

L'article 163 de la Constitution et les «autres» actes de l'Assemblée fédérale

Pascal Mahon | *L'article 163 de la Constitution fédérale établit le système des actes de l'Assemblée fédérale, que le constituant a voulu complet, mais aussi plus simple et plus clair que celui de la loi sur les rapports entre les conseils de 1962. Un examen approfondi de ce système en fait apparaître les imperfections.*

1 Remarques préliminaires

La présente contribution se propose d'examiner l'article 163 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999¹. Cette disposition, qui constitue une innovation, en ce sens qu'elle a été introduite dans le projet par les Chambres fédérales, a pour but de régler au niveau constitutionnel la question de la forme des actes de l'Assemblée fédérale.

Le constituant entendait à cet égard simplifier et clarifier le système – y «remettre un peu d'ordre»² –, par rapport à celui qui prévalait sous l'empire de l'ancienne Constitution, en vertu de la loi sur les rapports entre les conseils de 1962. Composé de cinq types d'actes différents, au moins – parmi lesquels le choix était, pour les parlementaires, «un art qui devient extrêmement difficile et tient parfois un peu de la magie»³, – le système de la loi de 1962 était en effet jugé beaucoup trop complexe, peu compréhensible pour les profanes et les non-juristes⁴. Il a même été affublé, lors des débats au Parlement, de toutes sortes de qualificatifs plutôt péjoratifs: «ein wahres Tohuwabohu an ordentlichen und ausserordentlichen... Rechtssetzungsformen»⁵, «eine verwirrlche Fülle von Erlassformen»⁶.

Le constituant a donc cherché à introduire transparence et clarté, comme le rappelait le représentant du Conseil fédéral, en relevant les efforts des commissions de parvenir à un système plus simple et, pour la première fois, complet («geschlossen»)⁷. Aux yeux du Conseil fédéral, cet effort s'est avéré concluant, puisque la nouvelle réglementation apporte à la fois une simplification, une clarification et une réglementation exhaustive: «Sie [die neue Ordnung] bringt eine Vereinfachung, eine Klärung und auch eine abschliessende Regelung auf Verfassungsstufe»⁸. La doctrine qui s'est prononcée jusqu'ici partage en général cette appréciation positive⁹.

Or, un examen plus approfondi conduit à nuancer légèrement le propos, dans un double sens. L'article 163 de la nouvelle Constitution soulève en

effet diverses questions qui méritent d'être analysées. D'une part, on peut se demander si le système de la forme des actes de l'Assemblée fédérale mis sur pied par le constituant est véritablement *exhaustif*, comme ses auteurs l'ont affirmé. En d'autres termes, le constituant a-t-il établi une sorte de «*numerus clausus*», obligeant ainsi l'Assemblée fédérale, dans l'exercice de ses compétences, à passer par l'une ou l'autre de ces formes? Cette question se confond avec celle du champ d'application de l'article 163 : quels sont les actes de l'Assemblée fédérale qui tombent sous le coup de la disposition : tous les actes, ou – seulement – certains actes? et, dans la seconde hypothèse, quels sont les critères qui déterminent l'application ou la non-application de l'article 163?

D'autre part, même pour les actes qui tombent indiscutablement dans son champ d'application, c'est à dire les «*actes édictés*», le système de cet article ne paraît pas aussi simple, clair et cohérent que ne l'affirment ses auteurs. Du moins soulève-t-il quelques questions qu'il convient d'examiner. Avant d'aborder ces deux séries de questions, un bref rappel du système de l'article 163 s'impose.

2 Rappel du système de l'article 163 de la Constitution

Sous le titre «*Forme des actes édictés par l'Assemblée fédérale*», l'article 163 de la nouvelle Constitution fédérale a la teneur suivante :

Art. 163 Forme des actes édictés par l'Assemblée fédérale

¹*L'Assemblée fédérale édicte les dispositions fixant des règles de droit sous la forme d'une loi fédérale ou d'une ordonnance.*

²*Les autres actes sont édictés sous la forme d'un arrêté fédéral, qui, s'il n'est pas sujet au référendum, est qualifié d'arrêté fédéral simple.*

Dans la version allemande, cela donne :

Art. 163 Form der Erlasse der Bundesversammlung

¹*Die Bundesversammlung erlässt rechtssetzende Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes oder der Verordnung.*

²*Die übrigen Erlasse ergehen in der Form des Bundesbeschlusses; ein Bundesbeschluss, der dem Referendum nicht untersteht, wird als einfacher Bundesbeschluss bezeichnet.*

Il faut rappeler – sans s'y arrêter – que l'article 163, pas plus d'ailleurs que l'article 164, n'est le produit d'une proposition du Conseil fédéral. Ce dernier s'était refusé, dans son message relatif à la nouvelle Constitution¹⁰, à innover sur ce point¹¹. Ces dispositions sont donc le fruit du travail des Chambres, plus particulièrement celui de leurs Commissions des institutions politiques et de leurs Commissions constitutionnelles, dont on admet généralement qu'elles ont osé une «*relativ mutige Nachführung*»¹².

Comme l'ont précisé *Georg Müller*¹³ et *Thomas Sägeser*¹⁴, les décisions des Chambres se fondaient à cet égard sur divers travaux préliminaires: en premier lieu, un *Rapport de la commission d'experts instituée par les Commissions des institutions politiques des Chambres fédérales, La répartition des compétences entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral*, du 15 décembre 1995¹⁵, puis le *Rapport complémentaire des Commissions des institutions politiques des Chambres fédérales relatif à la réforme de la constitution, Assemblée fédérale. Organisation, procédure, rapports avec le Conseil fédéral*, du 6 mars 1997¹⁶, rapport suivi d'un avis du Conseil fédéral sur la question¹⁷, et, enfin, sur les travaux des commissions et sous-commissions de la révision constitutionnelle¹⁸.

Tel qu'il a été conçu par les commissions constitutionnelles, le système mis sur pied peut se résumer de la manière suivante: les «actes édictés» par l'Assemblée fédérale se divisent en quatre catégories, en quatre «formes», sur la base d'un double critère, leur assujettissement ou leur soumission au référendum, ou au contraire l'absence de référendum, d'une part, et leur caractère normatif ou non, d'autre part, c'est à dire le fait qu'il constituent – contiennent – ou non des règles de droit¹⁹. La matrice ou le schéma à quatre entrées envisagé par le constituant²⁰ peut ainsi être représenté comme suit:

	acte normatif (règles de droit, général et abstrait)	acte non normatif (individuel et concret, absence de règles de droit)
référendum	loi	arrêté fédéral
pas de référendum	Ordonnance	arrêté fédéral simple

Sans vouloir entrer dans le détail des diverses catégories – le système ayant déjà été présenté par *Bernhard Ehrenzeller* –, ce schéma et l'article 163 lui-même appellent quelques commentaires et remarques nécessaires à la suite de l'exposé.

Tout d'abord, mais cela concerne essentiellement le texte allemand, il faut relever, comme d'autres l'ont déjà fait, que l'article 163 utilise le terme d'«actes» – «Erlasse» – dans un sens très large, qui n'est pas celui de l'article 84 OJ, mais qui était celui de l'article 4 de l'ancienne loi sur les rapports entre les conseils²¹. En d'autres termes, l'article 163 ne vise pas seulement les «actes normatifs», dans le sens des actes généraux et abstraits contenant des règles de droit, mais aussi – c'est même le critère de distinction des alinéas 1 et 2 – les actes non normatifs, les décisions individuelles et concrètes. A vrai dire, il faut mentionner que la terminologie dans ce domaine est flottante, mais ce n'est pas nouveau. Déjà l'article 4 de

l'ancienne loi sur les rapports entre les conseils, la version française traduisait «Erlass» par «acte législatif». La nouvelle Constitution n'améliore pas les choses, puisque le terme «Erlass» y est utilisé parfois pour décrire les deux catégories d'actes, tant les non-normatifs que les normatifs, comme à l'article 163 et à l'article 181 (où, logiquement, le texte français parle alors simplement d'«actes»), mais parfois aussi pour décrire uniquement une des catégories, les «actes législatifs», comme c'est le cas à l'article 147.

