M. Rudolf Keller, du 28 septembre 1994, et la Première partie, no 42.5). Un tel contrôle obligatoire et préalable constituerait inévitablement une lourde charge pour le Tribunal fédéral (examen de sept à huit initiatives par année, avec un nombre à peu près identique de textes d'initiatives qui n'existent que sous une forme provisoire et qui n'aboutiront jamais). Il y aurait un risque important que l'ensemble de ces textes - le cas échéant dans différentes versions successives - soit soumis à l'examen préalable du Tribunal fédéral. La tentation serait forte, pour les comités d'initiatives, d'abuser du système afin de pouvoir "corriger le tir" en cas d'incertitude de leur part sur la validité de leur projet. Nous n'avons pas non plus jugé convaincante l'idée de subordonner le contrôle du Tribunal fédéral à une première récolte de 10 000 signatures. Aussi avons-nous finalement préféré nous en tenir au contrôle juridictionnel ponctuel décrit plus haut, qui vient se greffer sur le rôle prioritaire de l'Assemblée fédérale.

Art. 166 bis Conflits entre le droit international et le droit interne

L'art. 166 bis est le complément procédural, au stade de l'application du droit, de la règle générale de la supériorité du droit international inscrite à l'art. 4, al. 4, du présent projet.

A cet égard, il faut distinguer deux cas de conflits entre une règle interne et une règle internationale: en premier lieu, on maintient le principe d'un contrôle diffus des normes (opéré par toute autorité d'application du droit, judiciaire ou administrative, fédérale ou cantonale) quand il s'agit du rapport entre le droit international et des lois ou des ordonnances cantonales ainsi que des ordonnances fédérales. En revanche, pour les cas de conflits les plus sensibles (conflits entre le droit international et une loi fédérale, un arrêté fédéral de portée générale ou une norme constitutionnelle), il importe de réserver la faculté d'examen au Tribunal fédéral seul, dans le cadre d'un contrôle concentré des normes.

Il convient donc de créer les conditions procédurales d'un dialogue entre les autorités inférieures qui seront confrontées à ce type de problème et la juridiction suprême, seule compétente pour trancher ces conflits juridiquement ou politiquement sensibles.

Normalement, le Tribunal fédéral exercera son contrôle en statuant sur une action (hypothèse assez rare) ou sur un recours. Mais il pourra également, aux conditions définies dans la loi, être saisi par une autorité inférieure dans une procédure de présentation (Vorlageverfahren). Cette procédure, qui caractérise le contrôle concentré, repose sur une collaboration entre l'autorité inférieure et le juge suprême. Non contentieuse, elle serait déclenchée par l'autorité inférieure qui se heurterait à un problème de compatibilité entre une loi fédérale ou un arrêté fédéral de portée générale et une règle internationale obligatoire pour la Suisse. Elle ne risquerait pas de conduire à un usage abusif, puisqu'elle viendrait se greffer sur un cas d'espèce. Elle devrait, à sa manière, contribuer à garantir une application uniforme du droit dans l'ordre juridique suisse. Elle respecterait de surcroît le fédéralisme, puisque les autorités inférieures, après avoir fait trancher la question de principe par le Tribunal fédéral, appliqueraient elles-mêmes la solution au cas d'espèce⁵⁶.

L'art. 166 bis, dernière phrase, précise qu'il appartient au Tribunal fédéral de décider "si" et "dans quelle mesure" la loi fédérale ou l'arrêté fédéral de portée générale contraire au droit international sera appliqué. Cette formule, qu'on retrouve à l'art. 168, al. 2, du projet de réforme de la justice, permettra au Tribunal fédéral de ne faire prévaloir la règle internationale sur la règle interne contraire que dans la stricte mesure du nécessaire, conformément à l'esprit de l'art. 4 du présent projet. L'essentiel est de lui donner le moyen d'assurer la cohérence globale de l'ordre juridique. L'art. 166 bis fournira aussi au Tribunal fédéral, dans certaines circonstances, l'occasion d'adresser un signal au législateur, en suggérant à celui-ci, selon la procédure des "Appellentscheide" du droit allemand, de

⁵⁶ On reproche parfois à la procédure de présentation de ralentir le cours de la justice. A ce grief, on peut répondre que, tout au contraire, cette procédure devrait permettre d'éclaircir au plus tôt un point de droit et de faire ainsi l'économie d'un ou de plusieurs recours.

tirer les conséquences d'un conflit entre le droit international et le droit interne et de modifier la loi.

Revision de la Constitution fédérale

Art. 167 Principe

L'art. 167 correspond au droit actuel et n'appelle pas de commentaire.

Art. 168 Revision totale

L'alinéa 1 de l'art. 168 contient deux modifications par rapport au droit constitutionnel actuel: d'une part, l'augmentation du nombre des signatures nécessaires pour demander la revision totale (de 100 000 à 200 000, cf. ad art. 117); d'autre part, l'abandon de la possibilité donnée à chaque chambre de l'Assemblée fédérale de demander la revision totale en provoquant un référendum préalable. Désormais, c'est l'Assemblée fédérale qui devra la décréter: en cas de désaccord entre les deux chambres, la procédure s'arrêtera.

Art. 169 Revision partielle

Sauf le nombre de citoyens actifs pouvant demander la revision partielle (désormais 200 000, cf. ad art. 118), cette disposition correspond au droit actuel.

Le principe de l'unité de la matière vaut non seulement pour les initiatives populaires demandant la revision partielle de la Constitution, mais aussi pour les projets qui émanent de l'Assemblée fédérale. Pour les raisons indiquées ci-dessus (voir le commentaire relatif à l'art. 118), il n'y a pas lieu de mentionner l'exigence de l'exécutabilité comme condition de validité d'une revision partielle de la Constitution.

Art. 170 Entrée en vigueur

L'art. 170 correspond au droit en vigueur. La règle constitutionnelle est aujourd'hui précisée par l'art. 15, al. 3, de la loi fédérale sur les droits politiques de 1976 (LDP), qui prévoit que les modifications de la Constitution "entrent en vigueur dès leur acceptation par le peuple et les cantons, à moins que le projet n'en dispose autrement".

Dans la publication commune de l'Office fédéral de la justice et de la Direction du droit international public, du 26 avril 1989, sur les rapports entre le droit international et le droit interne au sein de l'ordre juridique suisse⁵⁷, on a relevé l'opportunité de modifier l'art. 15, al. 3, LDP, en vue de faciliter la résolution des problèmes d'harmonisation des initiatives populaires tendant à la revision de la Constitution avec le droit international en vigueur pour la Suisse. Voir les conclusions de cette communication, in fine, ainsi que les développements contenus au § 16, lettre f de ce texte, avec une proposition de formulation pour l'art. 15, al. 3, LDP (nouveau):

⁵⁷ JAAC 1989, no 54.

"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". Nous nous référons, pour l'exposé des motifs, aux considérations qui figurent dans la communication.

Cette modification législative permettrait, elle aussi, d'assurer une meilleure adéquation du système suisse des droits populaires aux réalités de la vie internationale.

Exposé des motifs

1	Introduction	blanc
2	Mise à jour du droit constitutionnel	blanc
3	Variantes	blanc
4	Réforme des droits populaires	bleu
5	Réforme de la justice	vert
6	Abréviations	blanc
7	Annexe: Questionnaire sur la réforme de la Constitution	blanc

Exposé des motifs du projet de Constitution

1	Introduction	blanc
2	Mise à jour du droit constitutionnel	blanc
3	Variantes	blanc
4	Réforme des droits populaires	bleu
5	Réforme de la justice	vert
6	Abréviations	blanc
7	Annexe: Questionnaire sur la réforme de la Constitution	blanc

51 Bases du rapport

Par lettre du 6 juillet 1994, Monsieur le Conseiller fédéral Arnold Koller a chargé une commission d'experts d'élaborer les grandes lignes d'une nouvelle réglementation constitutionnelle de la juridiction fédérale et un avant-projet de révision de la constitution fédérale pour le domaine de réforme de la justice.*

52 Nécessité d'une réforme

521 Situation initiale

La nécessité de réviser les dispositions constitutionnelles relatives à l'organisation et aux compétences du Tribunal fédéral (art. 106 - 114bis) est reconnue depuis les années septante au moins¹. Dans son rapport final de 1973, le groupe de travail Wahlen proposait l'introduction du contrôle de la constitutionnalité au niveau fédéral². De plus, elle préconisait, dans l'intérêt du citoyen qui peine à trouver la voie de droit correcte dans le dédale des droits de procédure cantonaux, d'uniformiser le droit de procédure pour toutes les procédures juridictionnelles dans lesquelles les instances cantonales appliquent le droit civil, pénal ou administratif de la Confédération³. La commission Furgler, quant à elle, était favorable à l'introduction du contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales, et ce pour améliorer la protection des particuliers, pour mieux concrétiser la hiérarchie des normes et pour renforcer la séparation des pouvoirs en développant la juridiction fédérale en tant que "pouvoir neutre"⁴. L'Etude-modèle du DFJP renonçait à étendre le contrôle de la constitutionnalité mais proposait d'in-

* La commission d'experts a déposé son rapport final le 22 mars 1995. La présente partie relative à la réforme de la justice se fonde sur ce rapport.

La commission d'experts "Réforme de la justice" se composait des membres suivants:

- Monsieur Walter Kälin, prof. et dr. en droit, Berne (président)
- Monsieur Heinrich Koller, prof. et dr. en droit, directeur de l'Office fédéral de la justice (vice-président)
- Monsieur Alfred Kölz, prof. et dr. en droit, Zurich
- Monsieur Pierre Moor, prof. et dr. en droit, Lausanne
- Monsieur Peter Alexander Müller, juge fédéral et dr. en droit, Lausanne.
- Monsieur Philipp Stähelin, conseiller d'Etat et dr. en droit, Thurgovie.

¹ Pour un aperçu des tentatives de réformes antérieures, voir JEAN-FRANCOIS AUBERT, Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales; méthode, organisation, procédure, dans: Verfassungsgerichtsbarkeit, Schriftenreihe SAV, vol. 3, Zurich 1988, p. 17.

² Groupe de travail pour la préparation d'une révision totale de la Constitution fédérale (groupe de travail Wahlen), rapport final, vol. IV, Berne 1973, p. 736.

³ a.a.O., p. 734.

⁴ Commission d'experts pour une révision totale de la Constitution fédérale, rapport, Berne 1977, p. 178ss.

roduire un "recours pour méconnaissance par l'Assemblée fédérale de la teneur et du but d'une initiative populaire"⁵.

Alors que ces propositions de modifications constitutionnelles se concentraient sur l'extension de la protection juridique, les projets de réformes législatives, depuis le milieu des années quatre-vingt, mirent l'accent sur une diminution de la charge toujours croissante des affaires à laquelle le Tribunal fédéral est confronté. Cette problématique doit être prise en compte également dans le cadre de la réforme constitutionnelle.

522 Mise en péril de l'aptitude du Tribunal fédéral à assumer son rôle de cour suprême

Un tribunal suprême doit assumer au moins trois tâches: il doit assurer la protection juridique, garantir l'unité du droit et contribuer à son développement tant par son oeuvre d'interprétation de la loi que par la reconnaissance et la concrétisation de principes constitutionnels. Alors que la tâche d'assurer la protection juridique des particuliers revient en premier lieu aux instances inférieures, la garantie de l'unité et du développement du droit en vigueur relèvent typiquement de la mission d'un tribunal suprême.

Le Tribunal fédéral est certes parvenu, en ces temps de surcharge permanente, à garantir comme auparavant l'unité du droit, même si, par manque de temps, une coordination optimale de la jurisprudence au sein du Tribunal fédéral n'a pas toujours pu être réalisée dans toute la mesure souhaitable. La protection juridique des particuliers est mise à mal par des procédures de longue durée, et la multiplication des procédures sommaires risque, à la longue, de donner à tout le moins l'impression qu'il n'est plus possible d'examiner chaque recours de manière suffisamment approfondie. Ce qui est en cause, ce n'est rien de moins que la réputation même de la cour suprême. Mais l'inconvénient majeur de cette surcharge est d'affaiblir la capacité d'élaborer une jurisprudence satisfaisant aux plus hautes exigences et, autant que faire se peut, d'adapter le droit à l'évolution des circonstances. Il est enfin à craindre que la surcharge puisse affecter l'impartialité des juges. En effet, un juge surchargé peut être tenté de se rallier trop rapidement à un point de vue plausible d'une partie, dès lors qu'il lui manque purement et simplement le temps d'effectuer lui-même une recherche juridique absorbante.

La surcharge du Tribunal fédéral a pris des proportions inquiétantes. Certes, l'adoption de différentes mesures permet de maintenir le nombre des affaires pendantes dans des limites acceptables. Toutefois, lorsqu'un trop grand volume d'affaires conduit à ce que le principe de liquidation devient la règle de conduite cardinale, la mission de la cour suprême de garantir l'unité et le développement du droit est sérieusement mise en péril. Pour une protection juridique efficace, les conditions dans lesquelles travaille le tribunal sont décisives. Il n'appartient pas à une cour suprême de liquider un grand nombre d'affaires. La nécessité s'impose de recentrer l'activité jurisprudentielle du tribunal suprême sur l'essentiel.

⁵ Art. 125, 1er al. let. c de l'étude-modèle.

Ce but ne peut être atteint que par des réformes structurelles qui comprennent de véritables limitations d'accès et le renforcement des instances judiciaires inférieures. De telles mesures impliquent, pour la plupart, la création de nouvelles bases constitutionnelles.

523 Surcroît de travail dû à des tâches étrangères à la mission du Tribunal fédéral

Alors qu'il est déjà très chargé et sans que cela réponde à une justification intrinsèque, le Tribunal fédéral doit exercer des tâches qui lui sont matériellement étrangères: il s'agit notamment des tâches de surveillance et de législation dans les domaines de la poursuite pour dettes et faillite et de l'expropriation. Il doit en être déchargé. Une autre tâche inconciliable avec sa fonction de cour suprême est celle de fonctionner comme juridiction de première instance, et ce dans un nombre non négligeable de cas. Les procédures de première instance nécessitent beaucoup de temps et de travail, car l'état de fait doit être établi de manière complète et une limitation au seul contrôle du droit n'est pas possible. Dans la mesure où il ne s'agit pas de contestations entre collectivités publiques ou d'affaires dans lesquelles des magistrats fédéraux sont impliqués, les compétences du Tribunal fédéral comme juridiction de première instance doivent être supprimées. Cela nécessite une modification de l'actuelle constitution fédérale (art. 110 al. 1 ch. 2 et 4, art. 114bis al. 4 cst. féd.).

524 Lacunes dans le dispositif de protection juridique

Il faut, pour l'essentiel, mentionner quatre domaines:

Une lacune sensible de la protection juridique résulte de l'impunité des lois fédérales et des arrêtés de portée générale (art. 113 al. 3, 114bis al. 3 cst. féd.). Si, à l'époque de la création de cette règle, il s'agissait en priorité de protéger la liberté des citoyens contre les cantons forts, c'est aujourd'hui, compte tenu de l'énorme transfert de compétences, avant tout face à la puissante Confédération qu'un besoin de protection se fait sentir. Ce besoin n'est toutefois pas satisfait. Le citoyen ne dispose, d'après l'actuelle constitution, d'aucun moyen de droit contre la violation de droits constitutionnels contenue dans des lois fédérales ou des arrêtés de portée générale. Les cantons ne peuvent pas davantage se défendre lorsqu'une loi fédérale ou un arrêté de portée générale viole la répartition constitutionnelle des compétences.

Au surplus, la constitution fédérale ne connaît pas la garantie d'une voie de droit au sens de l'accès à un tribunal indépendant. Pour ce qui est des prétentions de droit civil ou des affaires pénales, une telle garantie ressort de l'article 6, paragraphe 1 CEDH. En dehors du champ d'application de cette disposition, il subsiste encore des situations où il n'est pas possible d'accéder à un tribunal. C'est notamment le cas lorsque le Conseil fédéral ou un département statue de manière définitive. Certes, il existe toujours contre les actes administratifs des cantons la possibilité de recourir au Tribunal fédéral par la voie du recours de droit public. Cette possibilité ne permet cependant pas un contrôle complet de l'état de fait et du droit. L'absence d'une véritable garantie de voie de droit est contraire à la conception de l'Etat de droit en matière de protection juridique. En effet, une

telle protection ne peut être garantie qu'en assurant l'accès à un tribunal indépendant.

Une autre lacune de la protection juridique concerne le recours des autorités. Il fait défaut dans le domaine d'application de l'actuel recours de droit public. Ce dernier donne au particulier un moyen de droit lui permettant de recourir contre les atteintes étatiques injustifiées à ses droits constitutionnels. Une telle possibilité fait cependant défaut aux collectivités publiques agissant comme détentrices du pouvoir étatique. Aussi les corporations de droit public - comme les cantons et les communes ainsi que leurs autorités - ne sont pas à même de recourir, par la voie du recours de droit public, contre les actes d'autres organes étatiques qui les touchent en tant que détentrices de compétences souveraines. Une exception existe uniquement lorsque les communes, ou des corporations qui leur sont assimilées, cherchent à se défendre contre la violation de leur autonomie ou de leur existence garanties par le droit cantonal. Cela peut conduire à des situations inéquitables. Par exemple, le canton qui a fait l'objet d'une décision de contrôle de normes par le tribunal cantonal administratif ou, le cas échéant, par le tribunal constitutionnel, ne dispose d'aucun moyen de défense. De même, le gouvernement cantonal ne peut attaquer un jugement du tribunal administratif qui touche le canton dans ses compétences souveraines, en invoquant une fausse application des droits constitutionnels du citoyens⁶. Un autre exemple est l'absence de possibilité de recours du procureur public contre la décision d'acquiescement d'un tribunal qui repose sur une constatation des faits contraire aux actes ou sur une appréciation arbitraire des preuves.

Enfin, il convient de réexaminer la protection juridique dans le domaine des droits politiques de la Confédération. Le Tribunal fédéral ne possède dans ce domaine que des compétences marginales (recours de droit administratif dans les cas de l'art. 80 LDP). Pour le surplus, il n'y a pas de protection juridictionnelle. Toutefois, le Conseil fédéral ou le Conseil national tranchent en dernière instance les recours contre les décisions des gouvernements cantonaux pour ce qui est des votations fédérales ou des élections au Conseil national (art. 81 et 82 LDP). Aucun recours n'existe contre la décision d'invalidité d'une initiative populaire prise par l'Assemblée fédérale.

525 Nécessité de décharger le Conseil fédéral de ses fonctions juridictionnelles

Selon le droit actuel, le Conseil fédéral dispose de compétences résiduelles non négligeables en matière de juridiction administrative (art. 72 ss LPA) et de quelques plus rares compétences en matière de juridiction de droit public (art. 73, al. 1, let. a et b, LPA). Les décisions du Conseil fédéral en cas de contestations de droit public au sens de l'art. 73, al. 1, let. a et b, LPA peuvent être déferées à l'Assemblée fédérale (art. 79 LPA).

Plusieurs raisons font apparaître aujourd'hui les compétences juridictionnelles du Conseil fédéral comme problématiques. Ces compétences com-

⁶ Cf. p.ex. ATF 120 Ia 95ss: qualité pour recourir déniée au canton de Bâle-Ville dans la contestation pécuniaire relative aux jardinières d'enfants.

pliquent le système de la juridiction de droit public de la Confédération. En effet, les domaines de compétences du Conseil fédéral et du Tribunal fédéral sont à la fois séparés et pas toujours faciles à délimiter les uns des autres. La plupart des compétences actuelles du Conseil fédéral en matière de juridiction de droit public et de droit administratif sont dépourvues de justification propre et ne peuvent s'expliquer aujourd'hui que par des raisons historiques, sous réserve des contestations qui soulèvent de pures questions politiques et qui ne se prêtent pas à un contrôle judiciaire (ainsi par ex. dans le domaine des affaires étrangères). En outre, il peut en résulter certaines contradictions par rapport à la CEDH. Selon la pratique des organes de Strasbourg en matière de "droits civils" au sens de l'art. 6, par. 1, CEDH, cette disposition a une portée toujours plus grande dans le domaine de la juridiction administrative, et les garanties qui en découlent, notamment le droit à un tribunal, doivent être assurées. Or, le Conseil fédéral ne satisfait pas aux exigences de la CEDH pour ce qui est de la garantie d'un tribunal indépendant. Mais surtout, le Conseil fédéral s'occupe de tâches extra-gouvernementales et perd de ce fait du temps et de l'énergie pour accomplir ses propres fonctions.

La réforme du gouvernement projetée doit décharger autant que possible le Conseil fédéral (et les Chambres fédérales) de leurs tâches juridictionnelles et apporter ainsi une contribution importante à la répartition des tâches. Ceci ne saurait cependant s'opérer au détriment du Tribunal fédéral. Les recours traités jusqu'à maintenant par le Conseil fédéral ne sauraient être purement et simplement transférés au Tribunal fédéral, déjà fortement surchargé. Il convient bien plutôt de réformer la juridiction administrative inférieure au niveau fédéral, ce qui implique la révision des principes de l'article 103 de l'actuelle constitution fédérale.

526 Problématique du contrôle des normes

Le contrôle des normes signifie l'examen des normes sous l'angle de leur compatibilité avec le droit de rang supérieur. Lorsque la constitution constitue l'aune du contrôle, le contrôle des normes représente l'une des formes de la juridiction constitutionnelle (pour autant qu'il soit effectué par un tribunal).

Les normes peuvent être contrôlées de manière abstraite ou concrète. Dans le premier cas, la norme elle-même constitue l'objet du recours. Sa conformité par rapport au droit de rang supérieur est examinée indépendamment d'un cas d'application. Dans le contrôle concret des normes, l'objet du recours est un acte d'application (décision, décision sur recours). Dans ce cas, la conformité de la norme - sur la base de laquelle repose l'acte d'application - par rapport au droit de rang supérieur est examinée de manière préjudicielle.

