

L'écriture constitutionnelle : dispositions juridiques et réalisation politique

Olivier Bigler / Marc Renkens | *La révision totale de la Constitution fédérale est un processus politique juridiquement encadré. Un détour par les dispositions en la matière permet ainsi de mettre en évidence ce que ce processus doit au cadrage juridique dont il est l'objet, mais également d'analyser le travail politique opéré sur ce cadre. Au final, on se trouve devant une construction assez particulière, aussi bien juridique que politique, qui se conclut par l'adoption d'une nouvelle Constitution procédant pour l'essentiel d'une « mise à jour » de l'ancienne, et de deux réformes sectorielles introduisant des modifications matérielles dans les domaines de la justice et des droits politiques.*

Sommaire

- 1 Introduction
- 2 Les dispositions de la Constitution du 29 mai 1874 en matière de révision constitutionnelle
 - 2.1 La révision constitutionnelle
 - 2.2 Révision partielle et révision totale
 - 2.3 Un usage différencié
 - 2.4 Une révision totale formelle ou matérielle
- 3 La révision totale de la Constitution du 29 mai 1874 : des dispositions juridiques à la pratique
 - 3.1 Impulsions initiales pour une révision totale (1965-1966)
 - 3.2 Projet d'une nouvelle Constitution (1967-1977)
 - 3.3 La révision totale formelle (1978-1993)
 - 3.4 Le concept du Baukastensystem (1993-1995)
 - 3.5 La réalisation du processus « ouvert » (1995- ?)
- 4 Conclusion

1 Introduction

Afin de mieux comprendre la relation entre droit et politique dans le cadre de la révision totale de la Constitution fédérale du 29 mai 1874, la présente contribution poursuit un double objectif : d'une part, présenter les dispositions juridiques en matière de révision ; d'autre part rendre compte de la pratique effective concernant ces dispositions dans le cours d'un processus historique concret.

Ainsi, parler de révision totale, c'est en premier lieu faire référence aux dispositions juridiques qui définissent cette procédure. Nous reviendrons par conséquent dans la première partie de ce texte sur les articles en matière de révision constitutionnelle, en particulier sur la distinction entre révision partielle et révision totale. Introduite dans la Constitution en 1891, cette distinction soulève la question de la nature de la révision totale, celle-ci pouvant se déterminer simul-

tanément d'après des critères matériels ou purement formels et procéduraux. Dans la seconde partie du texte, nous exposerons les principales étapes de la révision totale entamée en 1965, en portant une attention particulière à la façon dont les acteurs se sont saisis de cette procédure. En conclusion, nous reviendrons sur le dispositif juridique ayant encadré la révision totale de la Constitution fédérale sous l'angle du travail politique dont il a été l'objet.

2 Les dispositions de la Constitution du 29 mai 1874 en matière de révision constitutionnelle

2.1 La révision constitutionnelle

La Constitution fédérale, dont nous analysons ici la procédure de révision totale, date du 29 mai 1874. Elle se divise en trois chapitres : dispositions générales (art. 1 à 70 Cst. 1874), autorités fédérales (art. 71 à 117 Cst. 1874) et dispositions en matière de révision (art. 118 à 121 Cst. 1874). Ce dernier chapitre, repris pour l'essentiel de la Constitution de 1848, est relativement court. Il se construit autour de l'idée que la Constitution doit pouvoir être révisée lorsque le besoin s'en fait sentir. Ainsi, la Constitution fédérale peut être révisée en tout temps (art. 118 Cst. 1874). La révision a lieu dans les formes statuées pour la législation fédérale (art. 119 Cst. 1874), ce qui signifie qu'il n'est pas prévu d'élire une Assemblée constituante, mais que l'Assemblée fédérale est compétente pour élaborer les dispositions constitutionnelles révisées.

S'il appartient à l'Assemblée fédérale de conduire la révision constitutionnelle, il peut toutefois arriver qu'une des deux Chambres souhaite entreprendre la révision et que l'autre préfère le *statu quo*. Il se peut également qu'une partie non négligeable de la population souhaite entreprendre une révision constitutionnelle, alors que l'Assemblée fédérale n'en voit pas le besoin. C'est pourquoi, l'article 120 Cst. 1874 prévoit que si une des deux Chambres de l'Assemblée fédérale décrète la révision constitutionnelle et que l'autre n'y consent pas, ou que 50 000¹ citoyens suisses demandent cette révision, le peuple suisse est consulté à la majorité simple sur le principe de la révision. S'il y consent, les deux Chambres de l'Assemblée fédérale sont renouvelées – et dans la foulée le Conseil fédéral (art. 96, al. 2, Cst. 1874) – pour procéder à la révision. L'objectif de ce renouvellement des autorités est de donner la possibilité au peuple d'élire des représentants prêts à réaliser le mandat de révision constitutionnelle.

Dans tous les cas de figure, la Constitution fédérale révisée entre en vigueur après avoir été acceptée par la majorité des citoyens suisses prenant part à la votation et par la majorité des cantons, celle-ci étant déterminée par le résultat de la votation populaire dans chacun des cantons (art. 121 Cst. 1874). Depuis 1874, ces dispositions sont restées quasiment inchangées, à l'exception, notable pour notre propos, de l'introduction en 1891 de la révision partielle par voie d'initiative populaire.