Deuxièmement, il faut noter que le premier critère de distinction, qui, dans la *conception* du constituant, traverse *verticalement* en quelque sorte chacun des deux alinéas de l'article 163 pour séparer les actes assujettis au référendum de ceux qui ne le sont pas, n'apparaît explicitement qu'à l'alinéa 2, pour les «autres actes». Pour les actes visés à l'alinéa 1^{er}, les actes qui contiennent des règles de droit – les actes normatifs –, ce critère n'est que sous-entendu ou, mieux, il résulte d'une autre disposition constitutionnelle, l'article 141, alinéa 1, lettre a²².

Troisièmement, et à l'inverse, en quelque sorte, le second critère de distinction, qui, toujours dans la *conception* du constituant, traverse *horizontalement* l'article 163, pour en séparer les deux alinéas et distinguer ainsi les actes *normatifs* – c'est à dire les actes contenant des règles de droit – de ceux qui ne le sont pas, n'apparaît lui, explicitement, qu'à l'alinéa 1^{er}: l'alinéa 2, qui se réfère aux «autres actes» de l'Assemblée fédérale, ne fait donc que sous-entendre qu'il s'agit des actes non-normatifs, sans le dire explicitement.

Il convient de préciser encore que, s'il s'est fondé en partie sur ce critère du caractère normatif ou non normatif des actes en cause, le constituant n'en était pas moins conscient de ce que la distinction entre actes normatifs et actes non normatifs n'est pas à l'abri de toute critique et n'est pas non plus toujours claire et simple. Souvent, un même acte peut contenir des normes et des décisions portant sur des cas concrets et individuels. C'est pourquoi le constituant a précisé – c'est en tout cas ce qui résulte des travaux préparatoires – que, dans une telle hypothèse d'acte mixte, la forme de l'acte normatif devrait l'emporter²³.

Enfin, on notera que le texte de l'article 163 ne précise pas, s'agissant du premier critère de distinction utilisé, celui de l'assujettissement ou non d'un acte au référendum, à quel type de référendum il se réfère: au seul référendum facultatif – ce qui peut paraître évident pour ce qui est de la catégorie des lois (sous réserve des lois urgentes, cf. plus bas, chiff. 4.1) – ou, aussi, au référendum obligatoire²⁴. On reviendra sur ce point.

3 Le champ d'application de l'article 163: les «actes édictés par l'Assemblée fédérale»

3.1. Les termes de la question

Après ce bref rappel du système conçu par les commissions constitutionnelles, on peut aborder la première des deux séries de questions, celle du caractère *exhaustif* – ou non – du régime institué par l'article 163. La question est, en d'autres termes, celle-ci: à quels «actes» de l'Assemblée fédérale le système de l'article 163 s'applique-t-il? Englobe-t-il et couvre-t-il *tous* les actes de l'Assemblée fédérale, ou ne vise-t-il que *certain*s de ces actes? Autrement dit encore: y a-t-il et peut-il y avoir des actes de l'Assemblée fédérale qui se situent en dehors de ce système, qui revêtent une forme qui n'est pas celle des quatre catégories prévues par l'article 163? Et, dans l'affirmative, quels sont ces actes et quels sont les critères qui permettent de les distinguer de ceux qui entrent dans la matrice de cette disposition?

Aussi bien dans les débats aux Chambres – on l'a vu – que dans la doctrine, l'opinion est défendue que le régime mis sur pied par l'article 163 est exhaustif, tout comme on considérerait du reste que l'était aussi l'ancien catalogue des actes de l'Assemblée fédérale proposé par la loi sur les rapports entre les conseils de 1962²⁵. Ainsi, selon l'un de ses premiers commentateurs, M. Thomas Sägger, l'article 163 présente un tel caractère exhaustif et il interdit en conséquence au Parlement d'user d'autres formes, de combiner celles qui sont prévues ou d'en créer de nouvelles:

Art. 163 «regelt die Erlassformen der Bundesversammlung abschliessend, d. h. dem Parlament ist es verwehrt, andere Formen zu wählen, sie miteinander zu kombinieren oder neue zu schöpfen. Der Versuch einer abschliessenden Aufzählung auf Verfassungsebene ist neu. Einerseits entspricht dies den Geboten der Rechtssicherheit, Transparenz und dem notwendigen Informationsgehalt einer Verfassung. Andererseits besteht die Gefahr, dass dadurch für künftiges Handeln der Bundesversammlung ein Hemmschuh geschaffen werden könnte. Da der Bundesbeschluss die Form für alle «übrigen» Erlasse ist und damit über einen weiten Anwendungsbereich verfügt, erweisen sich solche Befürchtungen jedoch als unbegründet.»²⁶

Il est cependant bien clair, me semble-t-il, que l'article 163 ne vise pas – et ne saurait d'ailleurs viser – tous les «actes» de l'Assemblée générale, de manière générale: le titre même de la disposition ne parle d'ailleurs que de à «actes» particuliers, les «actes édictés» par l'Assemblée, les «Erlasse». Le simple bon sens montre du reste, si besoin est, que l'Assemblée fédérale, prise dans son ensemble, accomplit ou adopte, quotidiennement, toute une série

d'actes qui ne relèvent sans doute pas de la problématique de l'article 163. Pour en rester aux exemples les plus connus, elle adopte des motions et des postulats, elle prend connaissance de rapports; de plus, en tant qu'employeur²⁷, elle engage du personnel et elle rend des décisions, voire elle conclut des contrats²⁸, comme elle le fait aussi lorsqu'elle acquiert du matériel informatique ou commande des avis de droit, par exemple. Bref, on pourrait dresser une longue liste d'actes qui ne revêtent à l'évidence aucune des formes prévues à l'article 163 de la Constitution. Dès lors, il s'agit de déterminer quels sont ces «actes édictés», ces «Erlasse», qui tombent sous le coup de cette disposition. Le texte constitutionnel ne les définit pas.

Sur la base de la systématique de ce dernier, et en particulier de la place de l'article 163, en tête de la section relative aux compétences de l'Assemblée fédérale, on pourrait être tenté de considérer que le système et les formes prévus par l'article 163 s'appliquent à tous les actes par lesquels l'Assemblée fédérale exerce les compétences qui lui sont attribuées par la Constitution et qui sont énumérées dans cette section. Toutefois, un examen à peine plus approfondi montre rapidement les limites de cette approche. D'abord, la place de l'article 163 tient un peu du hasard²⁹. Mais surtout, s'il est vrai que l'Assemblée fédérale assume et exerce une bonne partie de ses compétences dans les formes prévues par l'article 163, tel n'est pas le cas de *toutes* les compétences mentionnées aux articles 164 à 173. Cela ne vaut sans doute pas pour les élections. De plus, le texte de la Constitution lui-même, à l'article 171, prévoit d'autres instruments, donc d'autres formes, pour les mandats que l'Assemblée donne au Conseil fédéral, et il laisse même au législateur le soin de définir ces instruments.