Pour ce qui est des législations cantonales, le système du contrôle des normes est bien établi. Il incombe en principe à toutes les autorités d'application d'examiner la conformité avec le droit de rang supérieur des normes invoquées dans le cas d'espèce. De plus, l'ensemble des législations cantonales peut faire l'objet du recours de droit public (art. 84, al.1, OJ). Le Tribunal fédéral peut alors effectuer également un contrôle abstrait

portant sur le respect des droits constitutionnels ainsi que des concordats et des traités internationaux. En tout cas, le Tribunal fédéral refuse d'effectuer le contrôle abstrait des normes des constitutions cantonales (ATF 118 la 124 ss., notamment 128). Son argumentation repose sur le fait que l'Assemblée fédérale soumet déjà les constitutions cantonales à un contrôle préventif des normes dans le cadre de la garantie fédérale (art. 6 en relation avec art. 85, ch.7 cst.). Le Tribunal fédéral effectue un contrôle concret des normes constitutionnelles des cantons uniquement lorsque le droit de rang supérieur n'était pas encore en vigueur au moment de la garantie de la norme par l'Assemblée fédérale (ATF 116 la 366, consid. 4b, 111 la 239 ss.). Il revient au Conseil fédéral et, en dernière instance, à l'Assemblée fédérale de trancher les recours en cas de violation de certains droits constitutionnels et de certaines dispositions de traités internationaux (art.73, al. 1, let.a et b, LPA, art. 79 LPA). De tels recours peuvent également être dirigés contre des législations cantonales. A la suite du démantèlement des compétences juridictionnelles du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale, ces recours tomberont alors dans les compétences du Tribunal fédéral.

Par contre, des limites étroites ont été posées pour ce qui est du contrôle des normes de droit fédéral: "le Tribunal fédéral appliquera les lois votées par l'Assemblée fédérale et les arrêtés de cette Assemblée qui ont une portée générale. Il se conformera également aux traités que l'Assemblée fédérale aura ratifiés." (art. 113, al. 3, art.114bis, al. 3, cst. féd.). Figurent au nombre des actes législatifs immunisés au sens de l'art. 113 al. 3, cst.:

- les lois fédérales,
- les arrêtés fédéraux de portée générale (selon la doctrine dominante, également ceux qui ne sont pas soumis au référendum),
- les traités internationaux (selon une conception prédominante de la doctrine, également ceux qui n'ont pas été approuvés par l'Assemblée fédérale).

Figurent au nombre des actes législatifs qui ne font pas partie de ceux couverts par l'art. 113, al. 3, cst.:

- les ordonnances du Conseil fédéral,
- les arrêtés fédéraux simples.

Par conséquent, ces normes peuvent, en principe, faire l'objet d'un contrôle concret⁷. En revanche, un contrôle abstrait n'est pas prévu.

Compte tenu du changement de la situation initiale (transfert de nombreuses compétences à la Confédération) et de l'incorporation de la Suisse dans le droit international (en particulier depuis d'entrée en vigueur de la CEDH), il est aujourd'hui difficilement défendable que les actes législatifs les plus importants de la Confédération échappent encore à tout contrôle judiciaire. Pour plusieurs motifs, qui seront évoqués de manière plus précise ci-dessous (chiffre 561), l'extension du contrôle des normes aux lois

⁷ Concernant la mesure du contrôle relatif aux ordonnances, cf. ATF 118 lb 372, 118 V 225, 106 lb 190s.

fédérales et aux arrêtés de portée générale devient un postulat de réforme de plus en plus actuel.

527 Besoin d'harmonisation dans le domaine du droit de procédure

L'actuelle constitution fédérale laisse aux cantons la compétence de légiférer dans le domaine de la procédure en matière de droit civil et pénal (organisation judiciaire, procédure et jurisprudence). Les art. 64, al. 3, et 64bis, al. 2, cst. n'assurent cependant aux cantons qu'une "Substanzgarantie"⁸. La Confédération n'est pas totalement exclue. Quelques domaines de la procédure civile ou pénale sont réservés à la Confédération par la constitution fédérale⁹. Pour les domaines restants, il est reconnu que la Confédération peut édicter des dispositions de procédure, dans la mesure où elles s'avèrent nécessaires à l'application uniforme et à la réalisation du droit matériel et qu'elles servent à éviter les conflits intercantonaux de compétences. C'est également ce qui prévaut dans le domaine du droit administratif fédéral. En effet, dans le cadre de l'exécution du droit administratif fédéral, les cantons disposent en principe, sur la base de l'art. 3 cst., d'une autonomie en matière de procédure et d'organisation. Dans la mesure où les cantons exécutent leur propre droit administratif matériel, ils jouissent de leur autonomie en matière d'organisation et de procédure, laquelle ne peut être limitée que par le droit constitutionnel fédéral. Si le législateur constitutionnel n'est jusqu'à présent pas intervenu en cette matière, le Tribunal fédéral a porté atteinte notamment à l'autonomie de procédure des cantons: les garanties judiciaires, telles que reconnues par une jurisprudence créatrice développée sur la base des art. 4 et 58 cst., doivent être respectées par les cantons également lorsqu'ils exécutent leur propre droit public. L'obligation de coordination applicable en matière de procédure d'autorisation dans les domaines relevant de la construction et de l'environnement, telle que reconnue par le Tribunal fédéral, a entraîné des conséquences considérables sur le développement des procédures cantonales¹⁰.

Le résultat de cette répartition constitutionnelle des compétences est que l'on est en présence de 26 droits de procédure différents (27, si l'on tient compte de la Confédération - 29 en matière pénale¹¹). La marge de manœuvre du législateur cantonal est de toute manière devenue étroite de par la jurisprudence constitutionnelle du Tribunal fédéral et celle des organes de Strasbourg. En outre, on peut observer, dans toutes les branches juridiques pour lesquelles la Confédération dispose d'une compétence de légiférer, que le droit cantonal de procédure, notamment celui qui se rapporte à la procédure proprement dite, est progressivement envahi par des

⁸ KURT EICHENBERGER, Bundesrechtliche Legiferierung im Bereich des Zivilprozessrechts nach geltendem Verfassungsrecht, dans: RDS 1969 II, 467ss, 485 (pour l'art. 64, 3e al. cst.).

⁹ L'organisation et la procédure relative à la juridiction fédérale, la réalisation forcée de créances se rapportant à une somme d'argent ou à une sûreté, la procédure civile internationale.

¹⁰ La première fois dans ATF 116 Ib 50 ss.

¹¹ PPF, DPA et procédure pénale militaire.

réglementations fédérales. Les traités internationaux¹² limitent également l'autonomie des cantons en matière judiciaire dans d'importants domaines. Ainsi, un processus d'unification est d'ores et déjà amorcé.

Bien que demeurées jusqu'ici ponctuelles et non systématiques, les multiples ingérences du législateur fédéral dans la procédure et l'organisation judiciaire des cantons ont eu pour effet de compromettre sérieusement la transparence et, partant, la sécurité du droit. Cela est d'autant plus vrai que de nombreuses règles ne trouvent leur source que dans la jurisprudence du Tribunal fédéral et celle des organes de la CEDH. Cette situation fait obstacle à la défense de prétentions de droit civil ainsi qu'à la pénétration scientifique du droit de procédure. Dans le domaine du droit pénal, l'actuel éparpillement du droit empêche de surcroît une lutte efficace contre la criminalité. La coexistence de 26 (27/29) droits de procédure ne correspond plus aux exigences de notre époque, où les rapports juridiques dépassent de plus en plus les frontières cantonales. De plus, cette situation est préjudiciable sous l'angle de l'intégration de la Suisse à un ordre économique commun à toute l'Europe.

La doctrine se prononce clairement en faveur d'une unification du droit de procédure en matières civile et pénale¹³. Au niveau politique également, il y a des interventions dans ce sens. Pour ce qui est de l'unification de la procédure pénale, plusieurs initiatives des cantons sont en préparation ou ont été lancées et deux motions sont pendantes¹⁴.

Il s'impose dès lors de réexaminer l'actuelle répartition des compétences dans le domaine du droit de procédure, et cela à la lumière d'une situation nouvelle et du processus d'unification déjà engagé du fait de certains choix du législateur fédéral ainsi que des principes jurisprudentiels déduits de la constitution et de la CEDH.

¹² On peut citer notamment la Convention de Lugano (RS 0.275.11).

¹³ Ont plaidé récemment l'unification du droit de procédure en matière civile: OSCAR VOGEL et STEPHEN BERTI lors de la Journée des juristes suisses, dans: RDS 1988 II, p. 350ss, 356ss, ainsi que PIERRE MARTIN, Probleme des Rechtsschutzes, dans: RDS 1988 II, p. 1ss, 103; voir aussi RICHARD FRANK, Soll das Zivilprozessrecht in der Schweiz vereinheitlicht werden?, dans: Festschrift für Oscar Vogel, Fribourg 1991, p. 23-50, et OSCAR VOGEL, Europa und das schweizerische Zivilprozessrecht, dans: PJA 1992, p. 459ss. Parviennent aux mêmes conclusions sous l'angle d'une analyse économique du droit: PETER STOLZ/STEPHAN GRASS, Reform und Vereinheitlichung des schweizerischen Zivilprozessrechts?, dans: recht 1995, p. 1ss, en part. 9.

L'unification du droit de procédure en matière pénale est proposée par: JÜRGEN AESCHLIMANN, Die Zukunft des schweizerischen Strafprozessrechts, dans: RPS 1992, p. 355ss, 365; GERARD PIQUEREZ, L'avenir de la procédure pénale en Suisse, dans: RPS 1992, p. 366ss, 381; HANS SCHULTZ, 50 Jahre Schweizerisches Strafgesetzbuch, dans: RPS 1992, p. 3 ss, 31. Déjà H.F. PFENNINGER, Eidgenössisches Strafrecht und kantonales Strafprozessrecht, dans: RSJ 1955, p. 197ss, 207. ROBERT HAUSER, Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2e éd., Bâle 1984, p. 43, regrette l'actuelle dispersion de la réglementation juridique.

¹⁴ Motion Rhinow (94.3311); Motion Schweingruber (94.3181). Initiatives du Conseil des Etats (BS et BL).

528 Actualisation du texte de la constitution

Au-delà de ce motif spécifique de révision, il existe un intérêt général à adapter le texte de la constitution, qui a fortement vieilli, aux tâches actuelles du Tribunal fédéral: l'art. 110 cst. sur la compétence du Tribunal fédéral de connaître des contestations de droit civil s'explique par exemple aisément par la situation juridique qui prévalait au niveau fédéral avant l'unification du droit civil; et l'art. 112 instituant le Tribunal fédéral comme juridiction pénale de première instance est fortement lié aux tensions - parfois violentes - qui marquèrent l'avènement de l'Etat fédéral, encore bien fragile, au 19ème siècle.

53 Buts de la réforme**531 Garantie d'une protection juridique effective dans tous les domaines**

L'organisation judiciaire fédérale dans son ensemble et les systèmes judiciaires des cantons doivent conjointement offrir la garantie d'une protection juridique effective dans tous les domaines du droit. Les jugements pénaux ainsi que les décisions qui ne sont pas rendues par une autorité judiciaire doivent en principe pouvoir faire l'objet d'un recours auprès d'un tribunal impartial et indépendant. Le système des recours doit être aussi simple et clair que possible et les procédures doivent pouvoir être achevées dans un délai raisonnable.

532 Consolidation de l'aptitude du Tribunal fédéral à assumer son rôle de tribunal suprême

Une réforme de l'organisation judiciaire fédérale doit créer, voire restaurer, les conditions nécessaires pour que le Tribunal fédéral puisse se consacrer non seulement à la protection judiciaire des particuliers dans les cas prévus par la loi, mais également à ses tâches spécifiques en tant que tribunal suprême, à savoir principalement l'application correcte et uniforme du droit, le développement de la jurisprudence, la protection des droits constitutionnels et le règlement des différends entre la Confédération et les cantons ou les cantons entre eux. Le Tribunal fédéral ne peut pas assumer convenablement ces tâches s'il est surchargé comme il l'est à l'heure actuelle.

Pour permettre au Tribunal fédéral d'assumer son rôle de tribunal suprême, il convient de le décharger. Une cour suprême ne doit pas non plus être trop nombreuse: il y va de l'unité de sa jurisprudence. La solution ne doit donc pas être recherchée dans une augmentation pour le long terme du nombre actuel des juges fédéraux. Ce qu'il faut, ce sont des mesures structurelles, propres à maintenir la charge de travail du Tribunal fédéral à un niveau convenable.

Le Tribunal fédéral doit être déchargé des contestations de particuliers qui sont sans rapport avec les tâches d'une juridiction suprême. Une autorité judiciaire inférieure est tout aussi apte à statuer sur de tels litiges. L'accès au Tribunal fédéral doit toutefois rester ouvert lorsqu'il s'agit de se prononcer sur des questions de principe ou de sauvegarder l'unité du droit.

C'est en étant à même de consacrer suffisamment de temps pour le développement et la mise en oeuvre d'une pratique cohérente en matière d'application du droit fédéral et international que le Tribunal fédéral peut contribuer le mieux au renforcement tout à la fois de la sécurité du droit et de la protection juridique, ce qui profite finalement à l'ensemble des justiciables. La qualité de la protection juridique ne saurait de toute façon se mesurer au seul nombre des instances de recours. Une trop longue succession d'instances nuit au contraire à la protection juridique, du fait de la durée de la procédure et des frais élevés qui en découlent. Elle peut également compromettre la crédibilité de la jurisprudence, en raison du risque de jugements en tout ou partie divergents d'une instance à l'autre. Or, c'est un fait d'expérience qu'un jugement de dernière instance tombant après une succession de va-et-vient dans la recherche de la bonne solution juridique ne parvient plus à convaincre personne, quelle que soit la qualité de sa motivation.

533 Développement de la juridiction constitutionnelle

Les fonctions assignées à la juridiction constitutionnelle, soit avant tout "garantir les fondements de la démocratie, de l'Etat de droit et de l'Etat fédéral" (J. P. MÜLLER), doivent être assurées non seulement à l'égard des cantons, mais aussi de la Confédération. Par conséquent, une révision de la constitution dans le domaine de la justice doit inclure l'élargissement de la juridiction constitutionnelle aux lois fédérales et aux arrêtés fédéraux de portée générale, tout au moins sous la forme d'un contrôle concret des normes. Pour renforcer les cantons, il faut leur donner la possibilité d'invoquer devant le Tribunal fédéral le fondement insuffisant d'une loi fédérale ou d'un arrêté fédéral au regard des règles de compétences. Cela revient à reconnaître aux cantons un droit que la Confédération possédait déjà dans le sens opposé (art. 113, al. 1, ch. 1, cst.).

534 Unification du droit de procédure

Il faut prévoir des bases constitutionnelles claires pour permettre la nécessaire unification ou harmonisation du droit de procédure.

54 Domaine de réforme I: Protection juridique

541 Garantie explicite d'une voie de droit pour les particuliers

L'Etat de droit se doit de garantir au citoyen une protection publique de ses droits. Cela implique la garantie d'une protection juridique qualifiée assurée par un tribunal indépendant. Une protection juridique assurée par une autorité publique quelconque ne disposant pas de l'indépendance d'un tribunal n'est donc pas suffisante. L'accès au juge doit rester ouvert. Telle est la signification de la garantie d'une voie de droit pour les particuliers.

L'actuelle constitution fédérale ne contient pas une garantie d'une voie de droit à caractère général. En prévoyant, à l'art. 113, al. 1, ch. 3, que le Tribunal fédéral connaît des réclamations pour violation des droits constitutionnels des citoyens, elle ouvre cependant au particulier une procédure

judiciaire pour faire valoir ses droits constitutionnels. En effet, d'après l'opinion d'une grande partie de la doctrine, l'art. 113, al. 1, ch. 3, cst. oblige le Tribunal fédéral à statuer lorsqu'il est saisi d'un recours¹⁵. L'art. 113, al. 1, ch. 3, cst. doit être mis en relation avec l'art. 5 cst. qui stipule que la Confédération garantit "les droits constitutionnels des citoyens". L'art. 113, al. 1, ch. 3 cst. garantit ainsi une voie de droit (au Tribunal fédéral) pour les droits garantis par la constitution. Cette garantie ne vaut bien sûr que dans le champ d'application du recours de droit public.

Il convient non pas de supprimer sans autre cette réglementation, mais plutôt de la remplacer par la garantie d'une voie de droit de caractère général, à savoir une garantie d'accès à un juge. En vertu de la CEDH, un tel droit existe déjà en droit pénal et en droit civil ainsi que dans les domaines du droit administratif où sont en cause des droits de caractère civil au sens de l'art. 6, par. 1, CEDH. Dans les autres domaines du droit administratif, les particuliers ont un intérêt légitime à ne pas être de simples objets d'un pouvoir exécutif de plus en plus puissant, mais à pouvoir faire appel à une autorité indépendante en étant ainsi assuré de certaines garanties procédurales. Il est par conséquent justifié d'introduire dans la constitution fédérale, à l'instar de nombreuses constitutions européennes¹⁶, une protection judiciaire générale contre les actes de l'administration. Ce principe, qui peut au demeurant ne pas être absolu et laisser place à des exceptions justifiées (en particulier les actes de gouvernement), peut être intégré dans la partie relative à l'organisation de la juridiction fédérale, ainsi qu'on le propose ici. Il serait également possible d'inscrire cette garantie d'accès à un juge en tant que droit fondamental, par analogie avec l'art. 19, al. 4, de la Loi fondamentale allemande.

La garantie d'une voie de droit de caractère général assure au citoyen une protection judiciaire. Cela ne signifie pas pour autant que celle-ci doive être assurée par le Tribunal fédéral seulement. En effet les autorités judiciaires inférieures sont aussi capables que lui de garantir au particulier la protection de ses droits. Un accès sans restriction au Tribunal fédéral

¹⁵ Dans ce sens p.ex. ANDREAS AUER, Une procédure d'admission devant le juge constitutionnel fédéral?, dans: RSJ 1986, p. 105ss; WALTER HALLER dans Commentaire de la Constitution de la Confédération suisse, art. 113, no 85; WALTER KÄLIN, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2e éd., Berne 1994, p. 5s; JEAN-FRANCOIS POUDRET, La procédure d'admission selon le projet de revision de la loi fédérale d'organisation judiciaire, dans: RDS 1986 I, p. 388ss; PETER SCHIBLI, Die Möglichkeit der Einführung einer Zulassungsbeschränkung am schweizerischen Bundesgericht nach dem Muster des amerikanischen certiorari-Verfahrens, Berne 1984, p. 187. La commission d'experts pour la réforme de l'organisation judiciaire a également défendu ce point de vue dans son rapport, Berne, janvier 1982, p. 35. Contra: OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE, dans: JAAC 1985 no 36, p. 237ss et LUZIUS WILDHABER, Zur Verfassungsmässigkeit des Annahmeverfahrens vor Bundesgericht, dans: RSJ 1986, p. 273ss.

¹⁶ Art. 19, 4e al. de la Loi fondamentale allemande du 23.5.1949; art. 20 de la constitution grecque du 9.6.1975; art. 24, 1er al. et 113, 1er al. de la constitution italienne du 27.12.1947; art. 20, 2e al. de la constitution portugaise du 2.4.1976; art. 24, 1er al. de la constitution espagnole du 29.12.1978; art. 63, 1er al. de la constitution danoise du 5.6.1953; art. 92/93 de la constitution belge du 7.2.1831.

n'apparaît dès lors pas indispensable pour concrétiser cette garantie (au sujet des modèles de répartition possibles de l'obligation d'assurer la protection juridique et des restrictions d'accès au Tribunal fédéral, cf. chiffre 55).

542 Extension du droit de recours des autorités

L'absence de droit de recours des autorités dans le domaine de l'actuel recours de droit public (cf. chiffre 524) est, dans le système de protection juridique, une lacune que la constitution doit permettre au législateur de combler. Pour cela, il suffit de ne plus réserver le droit de recourir aux seuls citoyens et particuliers, comme le fait l'actuel art. 113, al. 1, ch. 3, cst. Le législateur aura ainsi toute liberté de décider qui a le droit de recourir et à quelles conditions, et dans quelle mesure ce droit doit aussi être reconnu à certaines autorités ou corporations de droit public.

543 Simplification du système des voies de droit

Ce ne sont pas uniquement les lacunes du système judiciaire qui nuisent à une bonne protection juridique mais également son excessive complexité. Cette constatation vaut en particulier pour l'organisation des recours au Tribunal fédéral. Ce système se caractérise par une pluralité de voies de recours avec, à la clé, de sérieuses difficultés de délimitation. Les problèmes les plus importants sont les suivants:

- Délimitation entre le recours en réforme ou le pourvoi en nullité et le recours de droit public: selon que le recourant veut invoquer la fausse application du droit fédéral ou plutôt la violation de droits constitutionnels, il doit déposer contre le jugement civil ou pénal soit un recours en réforme ou un pourvoi en nullité, soit un recours de droit public, soit encore les deux.
- Délimitation entre le recours de droit public et le recours de droit administratif: par la voie du recours de droit administratif, il est certes possible de se plaindre de toute violation du droit fédéral, y compris de la violation de droits constitutionnels; ce recours n'est toutefois ouvert que si la décision attaquée est fondée sur le droit public fédéral. Par conséquent, s'agissant de contester une décision d'une autorité cantonale, il faut examiner dans chaque cas si cet acte est fondé, ou aurait dû se fonder, sur le droit public fédéral ou s'il se base sur le droit public cantonal. Dans le premier cas, il faut agir par le recours de droit administratif; dans le second, par le recours de droit public. L'enchevêtrement de plus en plus important du droit fédéral et du droit cantonal rend cette délimitation encore plus difficile¹⁷.

¹⁷ La doctrine recense plus de 20 règles de démarcation: WALTER KÄLIN/MARKUS MÜLLER, Vom ungeklärten Verhältnis zwischen Verwaltungsgerichtsbeschwerde und staatsrechtlicher Beschwerde, dans: ZBI 1993, p. 422s; également RENE A. RHINOW, Oeffentliches Prozessrecht, Bâle 1994, no 1240, se plaint de la complexité de la distinction; de même PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. II, Berne 1991, p. 384.

La seule solution pour le justiciable confronté au choix délicat de la bonne voie de droit est souvent de prendre la précaution de déposer l'un et l'autre recours, ce qui occasionne des frais et du travail supplémentaires. De son côté, le Tribunal fédéral est obligé de consacrer proportionnellement beaucoup de temps à l'étude de questions formelles ne contribuant en rien à résoudre le litige sur le plan matériel.

Il n'appartient cependant pas au constituant mais au législateur de trouver une solution à ce problème. Un moyen efficace de simplifier le système des voies de recours - qui faciliterait l'accès du justiciable au Tribunal fédéral tout en déchargeant celui-ci de délicates questions de délimitation - serait d'introduire le recours unifié¹⁸, fusionnant le recours de droit public avec chacun des recours de droit administratif, pénal ou civil. Pour laisser une certaine marge de manoeuvre au législateur, il paraît toutefois préférable de ne pas aller jusqu'à prévoir le recours unifié dans la constitution.