2.2 Révision partielle et révision totale

Jusqu'en 1891, la Constitution fédérale se borne à prévoir qu'elle peut être révisée selon les procédures évoquées plus haut, sans mentionner de distinctions, comme celle opposant la révision partielle à la révision totale. Dans les faits, en 1866, l'Assemblée fédérale soumit au corps électoral une série de neuf révisions donnant lieu à autant de votations populaires, alors qu'en 1872, puis en 1874, les modifications proposées par l'Assemblée fédérale furent soumises au corps électoral en un seul bloc. Avant d'être codifiée, la distinction entre révision totale et révision partielle n'appartenait donc pas au registre cognitif des acteurs politiques de l'époque et les modalités de révision furent donc *de facto* décidées librement par l'Assemblée fédérale. En 1880, une première initiative populaire visant à soumettre au peuple la question de principe concernant l'opportunité de réviser la Constitution aboutit (art. 120 Cst. 1874). Alors même que les initiateurs ne souhaitaient modifier qu'un seul article de la Constitution, en l'espèce celui octroyant à la Confédération le monopole en matière de billet de banque (art. 39 Cst. 1874), l'Assemblée fédérale soumit la proposition – en réalité donc la question de principe – au corps électoral, qui la rejeta le 31 octobre 1880. A la suite de cette première initiative populaire, le Conseil fédéral fut invité à revoir le chapitre sur la révision constitutionnelle et, le 5 juillet 1891, le peuple et les cantons acceptèrent d'introduire dans la Constitution fédérale deux procédures de révision distinctes : la révision totale et la révision partielle (Auer 1996).

La procédure prévue pour la révision totale reprend celle en vigueur depuis 1848 et reconduite en 1874 – décrite ci-dessus au point 2.1 – pour la révision de la Constitution. Quant à la révision partielle, elle peut avoir lieu, soit dans les formes statuées pour la législation fédérale lorsqu'elle est initiée par l'Assemblée fédérale, soit par la voie de l'initiative populaire. La révision partielle se distingue alors de la révision totale par quatre aspects formels :

- 1) L'initiative en vue d'une révision partielle peut prendre la forme d'un projet rédigé, alors que cette hypothèse est exclue pour l'initiative en vue d'une révision totale.
- 2) L'initiative demandant une révision partielle, qu'elle se présente sous la forme d'un projet rédigé ou d'une proposition conçue en termes généraux, ne peut porter sur plusieurs questions simultanément, mais doit se limiter à une seule, conformément au principe de l'unité de la matière. La question de savoir si les autorités sont également soumises à ce principe lorsqu'elles révisent partiellement la Constitution ne semble par contre pas avoir été tranchée au moment de l'adoption de cette disposition².

- 3) En cas de révision partielle, il n'est pas procédé à un renouvellement des autorités fédérales, alors que cette éventualité est prévue dans deux des trois hypothèses conduisant à une révision totale.
- 4) Une révision partielle maintient la Constitution en vigueur. Elle ne l'abroge pas, contrairement à la révision totale qui, en principe, remplace l'ancienne Constitution par la nouvelle.

2.3 Un usage différencié

La codification de la distinction entre révision partielle et révision totale a donné aux acteurs la possibilité de se servir plus facilement de l'écriture constitutionnelle comme d'un « mode usuel de l'action politique » (Aubert 1991, 47). La Constitution fédérale se trouve ainsi au cœur de la politique fédérale en subissant, en près d'une centaine d'années, quelque 150 révisions partielles. L'effet de ces multiples révisions partielles sur la Constitution est ambigu : d'une part, elles ont permis l'adaptation de la Constitution à de nouvelles réalités politiques ; d'autre part elles ont contribué à faire perdre au texte sa cohérence et sa clarté (Biaggini 1999, 436).

Si, en un siècle, la Constitution a subi de nombreuses révisions partielles, il en va différemment, on le sait, des révisions totales. D'un point de vue strictement procédural, la révision totale n'est pas plus difficile à initier que la révision partielle. Or les diverses tentatives échouent toutes plus ou moins rapidement. Parmi celles-ci, on signalera quelques impulsions parlementaires durant l'entre-deux-guerres, vite classées ou restées sans suite, une initiative populaire tendant à la révision totale – il s'agit de l'initiative frontiste lancée dans un contexte marqué par d'importants bouleversements politiques et de profonds changements institutionnels – refusée par le peuple en septembre 1935 (Stadler 1969) et une initiative cantonale bâloise de 1946, rejetée par les Chambres fédérales en 1960 sur proposition du Conseil fédéral.