A cela s'ajoute une autre difficulté, qui est celle de savoir qui est l'Assemblée fédérale au sens de l'article 163? Bien sûr, l'Assemblée fédérale est constituée de deux conseils, et c'est généralement dans cette «composition» qu'elle assume et exerce les compétences que la Constitution lui attribue. Mais l'article 163 ne vise-t-il que les actes de ces deux conseils ou aussi certains actes d'autres «organes» de l'Assemblée fédérale, pour reprendre l'expression qui figure maintenant dans l'Avant-projet de loi sur l'Assemblée fédérale³⁰? En effet, comme ce dernier le met bien en évidence, l'Assemblée fédérale n'est pas un monolithe: elle possède des «organes»³¹ et elle agit, elle exerce ses nombreuses compétences et tâches, dans des compositions différentes, par l'intermédiaire de ces différents organes. Dès lors, on peut se demander à quels actes de quelles «parties», de quels «organes» de l'Assemblée fédérale l'article 163 s'applique. S'applique-t-il aussi, par exemple, aux «actes édictés» par l'Assemblée fédérale en Chambres réunies, à son règlement, en

particulier. S'applique-t-il aux «actes édictés» par les conseils séparément et chacun pour lui-même: concrètement, les règlements du Conseil national et du Conseil des Etats tombent-ils dans la catégorie des ordonnances de l'article 163? S'applique-t-il enfin aux actes des commissions, dans la mesure où, comme le prévoit l'article 153, alinéa 3, la loi pourrait déléguer à ces dernières certaines compétences, à l'exception des compétences législatives?

Comme indiqué, la Constitution elle-même ne donne pas de réponse – du moins explicitement – à ces questions. Pas plus d'ailleurs que les travaux préparatoires. On trouve en revanche une réponse dans la doctrine.

3.2 La notion d'«actes édictés par l'Assemblée fédérale»

M. Sägger donne en effet une définition des «actes édictés» par l'Assemblée fédérale, des «Erlasse» au sens de l'article 163³². Pour lui, tombent sous le coup de cette disposition les actes de l'Assemblée fédérale qui se caractérisent, en règle générale, à l'aide des trois critères suivants:

- ils supposent une décision concordante préalable des deux conseils,
- sont liés à l'exigence d'une certaine forme («formgebunden»),
- et ils ont des effets externes.

Il faut noter que le premier de ces critères, si on l'applique à la lettre, a pour effet d'exclure des «actes édictés», c'est à dire du champ d'application de l'article 163, les actes qui sont adoptés par chacun des deux conseils, seul – et séparément, chacun pour son propre domaine –, en particulier les deux règlements du Conseil national et du Conseil des Etats. Pourtant, ces deux actes contiennent indiscutablement des règles de droit, générales et abstraites, et doivent être considérées comme des ordonnances au sens de l'alinéa 1 de l'article 163³³. M. Sägger lui-même l'admet³⁴. La même question se pose pour le règlement de l'Assemblée fédérale (Chambres réunies), qui ne remplit pas non plus, à strictement parler, la condition d'un accord préalable et concordant des deux conseils³⁵.

Le deuxième critère ne paraît pas clair: on ne voit pas ce qu'il faut entendre par l'expression «lié à l'exigence d'une certaine forme» («formgebunden»). Surtout, le critère présente, me semble-t-il, un caractère quelque peu tautologique: la question est précisément de savoir ce que recouvre la notion d'«actes édictés», de «Erlasse», c'est à dire de savoir quels sont les actes qui tombent sous le coup de l'article 163 et qui, de ce fait, doivent emprunter l'une des formes prévue par cette disposition. La «Formgebundenheit» d'un acte ne peut donc constituer un critère de réponse à cette question. On ne voit du reste pas quelle disposition de l'ordre juridique impose(ra)it une telle exigence de forme.

On peut toutefois se demander si l'un des critères possibles d'assujettissement à l'article 163 ne pourrait ou ne devrait pas être, plutôt que l'exigence d'une certaine forme, l'exigence de publication, exigence qui est, elle, imposée par l'ordre juridique. Dans ce sens, on pourrait considérer que tombent sous le coup de l'article 163 de la Constitution, et des formes prescrites par ce dernier, tous les actes de l'Assemblée fédérale qui doivent faire l'objet d'une publication officielle au sens de la loi sur les publications officielles³⁶. Encore faudrait-il, cependant, déterminer quelle publication, dans quel recueil, serait déterminante. En effet, si on compare les règles de publication de cette loi avec les formes d'actes prévues par l'article 163, on se rend compte que la publication «obligatoire» au *Recueil officiel* ne correspond pas au champ d'application de la disposition constitutionnelle, en ce sens qu'elle ne couvre pas tous les actes visés par l'article 163, mais seulement certains d'entre eux, ceux qui contiennent des règles de droit³⁷. En sont donc exclus, en principe, les actes visés à l'alinéa 2 de l'article 163, les arrêtés fédéraux et les arrêtés fédéraux simples. Ces actes sont publiés dans la Feuille fédérale³⁸. C'est donc en «combinant» en quelque sorte les obligations de publication dans le Recueil officiel et dans la Feuille fédérale qu'on parvient à obtenir une correspondance avec le champ d'application de l'article 163, c'est à dire la notion d'«actes édictés» par l'Assemblée fédérale.

Enfin, le troisième critère, celui des effets externes, est lui aussi problématique. En théorie, il est simple et séduisant, notamment en ce qu'il permet sans doute de distinguer des «actes édictés» au sens de l'article 163 tous les actes par lesquels l'Assemblée fédérale s'adresse au Conseil fédéral, dans le cadre de leurs rapports réciproques, actes qui sont aujourd'hui «couverts» par l'article 171 de la Constitution, sous le terme de «mandats», et en particulier la motion – laquelle suppose, elle aussi, l'accord préalable des deux conseils –. Toutefois, le critère des effets externes s'avère en pratique très difficile à manier. La difficulté de la distinction entre les effets externes et les effets internes d'un acte se manifeste – et est connue – dans d'autres contextes, comme celui des ordonnances administratives³⁹. Il n'en va pas autrement des actes de l'Assemblée fédérale. Ainsi, pour ne prendre que deux exemples, on peut se demander si l'*arrêté fédéral* du 3 juin 1987 sur la *révision totale de la constitution fédérale*⁴⁰, par lequel les Chambres ont décrété la révision totale et donné mandat au Conseil fédéral de soumettre un projet de mise à jour du droit constitutionnel, avait ou non des effets externes. Il a pourtant été revêtu de la forme de l'arrêté simple, c'est à dire d'une forme qui tomberait aujourd'hui sous le coup de l'article 163 (alors qu'une motion eût tout aussi bien été envisageable⁴¹). Plus récemment, le projet

d'arrêté fédéral relatif à des négociations en vue de l'adhésion de la Suisse à l'Union européenne⁴² que le Conseil fédéral proposait comme contre-projet indirect à l'initiative populaire «Oui à l'Europe», présentait un cas analogue. Lui aussi est revêtu de la forme de l'arrêté simple, quand bien même il n'a d'autre effet que de rappeler le but d'adhésion à l'Union européenne et la compétence du Conseil fédéral de décider du moment de la réactivation de la demande d'adhésion.

Quoi qu'il en soit, et en dépit des quelques aspects problématiques qui viennent d'être signalés, les critères proposés par M. Säggerer permettent dans l'ensemble de cerner la notion d'*actes édictés* par l'Assemblée fédérale et, en conséquence, de délimiter au moins dans les grandes lignes le champ d'application de l'article 163 de la Constitution et des formes que celui-ci prévoit. On peut donc dire que l'article 163 s'applique aux actes de l'Assemblée fédérale qui «suivent la procédure législative»⁴³, c'est à dire qui supposent en principe l'accord des deux conseils, sont liés à une exigence de publication officielle et, en principe, ont des effets sur les tiers – et ne visent pas seulement à régler les rapports entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral ou l'administration –.