Par ailleurs, en renonçant largement au recours devant le Conseil fédéral, on élimine une autre source de complication, à savoir la délimitation souvent difficile entre les domaines de compétence respectifs du Conseil fédéral et du Tribunal fédéral.

544 Introduction d'une protection judiciaire des droits politiques en matière fédérale

Selon le droit actuel, le Tribunal fédéral examine si les droits politiques des citoyens ont été respectés lors d'élections ou de votations cantonales dans le cadre du recours pour violation du droit de vote de l'art. 85, let. a, OJ. Les élections et les votations dans les communes sont également considérées comme cantonales (ATF 119 la 169, consid. 1a). En revanche, ce sont les voies de recours spéciales des art. 77 ss. LDP qui sont ouvertes pour les votations et élections fédérales.

Il se justifie d'accorder aux droits politiques la même protection juridique en matière fédérale qu'en matière cantonale. Pour cela, il faut introduire le recours pour violation du droit de vote également au niveau fédéral. Cela permettra de décharger le Conseil fédéral et le Conseil national de leurs tâches juridictionnelles en relation avec les votations et les élections. Les compétences qui avaient été octroyées au Conseil fédéral et au Conseil national par les art. 81 et 82 LDP seront désormais assumées par le Tribunal fédéral. Cela ne modifiera pas l'étendue de la protection juridique; simplement, le Tribunal fédéral statuera à la place du Conseil fédéral et du Conseil national.

On pourrait en outre envisager d'introduire un recours au Tribunal fédéral contre la déclaration de nullité d'une initiative populaire prononcée par l'Assemblée fédérale. Cela constituerait une extension de la protection juridique, car il n'existe à ce jour aucun recours contre une telle décision de l'Assemblée fédérale. D'autres modes d'intervention du Tribunal fédéral seraient également concevables; ainsi, par exemple, l'Assemblée fédérale pourrait en référer au Tribunal fédéral lorsqu'il lui paraît qu'une initiative est

¹⁸ Il faut comprendre par là un recours susceptible d'être interjeté aussi bien pour violation du droit fédéral ordinaire (droit civil, pénal ou administratif) que pour violation des droits constitutionnels.

contraire aux règles qu'elle applique. Pour des raisons de cohérence, ce volet particulier de la protection juridique est traité plus avant dans la partie relative à la réforme des droits populaires (voir art. 163^{bis} et le commentaire y relatif).

55 Domaine de réforme II: Le Tribunal fédéral en tant que juridiction suprême

551 Les modèles

La réflexion sur les structures envisageables pour la juridiction du Tribunal fédéral est, par la force des choses en Suisse, fortement influencée par des considérations fédéralistes. Sous cet angle, il est possible de distinguer sommairement trois modèles de réforme, selon la position que l'on entend attribuer au Tribunal fédéral vis-à-vis des juridictions cantonales:

- **Modèle 1:** le Tribunal fédéral n'est plus la juridiction suprême dans la succession ordinaire des instances; il ne traite que des cas ayant une importance particulière (avant tout pour garantir l'unité et le développement du droit). Au niveau fédéral, cette option implique le développement des commissions de recours ou la création d'un véritable Tribunal administratif fédéral, pour ce qui est des recours contre des décisions de l'administration fédérale. Sinon, la succession ordinaire des instances s'arrête au tribunal supérieur du canton. En droit civil et en droit pénal, ainsi que dans les domaines du droit administratif fédéral où l'exécution appartient aux cantons, la responsabilité principale de la garantie de la protection juridique se situe alors au niveau cantonal.
- **Modèle 2:** L'actuel Tribunal fédéral est l'autorité judiciaire suprême dans la succession ordinaire des instances; pour pouvoir remplir cette mission, il doit être doté de personnel supplémentaire. Pour éviter une trop longue succession d'instances, il y a éventuellement lieu de supprimer des instances inférieures. Pour assurer l'unité du droit, pour traiter des cas revêtant une importance de principe ou juger de la constitutionnalité de lois fédérales, on crée une Cour suprême à composition restreinte (7 - 9 membres); à l'instar de la Cour suprême des Etats-Unis, cette cour choisit librement lesquels des recours formés contre des décisions du Tribunal fédéral elle entend traiter. Dans ce modèle, la responsabilité principale de la garantie de la protection juridique incombe au Tribunal fédéral.
- **Modèle 3:** les réformes se concentrent sur le développement des autorités judiciaires inférieures et sur l'introduction de restrictions d'accès (ponctuelles). Pour le reste, on maintient l'essentiel de la structure actuelle, selon laquelle la garantie de la protection juridique incombe conjointement aux cantons et à la Confédération.

Il n'y a pas lieu de retenir le modèle 2 (création d'une Cour suprême supérieure au Tribunal fédéral): il implique une dépréciation du Tribunal fédéral actuel et ne correspond pas aux traditions suisses. Le modèle 1 déchargerait considérablement le Tribunal fédéral; mais il se heurte au besoin qu'éprouvent encore de nombreux justiciables de pouvoir déférer des décisions des juridictions cantonales supérieures à une instance fédérale. Le modèle 3 n'offre pas l'assurance de contribuer suffisamment à la néces-

saire décharge de notre tribunal suprême. Ce qui est proposé ici, c'est une disposition constitutionnelle souple, qui correspond au modèle 3, tout en permettant au législateur de l'infléchir sensiblement dans le sens du modèle 1. L'un et l'autre modèles supposent le développement des autorités judiciaires inférieures.

552 Développement des autorités judiciaires inférieures

En principe, il n'appartient pas à une cour suprême d'assumer la protection juridique en première instance ou de statuer en qualité de première instance judiciaire. Pourtant, le droit actuel met à la charge du Tribunal fédéral une quantité non négligeable de tâches de cet ordre, qui sont étrangères à sa vocation.

En qualité de première et unique instance, le Tribunal fédéral se prononce aujourd'hui dans les cas suivants:

- Recours contre les actes législatifs des cantons qui ne connaissent pas de contrôle abstrait des normes;
- Recours contre les décisions des parlements cantonaux, en particulier dans le domaine des droits politiques (par exemple refus de soumettre au référendum financier une décision relative à une dépense, invalidation d'une initiative) et dans celui de la planification (par ex. planification routière avec droit d'expropriation), dans la mesure où il n'existe pas de recours au niveau cantonal;
- Réclamations de droit public de l'art. 83 OJ et actions de droit administratif des art. 116 et 130 OJ;
- Procès pénaux au sens de l'art. 112 cst. et divers procès directs de droit civil (art. 110, al. 1, cst., art. 41 et 42 OJ);
- Différends administratifs en matière cantonale, attribués à sa connaissance en vertu de l'art. 114bis, al. 4, cst.

En qualité de première instance judiciaire, le Tribunal fédéral est saisi de recours de droit public dans tous les cas où des décisions cantonales sont rendues sur recours par le gouvernement ou un organe administratif inférieur, sans pouvoir être portées devant le tribunal administratif cantonal. S'ajoute à cela, dans le cadre du recours de droit administratif, une série de cas où une autorité administrative fédérale statue en tant qu'autorité inférieure, ainsi que, dans le domaine de la juridiction pénale fédérale, les cas où le recours au Tribunal fédéral est ouvert contre des actes administratifs d'autorités fédérales (Juge d'instruction fédéral, Procureur général de la Confédération).

Une base doit être créée pour fonder désormais la compétence des autorités judiciaires inférieures dans toutes les contestations, à l'exception de quelques cas particuliers. Cela permet d'éviter que le Tribunal fédéral ait à statuer, dans les cas de procédures connexes, en qualité de première instance judiciaire, ce qu'autorise la limitation au contrôle du droit. Le Tribunal fédéral profitera en outre de l'effet de filtrage attendu des autorités judiciaires inférieures. Sa charge s'en trouvera allégée. Au surplus, la généralisation des autorités judiciaires inférieures constitue la condition né-

cessaire pour que de véritables restrictions d'accès au Tribunal fédéral puissent être prévues, sans qu'il soit porté atteinte à la garantie générale de l'accès à un juge.

Le développement ou la création d'autorités judiciaires inférieures ne relève guère du niveau constitutionnel; c'est donc avant tout le législateur qui devra s'en charger. Il convient néanmoins d'introduire dans la constitution le principe des autorités judiciaires inférieures (notamment dans le domaine aussi de la juridiction pénale fédérale), tout en y réservant la possibilité de certaines exceptions. Par souci de clarification, il y a lieu d'énumérer expressément dans la constitution les autres autorités judiciaires de la Confédération et celles des cantons. Dans la mesure où, par analogie avec l'art. 98a OJ, on prescrit aux cantons d'instituer la compétence de la juridiction administrative en matière de droit public cantonal également, il est nécessaire de créer une base constitutionnelle, car une telle obligation empiète sur l'autonomie des cantons en matière d'organisation.

Concrètement, le principe de la généralisation des autorités judiciaires inférieures implique que l'on prenne (au niveau législatif) les mesures suivantes:

552.1 Développement des autorités judiciaires inférieures en matière de juridiction administrative fédérale

Selon le droit en vigueur, les décisions d'autorités administratives fédérales (art. 1er, al. 2, PA) sont susceptibles en dernière instance de recours au Tribunal fédéral, dans la mesure où elles ne constituent pas l'une des exceptions des art. 99 à 102 ou 129 OJ. Les commissions fédérales de recours et d'arbitrage statuent en tant qu'autorités directement inférieures au Tribunal fédéral dans les cas où une loi fédérale prévoit qu'un recours ou une action peuvent être portés devant elles (art. 71a, al. 1, PA, art. 98, let. e, et 128 OJ). Dans les autres cas, il n'y a pas d'autorité judiciaire inférieure au Tribunal fédéral (art. 98, let. a à d, f, et h, OJ).

A l'heure actuelle, les départements, établissements autonomes et commissions non-judiciaires de la Confédération rendent chaque année quelque 2200 décisions qui ne sont pas susceptibles de recours devant une commission fédérale de recours. Entre autres domaines importants où il n'existe pas de commission de recours, on trouve la police des étrangers, la circulation routière, les approbations de plans pour des projets d'infrastructure, et, dans une large mesure, les subventions fédérales.

Dorénavant, une voie de recours devra passer dans tous les cas par une autorité judiciaire inférieure avant d'aboutir au Tribunal fédéral. Il y a différentes façons d'organiser le contrôle judiciaire de décisions d'autorités fédérales au stade antérieur au Tribunal fédéral. On peut envisager de créer soit de nouvelles commissions de recours, soit un petit nombre de tribunaux ayant une compétence matériellement ou géographiquement limitée, soit encore un tribunal administratif fédéral centralisé. Le texte constitutionnel proposé laisse au législateur le libre choix du mode d'organisation.

552.2 Création d'un tribunal pénal fédéral autonome

Le nombre d'affaires pénales dont s'occupe le Tribunal fédéral en tant qu'autorité de première instance est en soi très faible. Les Assises fédérales n'ont plus siégé depuis 1933 et la Cour pénale fédérale n'a jugé que cinq cas pendant ces dix dernières années. Ce chiffre modeste s'explique par la pratique très large de la délégation aux cantons d'affaires originellement de la compétence de la Cour pénale fédérale (art. 18 PPF). Cependant, les quelques affaires soumises à la Cour pénale fédérale lui occasionnent un travail disproportionné car, d'une part, les juges fédéraux ne sont plus accoutumés par une pratique quotidienne à diriger des débats régis par le principe d'immédiateté et, d'autre part, ces procès focalisent le plus souvent l'intérêt du public.

La commission d'experts "Unification de la procédure pénale", que le DFJP a instituée le 31 mai 1994, examine notamment la possibilité d'étendre la juridiction pénale fédérale et les conséquences qui pourraient en résulter au niveau de l'organisation judiciaire (cf. à ce sujet le chiffre 571). Selon les résultats de ces réflexions, la Cour pénale fédérale pourrait devoir supporter une augmentation du travail.

Pour décharger le Tribunal fédéral des affaires pénales qui, de première instance, ne relèvent pas d'une juridiction suprême, on prévoit de détacher la Cour pénale fédérale du Tribunal fédéral pour en faire une autorité judiciaire distincte. Les jugements du tribunal pénal fédéral, alors autonome, devront pouvoir faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral (art. 2 du Protocole n° 7 à la CEDH, RS O.101.07); la réserve faite à l'art. 14, al. 5, du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (FF 1991 I 1167, IV 1054) sera alors caduque.

On peut également envisager que les tâches de l'actuelle Chambre d'accusation¹⁹ soient transférées au nouveau Tribunal pénal fédéral, sous réserve éventuellement des contestations entre autorités de différents cantons concernant l'attribution de la compétence et l'entraide judiciaire (art. 264 PPF, art. 357 CP). La disposition constitutionnelle proposée autorise cette solution en ce qu'elle ne limite pas la compétence du tribunal pénal fédéral à la seule juridiction pénale fédérale de première instance.

Cela étant, il serait également possible de transférer au tribunal pénal fédéral l'activité des actuels tribunaux militaires d'appel. Ne subsisteraient ainsi comme tribunaux spéciaux dans le domaine de la juridiction militaire que les tribunaux de division. Les tribunaux militaires d'appel et de cassation perdraient toute utilité; le recours au tribunal pénal fédéral et le recours au Tribunal fédéral remplaceraient l'appel et le pourvoi en cassation de l'actuelle procédure pénale militaire.

552.3 Développement des juridictions cantonales

C'est dans le domaine du droit public cantonal que se trouve la principale lacune des systèmes judiciaires des cantons. En effet, tous les cantons

¹⁹ Art. 102ter, 105bis, 2e al. et art. 214ss PPF, art. 26, 27 DPA, art. 106, al. 1bis PPF, de même que 51, 2e al., 66ss, 72, 110, 252, 3e al. PPF.

n'ont pas encore institué un tribunal administratif devant lequel peuvent être déférés les actes pris en application du droit public cantonal. Cela a pour conséquence que le Tribunal fédéral doit, dans le cadre du recours de droit public, statuer dans ce domaine en qualité de première instance judiciaire. Cette situation ne peut plus durer, raison pour laquelle il faut obliger les cantons à instituer une juridiction administrative dans le domaine du droit public cantonal également. Il convient cependant de réserver des exceptions justifiées, pour des décisions relevant du gouvernement ou du parlement en dernière instance cantonale (par ex. pour les actes de gouvernement ou l'invalidation d'initiatives cantonales).

Pour les domaines où les cantons exécutent le droit administratif fédéral, le principe de la compétence primaire des autorités judiciaires inférieures est déjà réalisé grâce à l'article 98a OJ. En vertu de cette disposition, les cantons sont tenus d'instituer, d'ici au 15 février 1997, des autorités judiciaires pour tous les cas où le recours de droit administratif au Tribunal fédéral est ouvert.

En droit civil et pénal, il n'y a - en raison de la jurisprudence relative à la garantie de l'accès à un juge de l'article 6, par. 1, CEDH - plus guère de cas qui échappent à la compétence des juridictions cantonales. Subsiste encore notamment le changement de nom qui, dans quelques cantons, relève de la compétence de la seule autorité administrative. La compétence des tribunaux cantonaux devra être étendue à de tels domaines.

552.4 Limitation des procès directs

En droit civil, il convient de supprimer la plus grande partie des procès directs (art. 110 et 111 cst., art. 41 et 42 OJ). Ils n'ont plus de justification propre. La compétence directe du Tribunal fédéral n'a de raison d'être que pour les contestations entre la Confédération et un canton ou entre cantons (art. 110, ch. 1 et 3, cst., art. 41, let. a, OJ).

En droit pénal, il n'y aura plus de procès directs au Tribunal fédéral une fois qu'aura été créé un tribunal pénal fédéral autonome (chiffre 552.2).

Dans le domaine de la juridiction de droit public, le moment est venu de supprimer les procès directs prévus par l'art. 114bis, al. 4, cst. (art. 121 OJ) pour les différends administratifs en matière cantonale. Le droit des cantons d'attribuer, avec l'autorisation de l'Assemblée fédérale, la connaissance de tels différends au Tribunal fédéral perd définitivement toute justification du moment que les cantons sont de toute façon tenus de créer des tribunaux administratifs. On peut certes trouver des raisons à ce qu'un litige soit jugé non par un tribunal administratif cantonal mais directement par le Tribunal fédéral, par exemple lorsqu'est impliqué un magistrat cantonal (en particulier en matière d'actions en responsabilité résultant de l'activité officielle des membres des tribunaux supérieurs). On observera toutefois que le même problème se pose au niveau fédéral lorsque le Tribunal fédéral est appelé à juger d'actions de droit administratif portant sur des prétentions en dommages-intérêts à raison de l'activité officielle, par exemple de juges fédéraux. L'abrogation de l'art. 114bis, al. 4, cst., permettra de décharger à la fois le Tribunal fédéral et l'Assemblée fédérale,

laquelle doit donner son approbation et examiner pour cela si l'attribution de compétence au Tribunal fédéral se justifie .

Les autres cas de procès directs de droit public doivent demeurer dans la compétence du Tribunal fédéral:

Les réclamations de droit public sont là essentiellement pour résoudre les conflits de compétence entre la Confédération et les cantons et les différends de droit public entre cantons (art. 113, al. 2, ch. 1 et 2, cst.; art. 83, let. a et b, OJ). Leur rôle dans un Etat fédéral est important car elles permettent de vider ces litiges dans le cadre d'une procédure judiciaire réglementée²⁰. Vu l'importance et la nature de ces procès, le seul tribunal qui puisse entrer en ligne de compte est le tribunal suprême de la Confédération. Il convient dès lors de laisser ces compétences en première instance au Tribunal fédéral. Les autres cas de réclamations de droit public (art. 83, let. c à e, OJ) n'ont plus de portée ou - avec l'art. 83, let. b, OJ - plus de portée propre.

Le champ d'application de l'action de droit administratif a été réduit au strict minimum lors de la dernière révision de l'OJ de 1991. Il comprend aujourd'hui les contestations relevant des relations entre Etat fédéral et Etats fédérés et celles portant sur des prétentions en dommages-intérêts résultant de l'activité officielle des magistrats (art. 116 et 130 OJ). Ces litiges sont à juste titre dans la compétence du Tribunal fédéral et doivent le rester.

553 Restrictions d'accès

Quelle que soit la manière dont le législateur définira la mission du Tribunal fédéral quant à la garantie de la protection juridique, il est essentiel que ce dernier puisse travailler dans des conditions qui lui permettent de garantir une protection juridique qui ne soit pas que formelle. Cela signifie que les juges fédéraux doivent pouvoir disposer de suffisamment de temps pour bien étudier les dossiers et les questions juridiques qui se posent. C'est à cette condition seulement que pourra être développée ou maintenue une jurisprudence de grande qualité. Le Tribunal fédéral doit être en mesure d'assumer sa fonction d'autorité judiciaire suprême. Le développement des autorités judiciaires inférieures et la simplification du système des voies de droit ne peuvent suffire à contenir le volume des affaires dans des limites supportables. Ces mesures doivent donc être complétées par de nouvelles restrictions d'accès au Tribunal fédéral. Le législateur dispose pour cela de différents instruments possibles, qui sont brièvement décrits ci-après.

553.1 Instruments

Exclusion du recours avec possibilité d'avis préjudiciel

²⁰ Cf. WALTER HALLER dans le Commentaire de la Constitution de la Confédération suisse, ad art. 113, no 5.

L'instrument le plus radical est l'exclusion totale du recours au Tribunal fédéral dans des domaines déterminés. Le droit actuel utilise déjà ce moyen pour le recours de droit administratif (art. 99 à 101 et 129 OJ). Un tel système d'exceptions convient notamment dans les domaines du droit où le nombre des recours est extrêmement élevé (par exemple en matière d'asile), ou dans ceux où la plupart des cas sont bénins (par exemple: amendes d'ordre en matière de circulation routière), en sorte que la fonction du Tribunal fédéral doit se limiter à la protection d'intérêts dépassant les simples intérêts particuliers.

Pour assurer l'application uniforme du droit (et le développement de la jurisprudence) y compris dans les domaines où le recours au Tribunal fédéral est exclu, on peut prévoir une procédure d'avis préjudiciel.

La procédure d'avis préjudiciel permet à une autorité judiciaire inférieure de faire trancher par le tribunal suprême une question de droit particulière qui se pose dans le cadre d'une procédure en cours. On peut citer à titre d'exemples célèbres d'une telle institution la procédure de renvoi préjudiciel devant la Cour de justice des communautés européennes (art. 177 du Traité CE) et la procédure devant la Cour constitutionnelle fédérale de l'art. 100 de la Loi fondamentale allemande.

La procédure d'avis préjudiciel ne constitue pas en elle-même une restriction d'accès, car elle ne limite pas l'accès au Tribunal fédéral mais au contraire l'élargit. Elle offre un correctif possible à l'exclusion totale du recours.

En conséquence, il conviendrait de prévoir une obligation pour les autorités judiciaires statuant à titre définitif de demander un avis préjudiciel lorsqu'elles:

- sont d'avis qu'une loi fédérale ou un arrêté fédéral de portée générale, dont la validité doit être examinée à l'appui de leur décision, viole des droits constitutionnels ou le droit international;
- entendent s'écarter de la jurisprudence du Tribunal fédéral dans leur propre interprétation du droit fédéral ou international;
- ont des doutes sérieux quant à une question d'interprétation du droit fédéral ou international.

Valeurs litigieuses

Un autre moyen de limiter l'accès au Tribunal fédéral consiste à exiger une valeur litigieuse minimale, ce qui signifie que les causes dont la valeur litigieuse est inférieure au seuil fixé ne peuvent en aucun cas être portées devant le Tribunal fédéral. Ce procédé est fondé sur l'idée que le tribunal n'a pas à s'occuper d'affaires d'importance mineure (de minimis non curat praetor).

En matière civile, une telle barrière existe déjà pour les contestations de nature pécuniaire inférieures à 8'000 francs. Le législateur peut envisager un relèvement de ce seuil. S'agissant des contestations non pécuniaires, d'autres instruments doivent être trouvés pour limiter l'accès au Tribunal fédéral.