La procédure de révision totale est relativement indéterminée. Elle signifie formellement que tous les articles constitutionnels sont soumis au débat parlementaire. Par conséquent, on ouvre en fait la *boîte de Pandore* des revendications et propositions les plus diverses. Pour cette raison, une révision totale devient alors difficile à réaliser sur le plan politique, dans la mesure où il est nécessaire de trouver une majorité cumulée sur toutes les propositions de modifications. Or, le risque est important que le passage en revue de toutes les dispositions constitutionnelles ne finissent par réunir tous les opposant au projet, que ce soit en consultation, à l'Assemblée fédérale ou encore devant le peuple, opposants qui, pour des raisons diverses et parfois contradictoires, se rassemblent

pour rejeter le projet de nouvelle Constitution, alors que les partisans, de leur côté, se divisent sur l'ampleur des réformes à entreprendre, comme pourrait en témoigner l'échec du projet de Constitution fédérale de 1872 (Aubert 2003, 466; Leuenberger 1978, 113).

2.4 Une révision totale formelle ou matérielle

La distinction entre les deux types de révision prévus par la Constitution est purement formelle et procédurale. Rien ne présage de l'investissement politique dont les révisions peuvent faire l'objet ni de leur contenu. Ainsi, il serait faux de croire que la révision partielle est nécessairement de moindre ampleur comparée à une révision totale : certaines révisions partielles ont sans doute eu plus d'effets directement observables que la révision totale aboutie en 1999. On peut citer, par exemple, l'introduction en 1918 de l'élection proportionnelle au Conseil national, qui modifie considérablement les rapports de forces au Parlement et par la suite au gouvernement, l'initiative demandant la levée des pleins pouvoirs et le retour à la démocratie directe en 1949 qui oblige les autorités à soumettre les actes urgents au référendum, ou encore la révision des articles économiques de 1947, qualifiée de « petite révision totale » (Rhinow 1987, 4), qui autorise la Confédération à mener une politique économique et officialise la contribution des partenaires sociaux à l'élaboration et à l'application de la politique fédérale dans le domaine économique.

Cette situation, qui peut paraître paradoxale, est peut-être en partie le produit de la possibilité offerte, dans le cas de la révision totale, d'une remise en cause de l'ensemble des articles et de la difficulté, en fonction des rapports de forces dans la conjoncture politique de la révision, de la faire aboutir. Quoi qu'il en soit, pour des raisons différentes, les autorités (FF 1959 II 1250 1260) et la doctrine (Oswald 1968, 527) sont amenées à compléter la conception purement formelle de la révision totale de la Constitution par une dimension matérielle.

Selon un critère purement formel et procédural, en effet, la révision totale n'exige en soi pas de changements substantiels, même si la discussion porte potentiellement sur toutes les dispositions constitutionnelles. Il n'est dès lors théoriquement pas impossible que le résultat final ressemble dans son contenu à l'ancienne Constitution. Dans ce cas, l'écriture constitutionnelle peut se limiter à des améliorations formelles, comme la numérotation des articles, le changement de certaines formulations ou l'abandon de dispositions clairement obsolètes. En revanche, on appliquera un critère matériel, lorsque les modifications portent sur certains principes fondamentaux de la Constitution. Le résultat doit être matériellement différent et marquer une véritable rupture par rapport à la Constitution antérieure. Compte tenu de l'importance des cantons dans le droit public

suisse, la construction d'un État unitaire et l'abandon du fédéralisme pourraient être considérées comme une révision totale matérielle.

De manière plus nuancée, la doctrine classe les révisions totales sur une échelle en fonction de l'étendue des révisions envisagées (Eichenberger 1968, 443; Wildhaber 1988, 7). Au sommet de l'échelle, la révision totale matérielle implique un nouveau contenu et de nouvelles réponses aux problèmes constitutionnels. À l'opposé, la révision totale formelle se limite à des changements de pure forme, raison pour laquelle elle est souvent dénoncée comme une *Verfassungskosmetik*. Entre ces deux extrémités, il existe toute une gamme de révisions totales dont l'étendue n'est pas assez significative pour mériter d'être qualifiées de révisions totales matérielles, mais dont l'importance dépasse les simples questions purement rédactionnelles. Dans cette hypothèse, la révision totale revêt une forme mixte, combinant des innovations matérielles et des changements rédactionnels relevant de la « cosmétique constitutionnelle ».

3 La révision totale de la Constitution du 29 mai 1874 : des dispositions juridiques à la pratique

Contrairement à des situations de ruptures révolutionnaires ou de crises aiguës comme en 1848, la révision totale de la Constitution fédérale du 29 mai 1874 s'inscrit en fait, tout au long de la trentaine d'années qu'ont duré les travaux préparatoires, dans une conjoncture marquée par une continuité politique, économique et sociale. Il reste alors à comprendre dans cette seconde partie comment les dispositions en matière de révision totale ont été actualisées dans ce contexte, ou plutôt comment les acteurs se sont saisis de la possibilité juridique de réviser « totalement » la Constitution fédérale de 1874.