Demeure toutefois une question: celle de savoir si l'article 163 est *exclusif*, en ce sens qu'il «réserverait» en quelque sorte les formes prévues à l'article 163 aux seuls actes entrant dans la catégorie des *actes édictés* au sens défini plus haut. Autrement dit, s'il interdit à l'Assemblée fédérale d'utiliser ces formes pour des actes qui n'entreraient pas dans cette catégorie. Plus concrètement, la question est celle de savoir si l'Assemblée fédérale est libre de revêtir de la forme de l'arrêté fédéral simple certaines décisions de principe, qui n'ont pas, du moins pas directement, d'effets externes, mais portent essentiellement sur les relations entre le Parlement et le Gouvernement: prise de connaissance et approbation de rapports, approbations et «décisions» en matière de planification, «arrêtés» de principe en matière de politique étrangère, etc.⁴⁴. Cette question est quelque peu controversée: les Chambres fédérales – ou du moins leurs Commissions des institutions politiques – estiment qu'elles ont et doivent avoir cette liberté, alors que le Conseil fédéral semble plutôt avoir une opinion opposée, encore que son attitude soit contradictoire⁴⁵. On ne s'attardera pas ici sur la question, puisqu'elle fait l'objet de l'exposé de M. Martin Graf⁴⁶.

4 Le système de l'article 163: quelques questions ouvertes

Indépendamment de la question du champ d'application de l'article 163, c'est à dire de la question de savoir quels sont les actes qui tombent sous le

coup de cette disposition, le système même de cette dernière suscite aussi quelques interrogations. Comme on l'a dit, l'article 163 relève d'une volonté de systématisation, de simplification, de clarification et de transparence. Or, à y regarder de près, il n'est pas certain que ces objectifs soient pleinement atteints. Autrement dit, il n'est pas certain que le système de l'article 163 soit véritablement plus simple, plus clair et plus transparent que ne l'était celui de la loi sur les rapports entre les conseils. Du moins, divers actes de l'Assemblée fédérale, qui font pourtant indiscutablement partie de la catégorie des «actes édictés», ne s'intègrent que difficilement au système, ou en tout cas en dénaturent quelque peu la «pureté» et la simplicité. C'est de ces actes particuliers qu'on traitera ici.

4.1 Les lois fédérales urgentes

Parmi les actes qui soulèvent un problème d'intégration dans le système de l'article 163, il faut relever tout d'abord les lois fédérales urgentes. Le constituant a abandonné, on le sait, la figure de l'arrêté fédéral de portée générale. Il a en revanche maintenu l'idée et même le régime de la législation d'urgence (art. 165), en réservant conséquemment, pour cette figure, la forme de la loi. Or, la question qui se pose est celle de savoir si les lois d'urgence s'insèrent dans le système de l'article 163 ou si elles constituent au contraire une figure à part, une cinquième forme, en quelque sorte, d'actes de l'Assemblée fédérale, à côté des quatre qui sont prévues par l'article 163⁴⁷.

Si on considère que les lois urgentes entrent dans le système de l'article 163, force est alors de constater que cela introduit une brèche dans ce système tel qu'il a été imaginé par le constituant, dans la mesure où toutes les dispositions qui revêtent la forme de la loi ne sont pas assujetties au référendum. En effet, selon l'article 165, en relation avec les articles 140, alinéa 1, lettre c, et 141, alinéa 1, lettre b – système qui ne fait que reprendre le régime antérieur –, il faut distinguer trois catégories de lois urgentes:

- les lois urgentes conformes à la Constitution et prises pour plus d'un an, qui sont assujetties au référendum facultatif,
- les lois urgentes contraires à la Constitution et prises pour plus d'un an, qui sont soumises au référendum obligatoire,
- et les lois urgentes, conformes ou contraires à la Constitution, mais prises pour moins d'une année, qui ne sont pas assujetties au référendum, ni obligatoire, ni facultatif.

La question est assez théorique, et n'a au fond pas d'incidence pratique, mais elle oblige à nuancer le schéma «simple» imaginé par le constituant: force est de reconnaître qu'il y a des «actes édictés» par l'Assemblée fédérale qui

sont revêtus de la forme de la «loi» (urgente) sans être assujettis au référendum facultatif, parce qu'ils sont pris pour une durée n'excédant pas une année; il y a même des actes revêtus de la forme de la «loi» (urgente) qui sont soumis au référendum obligatoire, parce qu'ils dérogent à la constitution (et sont pris pour une durée d'une année ou plus).

Dès lors, ne vaudrait-il pas mieux admettre que l'article 163 ne règle pas, du moins tel qu'il est conçu⁴⁸, toutes les formes des «actes édictés» par l'Assemblée fédérale – qu'il n'est donc pas exhaustif – mais qu'il ne régit que les actes qui ne font pas l'objet d'une (autre) réglementation (constitutionnelle) spécifique? En d'autres termes, on pourrait très bien considérer que l'article 165 constitue, par rapport à l'article 163, une telle règle spéciale.

4.2 Les arrêtés fédéraux (non simples)

L'article 163 soulève une autre question, qui, elle, a une petite incidence pratique pour le législateur futur, à propos de la catégorie de l'*arrêté fédéral* (non simple) visé à l'alinéa 2, en relation avec la règle de l'article 141, alinéa 1, lettre c, qui prévoit l'assujettissement de ce type d'arrêté au référendum facultatif. La question est celle-ci: suffira-t-il que la Constitution ou la loi future utilise l'expression *arrêté fédéral* – sans y ajouter le qualificatif *simple* – pour que l'acte ainsi visé soit assujetti au référendum facultatif? En d'autres termes, la qualification terminologique suffira-t-elle à déterminer l'assujettissement ou le non-assujettissement au référendum? Ou faudra-t-il, au contraire, que le constituant ou le législateur futur prévoie expressément, sans se contenter d'indiquer la seule forme, que l'arrêté fédéral en question est assujetti au référendum? La Constitution ne donne, me semble-t-il, pas une réponse claire à cette question.

Si l'on s'en tient au (seul) précédent qui figure dans la Constitution elle-même, telle qu'elle est issue du vote du 18 avril 1999, à savoir l'article 53, alinéa 3, relatif aux modifications de territoire des cantons, c'est plutôt la première hypothèse qui paraît la bonne: le texte de l'article 53, alinéa 3, se contente d'indiquer la forme de l'*arrêté fédéral*, ce qui signifie, implicitement mais apparemment nécessairement, référendum facultatif. Cet exemple se situe d'ailleurs dans la logique de l'article 163, alinéa 2, aux termes duquel tout *arrêté fédéral* qui n'est pas déclaré simple est, par définition, assujetti au référendum.

Toutefois, le texte de l'article 141, alinéa 1, lettre c, pourrait insinuer le doute à cet égard: du moment qu'il dispose que sont assujettis au référendum facultatif «les arrêtés fédéraux, dans la mesure où la Constitution ou la loi le prévoient», ce texte laisse en effet supposer que le constituant ou le

législateur futur doit spécifier expressément et particulièrement l'assujettissement au référendum⁴⁹. Autrement dit, il laisse supposer qu'il pourrait y avoir des «arrêtés fédéraux» qui ne sont pas assujettis au référendum sans pour autant être qualifiés de simples, ce qui est en contradiction avec l'article 163, alinéa 2. Il me paraît cependant qu'il faut plutôt interpréter différemment la formulation de l'article 141, alinéa 1^{er}, lettre c: l'expression «dans la mesure où la Constitution ou la loi le prévoient» signifie que *seuls* le constituant et le législateur (formel) sont habilités à prévoir un tel arrêté fédéral (non simple) assujetti au référendum facultatif, à l'exclusion de toute autre autorité.