L'exigence d'une valeur litigieuse est inconnue en droit public. L'introduction d'une telle valeur ne paraît possible que dans les domaines qui s'apparentent aux rapports de droit civil, soit dans le contentieux pécuniaire du droit des fonctionnaires et dans celui de la responsabilité de l'Etat. Dans les autres domaines, l'introduction d'une valeur litigieuse se heurte à des objections d'ordre tant pratique que dogmatique. Les premières difficultés pratiques surviennent déjà avec la définition de la contestation de nature pécuniaire, puis avec la recherche d'un seuil uniforme qui soit approprié pour toutes les contestations de droit public et, enfin, avec la détermination de la valeur litigieuse dans un cas concret. Plus fondamentalement, les contestations de droit public ne peuvent, par essence, être comparées avec celles de droit civil. En droit public, l'enjeu ne consiste pas seulement à faire valoir des droits subjectifs, mais il porte toujours simultanément sur l'intérêt public à l'application correcte du droit objectif, et donc sur le respect du principe de la légalité. Il est en outre pratiquement impossible, sauf à recourir à des artifices, de convertir en argent les intérêts en présence dans un litige de droit public (comment, par exemple, convertir en argent le refus d'une autorisation de séjour?). Hormis pour les contestations proches du droit civil, l'introduction de l'exigence d'une valeur litigieuse en droit public ne paraît dès lors ni justifiée, ni adéquate.

Le droit pénal se prête encore plus mal à la fixation de valeurs litigieuses, car les intérêts en jeu ne peuvent généralement pas être traduits en argent. On ne peut dire de l'Etat, lorsqu'il fait valoir ses prétentions dans une cause pénale, qu'il défend des intérêts financiers. Il faut donc renoncer à introduire l'exigence d'une valeur litigieuse en droit pénal. Pourrait éventuellement entrer en ligne de compte le domaine des amendes d'ordre en matière de circulation routière; compte tenu toutefois de l'importance mineure de ces cas, il convient plutôt d'exclure tout recours au Tribunal fédéral en cette matière.

Procédure d'admission

Là où l'accès à la juridiction suprême est réglé par une procédure d'admission, le tribunal n'inscrit à son rôle que les causes qu'il considère comme importantes, selon sa libre appréciation ou selon des critères fixés par la loi. On parle de procédure d'autorisation lorsque ce sont les instances inférieures qui se prononcent sur l'importance du cas et, partant, décident de l'ouverture du recours à la cour suprême. En comparaison internationale, il s'avère que les procédures d'admission et d'autorisation sont,

sous diverses formes, assez répandues à l'étranger (par ex. en Allemagne, en Autriche, en Suède, aux Etats-Unis, au Canada).

Une procédure d'admission est préférable à une procédure d'autorisation. L'avantage de la procédure d'autorisation réside dans le fait que la décision d'autorisation ne demande que très peu de travail dès lors que l'autorité compétente connaît déjà le dossier. Son inconvénient est que la cour suprême est liée par l'autorisation donnée par l'autorité inférieure, même si elle juge l'affaire sans importance.

On peut retenir les motifs d'admission suivants:

- La décision attaquée s'écarte de la jurisprudence du Tribunal fédéral.
- La cause soulève une question de droit dont le Tribunal fédéral n'a pas encore eu à connaître ou qui mérite un nouvel examen.
- Il existe des indices d'une violation d'un droit constitutionnel influant sur le sort de la cause.

Peut aussi constituer un motif d'admission le fait que les parties à la procédure encourrent un grave préjudice.

Procédure d'examen préalable

La procédure d'examen préalable n'est pas à proprement parler une restriction d'accès mais plutôt une procédure particulière de prise de décision. Cette procédure doit permettre de trier et de rayer directement du rôle les recours qui, pour des raisons de forme ou de fond, sont manifestement dénués de chances de succès. Un exemple d'une telle procédure est donné par les art. 28 et 35, par.3, CEDH, dans la version du Protocole n° 11 (FF 1995 I 1020 s.).

Un tel examen préalable pourrait être organisé par exemple de la manière suivante: tout recours déposé au Tribunal fédéral est examiné par deux juges qui déterminent, sans autre mesure d'instruction ni échange d'écritures, s'il est manifestement dénué de chance de succès. Si, de façon indépendante, les deux juges parviennent à cette conclusion, le recours est rayé du rôle avec, pour toute motivation, l'indication qu'il est dénué de chance de succès. Dans le cas contraire, le recours est traité selon la procédure ordinaire. Cette procédure d'examen préalable est sensiblement différente de l'actuelle procédure simplifiée de l'article 36a OJ: les recours qui échouent dans la procédure préalable sont écartés sans motivation, alors que la procédure simplifiée exige une motivation sommaire, laquelle s'avère d'ailleurs souvent assez circonstanciée. En outre, la procédure d'examen préalable autorise même l'économie d'une motivation à usage interne, puisque les deux juges prennent leur décision de manière indépendante et sans se fonder sur une proposition motivée par écrit d'un rapporteur. La procédure simplifiée est appliquée si l'examen de la cause fait apparaître, avant ou après l'échange d'écritures, que les critères des art.

36a, al. 1 et 2, OJ sont remplis. A l'inverse, la procédure d'examen préalable s'applique automatiquement dans tous les cas; l'examen préalable se fonde uniquement sur le mémoire de recours et les annexes, dont en particulier la décision entreprise.

Le critère de l'absence manifeste de chances de succès est relativement strict, de sorte que, vraisemblablement, seule une proportion relativement faible des recours devrait pouvoir être définitivement éliminée de cette manière. Mais l'on pourrait bien sûr préférer un critère permettant un tri plus efficace, telle par exemple l'exigence d'indices de violation du droit ayant une influence sur le sort du procès.

553.2 Bases constitutionnelles

Il appartient au législateur d'opter soit pour des mesures de restriction d'accès, soit pour des procédures particulières de prise de décision, soit encore pour une combinaison des deux instruments. Au niveau constitutionnel, il importe que le texte soit rédigé de manière ouverte, pour permettre au législateur de réagir avec souplesse aux changements de situation. Il est possible qu'une solution judicieuse, mais refusée à un certain moment pour des raisons politiques, soit plus tard jugée acceptable à la suite d'un changement d'opinion. Un texte constitutionnel formulé de manière large doit laisser au législateur la marge de manoeuvre nécessaire.

Une base constitutionnelle est nécessaire pour limiter l'accès au Tribunal fédéral, bien qu'il n'existe pas de garantie d'une voie de droit au tribunal suprême. La constitution doit exprimer clairement que les compétences octroyées au Tribunal fédéral ne doivent pas être comprises comme une obligation pour ce dernier de s'occuper de tous les cas. Dans l'intérêt des besoins légitimes des individus en matière de protection juridique, la constitution doit toutefois imposer certaines limites au législateur. Il doit ressortir sans ambiguïté de son texte que les restrictions d'accès ne sont pas obligatoires, mais qu'elles peuvent être introduites si le maintien de l'aptitude du tribunal suprême à remplir ses tâches en dépend; la constitution doit au surplus préciser d'emblée que l'accès demeure garanti dans tous les cas importants. Sont importants tous les cas dans lesquels se posent des questions de droit ayant une portée de principe ou sont en cause des intérêts importants des parties.

554 Indépendance et position du Tribunal fédéral et de ses membres

Alors que la précédente section portait sur le fonctionnement du Tribunal fédéral en tant que juridiction suprême, l'aperçu qui suit a trait aux principes de droit qui sous-tendent l'organisation du Tribunal fédéral en tant que juridiction suprême.

554.1 Position du Tribunal fédéral

Aperçu

Les règles sur les attributions et la position des juridictions suprêmes sont partie intégrante du droit constitutionnel judiciaire au sens matériel. Il se justifie donc de décrire dans la constitution elle-même la position du Tribunal fédéral. Celle-ci est déterminée par le principe de la séparation des pouvoirs d'une part et par celui de l'indépendance du juge de l'autre. Le Tribunal fédéral suisse présente en outre la caractéristique d'être la juridiction suprême de la Confédération et, en tant que tel, de s'occuper des questions de droit civil, de droit pénal et de droit public.

Principe de la séparation des pouvoirs

Le principe de la séparation des pouvoirs est à la base de l'actuelle constitution en tant que principe d'organisation non écrit. Du strict point de vue de la position du Tribunal fédéral, son inscription expresse dans la constitution ne s'impose pas.

Principe de l'indépendance du juge

La constitution révisée devrait garantir ce principe de façon explicite. En effet, c'est l'indépendance spécifique des tribunaux qui détermine leur nature et leur position propres. C'est donc par elle, nécessairement, que se caractérise un tribunal. Seule une justice indépendante peut offrir la garantie d'une véritable protection juridique, digne d'un Etat de droit. En cela, l'indépendance du pouvoir judiciaire constitue un principe de l'Etat de droit. L'importance fondamentale de ce principe justifie qu'il figure dans le texte de la constitution²¹. A cela s'ajoute que l'indépendance du juge borne le territoire d'autres institutions, telle la haute surveillance du Parlement, qui, elles, ont leur place dans la constitution,.

Placé au sein du droit positif, le principe de l'indépendance revêt plusieurs dimensions. En tant que norme organisationnelle, tout d'abord, il détermine la position des tribunaux. Cet aspect plaide pour son inscription dans le chapitre relatif à la juridiction fédérale, ce que l'on propose ici en tant qu'innovation. Mais le principe de l'indépendance du juge a également une portée de droit fondamental. A ce titre, il pourrait aussi figurer, avec les garanties judiciaires, dans le catalogue des droits fondamentaux²².

21 L'indépendance du juge est expressément garantie dans les constitutions allemande (art.97), autrichienne (art. 87 et 88), française (art. 64), belge (art. 100), italienne (art. 101 et 104, 1er al.), espagnole (art. 117), grecque (art. 87), irlandaise (art. 35, 2e al.), danoise (§ 64) et portugaise (art. 206 et 218).

22 Cf. art. 24, al.1. du projet de mise à jour. C'est l'emplacement choisi dans l'AP-77 (art. 20, 2e al.) et dans l'étude-modèle (art. 21, 2e al.). Le projet Kölz/Müller garantit le principe aussi bien dans la partie consacrée aux droits

Le Tribunal fédéral en tant qu'autorité suprême chargée de dire le droit

Les compétences juridictionnelles de l'Assemblée fédérale ne sont plus qu'un résidu et il est question de réduire encore celles du Conseil fédéral. Le Tribunal fédéral apparaît ainsi comme l'autorité par excellence dont la vocation est de dire le droit au niveau le plus élevé. Un article constitutionnel doit consacrer cette position du Tribunal fédéral. Cela étant, si la juridiction suprême est au premier chef l'affaire du Tribunal fédéral, cela n'exclut pas que, pour des cas justifiant une exception, d'autres autorités, et notamment le Conseil fédéral, puissent aussi être chargées de cette fonction.

A côté de sa fonction originelle qui est de dire le droit, le Tribunal fédéral détient certaines compétences législatives²³ et administratives²⁴. Comme jusqu'à présent, il n'y a pas lieu d'inscrire les compétences législatives du Tribunal fédéral dans la constitution. D'une part, leur portée ne justifie pas un rang constitutionnel. D'autre part, le législateur doit rester libre de décharger le Tribunal fédéral de tâches législatives qui ne doivent pas nécessairement lui incomber. Par exemple, le pouvoir législatif du Tribunal fédéral dans le domaine de la poursuite pour dettes et la faillite n'est pas justifié, au contraire de sa compétence d'édicter des règlements relatifs à l'organisation interne ou aux tarifs. En effet, cette compétence est en relation avec la fonction juridictionnelle et découle de la compétence du Tribunal fédéral d'organiser lui-même sa chancellerie (art. 109 cst.). Cette dernière doit d'ailleurs garder sa place dans la constitution, ceci pour des raisons de clarté et pour empêcher les conflits de compétence avec l'autorité exécutive. Par ailleurs, il n'y a aucune raison d'accroître les attributions administratives du Tribunal fédéral, par exemple quant au budget. A cet égard, il n'y a rien à changer à la situation actuelle.

Organisation et siège

L'organisation du Tribunal fédéral ne constitue pas une réglementation des structures de l'Etat à tel point fondamentale qu'il faille réserver cette matière au constituant. Elle peut demeurer du ressort du législateur. La constitution devra-t-elle, comme jusqu'ici (art. 107, al. 2), mentionner expressément cette compétence du législateur? Quelle qu'elle soit, la solution devra être harmonisée avec celle retenue dans les autres domaines (problème d'ordre général). On se bornera à relever, pour l'heure, que des

fondamentaux que dans le chapitre sur la juridiction du Tribunal fédéral (art. 14, 2e al., 97, 2e phrase).

23 Ces compétences n'existent que dans quelques domaines: Poursuite pour dettes et faillite (art. 15 LP), procédure des commissions fédérales d'estimation (art. 63 LEx), organisation du Tribunal fédéral, tarifs (art. 3a, 2e al., 8, 14, 1er al. et 160 OJ).

24 Compétence d'organiser sa chancellerie (art. 109 cst.).

directives constitutionnelles relatives à l'organisation du Tribunal fédéral²⁵ feraient obstacle à la souplesse requise en la matière.

Il n'y a pas lieu à innovation s'agissant du siège du Tribunal fédéral. Pas plus qu'aujourd'hui (art. 115 cst), ce point n'a besoin d'être précisé dans la constitution.

554.2 Election et position des membres du Tribunal fédéral

Généralités

La réglementation de l'élection et de la position des juges fédéraux n'appelle pas de réforme matérielle; elle relève avant tout de la mise à jour. Des modifications sont liées à l'ordonnancement systématique des normes dans le texte de la constitution; en outre, certains aspects disparaîtront de la constitution, car ils n'appartiennent matériellement pas au droit constitutionnel.

La terminologie appelle une remarque. La constitution en vigueur distingue les membres du Tribunal fédéral des suppléants (art. 107). Cette terminologie ne correspond plus à la réalité ni au langage juridique actuels (cf. art. 1er, al. 1, OJ dans sa version du 4.10.1991). Dans la réalité des faits, les juges dont la fonction au Tribunal fédéral est accessoire y assument la même tâche, quoique réduite, que les autres. Ils ne sont pas sollicités à titre exceptionnel seulement, comme l'est en principe un juge suppléant. C'est pourquoi on propose désormais, dans la constitution, l'expression neutre "juges du Tribunal fédéral", qui regroupe toutes les catégories de juges fédéraux. Elle n'implique ni n'exclut le recours à des juges remplaçants. Le cas échéant, ceux-ci devraient toutefois remplir les conditions que la constitution prescrit pour les juges du Tribunal fédéral.

Election

L'organe électoral et les conditions d'éligibilité relèvent du rang constitutionnel car ils sont d'une importance fondamentale. En revanche, on peut laisser au législateur le soin de réglementer le mode d'élection ainsi que d'éventuelles innovations institutionnelles dans la nomination des candidats. N'a pas non plus rang constitutionnel la règle de l'actuel art. 107, al. 1, 2e phrase, cst., selon laquelle les trois langues officielles de la Confédération doivent être représentées au sein des juges. Compte tenu de leur portée, de tels critères de sélection peuvent, si on les juge utiles, fi-

²⁵ En ce qui concerne p.ex. le nombre des juges ou la subdivision en sections spécialisées ou encore la prescription selon laquelle l'organisation et la procédure doivent être simples et efficaces.

gurer simplement dans la loi, ce d'autant qu'il ne s'agirait que de prescriptions d'ordre²⁶.

L'Assemblée fédérale doit demeurer l'organe électoral. La mention de cette compétence électorale au catalogue des compétences de l'Assemblée fédérale suffit. Une disposition particulière au chapitre relatif à la juridiction fédérale, telle qu'elle existe aujourd'hui à l'art. 107, al. 1, 1ère phrase, cst., est superflue. Par ailleurs, la fonction de juge fédéral doit rester soumise au principe de l'accessibilité de tout individu aux charges publiques, lequel n'a jamais posé de problème dans la pratique. Ainsi le droit de vote constitue-t-il l'unique condition d'éligibilité. Son emplacement idoine se situe dans les dispositions générales relatives aux autorités fédérales.

Durée des fonctions

L'exigence de la réélection détermine fortement la position des juges fédéraux et a une incidence sur l'indépendance du juge. Aussi une norme constitutionnelle sur ce point se justifie-t-elle. La fixation de la durée des fonctions ne devrait pas incomber au législateur, contrairement à ce qui est le cas aujourd'hui (art. 107, al. 2, cst.). Il y a en effet une relation étroite entre l'exigence de la réélection et la durée des fonctions. Une durée d'un ou deux ans, par exemple, serait incompatible avec le principe de l'indépendance du juge et ne devrait donc pas être admise. C'est pourquoi la constitution révisée devrait définir la durée des fonctions des juges du Tribunal fédéral, et ce dans le cadre des dispositions générales relatives aux autorités fédérales.

L'indépendance du juge appelle le maintien de la durée de six ans²⁷. Le juge doit bénéficier d'un laps de temps assez long sans être "perturbé". Au reste, une telle durée évite de charger l'organe électoral. Enfin, une longue durée se justifie d'autant plus pour les juges fédéraux qu'ils acquièrent la nouvelle compétence du contrôle accessoire des lois votées par l'Assemblée fédérale, ce qui renforce l'impératif de l'indépendance du juge.

Incompatibilités et liens de parenté exclus

Le niveau constitutionnel s'impose en tout cas pour la réglementation des incompatibilités qui découlent du principe de la séparation des pouvoirs. En revanche, les incompatibilités fondées sur d'autres motifs ne doivent pas

²⁶ La densité normative proposée correspond à l'AP-77, à l'étude-modèle et au projet Kölz/Müller.

²⁷ Ce que fait l'art 123 du projet de mise à jour. L'AP-77 (art. 72), l'étude-modèle (art. 90) et le projet Kölz/Müller maintiennent également une durée de fonction de six ans.

forcément faire partie du droit constitutionnel au sens matériel²⁸. Leur réglementation à ce niveau rend néanmoins les choses plus claires²⁹.

L'exclusion de liens de parenté appartient aux incompatibilités au sens large et peut donc être traitée dans la loi. L'interdiction que les conjoints ainsi que les parents et les alliés jusqu'à un certain degré fassent partie en même temps de l'Assemblée fédérale, du Conseil fédéral et du Tribunal fédéral nécessiterait un article constitutionnel. Toutefois, il faut refuser une telle interdiction car elle va trop loin.

Garanties personnelles, responsabilité, traitement

La réglementation de ces aspects du statut du juge fédéral peut rester l'affaire du législateur. En effet, leur importance n'est pas si fondamentale qu'ils réclament des dispositions constitutionnelles. En outre, leur inscription dans la constitution pourrait difficilement satisfaire à l'exigence de simplicité que requièrent les dispositions constitutionnelles. Une délégation expresse au législateur pour la fixation du traitement des juges fédéraux, telle que contenue dans la constitution en vigueur (art. 107, al. 2), ne s'impose pas. Il va de soi que cette activité s'exerce contre rémunération.

56 Domaine de réforme III: Développement de la juridiction constitutionnelle

561 Motifs

Il faut situer l'absence de contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales et des arrêtés fédéraux de portée générale découlant de l'art. 113 al. 3 (et 114bis al. 3) cst. dans le contexte historique où les compétences de la Confédération étaient extrêmement restreintes et la liberté des citoyens menacée avant tout par les cantons les plus puissants. Sur le plan dogmatique, l'art. 113 al. 3 cst. se fonde sur un modèle de séparation des pouvoirs qui, d'une part, tire ses origines de la primauté du législateur démocratique et qui, d'autre part, distingue clairement entre législation et application du droit au sens d'une simple exécution de la volonté du législateur. Depuis 1874, les conditions ont changé dans une mesure telle que ces objections à la juridiction constitutionnelle n'ont plus qu'une signification limitée. Plaident aujourd'hui en faveur de l'introduction d'un contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales et des arrêtés fédéraux les principaux motifs suivants³⁰:

28 WERNER BEELER, *Personelle Gewaltentrennung und Unvereinbarkeit in Bund und Kantonen*, thèse, Zurich 1983, p. 62s. en part. note 6.

29 CF. l'art 122 du projet de mise à jour.

30 Voir à ce sujet rapport du groupe de travail Wahlen (n.2), p. 416ss; rapport de la commission d'experts pour une révision totale de la constitution fédérale (n.4), p. 178ss et, parmi la doctrine, RENE A. RHINOW, *Ueberprüfung der Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen durch das*

- La mission première du Tribunal fédéral est de sauvegarder les fondements de l'Etat fédéral, de la démocratie et de l'Etat de droit³¹. Dans son oeuvre de concrétisation de la constitution, le Tribunal fédéral doit définir et appliquer ces principes, qui ont une importance particulière tant pour les individus concernés que pour les processus démocratiques et les structures fédéralistes de la Suisse. Contrairement au législateur qui se concentre le plus souvent sur l'actualité politique et sur l'efficacité de ses décisions, le juge constitutionnel doit sauvegarder les valeurs fondamentales et durables de la constitution, telles que contenues dans les droits fondamentaux; il peut, pour ainsi dire, agir en tant qu'"instance correctrice" qui garantit l'évolution de l'ordre juridique conformément aux droits fondamentaux. Cette tâche doit être assumée non seulement à l'égard des cantons mais aussi au niveau fédéral. Ce modèle de pouvoirs qui, tout à la fois, se complètent et se limitent mutuellement, correspond mieux à la réalité constitutionnelle que la représentation désuète d'une séparation rigide entre le législateur qui crée le droit et le juge qui ne fait qu'exécuter la volonté du législateur. Dans ce contexte, il apparaît significatif que la juridiction constitutionnelle se soit imposée aujourd'hui dans tous les Etats constitutionnels de la culture occidentale; elle fait partie de la substance intangible de tout Etat fondé sur le droit et la démocratie, non seulement dans les Etats membres de l'Union européenne mais aussi dans les nouvelles démocraties de l'Europe de l'est³².
- L'introduction de la juridiction constitutionnelle au niveau fédéral se justifie par l'importance grandissante de la législation fédérale, laquelle est en mesure de toucher tous les domaines des libertés. Le transfert massif de compétences à la Confédération a conféré une toute autre portée à l'art. 113 al. 3 cst. Certes, les dispositions fédérales qui en tant que telles violent manifestement des droits constitutionnels sont

Bundesgericht - Ja oder Nein?, dans: Schriftenreihe SAV, vol. 3, Zurich 1988, p. 37ss; FRIDOLIN SCHIESSER, Die akzessorische Prüfung, thèse, Zurich 1984, p. 240ss; WALTER HALLER, Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit?, dans: RDS 1978 I, p. 501ss; OTTO K. KAUFMANN, Verfassungsgerichtsbarkeit 1875-1974-19..?, dans: RDS 1974 I, p. 339ss, 352ss. Voir aussi PETER ALEXANDER MÜLLER, die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen, EuGRZ 1988, p. 218ss; ANDREAS AUER, Grundlagen und aktuelle Probleme der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit, dans: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, vol. 40, Tübingen 1991/1992, p. 11ss, 123 ss.