3.1 Impulsions initiales pour une révision totale (1965-1966)

Au cours des années 60, la discussion autour de l'éventualité d'une révision totale s'intensifie, notamment sous l'impulsion d'un petit ouvrage rédigé par un professeur de droit public de l'Université de Bâle, Max Imboden (1964). Ce dernier constate une sorte de malaise lancinant dans la population suisse, d'éloignement croissant entre le peuple et l'élite politique, d'où le titre de son ouvrage *Helvetisches Malaise*, qu'il rattache à une série de symptômes manifestant un désintérêt des citoyens pour la chose publique (notamment un taux d'abstention croissant). Une des solutions que l'auteur préconise pour remédier à cette situation consiste à procéder à une révision totale de la Constitution fédérale de 1874. Le diagnostic d'un *Malaise helvétique*, de cette perte de confiance des citoyens suisses dans leurs autorités politiques, a d'autant plus d'échos qu'en 1964, date de la parution de cet essai, éclate l'« affaire des Mirages ». La demande du Conseil

fédéral d'un crédit supplémentaire pour l'achat de nouveaux avions de combat par la Suisse amène le Parlement à instituer la première commission d'enquête parlementaire, attendu qu'il était apparu que le Département militaire fédéral avait mal estimé, voire minimisé les coûts de l'achat de ces avions et ainsi largement dépassé le crédit initialement accordé. Au final, cette affaire a révélé le manque de contrôle du Parlement sur le gouvernement et par ricochet sur l'administration fédérale.

Dans un contexte qui n'est certes pas révolutionnaire, mais néanmoins clairement marqué par une remise en question des institutions politiques, deux parlementaires, Karl Obrecht et Peter Dürrenmatt, demandent en 1965, en s'appuyant sur le constat de Max Imboden, d'étudier l'opportunité d'entreprendre une révision totale (BO/CE 1966 p. 168 et BO/CN 1966 p. 412). Faisant partie de ce qu'il convient d'appeler le « bloc bourgeois » au pouvoir, les deux motionnaires n'ont aucune velléité subversive et l'expriment explicitement dans leur motion. L'objectif principal de cette révision consisterait surtout à renforcer la Constitution dans sa fonction d'intégration de la communauté nationale, c'est-à-dire à restaurer la confiance des citoyens dans les institutions et les autorités fédérales. Il ne s'agit absolument pas, dans leur esprit, de bouleverser les fondements d'un système politique suisse qui, selon eux, aurait fait ses preuves, notamment au cours des deux guerres mondiales. Une révision totale est donc souhaitée, mais dont la portée matérielle serait d'emblée limitée, l'intérêt politique d'ouvrir une telle procédure mettant davantage l'accent sur la fonction *symbolique* de la Constitution fédérale.

Alors que six ans plus tôt les autorités fédérales rejetaient le principe d'une révision totale proposée par l'initiative cantonale bâloise, la situation semble avoir évolué entre-temps. Sur fond de *Malaise helvétique*, renforcé par l'« affaire des Mirages », le Parlement accepte, cette fois à l'unanimité, de transmettre les motions Obrecht et Dürrenmatt au gouvernement, qui se dit prêt à constituer un groupe de travail. Précisons toutefois que les autorités fédérales ne décrètent pas la révision totale à proprement parler (au sens de l'art. 120 Cst. 1874), mais se contentent de nommer un groupe de travail chargé d'étudier l'opportunité d'une telle révision. Il ne semblait donc pas y avoir d'urgence. Bien au contraire, les autorités fédérales, en particulier le gouvernement, restaient très méfiantes à l'égard d'une procédure de révision totale relativement inconnue, indéterminée quant à son contenu et peu prévisible (et donc maîtrisable) quant à son issue. Le conseiller fédéral responsable du dossier, Ludwig von Moos, précise du reste que le gouvernement ne se sentira nullement lié par les conclusions du groupe de travail et que certains problèmes constitutionnels pourront trouver une solution au moyen de révisions partielles.

3.2 **Projet d'une nouvelle Constitution (1967-1977)**

Pas très au clair sur les modifications à envisager, mais convaincu que les « principes essentiels » de la Constitution de 1874 ne doivent pas être modifiés, le gouvernement charge donc, en 1967, un premier *Groupe de travail pour la préparation d'une révision totale de la Constitution fédérale* de rédiger un rapport sur l'opportunité d'entamer une telle procédure, sur le contenu éventuel d'une Constitution ainsi révisée et sur la manière de procéder. Ce groupe de travail de neuf, puis de dix membres, est présidé par l'ancien conseiller fédéral Friedrich Traugott Wahlen (*Groupe de travail Wahlen*). Ses caractéristiques politiques sont loin d'être « révolutionnaires » : la majorité de ses membres est de droite (sept puis huit représentants du « bloc bourgeois » contre deux socialistes). Ce groupe de travail reflète donc pour l'essentiel le rapport de forces à l'Assemblée fédérale et au Conseil fédéral. Une dernière caractéristique que l'on retrouvera tout au long de ce processus doit être signalée : les juristes (personnes ayant un diplôme universitaire en droit), docteurs en droit et professionnels du droit, dont des professeurs de droit public, y sont en nette majorité.

En 1973 paraît le rapport final du groupe de travail. Les principaux points analysés sont les droits fondamentaux et sociaux, les modalités et outils de la démocratie directe, les relations entre la Confédération et les cantons, la constitution économique, les autorités fédérales, ainsi que la possible extension de la juridiction constitutionnelle. Au final, le groupe de travail préconise de poursuivre cette procédure de révision totale, qui ne serait en fait, selon ses propres termes, qu'une « révision générale » (Wahlen 1973, 226), par quoi il faut entendre une révision formellement totale, mais peu importante sur le plan matériel.