Il faut donc admettre que, à l'instar de la technique utilisée à l'article 53, alinéa 3 de la Constitution, la simple qualification, dans la loi (future) d'un acte d'*arrêté fédéral* suffira à déterminer l'assujettissement de cet acte au référendum facultatif. Ce qui n'empêche pas, évidemment, le législateur futur de choisir, par souci de précision d'indiquer à la fois la forme et l'assujettissement au référendum.

4.3 Les «arrêtés constitutionnels» et les arrêtés d'approbation des traités internationaux

Toujours à propos de la catégorie de l'*arrêté fédéral* (non simple) visé à l'alinéa 2 de l'article 163, une autre question se pose. Comme indiqué, s'il prévoit clairement que tout «arrêté fédéral» non simple est assujetti au référendum, le texte de l'article 163 ne précise pas de quel type de référendum il s'agit, le référendum facultatif seulement, ou aussi le référendum obligatoire. La question qui se pose est dès lors celle de savoir si l'article 163, alinéa 2 se limite aux arrêtés fédéraux assujettis au référendum facultatif, en vertu d'une autre disposition constitutionnelle, c'est à dire les arrêtés fédéraux que la Constitution ou la loi instituent comme tels (art. 141, al. 1^{er}, let. c) et les arrêtés d'approbation de traités internationaux assujettis au référendum facultatif (art. 141, al. 1^{er}, let. d), ou s'il s'étend au contraire aussi aux arrêtés soumis au référendum obligatoire, à savoir les actes d'approbation des traités internationaux visés à l'art. 140, al. 1^{er}, lettre b, ainsi que ce qu'on appelait parfois, auparavant, les «arrêtés constitutionnels», c'est à dire les actes par lesquels l'Assemblée fédérale adopte une révision de la constitution et la soumet au vote du peuple et des cantons (art. 140, al. 1^{er}, let. a).

La réponse à cette question – sur laquelle les travaux préparatoires sont plutôt obscurs⁵⁰ – ne paraît pas uniforme en doctrine. Certains semblent restreindre le système de l'article 163, et en particulier la notion d'arrêté fédéral de l'alinéa 2, aux arrêtés assujettis au référendum facultatif⁵¹, alors

que d'autres y intègrent également les arrêtés soumis au référendum obligatoire⁵². En tous les cas, les Chambres fédérales sont parties de l'idée que les actes d'approbation des traités internationaux tombaient sous le coup de l'article 163, alinéa 2⁵³. Et la pratique a indiscutablement opté pour la seconde solution, puisqu'on a maintenu, après l'entrée en vigueur de la nouvelle constitution, l'appellation *arrêté fédéral* pour les actes d'approbation des traités internationaux assujettis au référendum⁵⁴. C'est du reste aussi la solution qui est retenue dans l'avant-projet de nouvelle loi sur l'Assemblée fédérale⁵⁵.

Or, comme pour les lois urgentes, on peut se demander s'il ne vaudrait pas mieux admettre que les arrêtés d'approbation des traités internationaux et les «arrêtés constitutionnels» constituent, par rapport à l'article 163 et au système qu'il prévoit, des cas spéciaux, dont le sort est réglé par d'autres dispositions de la Constitution – les articles 140, alinéa 1^{er}, lettres a et b, d'une part, et 141, alinéa 1^{er}, lettre d, de l'autre –. Et cela dans la mesure où il faut bien reconnaître que ces arrêtés s'intègrent plutôt mal au système mis sur pied par cette disposition, ou ne s'y intègrent qu'au prix de le dénaturer.

En effet, il faut remarquer que l'intégration de ces arrêtés dans le champ d'application de l'article 163 pose un problème: l'article 163 réserve – ou paraît réserver, à première vue, du moins tel qu'il est *conçu*⁵⁶ et tel qu'on peut raisonnablement comprendre son texte⁵⁷ – la forme de l'*arrêté fédéral* aux actes non normatifs, c'est à dire qui ne contiennent pas de règles de droit, générales et abstraites. Or, tant les actes d'approbation des traités internationaux que les «arrêtés constitutionnels» contiennent des règles de droit. Auparavant, les actes d'approbation des traités soumis au référendum (obligatoire ou facultatif) étaient revêtus de la forme de l'*arrêté fédéral* de portée générale, forme qui était réservée aux actes contenant des règles de droit. L'insertion de ces actes dans le champ d'application du nouvel article 163, alinéa 2 induit donc un changement par rapport au système antérieur. On ne saurait évidemment déduire de ce changement que ces actes ont désormais changé de nature et qu'ils sont devenus des actes non normatifs. De plus, on ne voit guère qu'on puisse sérieusement soutenir qu'un arrêté constitutionnel, comme l'*arrêté fédéral* du 18 décembre 1998 *relatif à une mise à jour de la Constitution fédérale* ou encore l'*arrêté fédéral* du 8 octobre 1999 *relatif à la réforme de la justice*, par exemple, sont des actes non normatifs. Dès lors, il faut bien admettre que ces arrêtés introduisent eux aussi une sérieuse brèche dans le *concept* de l'article 163, dans la mesure où, en effet, la grande majorité des actes qui, dans la pratique, relèvent de la catégorie de l'*arrêté fédéral* au sens de l'article 163, alinéa 2 sont des arrêtés d'ap-

probation de traités internationaux et des arrêtés constitutionnels, c'est à dire des actes de caractère normatif.

Il est vrai que le caractère normatif ou non normatif de l'arrêté d'approbation d'un traité international peut prêter à discussion. On pourrait soutenir que l'approbation n'est en elle-même qu'une autorisation – un acte non normatif – de ratifier le traité qui, lui, est normatif. C'est cependant l'une façon de voir assez artificielle, dans la mesure où, de fait, l'approbation de l'Assemblée fédérale équivaut pratiquement à l'adoption d'une révision constitutionnelle ou d'une loi, c'est à dire qu'elle (seule) permet, sous réserve des compétences du peuple et, éventuellement, des cantons, l'entrée dans l'ordre juridique suisse de nouvelles règles de droit. Cela vaut d'autant plus lorsque l'approbation est assortie de réserves, dont on ne peut nier le caractère normatif.

On objectera certes que ni les arrêtés constitutionnels, ni les arrêtés d'approbation des traités internationaux ne sont des actes finals, qui mettent fin à la procédure: ils ne sont que des étapes dans le processus de décision, de sorte que la question de leur caractère normatif ou non ne se pose pas. Ainsi, s'agissant d'une révision constitutionnelle, ce ne serait pas l'arrêté de l'Assemblée fédérale qui aurait un caractère normatif, mais le vote par lequel le peuple et les cantons acceptent une révision de la constitution. Certes, l'objection n'est pas sans pertinence, mais elle est encore assez artificielle. Au fond, la situation n'est pas fondamentalement différente pour les lois ordinaires, dont le caractère normatif n'est pourtant jamais mis en doute: on pourrait tout aussi bien considérer que l'adoption de la loi par l'Assemblée fédérale n'est pas l'acte final de la procédure législative, mais une simple étape dans le processus, étape qui ne devient finale et ultime que si le référendum n'est pas demandé, ou qu'il n'aboutit pas, ou encore que la loi est acceptée par le peuple.