31 JORG P. MÜLLER, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, dans: VVDStRL 39/1981, p. 53ss; voir aussi WALTER KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, Berne 1987.

32 Cf. à ce sujet GEORG BRUNNER, Die neue Verfassungsgerichtsbarkeit in Osteuropa, ZaöRV 1993, p. 819ss.

rares³³. Il arrive cependant qu'une disposition s'avère inconstitutionnelle dans le cadre d'un cas d'application particulier³⁴. Il se peut également qu'une norme, à l'origine conforme à la constitution, devienne inconstitutionnelle avec le temps, parce que les droits fondamentaux se développent, que les conceptions relatives aux restrictions que l'on peut apporter à certaines libertés évoluent, ou alors que le contexte a subi dans la réalité de profondes mutations. L'Assemblée fédérale n'est pas en mesure de prévoir tous ces cas. Un examen judiciaire a posteriori ne signifie donc pas obligatoirement, que le Tribunal fédéral passe outre la volonté du législateur lorsqu'il décide dans un cas particulier de ne pas appliquer une disposition d'une loi fédérale pour cause d'inconstitutionnalité. Au contraire, l'introduction de la juridiction constitutionnelle offre la garantie que l'Assemblée fédérale et le Tribunal fédéral accomplissent leur mission commune de gardiens de la constitution, par les procédures et les compétences qui leurs sont propres³⁵.

- Il n'y a donc pas lieu de craindre que le Tribunal fédéral s'arroge un rôle qui ne lui appartient pas. Au contraire : les expériences faites avec le contrôle des lois cantonales par le Tribunal fédéral, tel qu'il existe depuis toujours dans le cadre du recours de droit public, démontrent que la juridiction constitutionnelle peut apporter une contribution essentielle au développement des libertés individuelles, sans que la démocratie soit menacée par des juges trop puissants. Il faut tenir compte également du fait qu'au niveau fédéral, la juridiction constitutionnelle aurait surtout un effet préventif; en effet, le législateur fédéral serait incité à soumettre la question de la constitutionnalité des lois fédérales à un examen encore plus approfondi qu'il ne l'est actuellement. Si toutefois un arrêt du Tribunal fédéral devait s'avérer inacceptable pour une majorité, il est toujours possible en Suisse de corriger la situation juridique par le biais d'une révision constitutionnelle.
- Par ailleurs, force est de reconnaître que la jurisprudence du Tribunal fédéral présente déjà certains éléments de juridiction constitutionnelle au niveau fédéral. En effet, s'il admet que l'art. 113 al. 3 cst. l'oblige à appliquer également des lois inconstitutionnelles, le Tribunal fédéral considère que cet article ne lui interdit pas de contrôler préjudiciellement la constitutionnalité d'une loi fédérale à l'occasion d'un cas d'application et d'inviter le cas échéant le législateur à modifier la disposition en question. L'interdiction des art. 113 al. 3 ou 114 al. 3 cst. ne porte que

³³ Cf. toutefois la réglementation de l'art. 21b de la LF sur l'asile (allocations pour enfants) adoptée par le Parlement en connaissance de cette inconstitutionnalité (voir ATF 114 Ia 1ss).

³⁴ OTTO K. KAUFMANN décrit un exemple impressionnant: Etoilauto contre Confédération, dans : Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, p. 139ss.

³⁵ Cf. RHINOW (n. 30), p. 43.

sur l'application, non sur l'examen³⁶. Le pas vers une véritable juridiction constitutionnelle n'est plus aussi grand, si l'on considère les approches déjà faites par la jurisprudence (interprétation conforme à la constitution, reconnaissance de lacunes de la loi, examen d'actes cantonaux qui contiennent des normes analogues à celles d'une loi fédérale)³⁷.

- Mais ce qu'il faut surtout relever, c'est que l'absence de contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales est devenue problématique depuis l'entrée en vigueur de la CEDH. En vertu de l'art. 113 al. 3 respectivement 114 al. 3 Cst., le Tribunal fédéral est lié par les lois fédérales et les arrêtés fédéraux. Cette obligation ne vaut pas pour les organes de Strasbourg. Ces derniers peuvent examiner des lois fédérales quant à leur conformité avec la CEDH. Ainsi par exemple, l'argument a été soulevé dans un recours devant le Tribunal fédéral que l'interdiction de remariage de l'art. 150 CC (délai imposé après divorce) violait le droit au mariage de l'art. 12 CEDH. Le Tribunal fédéral n'ayant pas statué sur ce grief en raison de l'art. 113 al. 3 Cst., le recourant s'est adressé à la Cour de Strasbourg. La Cour européenne des droits de l'homme a examiné cette question et a admis le recours³⁸. Sur ce point important, le pouvoir d'examen des instances de Strasbourg est donc plus grand que celui du Tribunal fédéral, qui se voit ainsi dégradé au rang de simple instance de passage. Le Tribunal fédéral a reconnu ce problème; il est, depuis quelques années, disposé à examiner les lois fédérales quant à leur conformité avec la CEDH³⁹. Dans le domaine des droits fondamentaux, ceci a pour conséquence que la juridiction constitutionnelle est en grande partie pratiquement introduite, du fait que les garanties découlant de la CEDH - à l'exception notamment de la garantie de la propriété et de la liberté du commerce et de l'industrie - se confondent avec les droits fondamentaux de la constitution. Le recourant qui ne peut faire valoir l'inconstitutionnalité d'une loi fédérale en raison de l'art. 113 al. 3 Cst. a maintenant souvent la possibilité de se fonder sur la CEDH. Il faut reconnaître que la constitution subit par là une dépréciation; en effet ce n'est plus elle, mais le droit public international qui devient l'aune à laquelle se mesure le contrôle des normes. Il s'agit donc, en introduisant la juridiction constitutionnelle, de reconquérir la force normative que la constitution a perdue face au droit international public.

36 Cf. ATF 117 Ib 373 cons. f; cf. aussi ATF 118 Ia 353 cons. 5.

37 RHINOW y rend particulièrement attentif (n. 30), p. 41. Sur ces approches, voir KÄLIN (n. 15), p. 13ss.

38 Affaire F. contre la Suisse, jugement du 18.12.1987, dans: JAAC 1987 no 86; autre exemple: affaire Burghartz contre la Suisse, jugement du 22.2.1994, dans: JAAC 1994 no 121 (l'inégalité des époux dans le choix du nom [art. 160 CC] contrevient à l'art. 8 en liaison avec l'art. 14 CEDH).

39 Pour la première fois dans ATF 117 Ib 371ss.

- La CEDH fournit une raison supplémentaire de développer la juridiction constitutionnelle. Selon l'art. 13 CEDH, le particulier a droit à un recours effectif devant une instance nationale en cas de violation de la Convention. La question de savoir si le droit national doit prévoir un recours contre des lois est controversée en doctrine. Selon leur jurisprudence actuelle, les organes de Strasbourg ne l'exigent pas. Un contrôle abstrait des normes n'est pas requis⁴⁰. Nul ne sait si cette jurisprudence sera encore longtemps de mise. Aujourd'hui, les recours individuels selon l'art. 25 CEDH peuvent être interjetés directement contre des lois lorsque le recourant est touché, ou simplement risque d'être touché, directement par la disposition incriminée. Certains auteurs souhaitent qu'à long terme la juridiction constitutionnelle nationale soit étendue dans ce sens⁴¹. Eu égard à ces exigences étendues, l'introduction d'un contrôle - à tout le moins concret - de la constitutionnalité des lois fédérales et des arrêtés fédéraux de portée générale apparaît comme un pas qu'il aurait fallu franchir depuis longtemps.
- Enfin, le développement de la juridiction constitutionnelle s'impose aussi pour des raisons fédéralistes. La Confédération et les cantons ne sont pas à armes égales face à l'impunité des lois fédérales et des arrêtés fédéraux de portée générale. La Confédération peut aujourd'hui citer les cantons devant le Tribunal fédéral lorsque leur législation viole le droit fédéral. Mais à l'inverse, les cantons ne peuvent pas se plaindre auprès du Tribunal fédéral d'une inobservation par la Confédération des règles constitutionnelles de répartition des compétences. Au surplus, le développement de la juridiction constitutionnelle est dans l'intérêt des cantons pour cette autre raison encore que toute violation du droit constitutionnel fédéral constitue en même temps une atteinte à la règle de la majorité des cantons⁴².

Toutes ces raisons justifient indiscutablement l'extension de la juridiction constitutionnelle. L'aménagement concret de cette extension peut se faire selon différents modèles:

562 Modèles

Les études de droit comparé révèlent qu'il existe en Europe un grand nombre de modèles de juridiction constitutionnelle. Cependant, ces modè-

⁴⁰ ARTHUR HAEFLIGER, *Die EMRK und die Schweiz*, Berne 1993, p. 273; YVO HANGARTNER, *Das Recht auf eine wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK und seine Durchsetzung in der Schweiz*, dans: PJA 1994, p. 3ss, 6; MARK E. VILLIGER, *Handbuch der EMRK*, Zurich 1993, p. 371.

⁴¹ HANGARTNER (n. 40), p. 7.

⁴² Cf. RHINOW (n. 30), p. 43.

les procèdent tous pour l'essentiel d'une combinaison de quelques mêmes paramètres de base, lesquels forment les cinq paires opposées suivantes⁴³:

- Contrôle des normes préventif / répressif : Le contrôle de la constitutionnalité des normes est préventif lorsqu'il intervient avant leur entrée en vigueur (p.ex. en France); on ne parle toutefois de "contrôle" que lorsque la décision ne constitue pas un simple avis à l'attention du législateur, mais qu'elle est contraignante et empêche l'entrée en vigueur de la norme. Le contrôle répressif, quant à lui, porte toujours sur la constitutionnalité d'une loi déjà en vigueur.
- Juridiction constitutionnelle diffuse / concentrée : Dans les systèmes concentrés (p.ex. Autriche, Allemagne, Italie et France), la juridiction constitutionnelle ne peut être exercée que par un seul et même tribunal, alors que dans les systèmes décentralisés, tous les juges sont en principe autorisés, voire tenus, d'examiner les normes quant à leur conformité avec la constitution (par exemple les Etats-Unis, la Suisse en ce qui concerne les arrêtés cantonaux et les ordonnances du Conseil fédéral).
- Contrôle des normes abstrait / concret : Le contrôle des normes est abstrait, lorsque la loi est en tant que telle l'objet du recours et que l'examen porte sur sa constitutionnalité sans égard à un cas d'application particulier. En revanche, il est concret lorsque le recours porte sur une décision ou sur un jugement et que l'on examine alors, à titre préjudiciel, si la loi s'avère inconstitutionnelle dans le cas particulier. A l'exception de la France, tous les Etats qui ont une juridiction constitutionnelle connaissent le contrôle concret des normes; en revanche, le contrôle abstrait n'existe pratiquement que dans les Etats qui ont un système concentré (Autriche, Italie, Allemagne).
- Juridiction constitutionnelle exercée par le tribunal suprême / par un tribunal constitutionnel spécial : La juridiction constitutionnelle peut être exercée par le tribunal suprême dans le cours ordinaire des instances; ou alors, elle est réservée à un tribunal constitutionnel spécial, placé au-dessus de tous les autres tribunaux. C'est avant tout dans les systèmes concentrés qu'on rencontre les tribunaux constitutionnels spécialisés, alors que dans les pays où le tribunal suprême ordinaire exerce également la juridiction constitutionnelle, on trouve aussi bien des systèmes diffus que des systèmes concentrés.
- Juridiction constitutionnelle sur recours / sur demande d'avis préjudiciel d'instances inférieures: Dans le domaine de la juridiction constitutionnelle également, les tribunaux sont normalement saisis sur recours ou par voie d'action, la qualité pour agir pouvant appartenir non seulement

⁴³ Voir à ce sujet, p. ex., ANDREAS AUER, Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, Bâle et Frankfurt sur le Main 1984, p. 13ss; AUBERT (n.1), p. 22ss.

aux particuliers mais aussi à des organes de l'Etat (parlement, gouvernement ou, comme en Allemagne, Etats membres de l'Etat fédéral). Certains systèmes concentrés reconnaissent en outre aux instances inférieures la faculté de s'adresser au tribunal chargé de la juridiction constitutionnelle pour lui soumettre la question de la constitutionnalité d'une norme.

563 Proposition

Il est proposé de maintenir intégralement le régime actuel de contrôle des normes pour les actes cantonaux et les concordats, soit:

- Contrôle préventif des constitutions cantonales par l'Assemblée fédérale.
- Contrôle répressif concret de tous les arrêtés cantonaux et concordats, selon un système en principe diffus. Est notamment préconisé l'extension aux constitutions cantonales du contrôle concret par le Tribunal fédéral. La réalisation de ce postulat suppose une modification de la jurisprudence du Tribunal fédéral.
- Contrôle abstrait de tous les actes cantonaux (à l'exception des constitutions cantonales) et des concordats par le Tribunal fédéral. Les cantons sont libres de prévoir, de leur côté, des procédures de contrôle abstrait à l'encontre de leurs propres actes.

Aucune modification non plus n'est proposée pour ce qui concerne l'examen des ordonnances du Conseil fédéral (et du Tribunal fédéral). Elles demeurent, comme aujourd'hui, susceptibles d'un contrôle préjudiciel lors d'un cas d'application, et ce en principe - sous réserve des restrictions valant pour les organes administratifs inférieurs - par toutes les autorités chargées d'appliquer le droit. Il n'est pas nécessaire d'introduire un contrôle abstrait des normes. La protection de la séparation des pouvoirs visée par le contrôle des ordonnances fédérales est suffisamment garantie par un contrôle concret.

L'innovation qui est proposée consiste à développer le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales et des arrêtés fédéraux de portée générale selon les principes suivants:

- a) Limitation des motifs de recours à la violation de droits constitutionnels (découlant de la Constitution fédérale) et à la violation du droit international, étant donné que, s'agissant de recours de particuliers, la tâche primaire du tribunal est la protection des droits individuels. Ainsi, les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale demeurent contraignants, pour autant qu'ils ne violent ni des droits constitutionnels ni le droit international.

Au surplus, les cantons (et uniquement les cantons) doivent se voir reconnaître la faculté de faire valoir devant le Tribunal fédéral une viola-

tion de la répartition constitutionnelle des compétences par une loi fédérale ou un arrêté fédéral. Cette solution représente une alternative à une redéfinition du rôle du Conseil des Etats; il s'agit d'une autre façon d'habiliter les cantons à se défendre contre le législateur fédéral lorsque ce dernier porte atteinte à leurs droits. Il faut exclure une extension aux particuliers de la possibilité d'invoquer ce même grief, car une telle extension des moyens de recours serait contraire au système et entraînerait une surcharge de travail pour le Tribunal fédéral.

- b) Renonciation à la création d'un tribunal constitutionnel spécial, parce que l'on créerait ainsi une instance supplémentaire et que cela entraînerait une certaine "dépréciation" du Tribunal fédéral. On peut laisser au législateur le soin de déterminer comment la juridiction constitutionnelle sera exercée à l'intérieur du Tribunal fédéral; il peut donc prévoir l'application de la procédure ordinaire, ou instituer par exemple une "Cour constitutionnelle" spéciale, qui jugerait seule ou en collaboration avec une section spécialisée. A la différence de plusieurs constitutions étrangères, il faut renoncer à consacrer un article constitutionnel particulier à l'activité du Tribunal fédéral en tant que juge constitutionnel, ceci pour bien montrer que le Tribunal fédéral est d'abord un tribunal suprême, qui exerce à ce titre la juridiction constitutionnelle comme une tâche parmi d'autres.
- c) Centralisation de la compétence de décision auprès du Tribunal fédéral. En effet, il n'appartient pas aux tribunaux cantonaux de refuser l'application de lois fédérales (ou d'exhorter le législateur fédéral, dans le cadre d'un jugement, à élaborer une réglementation conforme à la constitution). En raison du degré d'abstraction élevé des normes constitutionnelles, la juridiction constitutionnelle présente une dimension hautement créatrice de droit. Cette fonction créatrice doit, dans un Etat fédéral, être l'apanage du Tribunal fédéral, à l'exclusion des tribunaux cantonaux⁴⁴. Le système de contrôle diffus pour les ordonnances du Conseil fédéral ne saurait être simplement transposé par analogie au contrôle des lois fédérales. D'une part, il est rare que les tribunaux cantonaux exercent leur compétence de contrôle à l'encontre d'une ordonnance fédérale⁴⁵. D'autre part, l'examen des ordonnances met en règle générale l'accent sur la légalité (et non sur la conformité avec le droit constitutionnel ou le droit public international). Mais un système diffus serait surtout problématique en ce qu'il compromettrait la sécurité du droit et l'unité de la jurisprudence constitutionnelle⁴⁶. Tous ces motifs

⁴⁴ Cf. WALTER KÄLIN, Chancen und Grenzen kantonaler Verfassungsgerichtsbarkeit, dans: ZBl 1987, p. 233ss, 242.

⁴⁵ AUBERT (n.1), p. 22; KURT EICHENBERGER, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in den Gliedstaaten der Schweiz, dans: Landesverfassungsgerichtsbarkeit, vol. 1, Baden-Baden 1983, p. 435ss, 442.

⁴⁶ Cf. HALLER (n.30), p. 524s, en part. note 66.

plaident en faveur d'un système concentré. La procédure d'avis préjudiciel permettrait d'éviter que l'on doive inutilement épuiser les voies de droit lorsque la conformité d'une loi avec la constitution et le droit international public est en cause. Selon cette procédure, les instances inférieures devraient surseoir à leur décision et requérir l'avis du Tribunal fédéral. La procédure d'avis préjudiciel doit être prévue à tout le moins dans les domaines où le recourant ne peut pas s'adresser au Tribunal fédéral en raison de restrictions d'accès, afin que la jurisprudence constitutionnelle concentrée dans les mains du Tribunal fédéral puisse être assurée dans ces domaines également.

- d) Limitation au contrôle concret des normes, étant donné que limiter le Tribunal fédéral à la constatation ponctuelle de l'inconstitutionnalité d'une loi dans le contexte d'un cas particulier concorde mieux avec les droits du peuple en démocratie référendaire qu'un jugement abstrait rendu indépendamment d'un cas d'application. Un contrôle des normes abstrait ne s'impose pas; il n'est pas non plus requis par l'article 13 CEDH⁴⁷.

Il serait concevable d'envisager le contrôle des abstrait normes pour les griefs des cantons relatifs aux règles de compétences⁴⁸. Une telle réglementation présenterait l'avantage de renforcer la sécurité du droit. On renonce toutefois à faire une proposition dans ce sens, car un contrôle abstrait conduirait - dans le cas d'un conflit - le Tribunal fédéral à jouer en quelque sorte le rôle d'arbitre entre la Confédération et les cantons. Il est en revanche judicieux que les cantons puissent, lors d'un cas d'application, faire valoir que l'acte de souveraineté repose sur une loi fédérale contraire au régime des compétences. Pour être praticable en dehors d'une procédure par voie d'action, cette solution présuppose un recours des autorités. Lors de l'élaboration des dispositions transitoires, il y aura lieu d'examiner si l'octroi de cette possibilité aux cantons ne doit pas être exclu pour les lois déjà en vigueur, ce au regard de la sécurité du droit.

- e) Maintien de la primauté des traités internationaux. Le maintien est requis par le principe "pacta sunt servanda" (art. 26 de la Convention de Vienne) et par le principe de la force dérogatoire du droit international public. En vertu de l'art. 27 de la Convention de Vienne, les principes qui lient les Etats aux traités ne peuvent être éludés par des arguments tirés du droit interne contraire. Un contrôle a posteriori des traités ratifiés quant à leur conformité à la Constitution fédérale serait sans effets pratiques. Il convient de ne pas charger le Tribunal fédéral d'une telle tâche à valeur purement théorique.

⁴⁷ Cf. les citations à la n. 40.

⁴⁸ Ainsi, parmi la doctrine, RHINOW (n. 30), p. 42.

La question du contrôle de la constitutionnalité des traités internationaux ne doit pas être confondue avec celle de savoir dans quelle mesure les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale l'emportent sur le droit international avec lequel ils sont en conflit. Selon une jurisprudence qui remonte aux origines de notre Etat fédéral⁴⁹ et qui a été récemment à nouveau consolidée⁵⁰, le Tribunal fédéral et les autorités fédérales reconnaissent la primauté de principe du droit international sur les lois fédérales. Depuis l'arrêt Schubert⁵¹, ce n'est que dans les cas où le législateur a sciemment envisagé la violation du droit international que le Tribunal fédéral renonce, à titre exceptionnel, à s'opposer à l'application de la loi fédérale contraire au droit international. Cette pratique trouve sa justification dans la considération qu'il n'appartient pas au juge de censurer le législateur, alors que celui-ci a accepté d'assumer les conséquences d'une violation délibérée du droit international. C'est pourquoi la réforme de la justice doit préserver la faculté pour le Tribunal fédéral de renoncer exceptionnellement à l'application du principe de la primauté du droit international dans de tels cas, qui sont d'ailleurs rares.

- f) Possibilité de recourir à la procédure d'avis préjudiciel, lorsqu'une instance inférieure rend une décision définitive; en effet, sans cette procédure, certaines lois seraient soustraites à la juridiction constitutionnelle.

En résumé : En ce qui concerne le contrôle des lois fédérales et des arrêtés fédéraux, on propose un système concentré qui prévoit un contrôle des normes répressif, concret et avec limitation des motifs de recours. Dans ce système on renonce à instaurer un tribunal constitutionnel spécial.

Cette proposition renonce donc à l'introduction d'une juridiction constitutionnelle selon un modèle maximal, tels que certains Etats le connaissent aujourd'hui, à savoir un tribunal constitutionnel habilité à contrôler les lois d'une manière abstraite, voire préventive. Inversement, la proposition va au-delà d'une solution minimale, en vertu de laquelle une mise à jour du texte de la constitution permettrait de prévoir que le Tribunal fédéral, tout

⁴⁹ Cf. ATF 7 783 et 18 193, qui précisent qu'une nouvelle loi fédérale ne saurait déroger à des dispositions contraires de traités internationaux en vigueur sans violation des obligations internationales.