Sur proposition de ce premier groupe de travail, une commission élargie de 46 membres est nommée par le Conseil fédéral en 1974. Cette *Commission d'experts pour la préparation d'une révision totale de la Constitution fédérale* est dirigée par le ministre en charge du dossier, le chef du Département fédéral de Justice et Police (DFJP) Kurt Furgler (*Commission d'experts Furgler*). S'agissant des caractéristiques de cette commission, nous pouvons relever tout d'abord qu'elle respecte les rapports de forces et les équilibres politiques entre les partis représentés à l'Assemblée fédérale, avec par conséquent et de manière habituelle une forte majorité de représentants du « bloc bourgeois » (27 membres de la droite contre neuf de la gauche, parmi ceux dont nous identifions l'appartenance politique). Ensuite, et c'est plutôt inhabituel, d'une part la commission est présidée par un ministre en exercice et d'autre part les milieux économiques n'y sont pas formellement représentés. Enfin, comme dans le groupe de travail Wahlen, les juristes y sont encore massivement présents (Commission d'experts Furgler 1977a).

La *Commission d'experts Furgler* travaille officiellement de manière indépendante, même s'il faut noter les liens étroits avec les autorités fédérales. Sur la base du rapport final du Groupe de travail Wahlen et des analyses réalisées par certains de ses membres, ainsi que par des experts externes, la commission rédige, au terme de quatre années de travail, un avant-projet de Constitution (*Commission d'experts Furgler 1977b*). Cet avant-projet de 118 articles et à la systématique revue ne se veut pas fondamentalement différent de la Constitution en vigueur. En effet, la *Commission d'experts Furgler* souhaite introduire plusieurs innovations matérielles, mais ne pensait pas modifier les principales institutions politiques du pays : l'État de droit et l'État social, la démocratie directe, la structure fédéraliste de la Confédération et les autorités politiques.

3.3 La révision totale formelle (1978-1993)

Entre 1978 et 1979, les citoyens, les cantons, les partis et les groupes d'intérêts sont invités à donner leur avis sur l'avant-projet de Constitution de la *Commission d'experts Furgler*. Sans entrer ici dans les détails des résultats de cette consultation, constatons que le texte suscite de très nombreuses critiques et objections, à tel point que, malgré le souhait de certains membres de la commission d'experts et de certains journalistes, il est décidé de ne pas le soumettre tel quel à une votation populaire. Bien au contraire, le gouvernement tergiverse pendant trois ans sur l'attitude à adopter. Pour s'assurer le soutien de l'Assemblée fédérale en faveur de la procédure de révision totale, il se décide à lui soumettre un rapport intermédiaire en 1985, accompagné de l'avant-projet de Constitution de la *Commission d'experts Furgler*, ainsi que d'un « Essai de modèle » du DFJP qui tient compte des résultats de la consultation (FF 1985 III 86).

L'Assemblée fédérale délibère sur ce rapport intermédiaire entre 1986 et 1987. Trois positions politiques principales se cristallisent. D'un côté, ceux qui, ayant encore à l'esprit l'avant-projet de Constitution de la *Commission d'experts Furgler*, souhaitent l'interruption de la procédure (ou tout au plus une révision purement formelle). De l'autre, ceux qui au contraire appellent une révision totale incluant des innovations matérielles inspirées du modèle de l'avant-projet de la commission. Entre ces deux positions, on retrouve les partisans d'un compromis susceptible de rallier le plus grand nombre de parlementaires à la poursuite de la révision totale. S'exprime ainsi une position en quelque sorte intermédiaire qui soutient la nécessité d'une révision totale, mais lui assigne des objectifs limités. C'est en définitive cette position de compromis qui l'emporte finalement : le Parlement décide en effet de limiter la révision à une mise à jour « au sens large ». Ce concept est repris d'un article de Kurt Eichenberger paru dans la *Neue Zürcher Zeitung* (Eichenberger 1986) peu avant les délibérations parlementaires, dans

lequel le professeur de droit public milite en faveur d'une révision « qui tienne compte des réalités » et qui par conséquent se limiterait « à la mise à jour du droit constitutionnel existant » (*Nachführung*).

Un arrêté fédéral simple est adopté le 16 décembre 1986 par le Conseil des États et le 3 juin 1987 par le Conseil national, par lequel les Chambres fédérales chargent le Conseil fédéral de rédiger un projet de Constitution (art. 2) qui, selon l'article 3 de l'arrêté, « 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 » (FF 1987 II 977). L'Assemblée fédérale accepte ainsi d'entamer formellement la révision totale (selon art. 120 Cst. 1874), mais dans un cadre limitant la possibilité de proposer des innovations matérielles de grande ampleur. Entre 1987 et 1993, le dossier de la révision totale est mis en attente. À la fin des années 80, deux affaires retentissantes déstabilisent les institutions politiques : « l'affaire Kopp », avec la démission d'Élisabeth Kopp, alors chef du DFJP en charge de la révision totale, à la suite de la pression politique et médiatique dont elle est l'objet, et le « scandale des fiches ». Diverses impulsions parlementaires demandent alors une reprise du processus de révision totale. Elles sont gelées par le Conseil fédéral, qui souhaite dans un premier temps clarifier la position de la Suisse à l'égard de l'intégration européenne. Après le refus de décembre 1992 du corps électoral d'adhérer à l'Espace économique européen (EEE), les autorités fédérales, et en premier lieu le successeur d'Élisabeth Kopp au DFJP, Arnold Koller, décident en 1993 de réaliser le mandat parlementaire de 1987.