Quoi qu'il en soit, le fait que les arrêtés d'approbation des traités internationaux soient rangés dans la catégorie de l'*arrêté fédéral* au sens de l'article 163, alinéa 2 n'a pas qu'un caractère purement théorique, mais soulève une interrogation concrète en relation avec l'article 191 de la Constitution, relatif à l'immunité des lois fédérales. Aux termes de ce dernier, en effet, le «Tribunal fédéral et les autres autorités fédérales sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international». Selon la doctrine, seules sont «immunisées», au sens de cette disposition, les *lois fédérales*, l'exclusion des autres formes d'actes prévues par l'article 163⁵⁸. Cela signifie donc que les réserves émises par l'Assemblée fédérale à l'occasion de l'approbation d'un traité international assujetti au référendum, puisqu'elles figurent dans un acte

non immunisé, un *arrêté fédéral*, ne lieraient pas (plus) le Tribunal fédéral. Cette conclusion n'est évidemment pas admissible, dans la mesure où, une fois le traité ratifié, les réserves deviennent partie intégrante du droit international et, à ce titre, lient aussi le Tribunal fédéral (art. 191 Cst.). La différence réside dès lors dans le «titre» de leur immunité: ce n'est pas – plus – la qualité de l'acte qui les prévoit qui leur vaut d'être immunisées, mais bien le droit international dont elles deviennent parties.

5 Conclusion

Il résulte de ce qui précède que, même s'il témoigne d'une volonté d'ordre et de clarification de la réglementation de la forme des actes de l'Assemblée fédérale, et qu'il apporte indéniablement une certaine simplification, l'article 163 de la nouvelle Constitution n'atteint pas pleinement ces objectifs. C'est au fond assez normal: comme auparavant, sous l'empire de la loi sur les rapports entre les conseils de 1962, la question de la forme des actes de l'Assemblée fédérale se révèle complexe, et il n'est pas certain qu'elle se laisse réduire et insérer à un modèle simple, unique et exhaustif.

Remarques

- 1 A vrai dire, l'intitulé de cette contribution, qui se réfère aux «autres actes» de l'Assemblée fédérale, pourrait induire en erreur sur le contenu, puisqu'il utilise les termes même de l'*alinéa* 2 de l'article 163 de la nouvelle Constitution. Or, ce n'est pas seulement de cet alinéa que traitera le présent article, mais du système de l'article 163 dans son ensemble, système qui a du reste déjà été présenté par M. BERNHARD EHRENZELLER (dans cette revue).
- 2 BO 1998, tiré à part «Réforme de la Constitution», CN 74 (Jean-François Leuba, rapporteur).
- 3 BO 1998, tiré à part «Réforme de la Constitution», CN 75 (Jean-François Leuba, rapporteur).
- 4 «für interessierte Laien und für Nichtjuristen ist sie [die Ausgangslage] schwer bis gar nicht verständlich»: BO 1998, tiré à part «Réforme de la Constitution», CE 129 (Arnold Koller, Conseiller fédéral).
- 5 BO 1998, tiré à part «Réforme de la Constitution», CN 74 (Samuel Schmid, rapporteur, qui parle aussi de «wahres Füllhorn von Rechtssetzungsformen»).
- 6 BO 1998, tiré à part «Réforme de la Constitution», CE 129 (Bruno Frick, rapporteur). Voir aussi, pour la doctrine, GEORG MÜLLER, Formen der Rechtssetzung, in: ULRICH ZIMMERMANN (éd.), *Die neue Bundesverfassung. Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft*, Berne, 2000, p. 249ss, spéc. 249, qui parle de «Wirrwar der Rechtssetzungsformen».
- 7 BO 1998, tiré à part «Réforme de la Constitution», CE 129 (Arnold Koller, Conseiller fédéral).
- 8 BO 1998, tiré à part «Réforme de la Constitution», CN 75 (Arnold Koller, Conseiller fédéral).
- 9 Voir notamment ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Supplement zur 4. Auflage «Die neue Bundesverfassung»*, Zurich, 2000, p. 46: «Das neue System zeichnet sich durch eine wesentliche Vereinfachung aus und trägt zur Rechtssicherheit und einer grösseren Transparenz bei». Cf. aussi G. MÜLLER (note 6), p. 250, et THOMAS SÄGESSER, Neuordnung der Erlassformen der Bundesversammlung, in: *AJP/PJA* 6/98, p. 677ss, spéc. p. 686.
- 10 *Message relatif à une nouvelle constitution fédérale*, du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1.
- 11 Voir G. MÜLLER (note 6), p. 249s.
- 12 G. MÜLLER (note 6), p. 249.
- 13 G. MÜLLER (note 6), p. 250, spécial. note 3.
- 14 SÄGESSER (note 9), p. 677.
- 15 FF 1996 II 413.
- 16 FF 1997 III 243.
- 17 *Rapport complémentaire des Commissions des institutions politiques des Chambres fédérales relatif à la réforme de la constitution, Assemblée fédérale. Organisation, procédure, rapports avec le Conseil fédéral*, Avis du Conseil fédéral, du 9 juin 1997, FF 1997 III 1312.
- 18 Sont en particulier intéressants, à ce sujet, les procès-verbaux suivants: *Sous-commission 1 de la Commission de la révision constitutionnelle*