⁵⁰ ATF 119 V 175 ss., 118 Ib 281 consid. b, 117 Ib 370 consid. b, 117 IV 128 consid. b, 99 Ib 43 s.; Publication commune de l'Office fédéral de la justice et de la Direction du droit international public, du 26.4.1989: "Rapports entre le droit international et le droit interne au sein de l'ordre juridique suisse", in: JAAC 1989 N° 54; Message du Conseil fédéral du 18.5.1992 relatif à l'approbation de l'accord sur l'Espace économique européen, FF 1992 IV 82 ss.

⁵¹ ATF 99 Ib 39 ss., confirmé par Atf 118 Ib 281, consid. b, 112 II 13, consid. 8, 111 V 203, consid. 2b.

en étant lié à l'application des lois fédérales et des arrêtés fédéraux de portée générale (Anwendungsgebot), puisse en examiner la conformité avec la Constitution, et, le cas échéant, constater dans le cadre d'un jugement à l'attention du législateur, que telle disposition s'est avérée inconstitutionnelle.

57 Domaine de réforme IV: Unification du droit de procédure

571 Dans le domaine du droit pénal

Par décision du 31 mai 1994, le DFJP a institué une commission d'experts ayant pour tâche d'examiner si, dans l'intérêt d'une poursuite pénale efficace, particulièrement dans les domaines de la criminalité économique et du crime organisé, une unification totale ou partielle du droit de procédure pénale ou d'autres mesures appropriées seraient indiquées. Le mandat de la commission s'étendait en outre à l'examen de la nécessité, de l'opportunité et de la constitutionnalité d'une extension de la juridiction fédérale, ainsi que des conséquences qui pourraient en résulter sur l'organisation judiciaire.

Dans son rapport intermédiaire du 19 janvier 1995, la commission conclut à la nécessité d'unifier le droit de procédure pénale, et ce pour les principales raisons suivantes:

- Le législateur fédéral a déjà largement contribué à l'unification de la procédure pénale (recours en nullité contre les décisions cantonales, dispositions de procédure dans le CP, dans la PPF et, par exemple, dans la LAVI).
- La jurisprudence du Tribunal fédéral et des instances de Strasbourg relative à la liberté personnelle, aux art. 4 et 58 cst. et 5 et 6 CEDH, a déjà conduit à une unification de fait du droit de procédure pénale, en imposant des exigences minimales fondamentales en matière de procédure comme aussi d'organisation de la poursuite pénale et de la justice pénale.
- Les poursuites pénales qui s'étendent à plusieurs cantons sont rendues plus difficiles en raison de procédures différentes et des conditions de l'entraide judiciaire.
- L'unification assurerait une plus grande sécurité juridique.
- Droit de procédure et droit pénal matériel sont étroitement liés: la règle de forme permet la mise en oeuvre de la règle de fond et devrait être dès lors parfaitement adaptée à celle-ci. Cette adéquation sera plus facilement réalisée si le pouvoir législatif se trouve pour l'un et l'autre domaines dans les mêmes mains.
- Un régime unifié favoriserait la réception scientifique du droit de procédure pénale et de la jurisprudence. Il permettrait de fournir des infor-

mations claires et précises en réponse à des demandes de renseignements d'autres pays ou de certains organismes internationaux, ce que le morcellement de notre droit ne permet guère aujourd'hui.

- Une procédure pénale applicable sur tout le territoire de la Confédération permettrait de lutter plus efficacement contre une criminalité dont la mobilité, l'organisation, le professionnalisme et la spécialisation s'accroît toujours davantage.
- Des adaptations, par exemple à la jurisprudence strasbourgeoise, seraient plus aisément réalisées si elles ne nécessitaient la révision que d'une seule loi, plutôt que de 29 codes de procédure pénale.
- A une époque où la criminalité et les poursuites pénales s'internationalisent, la mosaïque de nos droits de procédure s'avère particulièrement anachronique. Même un juriste a peine à mettre la main sur les textes de loi pertinents et s'il y parvient, il ne connaît pas pour autant l'interprétation qu'en donnent les autorités cantonales. Un code de procédure pénale suisse aurait l'avantage de pouvoir faire l'objet d'une interprétation uniforme par le Tribunal fédéral.

Le DFJP se rallie à cette appréciation et se déclare favorable à l'unification de la procédure pénale. On ne voit d'ailleurs aucun motif rationnel de s'y opposer. Le fédéralisme n'exige pas davantage le maintien du statu quo. En effet, la lutte efficace contre le crime organisé dans le respect des principes de l'Etat de droit représente un problème technique de politique criminelle auquel tout Etat doit faire face, et qui n'a pas grand chose à voir avec les particularités cantonales, lesquelles ne sont dès lors pas mises en cause.

Les considérations qui précèdent valent en tout cas pour la procédure, laquelle réclame tout particulièrement l'unification. Cependant, il faut aussi tenir compte de l'organisation des autorités. D'une part, on ne peut pas toujours opérer une séparation stricte entre ces deux domaines⁵². D'autre part, une réglementation uniforme peut également s'avérer nécessaire pour certains aspects de l'organisation⁵³. Toutefois, il apparaît opportun que la Confédération n'intervienne qu'avec mesure dans le domaine de l'organisation judiciaire, où des spécificités cantonales peuvent subsister pour l'organisation des tribunaux. Il faut s'en tenir en principe à la souveraineté des cantons en matière d'organisation.

L'unification de la procédure pénale nécessite une base constitutionnelle claire, qui devra figurer dans la constitution révisée.

52 Lorsque, p.ex., une procédure d'examen judiciaire de la détention est exigée, il en résulte également des conséquences sur l'organisation (juge ad hoc).

53 Comme le montre l'exemple de l'art. 10 LAVI, selon lequel le tribunal doit également être composé de femmes.

Selon la commission d'experts "Unification de la procédure pénale", les insuffisances de la procédure pénale en Suisse ne sont toutefois pas imputables uniquement au morcellement du droit et aux quelques déficiences des codes de procédure et de leur mise en oeuvre; elles sont dues aussi au manque d'effectifs et à la formation lacunaire dans certains cantons, en particulier les plus petits, pour la poursuite des délits relevant de la criminalité économique ou organisée. C'est pourquoi la commission propose, outre l'unification de la procédure, une série de mesures réalisables à court terme, dont les suivantes:

- extension de la juridiction fédérale aux cas de criminalité organisée;
- droit des cantons de proposer à la Confédération d'assumer l'enquête dans les cas graves et complexes de criminalité économique;
- subventions incitatives en faveur des cantons pour le recrutement de personnel qualifié et spécialisé.

Dans quelle mesure ces réformes exigent-elles une modification de la constitution? La question peut ici rester ouverte. On observe toutefois qu'une telle extension de la juridiction pénale fédérale constituerait une raison supplémentaire de créer un tribunal pénal fédéral autonome de première instance (cf. chiffre 552.2).

572 Dans le domaine du droit civil

En procédure civile, la situation est largement analogue à celle qui prévaut en procédure pénale:

- Le morcellement horizontal (27 codes de procédure) et vertical (nombreuses ingérences de la législation fédérale et de la jurisprudence) conduit dans ce domaine aussi à un manque de clarté et à une insécurité du droit inadmissibles. Pour le justiciable, la défense de ses droits s'en trouve grandement entravée. Il est très risqué pour un avocat "étranger", et plus encore pour le justiciable lui-même, d'engager un procès dans un autre canton.
- La multiplicité des codes de procédure aboutit en outre à des inégalités de traitement⁵⁴, ce qu'un Etat de droit ne peut tolérer.
- Si lors de l'unification du droit civil matériel en 1898, il était raisonnable que les cantons continuent à réglementer la procédure (les structures économiques et sociales étaient encore beaucoup plus cloisonnées), cela n'est plus compatible de nos jours avec l'évolution vers des espaces économiques plus vastes. Est ainsi réduit à néant un argument

⁵⁴ Ainsi, l'apport d'une preuve peut, dans un canton connaissant la maxime éventuelle et une réglementation stricte des nova, être frappée de péremption et le procès perdu de ce fait, alors que, dans un autre canton, la preuve aurait encore pu être rapportée.

de poids en faveur de la compétence des cantons en matière de procédure civile⁵⁵.

- La Convention de Lugano⁵⁶ entraîne l'unification en Europe de grands chapitres de la procédure civile, notamment la compétence judiciaire, la litispendance, ainsi que la reconnaissance et l'exécution de jugements civils. En Suisse aussi, on a entrepris des travaux visant à l'unification de la compétence judiciaire et de questions apparentées (en particulier la litispendance)⁵⁷. Ainsi, aujourd'hui déjà, on prévoit une réglementation fédérale relative à un domaine important du droit de procédure.
- Dans la perspective de l'intégration de la Suisse dans l'Europe - laquelle s'efforce de son côté de rapprocher les droits de procédure nationaux⁵⁸-, il n'apparaît plus soutenable qu'un petit territoire comme la Suisse veuille maintenir 27 codes de procédure civile.

Certes l'unification de la procédure civile n'est pas aussi indispensable que celle de la procédure pénale. Néanmoins, pour les raisons précitées, une harmonisation du droit de la procédure civile s'impose tout de même. A cet effet, il y a lieu de créer une base constitutionnelle et, contrairement à l'actuelle répartition des compétences (art. 64, 3e al., cst.), d'habiliter la Confédération à édicter des dispositions relatives à l'harmonisation du droit de la procédure civile. Par contre, les cantons pourront continuer à réglementer l'organisation judiciaire de manière autonome.

573 Dans le domaine du droit administratif

En droit public, les différences entre les procédures cantonales sont moins considérables qu'en droit pénal ou qu'en droit civil, et ce pour des raisons avant tout historiques. En effet, la codification du droit de la procédure administrative n'a débuté que dans le courant de ce siècle. Tenant lieu de modèle, la loi fédérale sur la procédure administrative a été un facteur d'unification notable.

⁵⁵ Cf. STOLZ/GASS (n. 13), p. 6.

⁵⁶ Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, conclue à Lugano le 16.9.1988 (RS 0.275.11), entrée en vigueur le 1.1.1992.

⁵⁷ Une commission de la Société suisse des avocats élabore, en collaboration avec un représentant de l'Office fédéral de la justice, un projet de loi y relatif. Elle devrait déposer un projet formulé, accompagné d'un rapport, à fin 1995 déjà.

⁵⁸ Par accord du 22.2.1990, la Communauté européenne a institué une "Commission European Judiciary Code" chargée d'un tel mandat (cf. VOGEL [n.13], PJA 1992, p. 462). Cf. aussi la proposition pour une "Richtlinie betreffend eine Europäische Zivilprozessordnung" avec les remarques de GERHARD WALTER, *Tu felix Europa*, relatif au projet de procédure civile européenne, dans: PJA 1994, p. 425ss.

Est dès lors superflue une norme constitutionnelle qui attribuerait à la Confédération la compétence de réglementer la procédure en matière d'exécution du droit administratif fédéral par les cantons. Lorsque la mise en oeuvre uniforme du droit matériel exige des dispositions de procédure fédérales, la Confédération est implicitement habilitée à les édicter en vertu de sa compétence législative matérielle.

Une réglementation fédérale uniforme de la procédure dans le domaine de l'exécution du droit administratif fédéral reviendrait pratiquement à supprimer aussi l'autonomie des cantons pour ce qui est de la procédure relative à l'exécution de leur propre droit administratif. En effet, il serait quasiment impossible d'appliquer simultanément deux lois de procédure, ce d'autant plus que droits administratifs cantonal et fédéral s'interpénètrent souvent.

Il n'est pas nécessaire que la Confédération dispose d'une large compétence législative dans le domaine de la juridiction administrative cantonale. Un aspect important de ce domaine est réglé dans la constitution révisée, en ce qu'elle fait obligation aux cantons d'instituer des autorités judiciaires inférieures pour connaître non seulement des affaires de droit administratif fédéral mais aussi de celles relevant de leur propre droit administratif. En outre, le principe de l'unité de la procédure implique par lui-même certaines conséquences pour l'aménagement de la procédure cantonale, en plus de celles qui résultent déjà de l'article 1er, 3e al., LPA. Ainsi les conditions de recevabilité et le pouvoir d'examen ne doivent-ils pas être définis plus étroitement pour les instances cantonales inférieures que pour l'autorité de recours fédérale. Ces exigences, découlant à la fois du principe précité et de l'article 4 de la cst., et auxquelles la procédure cantonale doit se conformer, garantissent un "standard" minimum d'unité. Il suffit que ce dernier trouve son expression dans les garanties judiciaires, sans qu'il soit besoin d'une norme de compétence particulière.

58 Grands traits de la réforme proposée

581 Aspects formels

D'un point de vue formel, la densité normative moyenne de la constitution actuelle dans le domaine de l'administration de la justice a permis une grande souplesse sur le plan législatif, de sorte que l'OJ a pu être adaptée aux besoins actuels. Conformément à la devise "aussi ouverte que possible, aussi fermée que nécessaire", cette densité normative moyenne doit être conservée dans une constitution révisée, afin que le législateur ne soit pas trop restreint dans son champ d'action, tout en étant orienté de façon suffisamment claire sur la structure et la compétence de la juridiction fédérale.

582 Teneur de la réglementation constitutionnelle en résumé

La réforme proposée repose dans ses grandes lignes sur les piliers suivants:

- Renforcement de la position du Tribunal fédéral en tant que tribunal suprême.

La constitution doit exprimer clairement que le Tribunal fédéral est la juridiction suprême de la Confédération, appelée à connaître des contestations en matière de droit fédéral, de droit intercantonal, de droits constitutionnels des cantons et de droit international. En outre, il y a lieu d'étendre la compétence du Tribunal fédéral aux droits politiques de la Confédération, en lui transférant les tâches juridictionnelles qui appartiennent aujourd'hui en cette matière au Conseil fédéral et au Conseil national (art. 81 et 82 LDP).

- Développement des autorités judiciaires inférieures.

Le Tribunal fédéral ne devrait en principe plus statuer en tant que première instance judiciaire. Cela implique le développement des autorités judiciaires de la Confédération en matière de juridiction administrative fédérale et la création d'un tribunal pénal fédéral de première instance. Les cantons devraient être tenus de créer des autorités judiciaires compétentes en matière de droit administratif cantonal également. Des procès directs au Tribunal fédéral ne devraient être maintenus que dans les cas où cela répond à une justification objective.

- Création d'une base constitutionnelle pour des restrictions d'accès au Tribunal fédéral et, à titre de compensation, inscription d'une garantie - non absolue - d'accès à un juge

Le législateur doit se voir reconnaître la compétence de limiter l'accès au Tribunal fédéral. La norme constitutionnelle proposée retient le principe de la liberté du législateur dans le choix d'éventuelles restrictions d'accès (p. ex. procédure d'admission ou procédure d'examen préalable) mais tout en assurant que l'accès au Tribunal fédéral demeure en tout cas garanti lorsqu'une contestation est objectivement ou subjectivement importante.

En contrepartie de la possibilité de restreindre l'accès au Tribunal fédéral, le projet de réforme contient la garantie que toute contestation doit pouvoir être portée devant un Tribunal indépendant (lequel n'est pas nécessairement le Tribunal fédéral). Des exceptions justifiées à la garantie d'une voie de droit doivent toutefois être possibles (p. ex. actes non justiciables du Gouvernement ou du Parlement).

- Introduction de la juridiction constitutionnelle pour les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale.

Le Tribunal fédéral doit être habilité à examiner, dans le cadre d'un recours portant sur un acte d'application, si une norme législative est conforme aux droits constitutionnels et au droit international et à ne pas appliquer cette norme au cas concret en cas de violation. Ce que l'on propose par là se limite donc à un contrôle concret - et non pas abstrait

- des normes. Est retenu un système concentré, selon lequel le Tribunal fédéral est seul habilité à contrôler les lois fédérales et les arrêts fédéraux de portée générale. On renonce à créer une cour constitutionnelle placée au-dessus du Tribunal fédéral et séparée de lui, un tel système ayant pour effet indésirable de rendre les procédures plus compliquées et plus longues.

En revanche, l'impunité des traités internationaux doit être préservée.

- Pas de modification relative à l'élection et à la position des juges fédéraux, mais consécration explicite du principe de l'indépendance du juge

Il n'y a aucune nécessité de réformer matériellement ce domaine sur le plan constitutionnel. Il convient en particulier de maintenir l'élection des juges fédéraux par l'Assemblée fédérale pour une période de six ans. En revanche, l'importance fondamentale du principe de l'indépendance du juge justifie qu'il soit désormais garanti de façon explicite dans la constitution.

- Unification du droit de procédure pénale, harmonisation du droit de procédure civile, "standard" minimum en matière de procédure administrative.

Il y a lieu d'attribuer à la Confédération la compétence d'unifier également le droit pénal formel, à tout le moins le droit de procédure. S'agissant du droit de procédure civile, la proposition va un peu moins loin. Dans ce domaine, la Confédération doit pouvoir provoquer une harmonisation par des réglementations-cadre idoines. L'organisation judiciaire en matière de droit pénal et civil demeure en principe de la compétence des cantons. En matière de droit public, il suffit d'obliger les cantons à créer des autorités judiciaires pour l'ensemble du droit administratif, fédéral et cantonal.

583 Questions de rang infra-constitutionnel

La souplesse de la Constitution fédérale actuelle dans le domaine de la juridiction fédérale et l'absence de toute réglementation de la procédure se sont avérés jusqu'ici être un avantage, en ce qu'elles ont permis que la procédure fédérale soit adaptée aux changements. Il faut conserver cette souplesse. En particulier, il faut renoncer à énumérer de manière exhaustive les différents moyens de droit, à définir la qualité pour agir et les grands traits de la procédure ou à régler la question du contrôle abstrait des normes de droit cantonal.

De même, il n'y a pas lieu de fixer dans la constitution l'organisation concrète du Tribunal fédéral, à savoir par exemple le nombre de juges, la subdivision en sections spécialisées ou le nombre des juges appelés à statuer. La souplesse est souhaitable dans ce domaine également.

S'agissant de l'élection et de la position des juges fédéraux, la constitution ne doit régler que l'essentiel, à savoir l'organe électoral, les conditions

d'éligibilité, la durée des fonctions et les incompatibilités en tant qu'elles sont liées au principe de la séparation des pouvoirs. Il faut laisser au législateur le soin de régler tous les autres aspects (critères de sélection, procédure d'élection, exclusion de parenté et autres incompatibilités, garanties personnelles, responsabilité, traitement).

Doivent en outre être réglées par le législateur la structure, l'organisation et les attributions des autorités judiciaires inférieures de la Confédération, y compris l'élection de leurs juges.

59 Dispositions proposées et commentaire

CHAPITRE 4: JURIDICTION FEDERALE

Art. 162 Tribunal fédéral

1 Le Tribunal fédéral est le tribunal suprême de la Confédération.

2 Il organise sa chancellerie.

Commentaire:

Alinéa 1:

Cette disposition décrit la position du Tribunal fédéral. Selon l'ordonnement actuel de la constitution, le Tribunal fédéral partage le rang d'autorité juridictionnelle "suprême" avec le Conseil fédéral (et l'Assemblée fédérale). Du moment que l'on supprime presque toutes les compétences juridictionnelles du Conseil fédéral, il se justifie de mieux affirmer la position du Tribunal fédéral en le désignant explicitement comme la plus haute autorité juridictionnelle. Est ainsi exprimé le principe qu'il appartient primairement au Tribunal fédéral (et non au Conseil fédéral ou à l'Assemblée fédérale) de dire le droit au plus haut niveau. La position du Tribunal fédéral en tant qu'autorité judiciaire supérieure aux autres autorités judiciaires de la Confédération est du même coup précisée. Placé au sommet de l'ordre judiciaire, le Tribunal fédéral se trouve, du point de vue de la structure des pouvoirs, sur un rang analogue à celui du Conseil fédéral en sa qualité d'"autorité exécutive supérieure".

Alinéa 2:

Comme avec la constitution actuelle (art. 109), le Tribunal fédéral est habilité à organiser lui-même sa chancellerie. Il se justifie d'énoncer expressément cette compétence dans la constitution⁵⁹, car elle constitue une exception au principe de la séparation fonctionnelle des pouvoirs, selon lequel l'activité administrative incombe à l'exécutif. L'Assemblée fédérale détermine comme auparavant le nombre et la nature des postes mis à

⁵⁹ Différent de l'AP-77, l'étude-modèle et le projet Kölz/Müller.

disposition du Tribunal fédéral⁶⁰, lequel toutefois nomme et surveille lui-même son personnel. Il n'y a pas lieu d'ajouter d'autres compétences administratives propres, telle en particulier une autonomie financière du Tribunal fédéral, à celles que prévoit le droit actuel, et ce pour des motifs tirés de l'unité de l'administration de l'Etat et de la charge du Tribunal fédéral. C'est pourquoi l'administration judiciaire n'est pas placée globalement dans la compétence du Tribunal fédéral.

Art. 163 Attributions du Tribunal fédéral

1 Le Tribunal fédéral connaît des contestations pour violation:

- a. du droit fédéral, du droit intercantonal et du droit international;
- b. des droits constitutionnels cantonaux;
- c. des garanties que les constitutions cantonales reconnaissent aux communes et à d'autres corporations publiques;
- d. des dispositions du droit fédéral et cantonal sur les droits politiques.

2 La loi peut conférer d'autres attributions au Tribunal fédéral ou exclure sa compétence dans des domaines déterminés sous réserve de la possibilité de l'avis préjudiciel.

Commentaire:

Alinéa 1:

Cet alinéa décrit la tâche principale du Tribunal fédéral, soit le jugement de différends. La constitution se borne à fixer les motifs de recours admissibles, en laissant notamment ouverte la question de savoir qui est habilité à recourir⁶¹. Le législateur dispose ainsi d'un plein pouvoir d'appréciation pour définir la qualité pour agir.