3.4 Le concept du « Baukastensystem » (1993-1995)

La réalisation de ce mandat dans la conjoncture politique suivant la votation populaire sur l'adhésion à l'Espace économique européen se pose en des termes relativement nouveaux pour le Conseil fédéral. Certes, la révision totale sous la forme de la « mise à jour » telle que définie par l'art. 3 de l'arrêté fédéral reste souhaitable et nécessaire, mais il apparaît également qu'une révision simplement formelle, même « au sens large » du terme, ne serait pas à même de susciter l'adhésion d'une importante majorité des acteurs politiques. Certaines réformes matérielles sont envisagées et même considérées comme nécessaires. Toutefois, depuis l'échec de l'avant-projet de la Commission d'experts Furgler, les obstacles à une révision totale matérielle sont connus et donc redoutés. En 1993, le conseiller fédéral Arnold Koller se décide pour un arrangement juridique un peu particulier, qui consiste à définir la révision totale comme un processus « ouvert » sous la forme d'un *Baukastensystem* associant la mise à jour à des réformes plus substantielles dans certains domaines. Dans cette perspective, il s'agissait d'entamer le processus par une révision totale formelle (volet A), désignée sous l'appellation

de *Nachführung* et répondant au mandat parlementaire. Ce premier volet pouvait être complété par des trains de réformes matérielles sectorielles, les deux premières portant sur les droits populaires (volet B) et les dispositions constitutionnelles relatives à la justice (volet C). D'autres trains de réformes (comme celle du gouvernement, du Parlement ou encore du fédéralisme) pourraient alors être réalisés ultérieurement.

Décrivons brièvement ces trois premiers volets, qui font l'objet d'un traitement simultané au cours de la phase pré-parlementaire.

Comme indiqué, le volet A – la *Nachführung*, selon le mandat parlementaire de 1987 – est limité à « une mise à jour » du texte constitutionnel. Il doit ainsi remédier aux défauts formels de la Constitution en vigueur. Sa réalisation est assurée par l'Office fédéral de la Justice (OFJ), largement mobilisé pour l'occasion, sous la direction d'Heinrich Koller. L'OFJ identifie trois grands défauts formels: 1) l'usage de termes dépassés³; 2) des divergences entre les trois versions officielles du texte constitutionnel, qui peuvent induire une certaine insécurité juridique⁴; 3) une systématique défailante en raison des nombreuses révisions partielles, qui ont eu pour effet d'augmenter le nombre d'articles de 121 en 1874 à 175 en 1984 et de complexifier la numérotation et l'agencement des dispositions constitutionnelles⁵. La réalisation de la *Nachführung* ne se limite cependant pas à la correction de ces défauts formels, mais comprend aussi l'écriture « du droit constitutionnel matériel en vigueur ». Ce travail est mené par l'OFJ de manière « inductive », en répertoriant systématiquement le droit constitutionnel en vigueur sur la base de la Constitution formelle, de la jurisprudence, de la doctrine, de la pratique des autorités et du droit international. Cette opération induit deux conséquences opposées. D'une part, elle conduit à la « déconstitutionnalisation » de certaines dispositions devenues totalement obsolètes ou qui ne sont pas (ou plus) jugées dignes de figurer dans la Constitution⁶. D'autre part, elle implique la codification du droit constitutionnel non écrit sur la base des sources signalées ci-dessus⁷. L'objectif de ces deux opérations consiste à faire correspondre la Constitution formelle et la Constitution matérielle.

Les deux réformes matérielles qui accompagnent ce premier volet de mise à jour sont menées de manière distincte par des commissions d'experts. La réforme des droits populaires (volet B) vise à rendre la démocratie directe plus efficace et, s'agissant des traités internationaux, mieux adaptée aux récentes évolutions touchant la politique étrangère de la Suisse. Ce volet est confié à une commission d'experts d'une dizaine de membres, placée sous la présidence du professeur de droit public Jean-François Aubert. Quant à la réforme de la justice (volet C), elle est réalisée par une commission de six experts, menée par le professeur de droit public Walter Kälin. Cette seconde réforme poursuit plusieurs objectifs, en lien

notamment avec la réforme d'ensemble de l'organisation judiciaire alors en cours, dont les principaux sont de décharger le Tribunal fédéral en limitant l'accès à celui-ci et en instaurant des procédures judiciaires préalables, d'introduire un contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales et d'unifier les procédures en matière de droit civil et de droit pénal.