- du Conseil national, séances des 25–27 juin 1997, p. 29ss et 36ss, du 15 octobre 1997, p. 3ss, 7ss et 11ss, et du 29 octobre 1997, p. 3ss; *Commission de la révision constitutionnelle du Conseil national*, séances des 7–9 juillet 1997, p. 37ss, des 19–21 novembre 1997, p. 17ss, du 6 mai 1998, p. 10ss, et des 12–13 novembre 1998, p. 24ss; *Sous-commission 1 de la Commission de la révision constitutionnelle du Conseil des Etats*, séances des 8–9 septembre 1997, p. 8ss, et du 28 octobre 1997, p. 3ss (et annexes); *Commission de la révision constitutionnelle du Conseil des Etats*, séances des 17–19 septembre 1997, p. 9ss, et 33ss, des 26–27 novembre 1997, p. 16ss, du 10 février 1998, p. 12ss, et des 24–25 août 1998, p. 6ss; enfin, Conférence de conciliation des deux conseils, séance du 11 décembre 1998, survol des divergences.
- 19 Voir notamment BO 1998, tiré à part «Réforme de la Constitution», CE 129 (Bruno Frick, rapporteur), ainsi que CN 73ss (Samuel Schmid et Jean-François Leuba, rapporteurs). Voir aussi HÄFELIN/HALLER (note 9), p. 46; G. MÜLLER (note 6), p. 252ss; SÄGESSER (note 9), p. 677ss.
- 20 Ce système a en fait été proposé par le Conseil fédéral (et conçu par l'Office fédéral de la justice), après de longues discussions sur la forme des actes de l'Assemblée fédérale dans les commissions constitutionnelles: voir en particulier les procès-verbaux des séances de la *Sous-commission 1 de la Commission de la révision constitutionnelle du Conseil national* des 25–27 juin 1997, p. 28 à 35, de la *Commission de la révision constitutionnelle du Conseil national*, séances des 7–9 juillet 1997, p. 35 à 42 (renvoi à la sous-commission), de la *Sous-commission 1 de la Commission de la révision constitutionnelle du Conseil des Etats* des 8–9 septembre 1997, p. 8 à 13 (adhésion à la proposition de la Commission du Conseil national), puis de la *Sous-commission 1 de la Commission de la révision constitutionnelle du Conseil national* du 15 octobre 1997, p. 3 à 7 (c'est là que le Conseil fédéral a proposé le système à quatre entrées et qu'est apparue l'idée de créer un article spécifique).
- 21 SÄGESSER (note 9), p. 678; HÄFELIN/HALLER (note 9), p. 46; G. MÜLLER (note 6), p. 251/252, critique à ce propos.
- 22 C'est en effet de cette disposition qu'on peut tirer que les lois sont assujetties au référendum (facultatif) et que les ordonnances ne le sont – par conséquent – pas.
- 23 Cf. aussi SÄGESSER (note 9), p. 678/679, et G. MÜLLER (note 6), p. 255/256, avec références aux travaux préparatoires.
- 24 SÄGESSER (note 9), p. 682; G. MÜLLER (note 6), p. 252/253. De par la manière dont ils présentent le système de l'article 163, HÄFELIN/HALLER (note 9), p. 46, paraissent considérer que ce dernier ne vise ou ne couvre que le référendum facultatif. Ce qui ne correspond pas à la conception des commissions constitutionnelles, qui considéreraient avoir aussi réglé, par l'article 163, les arrêtés soumis au référendum obligatoire, à savoir les «arrêtés constitutionnels» et les arrêtés d'approbation des traités internationaux soumis au vote du peuple et des cantons.
- 25 Voir G. MÜLLER, in: *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, n° 4 ad art. 89, al. 1: «... la loi sur les rapports entre les conseils énonce, de manière exhaustive, les formes juridiques qu'il convient de donner aux actes législatifs de l'Ass. féd.».
- 26 SÄGESSER (note 9), p. 678.
- 27 Voir à ce sujet l'article 3, alinéa 1, lettre b, de la nouvelle loi sur le personnel de la Confédération, du 24 mars 2000 (FF 2000 2105), aux termes duquel l'Assemblée fédérale est employeur au sens de cette loi «en ce qui concerne les services du Parlement».
- 28 Voir les art. 8 et 9 de la nouvelle loi sur le personnel (note précédente) qui remplace le système de l'engagement fondé sur une décision de nomination par celui d'un engagement par contrat de droit public.
- 29 Il résulte en effet des travaux préparatoires que le constituant était assez hésitant sur la place à attribuer à cette nouvelle disposition. Faute de mieux, il l'a placée en tête de la section relative aux compétences, juste avant la disposition sur les compétences législatives, avec laquelle l'article 163 est étroitement lié.
- 30 *Révision totale de la loi sur les rapports entre les conseils (LREC), Loi fédérale sur l'Assemblée fédérale (Laféd), Avant-projet du 31 janvier 2000*. Cet avant-projet a été établi par le Secrétariat des Commissions des institutions politiques, sur la base de décisions de ces Commissions des 12 et 14 mai 1998.
- 31 Selon l'*Avant-projet du 31 janvier 2000* (cité note précédente), les organes de l'Assemblée fédérale sont: le Conseil national, le Conseil des Etats, l'Assemblée fédérale (Chambres réunies), les collèges présidentiels, la Conférence de coordination et la Délégation administrative, les bureaux des conseils, les commissions, les sous-commissions et les délégations, ainsi que les groupes parlementaires (cf. art. 29, chacun de ses «organes» faisant l'objet d'une réglementation spécifique, cf. art. 32ss).
- 32 SÄGESSER (note 9), p. 678: «Erlasse kennzeichnen sich dadurch, dass sie in der Regel eines vorgängigen übereinstimmenden Beschlusses beider Räte bedürfen, formgebunden sind und Aussenwirkungen haben».

- 33 Voir HÄFELIN/HALLER (note 9), n° 987, p. 50, qui les classent parmi les ordonnances au sens de l'article 163.
- 34 SÄGESSER (note 9), p. 681: «Trotz ihrer anderen Bezeichnung stellen m.E. auch die Geschäftsreglemente von National- und Ständerat sowie der vereinigten Bundesversammlung Parlamentsverordnungen dar. Die ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung findet sich in Art. 8bis Abs. 2 GVG. Der Unterschied liegt darin, dass für ihren Erlass nicht übereinstimmende Beschlüsse beider Räte erforderlich sind; mit der Bezeichnung als «Reglement» soll dies kenntlich gemacht werden».
- 35 Tant HÄFELIN/HALLER (note 9), n° 987, p. 50, que SÄGESSER (note 9), p. 681 (citation dans la note précédente), classent le règlement des Chambres réunies dans la catégorie des ordonnances. Sur la question de l'application de l'article 163 aux actes de l'Assemblée fédérale, Chambres réunies, de manière plus générale, voir toutefois aussi SÄGESSER (note 9), p. 678.
- 36 *Loi fédérale sur les recueils de lois et la Feuille fédérale (Loi sur les publications officielles)*, du 21 mars 1986, RS 170.512.
- 37 Voir l'article 1er de la loi sur les publications officielles: sont publiés au RO, pour le droit interne, «a) La constitution fédérale; b) Les lois fédérales; c) Les arrêtés fédéraux de portée générale; d) Les autres actes législatifs contenant des règles de droit, qui sont établis par les autorités fédérales ou d'autres organes auxquels sont confiées des tâches de la Confédération; e) D'autres actes, si l'Assemblée fédérale le décide.» (Cette loi n'a pas encore été adaptée à l'article 163 de la nouvelle Constitution.)
- 38 Selon l'article 14, alinéa 1er de la loi, sont publiés dans la Feuille fédérale: «a) ...; b) Les modifications constitutionnelles adoptées par l'Assemblée fédérale, les lois et les arrêtés fédéraux de portée générale et sujets au référendum facultatif, les arrêtés fédéraux d'approbation de traités internationaux ainsi que les arrêtés fédéraux simples; c) ...».
- 39 Voir notamment, et avec d'autres références, GIOVANNI BIAGGINI, Die vollzugslenkende Verwaltungsverordnung: Rechtsnorm oder Faktum? Reflexionen über ein juristisches Chamäleon, in: *Zentralblatt* 1/1997, p. 1ss.
- 40 FF 1987 II 977.
- 41 Le Conseil fédéral avait du reste lui-même, dans son rapport du 6 novembre 1985, suggéré aux Chambres de lui confier ce mandat soit par le biais d'une motion, soit par celui d'un arrêté simple: cf. FF 1985 II 121ss. Voir aussi à ce sujet le *message relatif à une nouvelle constitution fédérale*, du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1, spéc. 41ss, où le Conseil fédéral s'exprime comme suit: «Cet arrêté fédéral est digne d'intérêt non seulement par les indications qu'il contient à son article 3, mais aussi par le fait que le mandat donné au Conseil fédéral ne revêt pas la forme d'une motion, mais celle d'un arrêté fédéral simple. En choisissant la forme de l'arrêté simple, l'Assemblée fédérale entend signaler qu'elle s'est décidée formellement pour une révision totale au sens des articles 119ss, Cst. (art. 1er, AF), et cela, par une décision qui, en cas de décisions non concordantes entre les deux conseils, aurait pu aboutir à une procédure d'élimination des divergences, et en fin de compte, en cas de vote positif du peuple, aux conséquences graves de l'article 120, 2e alinéa, Cst. (renouvellement des deux conseils).» (p. 42).
- 42 FF 2000 3503.
- 43 Voir BERNHARD EHRENZELLER, dans cette revue (cité note 1).
- 44 Voir à ce sujet, et pour des exemples, MARTIN GRAF, Die Erlassformen der Bundesversammlung in der Totalrevision der Geschäftsverkehrsgesetzen.
- 45 Comme on l'a vu, le Conseil fédéral a en effet proposé lui-même l'utilisation de l'arrêté fédéral simple pour des actes qui n'entraient probablement pas dans la catégorie des «actes édictés»: voir chiffre 3.2 ci-dessus, à propos de l'arrêté fédéral du 3 juin 1987 et du projet de contre-projet indirect à l'initiative «Oui à l'Europe».
- 46 Voir MARTIN GRAF (note 44), dans cette revue.
- 47 Voir notamment ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, volume I: L'Etat, Berne, 2000, n° 1419ss, p. 496ss, qui considèrent que le «droit fédéral connaît cinq types d'actes législatifs» (n° 1419) et traitent les lois urgentes comme un type spécial – le cinquième – par rapport aux quatre qui sont prévus par l'article 163 (n° 1420ss et 1441ss).
- 48 Voir, sur la «différence» entre le texte de l'art. 163 et sa conception par les chambres, chiffre 2 ci-dessus.
- 49 C'est ce que semblent admettre HÄFELIN/HALLER (note 9), n° 974, p. 47; du moins leur formulation le laisse-t-elle supposer: «Das fakultative Referendum ist möglich gegen..., sowie gegen Bundesbeschlüsse, soweit Verfassung und Gesetz dies besonders vorsehen (Art. 141 Abs. 1 lit. a-c BV)».
- 50 Il ressort en effet des procès-verbaux des commissions que les députés étaient convaincus d'avoir, à l'article 163, réglé tous les actes de l'Assemblée fédérale, y compris les arrêtés d'approbation des traités internationaux et les «arrêtés constitutionnels»; ils se sont même fortement étonnés lorsque le représentant de l'administration, à l'occasion