Lettre a: Droit fédéral: Contrairement à ce que prévoyaient les art. 109, al. 1, et 110 AP-77, les art. 125/126 de l'étude-modèle et les art. 98/99 du projet Kölz/Müller, le grief de violation de la constitution et celui de violation de lois fédérales ont été fondus en un seul grief de violation du droit fédéral, afin d'exprimer le concept du recours unifié; le texte est au demeurant ainsi rédigé que le recours unifié n'est pas obligatoire; l'ordonnement actuel des voies de recours pourraient ainsi être maintenu. Même dans ce cas, le sens de cette disposition resterait que le Tribunal fédéral n'est pas au premier chef un tribunal constitutionnel, mais bien un tribunal suprême. On peut renoncer à l'énumération des domaines particu-

⁶⁰ Art. 85, ch. 3 cst., art. 7, 1er al. et 123, 3e al. OJ.

⁶¹ Au contraire de l'art. 113, 1er al., ch. 3 cst. actuel qui limite la possibilité de faire valoir la violation de droits constitutionnels aux "citoyens et aux particuliers".

liers (droit privé, droit pénal, droit administratif et droit des assurances sociales); la notion de "droit fédéral" recouvre tous les domaines, y compris les droits constitutionnels garantis par la Constitution fédérale.

Droit intercantonal: Comme jusqu'à présent, la violation du droit cantonal ne peut être invoquée de façon indépendante; dans le sens d'une "prestation de service" de la Confédération aux cantons, le Tribunal doit toutefois continuer à connaître des recours pour violation de concordats.

Droit international: Le grief de violation du "droit international" ne se déduit pas simplement de la notion de violation du "droit fédéral", mais doit être invoqué de façon indépendante. Le droit international et le droit fédéral se fondent sur des sources juridiques différentes.

Lettre b: Attribuer à la Confédération la compétence de connaître, de façon générale, des litiges relatifs aux constitutions cantonales constituerait une atteinte excessive à l'autonomie des cantons. Dès lors, seule la violation de droits constitutionnels doit pouvoir être invoquée. Ce motif de recours doit être inscrit dans la constitution fédérale avant tout eu égard à la tendance des nouvelles constitutions cantonales d'ancrer dans leur texte des droits fondamentaux autonomes, ainsi que dans l'intérêt d'un fédéralisme vivant.

Lettre c: Il se justifie de mentionner séparément le recours pour violation de l'autonomie communale: il se distingue du recours pour violation des droits constitutionnels par la qualité du recourant (non pas un privé, mais une collectivité publique) et par la nature du grief: même si l'autonomie des communes et des autres corporations publiques a une fonction de garantie d'une liberté, elle n'en constitue pas pour autant un droit fondamental des particuliers contre l'Etat. A côté de l'autonomie communale, qui devrait constituer le principal cas d'application, la norme comprend aussi la garantie constitutionnelle de l'autonomie ou de l'existence d'autres corporations publiques, telles les Eglises nationales. Le texte exprime clairement qu'il s'agit là d'une garantie de droit cantonal.

Lettre d: Le recours pour violation des droits politiques en matière cantonale est suffisamment important comme instrument central de la garantie de la démocratie pour être expressément mentionné dans la constitution. Il ne se confond pas avec le recours pour violation de droits constitutionnels, car, à l'avenir également, le grief de violation de la législation cantonale réglant les droits politiques sera recevable. En vue de décharger le Conseil fédéral et le Conseil national de leurs tâches juridictionnelles, la protection des droits politiques au niveau fédéral doit également être transférée au Tribunal fédéral. Mais, comme les actes du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale ne sont pas susceptibles d'être attaqués (art. 167, al. 2), les arrêtés du Conseil fédéral en matière de droits politiques ou la déclaration de nullité d'une initiative populaire par l'Assemblée fédérale continueront d'échapper à la juridiction du Tribunal fédéral. Si l'on souhaite

éviter cette conséquence, il faut statuer explicitement la possibilité d'un recours dans le sens d'une *lex specialis* dérogeant à l'art. 167, al. 2, (voir aussi à ce propos le ch. 4.4 ci-dessus).

Alinéa 2:

Il faut éviter une réglementation exhaustive des attributions du Tribunal fédéral, qui lierait de façon trop étroite le législateur. Le législateur peut étendre les attributions du Tribunal fédéral. Mais il peut également, comme l'autorise déjà la constitution actuelle, excepter certains domaines de la compétence du Tribunal fédéral et les attribuer à une autre instance qui statuera à titre définitif. Pour ces cas (et pour eux seulement), une innovation est introduite: l'autorité de dernière instance doit soumettre la question de la constitutionnalité de lois fédérales et d'arrêtés fédéraux de portée générale au Tribunal fédéral par la voie de la procédure d'avis préjudiciel. C'est la conséquence nécessaire de la concentration du contrôle de la constitutionnalité de ces actes législatifs dans les mains du Tribunal fédéral. Il appartiendra au législateur de définir les modalités de la procédure d'avis préjudiciel ainsi que d'éventuels autres motifs justifiant un tel avis (p. ex.: doutes sérieux quant à l'interprétation d'une loi fédérale).

Art. 164 Accès au Tribunal fédéral

1 Le Tribunal fédéral connaît:

- a. des recours contre des décisions prises en dernière instance cantonale;
- b. des recours contre des décisions des autorités judiciaires inférieures de la Confédération;
- c. des actions portant sur des contestations entre Confédération et cantons ou cantons entre eux, et des actions en réparation du dommage causé par des magistrats fédéraux dans l'exercice de leurs fonctions.

2 La loi peut limiter l'accès au Tribunal fédéral, sous réserve de questions de droit ayant une portée de principe ou de préjudice grave encouru par une partie.

Commentaire:

Alinéa 1:

Tandis que l'article 163 statue la compétence du Tribunal fédéral à raison de la matière, l'article 164, alinéa 1, a trait à la position du Tribunal fédéral dans le cadre de la succession des instances (compétence fonctionnelle). Le principe est ainsi posé que le Tribunal fédéral, d'une part, ne statue pas en première instance, d'autre part qu'aucun recours ne peut lui être

adressé qui n'ait déjà été traité par une instance judiciaire inférieure. Ce principe connaît des exceptions.

Lettre a: Les litiges qui se nouent dans les cantons et qui, de là, sont acheminés directement devant le Tribunal fédéral, ne peuvent être examinés par celui-ci qu'après épuisement des instances cantonales. C'est ce que signifie l'expression "dernière instance cantonale". Il découle de l'article 166 qu'il doit s'agir en principe là d'une instance judiciaire. Le législateur cantonal peut toutefois prévoir des exceptions à la garantie de l'accès à un juge (art. 167, al. 1, 2^{ème} phrase). Dans ces cas exceptionnels, c'est le gouvernement ou le parlement qui statue comme dernière instance cantonale et non un tribunal. Comme ces décisions peuvent également être portées devant le Tribunal fédéral, la lettre a parle de façon neutre de décisions prises en "dernière instance cantonale" et non de décisions de "dernière instance judiciaire cantonale". Par ailleurs, le Tribunal fédéral statue comme première et unique instance sur les recours dirigés contre des actes législatifs cantonaux⁶², dans la mesure où les cantons renoncent à introduire un contrôle abstrait des normes.

Lettre b: Les litiges de la compétence des autorités juridictionnelles de la Confédération ne peuvent être portés devant le Tribunal fédéral qu'après avoir passé par une instance judiciaire inférieure. Ici (autrement qu'à la lettre a), il se justifie de spécifier "judiciaire". Il est vrai que le législateur fédéral peut également prévoir, pour le droit fédéral, des exceptions à la garantie de l'accès à un juge (art. 167, al. 1, 2^{ème} phrase). Mais dans un tel cas, les décisions prises par le Conseil fédéral ou l'Assemblée fédérale, comme autorité de décision ou de recours, ne peuvent pas être portées devant le Tribunal fédéral (art. 167, al. 2).

Lettre c: Les actions portant sur des contestations entre Confédération et cantons ou cantons entre eux doivent demeurer dans la compétence du tribunal suprême. Il peut s'agir de litiges portant sur n'importe quel domaine du droit civil ou du droit public. Cela représente pour une part une extension en regard de l'actuelle constitution, laquelle, parmi les litiges de droit public entre la Confédération et les cantons ne place, dans les attributions directes du Tribunal fédéral, que les conflits de compétence (art. 113, al. 1, ch.1, cst.). Pour ces contestations, le Tribunal fédéral statue sur plainte, soit comme première et unique instance. Par ailleurs, il doit être fait exception au principe de l'instance judiciaire inférieure pour les actions en réparation du dommage causé par des magistrats fédéraux dans l'exercice de leur fonction. La position des personnes impliquées comme partie impose que seul le Tribunal suprême connaisse de ces litiges.

Alinéa 2:

La garantie de l'accès à un juge (art. 167) assure l'accès à un tribunal quelconque, mais ne s'étend pas nécessairement à la procédure devant le

62 Pour autant que le législateur fédéral maintienne le contrôle abstrait des actes cantonaux, ce que la Constitution ne prescrit pas; cf. commentaire ad art. 167, al.1.

Tribunal fédéral. L'art. 164, al. 2, part de l'idée que la voie du Tribunal fédéral est en principe ouverte dans un domaine de sa compétence, mais qu'elle peut être restreinte par la loi (si cela paraît nécessaire pour préserver la position du Tribunal fédéral et sa capacité d'assumer ses fonctions). Le texte de la norme autorise différentes solutions (examen préalable, admission, valeurs litigieuses, catalogue d'exceptions, etc.) et laisse au législateur le soin de décider quelles restrictions d'accès il y a lieu de retenir concrètement. La loi devra néanmoins garantir un accès dans tous les cas où se pose une question de droit ayant une portée de principe et ceux où une partie encourt un préjudice grave. Est ancré par là dans la Constitution le principe que toutes les causes objectivement ou subjectivement importantes continueront d'être jugées par le Tribunal fédéral. Sont notamment des causes où se pose une question de droit ayant une portée de principe, celles où il y a des indices d'une violation de droits constitutionnels ou celles où le jugement de l'autorité inférieure s'écarte de la jurisprudence du Tribunal fédéral. La Constitution autorise ainsi soit une procédure d'admission, qui reprendrait les critères de l'art. 164, al. 2, comme motifs d'admission, soit une procédure d'examen préalable permettant d'exclure les causes sans importance parce que dénuées de chances de succès, soit encore des valeurs litigieuses, qui ouvrent la voie aux causes subjectivement importantes du point de vue des montants en jeu.

Art. 165 Autres autorités judiciaires de la Confédération

- 1 La Confédération institue un tribunal pénal qui connaît des cas que la loi attribue à la juridiction pénale fédérale. La loi peut conférer d'autres attributions au tribunal pénal fédéral.
- 2 La Confédération crée d'autres autorités judiciaires pour connaître des recours contre des actes de l'administration fédérale.
- 3 La loi peut prévoir d'autres autorités judiciaires de la Confédération.

Commentaire:

Cet article prévoit les autres autorités judiciaires de la Confédération⁶³. La constitution exprime ainsi clairement que la juridiction fédérale n'est pas exercée exclusivement par le Tribunal fédéral et qu'elle peut être organisée sur deux degrés. Avec les articles 166 et 167, cette disposition garantit du même coup qu'il existe en principe une voie de droit à un tribunal.

Alinéa 1:

63 Au contraire de l'actuelle Constitution qui, à l'art. 106, 1er al., ne mentionne que le Tribunal fédéral et dont on a déduit que la juridiction fédérale, à tout le moins en matière civile et pénale, ne pouvait être à deux échelons (WALTER HALLER dans *Commentaire de la Constitution de la Confédération suisse*, art. 106, no 8). Concernant l'organisation de la justice administrative, l'actuel art. 114bis cst. laisse par contre au législateur la liberté de créer d'autres autorités judiciaires.

On trouve ici la base constitutionnelle permettant l'institution d'un tribunal pénal fédéral de première instance, lequel connaît des cas que la loi soumet à la juridiction pénale de la Confédération⁶⁴. Comme l'article 112 cst. est devenu largement obsolète⁶⁵, l'institution des Assises fédérales et l'énumération des cas qui en relèvent peuvent être purement et simplement biffées de la constitution. Il suffit que la loi définisse les attributions du tribunal pénal fédéral de première instance.

Cette disposition constitutionnelle ne change rien au partage des compétences entre la Confédération et les cantons dans le domaine de l'administration de la justice pénale. Elle ne fait que préciser que la juridiction pénale fédérale s'organise sur deux niveaux avec, au premier degré, un nouveau tribunal pénal fédéral, lequel est autonome quant à son organisation et son personnel et détaché du Tribunal fédéral. Le législateur détermine quels domaines de la justice pénale tombent exclusivement dans la compétence de la Confédération.

En plus de sa tâche principale qui est d'assumer la juridiction pénale fédérale de première instance, le tribunal pénal fédéral doit pouvoir reprendre d'autres fonctions judiciaires, notamment celles qui sont aujourd'hui dévolues à la Chambre d'accusation. La 2ème phrase le permet.

Alinéa 2:

C'est ici qu'est posé, comme conséquence de la décharge du Conseil fédéral et du Parlement dans le domaine de la juridiction administrative, le principe selon lequel sont instituées de façon générale, au niveau de la Confédération, des autorités indépendantes de l'administration, auprès desquelles les actes de l'administration fédérale doivent être entrepris, avant de pouvoir, cas échéant, faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral. Il appartiendra au législateur de décider s'il doit s'agir là de commissions de recours ou d'un, voire plusieurs tribunaux administratifs fédéraux à compétence générale. C'est pourquoi il est question d'"autres" autorités judiciaires et non d'autorités "spéciales", afin de bien préciser que l'on ne pense pas nécessairement à des autorités judiciaires spécialisées dans des domaines particuliers du droit.

C'est à dessein qu'il n'est question que "autorités judiciaires pour connaître des recours contre des actes de l'administration fédérale" et non, de façon plus large, "autorités judiciaires pour connaître de contestations relevant du droit public de la Confédération". Il s'agit de préciser par là que cette disposition n'implique nullement un transfert de l'exécution du droit administratif fédéral des cantons à la Confédération. Cette norme constitutionnelle signifie bien plutôt que la procédure de recours en matière administrative doit, d'une façon générale au sein de la Confédération, être organisée judiciairement⁶⁶. Le contentieux interne à l'administration est

⁶⁴ Art. 7-10 PPF resp. art. 340-344 CP.

⁶⁵ Selon WALTER HALLER dans *Commentaire de la Constitution de la Confédération suisse*, art. 112, no 9, les assises fédérales n'ont siégé que deux fois au cours de ce siècle (affaire Justh en 1927 et affaire Nicole en 1933).

⁶⁶ L'art. 167, al. 1 permet des exceptions justifiées.

remplacé par la juridiction administrative et ce, en principe (selon la règle postulée ici de l'instance judiciaire inférieure), sous la forme d'un double degré de juridiction (pour autant que le législateur n'exclue pas la possibilité du recours au Tribunal fédéral sur la base des art. 163, al. 2, et 164, al. 2).

Le terme "acte" laisse ouvert, au niveau de la constitution, la question de savoir contre quel objet il peut être interjeté recours. Le législateur peut ainsi notamment prévoir une ouverture à recours contre des actes matériels des autorités administratives, qui ne reposent pas sur une décision. La possibilité de recours contre des actes matériels constitue entre autres également un postulat de l'article 13 CEDH⁶⁷.

Alinéa 3:

Cet alinéa constitue la base pour l'institution, au niveau de la Confédération, d'éventuels autres tribunaux (p.ex. tribunaux militaires), de rang inférieur au Tribunal fédéral. Il offre aussi la base constitutionnelle notamment pour les commissions d'arbitrage. Celles-ci connaissent en première instance de litiges qui leur sont soumis par voie d'*action* et ne sont, de ce fait, pas couverts par l'alinéa 2, où il n'est question, pour les autorités judiciaires, que de recours. En outre, l'alinéa 3 constitue aussi la base constitutionnelle pour les commissions de recours (cas échéant, pour un ou plusieurs tribunaux administratifs fédéraux, à compétence générale), lorsque celles-ci connaissent de recours contre des actes de dernière instance cantonale, mais non de ceux contre des actes de l'administration fédérale, seuls visés à l'alinéa 2.

La réglementation de l'organisation, de la procédure et de la compétence des autres tribunaux de la Confédération ne relève pas du niveau constitutionnel, mais doit être laissée au législateur. Il en va de même pour la nomination de leurs membres.

Art. 166 Autorités judiciaires des cantons

Les cantons instituent:

- a. des autorités judiciaires pour connaître des contestations de droit civil et des affaires pénales;
- b. des autorités judiciaires pour connaître des affaires de droit public.

Commentaire:

Cette disposition revêt pour une part une fonction purement informative (lettre a); elle constitue d'autre part la base constitutionnelle permettant des atteintes de droit fédéral à l'autonomie d'organisation des cantons (lettre b). Dans le domaine de l'application du droit administratif fédéral, il s'agit de corriger une situation qu'une partie de la doctrine a pu considérer comme contraire à la constitution⁶⁸. Par ailleurs, une base constitutionnelle

⁶⁷ HANGARTNER (n. 40), p. 6.

⁶⁸ PETER SALADIN dans *Commentaire de la Constitution de la Confédération suisse*, art. 3, no 105.

claire est nécessaire si, pour décharger le Tribunal fédéral, l'on entend imposer aux cantons de prévoir une juridiction administrative dans le domaine du droit administratif cantonal également. Les exceptions sont réglées par l'article 167, qui traite de la garantie de l'accès à un juge.

Art. 167 Garantie de l'accès à un juge

- 1 Toute personne, physique ou morale, peut porter sa cause devant une autorité judiciaire. La Confédération et les cantons peuvent cependant exclure l'accès à un juge dans des cas exceptionnels prévus par la loi.
- 2 Les actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral ne peuvent pas être portés devant le Tribunal fédéral;

Commentaire:

Alinéa 1:

C'est ici qu'est ancré la garantie de l'accès à un juge, dans le sens de l'accès à un tribunal, en principe pour n'importe lequel litige. La Confédération et les cantons peuvent toutefois exclure l'instance judiciaire dans des cas exceptionnels prévus par la loi. Mais l'exclusion de l'accès au juge n'entre en considération, et ce expressément, que pour les cas exceptionnels seulement; ce qui signifie qu'il doit exister pour cela des motifs spécifiques. De tels motifs peuvent éventuellement être réalisés dans les cas suivants: manque de "justiciabilité" (p.ex. actes de gouvernement, où les questions politiques l'emportent, qui ne se prêtent pas à un contrôle judiciaire), organisation particulière des droits de participation démocratiques dans un canton (p.ex. décisions du parlement sujettes à référendum) ou arguments tirés de la séparation des pouvoirs. La formulation du texte constitutionnel admet en principe que le législateur cantonal peut prévoir des exceptions à la garantie de l'accès à un juge non seulement pour le droit cantonal, mais aussi pour le droit fédéral. Mais les exceptions doivent toujours être justifiées par des motifs importants. Les litiges pour lesquels l'art. 6, par. 1 CEDH exige l'accès à un tribunal ne peuvent être soustraits à cette garantie par les cantons, car sinon le Tribunal fédéral devrait assurer le respect du droit stipulé par la CEDH par un contrôle non seulement en droit, mais encore en fait. Il appartient aux cantons de mettre eux-mêmes à disposition un tribunal qui soit conforme à la CEDH.

La garantie de l'accès à un juge statue ici n'exige pas de contrôle abstrait de la norme législative⁶⁹, mais elle ne l'exclut pas non plus.

La constitution ne précise pas à quel stade de la procédure les personnes physiques et morales peuvent avoir accès au juge. Il appartient au législateur de le dire. La Confédération et les cantons peuvent ainsi prévoir

⁶⁹ Encore moins la garantie des voies de droit statuée à l'art. 6, ch. 1 CEDH; KLEY-STRULLER (n. 63), p. 42. A propos de l'art. 13 CEDH qui, selon la jurisprudence actuelle des organes de Strasbourg n'exige pas non plus un contrôle abstrait des normes, cf. n. 40.

qu'une autorité administrative décide d'abord et qu'ensuite seulement l'accès au juge est ouvert.

Cet article ne détermine pas précisément le cercle des personnes habilitées à recourir; en particulier, il ne dit pas dans quelle mesure cette qualité doit être reconnue à des Etats étrangers. Il appartiendra au législateur de régler cette question, étant précisé qu'il pourrait définir la qualité pour recourir des Etats étranger plus largement que ne le fait le droit actuel.

Alinéa 2:

Cet alinéa statue, au niveau de la Constitution elle-même, une exception importante à la garantie de l'alinéa 1: les actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral ne peuvent pas être attaqués devant le Tribunal fédéral⁷⁰, étant entendu que, de toute façon, seul ce dernier pourrait entrer en considération en tant qu'autorité judiciaire de contrôle de tels actes. Cette exception à la garantie de l'accès au juge se justifie par des arguments relevant de la séparation des pouvoirs. Le mot "acte" recouvre non seulement les décisions individuelles et concrètes, mais aussi notamment les règles générales et abstraites. Le contrôle abstrait des normes en matière de législation fédérale⁷¹ est ainsi exclu. Cela n'est nullement contraire à l'article 13 CEDH⁷², selon la jurisprudence actuelle des organes de Strasbourg. Des problèmes pourraient en revanche se présenter à propos d'actes individuels et concrets, pour lesquels l'article 13 CEDH exige un recours effectif. Ces problèmes peuvent être largement évités, si le législateur veille à ce que les décisions qui restreignent les droits garantis par la CEDH ne soient pas placées dans la compétence du Conseil fédéral ou de l'Assemblée fédérale. Ainsi conviendrait-il, par exemple, de cantonner systématiquement le pouvoir disciplinaire du Conseil fédéral, en matière de droit des fonctionnaires⁷³, au chef du département; la jurisprudence des organes de Strasbourg tend en effet à considérer les sanctions disciplinaires pécuniaires comme étant de nature "civile" au sens de l'article 6, par. 1 CEDH, de sorte que les garanties conférées par cette disposition sont applicables et doivent être assurées par un recours efficace⁷⁴.

Art. 168 Contrôle des normes

- 1 Le droit international, les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale ne peuvent pas être attaqués.
- 2 Dans le cadre d'un recours ou d'une demande d'avis préjudiciel portant sur un acte d'application ou dans celui d'une action, le Tribunal fédéral examine si une loi fédérale ou un arrêté fédéral de portée générale viole

⁷⁰ Il faut distinguer la question de savoir si un acte est attaquant de celle de l'examen à titre *préjudiciel* d'actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral. C'est l'objet de l'art. 168.