L'ensemble du dispositif est soumis au contrôle politique d'un *comité directeur* d'une dizaine de personnes, placé sous la présidence du conseiller fédéral en charge du dossier, Arnold Koller. Ce comité directeur regroupe principalement les différents responsables des trois volets précités (Heinrich Koller pour la mise à jour, Jean-François Aubert et Walter Kälin), ainsi qu'Yvo Hangartner, qui assure la présidence du *comité scientifique* regroupant cinq professeurs de droit public. Pour garantir la coordination entre les différents groupes et volets, le collaborateur personnel d'Arnold Koller, Bernhard Ehrenzeller, futur professeur de droit public, et Aldo Lombardi du Service de la révision totale de l'OFJ participent aux séances des différents organes. Encore une fois, on observe une très forte présence de juristes et de professeurs de droit public parmi les responsables de la révision totale.

3.5 La réalisation du processus « ouvert » (1995- ?)

Les trois volets (la mise à jour de la Constitution, la réforme des droits populaires et la réforme de la justice) sont soumis en même temps mais séparément à une « discussion populaire », qui se déroule entre 1995 et 1996. Les réactions sont cette fois-ci plutôt positives, ou du moins modérément critiques (à l'exception notable de celles émanant de nombreux cantons à propos des dispositions touchant le fédéralisme et la répartition des compétences, qui nécessitent la mise en place d'un groupe de travail paritaire entre la Confédération et les cantons). En novembre 1996, le Conseil fédéral adopte son message et l'accompagne de trois arrêtés fédéraux qui, cette fois-ci, sont distincts : chacun des trois volets de la révision est désormais appelé à être traité séparément par l'Assemblée fédérale et, ensuite, par le corps électoral fédéral et les cantons éventuellement appelés à se prononcer sur trois projets de révision constitutionnelle.

Ces trois arrêtés sont soumis au cours de l'année 1997 à des commissions parlementaires *ad hoc*. Le traitement par le plenum du premier volet, celui de la *Nachführung*, s'étale sur toute l'année 1998. Sur la plupart des points, les Chambres fédérales s'en tiennent largement au projet de mise à jour du Conseil fédéral, tout en introduisant une vingtaine d'innovations matérielles (DFJP 1998). Les deux autres volets, par contre, prennent déjà du retard en commissions parlementaires, où se manifeste une vive résistance. En décembre 1998, l'Assemblée fédérale adopte le projet de mise à jour de la Constitution et, quatre mois plus

tard, le corps électoral et les cantons acceptent la nouvelle Constitution (59 % des votants, avec un taux de participation assez faible de 36%, et 13 cantons s'expriment en faveur du projet). Les deux autres volets aboutissent plus tard, après l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution (le 1^{er} janvier 2000 : RO 1999 2556, FF 1999 176 5306) et sous une forme allégée par rapport aux intentions initiales. La réforme de la justice est adoptée par le Parlement le 8 octobre 1999 et acceptée en votation populaire le 12 mars 2000. La réforme des droits populaires prend plus de temps. Le projet (volet B) soumis par le Conseil fédéral est dans un premier temps refusé par les Chambres, puis relancé par le Conseil des États. La réforme est finalement votée par l'Assemblée fédérale le 4 octobre 2002, et acceptée par le peuple et les cantons le 9 février 2003 (Hottelier 2003).

4 Conclusion

On le constate, l'histoire de la révision totale, même brièvement exposée ici, est relativement complexe, et nous nous trouvons en fin de compte en présence d'un produit fini qui étonne. Si les dispositions constitutionnelles relatives à la révision de la Constitution fédérale, telles qu'exposées dans la première partie, peuvent paraître claires de prime abord, ou du moins peuvent être présentées comme telles, l'histoire et la pratique dont ces dispositions ont été l'objet ont montré la relative plasticité de la catégorie juridique *révision totale*. Saisie par le politique, cette révision est retravaillée en fonction des rapports de forces et de la conjoncture politiques, pour aboutir à une solution que les nombreux spécialistes de droit constitutionnel ne relèvent pas souvent. En effet, si la *Nachführung*, qui ouvre le processus de révision, est *formellement* une révision totale, on peut s'interroger sur la qualification juridique des paquets de réformes matérielles dans les domaines de la justice et des droits populaires. Dans cet esprit, on peut se demander si le processus de révision totale, qui s'amorce en 1987 et qui est conçu comme « ouvert » dès la relance des travaux en 1993, l'est encore à ce jour. S'il est éventuellement concevable, bien que critiquable d'y intégrer les deux réformes sectorielles de la justice et des droits populaires ayant immédiatement suivi l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution, qu'en est-il des révisions matérielles d'envergure qui sont intervenues ultérieurement, notamment dans les domaines de la fiscalité et du fédéralisme ? Cette question demeure controversée (Auer 2004) et fait l'objet d'une analyse dans la contribution finale de ce dossier de *LeGes*.