- d'une séance, a émis l'idée que cela pourrait ne pas être le cas, notamment qu'il pourrait y avoir d'autres actes, réglés ailleurs, comme les «arrêts constitutionnels».
- 51 Ainsi, HÄFELIN/HALLER (note 9), p. 46, dans les remarques préliminaires du § 35 «Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse», relèvent: «Nachdem die Form des allgemeinverbindlichen Bundesbeschlusses aufgegeben wurde, bestehen noch vier Erlassformen der Bundesversammlung, nämlich: – das *Bundesgesetz*, das rechtsetzende Bestimmungen enthält und dem fakultativen Referendum unterliegt, – der *Bundesbeschluss*, welcher nicht rechtsetzend ist, aber dem fakultativen Referendum unterliegt, – die *Verordnung*, die ebenfalls rechtsetzende Bestimmungen enthält, gegen die aber kein Referendum möglich ist, – der *einfache Bundesbeschluss*, der weder rechtsetzende Bestimmungen enthält, noch dem Referendum unterliegt». De même, plus loin (n° 993, p. 50), ces auteurs ajoutent: «Daneben existiert seit der Revision der *referendumspflichtige Bundesbeschluss* gemäss Art. 163 Abs. 2 BV, der vorgesehen ist für Erlasse nicht-rechtsetzender Natur, die Kraft besonderer Bestimmung dem Referendum unterstehen. Bisher wurde dafür die Form des allgemeinverbindlichen Bundesbeschlusses gewählt (vgl. N. 986). In dieser Form ergeht zum Beispiel die Genehmigung von völkerrechtlichen Verträgen, die dem fakultativen Referendum unterstehen (vgl. Art. 166 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 141 Abs. 1 lit. d BV)». De plus, à aucun moment, à propos de l'article 163, ces auteurs ne font allusion aux arrêtés soumis au référendum obligatoire, ce qui donne à penser qu'ils ne considèrent pas ceux-ci comme des formes entrant dans le système institué par cette disposition. Voir, dans le même sens, AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 47), n° 1431ss, p. 500ss, qui semblent eux aussi limiter l'*arrêté fédéral* de l'article 163, alinéa 2 aux «actes d'application... soumis au référendum facultatif» (n° 1434), c'est-à-dire qui y voient la porte ouverte par le constituant en vue de permettre au législateur d'«introduire le *référéndum administratif*» (n° 1435); ces auteurs ne traitent, à aucun moment, dans la subdivision consacrée à l'*arrêté fédéral*, de la problématique des arrêtés constitutionnels et des arrêtés d'approbation des traités internationaux.
- 52 Voir SÄGESSER (note 9), p. 678, pour les arrêtés d'approbation des traités internationaux, et 682, pour les «Verfassungsbeschlüsse», l'auteur notant que «Artikel 153a steht dem nicht entgegen, weil sein Wortlaut den Bundesbeschluss nicht auf das fakultative Referendum beschränkt» (p. 682, note 50); G. MÜLLER (note 6), p. 252ss.
- 53 Cf. BO 1998, tiré à part «Réforme de la Constitution», CE 129 (Bruno Frick, rapporteur): «nicht rechtsetzende Akte sind Einzelakte oder Genehmigungen von Staatsverträgen»; et: «Bei den Gefässen drei und vier wird Recht angewendet: Es geht um die Genehmigung von Staatsverträgen und Einzelakte. Wenn sie dem Referendum unterliegen, werden sie als Bundesbeschluss, wenn sie nicht dem Referendum unterliegen, als einfacher Bundesbeschluss bezeichnet».
- 54 Pour des exemples d'arrêtés fédéraux d'approbation de traités internationaux assujettis au référendum facultatif, voir: FF 2000 3415 (adhésion de la Suisse au Centre international pour l'agriculture et les sciences biologiques) et 3416 (protocole amendant la Convention du Conseil de l'Europe du 5 mai 1989 sur la télévision transfrontalière); il n'y a pas encore eu d'arrêté fédéral d'approbation d'un traité international assujetti au référendum obligatoire depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle constitution. En ce qui concerne les arrêtés constitutionnels, la qualification d'*arrêté fédéral* a également été maintenue: cf. par exemple FF 2000 4655 (arrêté fédéral relatif à l'initiative populaire «pour plus de sécurité à l'intérieur des localités...»).
- 55 Voir l'article 22 de l'*Avant-projet du 31 janvier 2000* (note 30), qui prévoit la forme de l'*arrêté fédéral* pour les «arrêtés constitutionnels», et l'article 23, alinéa 3, qui en fait de même pour les actes d'approbation des traités internationaux soumis au référendum (facultatif ou obligatoire).
- 56 Sur la «différence» entre le système conçu par le constituant et le texte de l'article 163, voir chiffre 2 ci-dessus.
- 57 Cf. notamment G. MÜLLER (note 6), p. 256: «Die neue Bundesverfassung geht zwar davon aus, dass Bundesbeschlüsse keine rechtsetzenden Akte mehr enthalten,...»; voir aussi AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 47), n° 1443, p. 501: «Enfin, à la différence des lois fédérales, les arrêtés fédéraux ne contiennent pas de règles de droit (art. 163 al. 2 Cst.)».
- 58 Voir AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 47), n° 1433, p. 501; HÄFELIN/HALLER (note 9), n° 1806ss, p. 85, ainsi que SÄGESSER (note 9), p. 681 et 682.

Zusammenfassung

Das System der Erlassformen der Bundesversammlung, wie Artikel 163 der neuen Bundesverfassung es festschreibt, will nicht nur einfach und klar, sondern auch erschöpfend sein. Bei genauerer Analyse der «Erlasse der Bundesversammlung» zeigt sich, dass diese sich kaum definieren lassen und dass die vom Verfassungsgeber angestrebte Vollständigkeit nicht erreicht worden ist. Insbesondere dringlich erklärte Bundesgesetze, Beschlüsse zur Änderung der Bundesverfassung und Beschlüsse zur Genehmigung völkerrechtlicher Verträge lassen sich nur schwer ins System der Erlassformen gemäss Artikel 163 integrieren. Die Form der Erlasse der Bundesversammlung lässt manche Fragen offen; diese können nicht mit einem einfachen und abgeschlossenen Schema beantwortet werden.