⁷¹ Ordonnances du Conseil fédéral, arrêtés fédéraux, lois fédérales; pour les deux derniers, l'exclusion du contrôle abstrait résulte également de l'art. 168.

⁷² Cf. n. 40

⁷³ Art. 33, let. a StF.

⁷⁴ ANDREAS KLEY-STRULLER, (n. 69), 27 avec les références.

des droits constitutionnels ou le droit international; il décide si et dans quelle mesure la loi fédérale ou l'arrêté fédéral de portée générale doit être appliqué.

- 3 Dans les mêmes cas, le Tribunal fédéral peut en outre examiner le grief invoqué par un canton de violation par une loi fédérale ou un arrêté fédéral de ses compétences constitutionnellement garanties.

Commentaire:

Cet article statue une nouveauté importante: l'introduction du contrôle concret des normes pour les lois et les arrêtés fédéraux de portée générale. S'écartant des art. 109 AP-77, 125 de l'Etude-modèle et 98 du projet Kölz-Müller, qui, à l'exception de l'Etude-modèle, proposent également cette nouveauté, le titre marginal s'énonce "Contrôle des normes" et non "Juridiction constitutionnelle"; en effet, en plus du thème de la juridiction constitutionnelle à l'égard des lois et arrêtés fédéraux, se pose également la question de la compatibilité avec le droit international.

Alinéa 1:

Cet alinéa s'en tient au principe de l'art. 113, al. 3, cst.: le droit international, les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale lient toutes les autorités d'application du droit; des exceptions sont toutefois prévues pour le Tribunal fédéral (alinéas 2 et 3). Ainsi tout contrôle diffus des normes à l'égard des lois fédérales et des arrêtés fédéraux de portée générale est exclu.

Alinéa 2:

Dans le sens d'une exception au principe énoncé à l'alinéa 1, il est prévu que le Tribunal fédéral est habilité à procéder au contrôle concret des normes de lois fédérales et d'arrêtés fédéraux de portée générale. Il convient en particulier de distinguer les aspects suivants:

- L'alinéa précise que cette compétence appartient au seul Tribunal fédéral (système concentré). En même temps, il est également établi qu'il n'y a pas de tribunal constitutionnel indépendant du Tribunal fédéral (et supérieur à lui); qui plus est, la juridiction constitutionnelle doit être intégrée parmi les activités du Tribunal fédéral, la procédure devant être concrètement réglée par le législateur. Pour éviter qu'une instance inférieure soit contrainte d'appliquer une loi qu'elle considère contraire à la constitution⁷⁵, le texte prévoit une procédure d'avis préjudiciel. Le champ d'application de cette procédure et son déroulement doivent être réglés par le législateur.
- Le contrôle abstrait des normes de lois et d'arrêtés fédéraux est exclu. Ces normes ne peuvent être examinées qu'en relation avec un acte d'application.
- Pour les motifs indiqués plus haut (ch. 6.3. a.), la règle est que le contrôle des normes est limité à la question de la violation des droits constitutionnels. Une exception est prévue pour les cantons à l'alinéa 3. Ils

⁷⁵ AUBERT soulève ce problème (n. 1), p. 19.

peuvent faire valoir la violation des règles de compétence constitutionnellement garanties.

- A côté de la juridiction constitutionnelle à proprement parler, cet alinéa statue également la compétence, aujourd'hui reconnue par le Tribunal fédéral⁷⁶, de contrôler la compatibilité des lois et arrêtés fédéraux avec le droit international.
- La 2ème phrase de l'alinéa 2 a été retenue à dessein: elle ouvre la possibilité de résoudre un conflit entre la loi et la constitution par la voie de l'interprétation conforme à la constitution, ou aussi, dans les cas où - parce que par exemple plusieurs interprétations peuvent être conformes à la constitution - les conséquences de la non-application de la loi peuvent être réglées simplement par le législateur, de renoncer à l'annulation de l'acte attaqué tout en invitant le législateur à prendre les mesures adéquates dans un délai convenable.

La formulation retenue permet aussi de trouver la solution idoine en cas de conflit entre loi fédérale et droit international. Le point de départ est l'art.4, al. 4, du projet de révision qui pose le principe de la primauté du droit international. La 1ère phrase de l'alinéa 2 représente le pendant procédural de cette disposition; en même temps, la 2ème phrase précise que c'est au Tribunal fédéral de décider si et dans quelle mesure il y a lieu d'appliquer une norme légale contraire au droit international. Cette solution permet au Tribunal fédéral d'accorder la primauté au droit international dans la mesure nécessaire. Il dispose ainsi d'un instrument qui lui permet d'assurer l'unité de l'ordre juridique à tous les niveaux (interne et international). Mais la 2ème phrase de l'alinéa 2 autorise aussi le Tribunal fédéral à alerter le législateur, en l'invitant dans son arrêt ("Appellentscheid") à tirer les conséquences qui résultent d'un cas de conflit entre droit international et droit interne. Pour les rares cas où il s'avère que le législateur a délibérément ignoré le droit international, le Tribunal fédéral a enfin la faculté, dans le sens d'une jurisprudence Schubert modifiée⁷⁷, de renoncer à corriger la décision du législateur. Compte tenu de l'art. 4, al. 4, du projet de révision, cette solution ne devrait toutefois être retenue que dans des cas tout à fait exceptionnels.

Alinéa 3:

Le Tribunal fédéral peut, selon cet alinéa, examiner si une loi fédérale ou un arrêté fédéral respecte les compétences cantonales constitutionnellement garanties. Seuls les cantons sont admis à invoquer le grief de violation des règles de compétence. L'expression "dans les mêmes cas" se réfère à l'alinéa 2 et souligne qu'ici aussi il est question de contrôle concret des normes. Ce n'est donc qu'en relation avec un acte d'application que les cantons peuvent faire valoir que la loi fédérale ou l'arrêté fédéral à la base de l'acte d'application entrepris viole ses compétences constitutionnellement garanties.

⁷⁶ Cf. ATF 117 Ia 373.

⁷⁷ Cf. ATF 99 Ib 39 ss.

Art. 169 Indépendance du juge

Dans l'exercice de leurs compétences juridictionnelles, les autorités judiciaires sont indépendantes et ne sont soumises qu'à la loi.

Commentaire:

Cette disposition, nouvelle, ancre expressément dans la constitution le principe de l'indépendance du juge, soulignant par là l'importance particulière de cette règle dans un Etat de droit⁷⁸.

Les juges jouissent de leur indépendance spécifique non comme privilège lié à leur statut de juge, mais dans l'intérêt d'une activité juridictionnelle qui tend à la justice. L'indépendance du juge n'a dès lors de portée que dans la mesure où elle sert ce but. C'est ce qu'il faut comprendre par l'expression "dans l'exercice de leurs compétences juridictionnelles".

La soumission à la loi, en tant que "restriction immanente"⁷⁹ à l'indépendance du juge, va sans dire. Cependant, la mention de la soumission au droit constitue avant tout aussi un rappel du principe démocratique, dans un souci de clarté. Cette limite est dès lors expressément énoncée.

L'indépendance judiciaire ne vaut pas seulement pour le Tribunal fédéral, mais pour tous les tribunaux de la Confédération. Pour qu'il n'y ait aucun doute possible à ce sujet, ce principe fait l'objet d'un article spécifique, placé à la fin de la section consacrée à la juridiction fédérale.

Art. 101 Droit civil

- 1 La Confédération a le droit de légiférer en matière de droit civil.
- 2 Elle peut légiférer sur l'unification de la procédure judiciaire.

Commentaire:

L'alinéa 2 de cet article aménage en faveur de la Confédération la compétence, dans le domaine du droit de procédure civile, d'adopter des dispositions-cadre en vue d'harmoniser la matière. Cela ne permet pas à la Confédération (à la différence de ce qui est prévu pour la procédure pénale) d'édicter un code de procédure civile fédéral; elle ne peut que prescrire une harmonisation. Restent toutefois admissibles des dispositions ponctuelles dans des lois fédérales particulières, en tant qu'elles sont nécessaires à la mise en oeuvre ou à l'application uniforme du droit privé fédéral.

A l'intérieur du cadre tracé par le droit fédéral, les cantons sont autonomes pour régler la procédure civile. Ainsi, l'organisation des tribunaux et l'administration de la justice demeurent aux cantons dans la même mesure

⁷⁸ L'AP-77 (art. 20, al. 2), l'étude-modèle (art. 21, al. 2) et le projet Kölz/Müller (art. 14, al. 2 et 97, 2e phrase) la proposent également. Le groupe de travail "Wahlen" s'était exprimé clairement en faveur d'une garantie constitutionnelle explicite de l'indépendance du juge (rapport final, p. 174).

⁷⁹ KURT EICHENBERGER, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Berne 1960, p. 92.

que par le passé. Il n'est pas nécessaire de le rappeler dans une disposition constitutionnelle expresse. La compétence des cantons résulte sans autre du système constitutionnel de répartition des compétences (compétence générale subsidiaire des cantons). Au demeurant, il est proposé, dans un souci de clarté, d'inscrire explicitement la souveraineté des cantons à l'art. 33 du projet de mise à jour.

Art. 102 Droit pénal

1 La Confédération a le droit de légiférer en matière de droit pénal.

2....

3 Elle peut légiférer sur la procédure.

Commentaire:

L'alinéa 3 de cette disposition crée la base constitutionnelle pour l'unification du droit de procédure pénale. Il s'agit d'une compétence concurrente. Ce qui signifie que les cantons restent compétents tant et aussi longtemps que la Confédération ne légifère pas.

A la différence de ce qui est prévu pour la procédure civile, qui est purement judiciaire, la compétence de légiférer de la Confédération dans le domaine de la procédure pénale ne se limite pas à la procédure judiciaire. En effet, une réglementation uniforme peut aussi s'avérer nécessaire en matière d'investigation, de renvoi, d'instruction et d'accusation.

L'unification du droit de procédure pénale ne peut se réaliser sans certaines atteintes à la souveraineté des cantons en matière d'organisation. De telles atteintes ne doivent toutefois être admises que dans la mesure où elles sont nécessaires à la réalisation d'une procédure unifiée. Pour le surplus, l'organisation des tribunaux et des autorités continue d'incomber aux cantons. Il n'est pas nécessaire de le rappeler dans une disposition constitutionnelle expresse. La compétence des cantons résulte sans autre du système constitutionnel de répartition des compétences (compétence générale subsidiaire des cantons). Au demeurant, il est proposé, dans un souci de clarté, d'inscrire explicitement la souveraineté des cantons à l'art. 33 du projet de mise à jour.

Exposé des motifs

1	Introduction	blanc
2	Mise à jour du droit constitutionnel	blanc
3	Variantes	blanc
4	Réforme des droits populaires	bleu
5	Réforme de la justice	vert
6	Abréviations	blanc
7	Annexe: Questionnaire sur la réforme de la Constitution	blanc

Exposé des motifs du projet de Constitution

1	Introduction	blanc
2	Mise à jour du droit constitutionnel	blanc
3	Variantes	blanc
4	Réforme des droits populaires	bleu
5	Réforme de la justice	vert
6	Abréviations	blanc
7	Annexe: Questionnaire sur la réforme de la Constitution	blanc

Liste des abréviations

ACF	Arrêté du Conseil fédéral
AEEE	Accord sur l'Espace économique européen
AELE	Association européenne de libre échange
AF	Arrêté fédéral
AFpg/APG	Arrêté fédéral de portée générale
al.	alinéa
art.	article
Ass.féd.	Assemblée fédérale
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BO (CN/CE):	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale (Conseil national/Conseil des Etats)
BNS	Banque nationale suisse
CC/CCS	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CE	Conseil des Etats
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 (Convention européenne des droits de l'homme) (RS 0.101)
CF	Conseil fédéral
cf.	conférez, comparez
chap.	chapitre
chif.	chiffre
CN	Conseil national
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) (Code des obligations) (RS 220)
Comm.	Commentaire
cons.	considérant
CP/CPS	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
cst.	Constitution
Cst.(féd.)	Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 29 mai 1874
DFJP	Département fédéral de justice et police
Disp.trans.	Dispositions transitoires de la Constitution fédérale
DPA	Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (RS 313.0)
DT	Dispositions transitoires de la Constitution fédérale
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme, du 10 décembre 1948 (FF 1983 II 1376ss)
éd.	édition
EEE	Espace économique européen
EIMP	Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (Loi sur l'entraide pénale internationale) (RS 351.1)
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
FF	Feuille fédérale
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
Kölz/Müller	Alfred Kölz et Jörg Paul Müller: Projet pour une nouvelle Constitution fédérale, 2ème édition remaniée, du 14 juillet 1990
LAAM	Loi fédérale du 3 février 1995 sur l'armée et l'administration militaire (FF 1995 I 655)

LAVI	Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur l'aide aux victimes d'infractions (RS 312.5)
LBN	Loi du 23 décembre 1953 sur la Banque nationale (RS 951.11)
LCPR	Loi fédérale du 4 octobre 1985 sur les chemins pour piétons et les chemins de randonnée pédestre (RS 704)
LDP	Loi fédérale du 17 décembre 1976 sur les droits politiques (RS 161.1)
let.	lettre
LF	Loi fédérale
LFC	Loi fédérale du 6 octobre 1989 sur les finances de la Confédération (RS 611.0)
LFo	Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur les forêts (loi sur les forêts) (RS 921.0)
LHID	Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes
LIFD	Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (RS 642.11-RO 1991 1184)
lit.	lettre
LOA/LOAF	Loi fédérale du 19 septembre 1978 sur l'organisation et la gestion du Conseil fédéral et de l'administration fédérale (Loi sur l'organisation de l'administration) (RS 172.010)
Loi sur la responsabilité	Loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (RS 170.32)
Loi sur les garanties	Loi fédérale du 26 mars 1934 sur les garanties politiques et de police en faveur de la Confédération (RS 170.21)
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
LPA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)
LPP	Loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale (RS 312.0)
LRC/LREC	Loi fédérale du 23 mars 1962 sur la procédure de l'Assemblée fédérale ainsi que sur la forme, sur la publication et l'entrée en vigueur des actes législatifs (Loi sur les rapports entre les Conseils) (RS 171.11)
LRN	Loi fédérale du 8 mars 1960 sur les routes nationales (RS 725.11)
LSEE	Loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (RS 142.20)
LSF	Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur la statistique fédérale (RS 431.01)
N./n.	note
no/nos	numéro/numéros
OIT	Organisation internationale du travail
OJ/OJF	Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (Organisation judiciaire) (RS 173.110)
ONU	Organisation des Nations Unies
P	projet de Constitution du 29 mai 1995
p.	page
p.ex.	par exemple
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)

Pacte I	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, du 16 décembre 1966 (RO 1993 I 725)
Pacte II	Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du 16 décembre 1966 (RO 1993 I 750)
par.	paragraphe
PJA	Pratique juridique actuelle
projet 1977	Projet de Constitution de 1977 élaboré par la Commission d'experts pour la préparation d'une revision totale de la Constitution fédérale
projet (Cst.)	projet de Constitution du 29 mai 1995
projet DFJP	Essai de modèle du 30 octobre /6 novembre 1985 (FF 1985 III 202ss) - Rapport sur la revision totale de la Constitution fédérale du 6 novembre 1985 (FF 1985 III 1ss)
projet Kölz/ Müller	Alfred Kölz et Jörg Paul Müller: Projet pour une nouvelle Constitution fédérale, 2ème édition, du 14 juillet 1990
projet PRD	projet de Constitution du Parti radical-démocratique suisse, du 22 juin 1979
RCE	Règlement du Conseil des Etats du 24 septembre 1986 (RS 171.14)
RCN	Règlement du Conseil national du 22 juin 1990 (RS 171.13)
RDS	Revue de droit suisse
recht	recht, Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
RJB	Revue de la Société des juristes bernois
RO	Recueil officiel des lois fédérales (Recueil officiel)
RPS	Revue pénale suisse
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSDIE	Revue suisse de droit international et européen
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSJB	Revue de la Société des juristes bernois
s./ss	et suivant/suivantes
StF	Loi fédérale du 30 juin 1927 sur le statut des fonctionnaires (RS 172.221.10)
TF	Tribunal fédéral
TFA	Tribunal fédéral des assurances
TVA	Taxe à la valeur ajoutée
UE	Union européenne
vol.	volume
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung

Exposé des motifs

1	Introduction	blanc
2	Mise à jour du droit constitutionnel	blanc
3	Variantes	blanc
4	Réforme des droits populaires	bleu
5	Réforme de la justice	vert
6	Abréviations	blanc
7	Annexe: Questionnaire sur la réforme de la Constitution	blanc

Exposé des motifs du projet de Constitution

1	Introduction	blanc
2	Mise à jour du droit constitutionnel	blanc
3	Variantes	blanc
4	Réforme des droits populaires	bleu
5	Réforme de la justice	vert
6	Abréviations	blanc
7	Annexe: Questionnaire sur la réforme de la Constitution	blanc

Questions de principe

1. Nécessité de la réforme constitutionnelle

Une revision constitutionnelle vous paraît-elle nécessaire?

2. Mise à jour du droit constitutionnel en vigueur

La mise à jour du droit constitutionnel en vigueur, qu'il soit écrit ou non écrit, vous paraît-elle utile ?

3. Lien avec certaines réformes

Cette mise à jour doit-elle s'accompagner de réformes sur certains points ou dans certains domaines ?

4. Droits populaires et justice comme domaines de réforme prioritaires

Est-il opportun d'aborder en priorité des réformes dans le domaine des droits populaires et de la justice et d'inclure d'autres domaines dans une phase ultérieure (revision constitutionnelle comme processus ouvert) ?

5. Autres domaines de réforme

Quels autres domaines de réforme devraient, à votre avis, être inclus dans la revision constitutionnelle (p. ex. réforme du Parlement, réforme du Gouvernement, fédéralisme, régime financier, droits fondamentaux et sociaux, etc.)?

Mise à jour du droit constitutionnel en vigueur

6. Langue et style

La langue et le style du projet de Constitution sont-ils compréhensibles ?

7. Articulation

L'articulation du projet facilite-t-elle l'accès au droit constitutionnel ?

8. Densité

La densité normative (degré de précision des normes) des différentes parties du projet vous paraît-elle appropriée ?

9. Lacunes

A votre avis, le projet reflète-t-il de manière complète le droit constitutionnel existant ou est-il lacunaire ?

10. Niveau des normes

A votre avis, le projet contient-il des dispositions qui ne devraient pas figurer dans la Constitution et qui pourraient être de rang législatif ?

Variantes (innovations ponctuelles)**11. Variantes proposées**

Les quatre variantes proposées vous apparaissent-elles importantes ?

12. Autres variantes

Quelles autres innovations ponctuelles considéreriez-vous comme prioritaires ?

Réforme des droits populaires**13. Nécessité d'une réforme**

Les droits populaires doivent-ils faire l'objet d'une réforme ?

14. Caractère équilibré de la réforme

Considérez-vous que les propositions relatives aux droits populaires, envisagées globalement, sont suffisantes et équilibrées (réaménagement et affinement des droits populaires, en évitant l'extension ou la diminution unilatérale de ces droits) ?

15. Initiative populaire générale

Considérez-vous que par le biais de l'initiative populaire (initiative populaire générale, le cas échéant également initiative législative), le peuple doit non seulement disposer de la possibilité de proposer des modifications de la Constitution, mais également d'exprimer des vœux susceptibles d'être réalisés au niveau législatif ?

16. Référendum administratif et financier

Est-il juste que puissent être exposés au référendum facultatif non seulement des actes législatifs, mais également d'autres décisions de grande portée (travaux d'envergure, décisions financières importantes, etc.) ?

17. Référendum en matière de traités internationaux - Référendum contre les actes législatifs d'exécution

Etes-vous d'accord avec la proposition consistant à élargir le référendum facultatif en matière de traités internationaux, tout en créant la possibilité de réduire le référendum contre les actes législatifs de mise en oeuvre de tels traités ?

18. Primauté du droit international

Le principe de la primauté du droit international sur le droit interne doit-il être expressément ancré dans la Constitution ?

19. Validité des initiatives populaires

La décision d'invalidation d'une initiative populaire doit-elle être prise par le Tribunal fédéral ?

20. Nombre de signatures

Estimez-vous que l'augmentation envisagée du nombre de signatures requises (200'000 pour les initiatives populaires et 100'000 pour les référendums) est justifiée si elle est accompagnée d'une extension des droits d'initiative et de référendum ?

Réforme de la justice**21. Voies de recours**

Chaque personne doit-elle en principe avoir le droit de soumettre des litiges à un tribunal indépendant, ou suffit-il dans certains cas de disposer d'une décision d'une autorité administrative (sous réserve des garanties de la Convention européenne des droits de l'homme) ?

22. Dernière instance

Est-il justifié que certains litiges déterminés prennent fin devant une juridiction cantonale ou devant une instance judiciaire inférieure, ou doit-il être dans chaque cas possible de saisir le Tribunal fédéral ?

23. Juridiction fédérale en matière administrative

Est-il justifié, dans le but de décharger le Tribunal fédéral, de prévoir une extension de la juridiction fédérale administrative d'instance inférieure, par exemple en créant des commissions de recours ?

24. Cour pénale fédérale

Dans le but de décharger le Tribunal fédéral de procès pénaux jugés en instance unique, ainsi que de tâches de surveillance, estimez-vous utile de créer un tribunal pénal fédéral de première instance, qui pourrait de surcroît traiter d'affaires pénales complexes (criminalité organisée, criminalité économique) ?

25. Accès limité au Tribunal fédéral

Considérez-vous possible de limiter l'accès au Tribunal fédéral, sous réserve d'une garantie d'accès en cas de litiges juridiques d'importance fondamentale ou lorsqu'une partie risque de subir un préjudice important ?

26. Juridiction constitutionnelle

Le Tribunal fédéral devrait-il avoir la compétence d'examiner, dans des cas d'application, la compatibilité d'une loi fédérale avec les droits constitutionnels et le droit international et, le cas échéant, de ne pas appliquer cette loi fédérale, compétence qui lui est déjà reconnue en ce qui concerne le droit cantonal ?

27. Procédure pénale

En vue notamment d'améliorer la lutte intercantonale et internationale contre la criminalité, la Confédération devrait-elle avoir la possibilité de régler elle-même de manière uniforme le droit de procédure pénale et de diriger elle-même l'action pénale ?

28. Procédure civile

La Confédération devrait-elle être habilitée à adopter des dispositions relatives à l'unification de la procédure civile ?