Olivier Bigler, dr. iur., courriel : olivier.bigler@unine.ch

Marc Renkens, doctorant FNS, courriel : marc.renkens@unil.ch

Notes

- 1 Depuis le 25 septembre 1977, ce chiffre s'élève à 100 000 citoyens (FF 1977 III 868).
- 2 En principe, les autorités sont tenues de respecter l'unité de la matière lors de révisions partielles, car il s'agit d'une garantie constitutionnelle, la liberté de vote. Cf. le texte conclusif du dossier *LeGes* : « *La révision constitutionnelle entre contraintes politiques et expertises juridiques* », et Favez 1996.
- 3 Par exemple le terme « péages » est remplacé par « droits de douane » (aux art. 8, 28, 29, 30 et 42 Cst. 1874). Plus généralement, le choix des mots n'est pas évident. En attestent les vives réactions provoquées par l'usage du terme « État » à la place de « Confédération » dans l'expression « buts de la Confédération », donnant l'impression à certains que le constituant souhaitait mettre l'accent sur l'État central au détriment des entités fédérées (FF 1997 I 46 119).
- 4 Par exemple l'expression « *volle Entschädigung* » traduite par « juste indemnisation » (art. 22^{me} Cst. 1874) est remplacée par « pleine indemnité » (art. 26 Cst. 1999).
- 5 Les droits fondamentaux sont par exemple disséminés dans tout le corps constitutionnel (voir les art. 4, 22^{me}, 31, 45, 48, 49, 50 et 54 Cst. 1874).
- 6 Ainsi les dispositions en matière d'alcool s'étalent sur 80 lignes (art. 32^{bis}, 32^{ter} et 32^{quater} Cst. 1874) ce qui paraît disproportionné au regard de la seule ligne relative à la compétence fédérale en matière d'énergie atomique (l'art. 24^{quingies} Cst. 1874).
- 7 Le catalogue des droits fondamentaux est ainsi complété notamment grâce à la jurisprudence créative du Tribunal fédéral sur la base de l'art. 4 de la Constitution de 1874 : citons la liberté d'expression (ATF 87 I 114, 117, consid. 2, *Sphinx-Film*), la liberté personnelle (ATF 89 I 92, 98 consid. 3, *Kind X.*) et la liberté de réunion (ATF 96 I 219, 224, consid. 4, *Nöthiger*).

Bibliographie

- Aubert, Jean-François, 2003, La révision totale des constitutions - une invention française, des applications suisses, in: Avril, Pierre (éd.), *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs: mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, p. 455 à 472.
- Aubert, Jean-François, 1991, La Constitution, son contenu, son usage, *Revue de droit Suisse*, vol. 110, n° II, p. 9 à 141.
- Aubert, Jean-François / Eichenberger, Kurt / Müller, Jörg Paul / Rhinow, René A. / Schindler, Dietrich, 1987, Préface, Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, Bâle, Berne, Zurich.
- Auer, Andreas, 1984, Problèmes fondamentaux de la démocratie Suisse, *Revue de droit suisse*, vol. 103, n° II, p. 1 à 110.

- Auer, Andreas, 2004, Les institutions de la démocratie directe en Suisse : une lente dégradation, *LeGes*, 3, p. 35 à 48.
- Biaggini, Giovanni, 1999, Verfassungsreform in der Schweiz. Die neue schweizerische Bundesverfassung im Zeichen von «Verfassungsnachführung» und Verfassungspolitik, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 54, n° 4, p. 433 à 474.
- Commission Furgler, 1977a, Rapport de la commission d'experts pour la préparation d'une révision totale de la Constitution fédérale, Berne, 1977.
- Commission Furgler, 1977b, Projet de Constitution, Office central des imprimés et du matériel, Berne.
- DFJP, Département fédéral de Justice et Police, 1998, Que nous apporte la nouvelle Constitution ?, Berne.
- Eichenberger, Kurt, 1968, Richtpunkte einer Verfassungsrevision, *Revue de droit suisse*, vol. 87, n° I, p. 439-455.
- Eichenberger, Kurt, 1986, Realitätsgebundene Verfassungsrevision, *Neue Zürcher Zeitung*, du 12 mai 1986, p. 19.
- Favez, Jean-Claude, 1996, L'initiative populaire fédérale, in Auer, Andreas, (éd.) *Les origines de la démocratie directe en Suisse*, Genève-Bâle-Franfort, Helbing&Lichtenhahn, p. 323 à 331.
- Hafner, Felix, 2001, Die neue Bundesverfassung im Kontext der Verfassungen, Entwürfe und Reformversuche seit 1798, *Revue de droit suisse*, vol. 120, n° 1, p. 11 à 42.
- Hottelier, Michel, 2003, Suisse: réforme des droits populaires de rang fédéral, *Revue française de droit constitutionnel*, 3, p. 657 à 670.
- Imboden, Max, 1964, *Helvetisches Malaise*, EVZ-Verl, Zurich.
- Leuenberger, Christoph, 1978, Die Abstimmungsmodalitäten bei der Totalrevision der Bundesverfassung: eine rechtsvergleichende Untersuchung über die Methoden der Totalrevision von Staatsverfassungen in der Schweiz und in amerikanischen Gliedstaaten, Berne, P. Haupt.
- Oswald, Wilhelm, 1968, Total- oder Partialrevision, *Revue de droit suisse*, vol. 87, p. 517 à 527.
- Rhinow, René, 1987, art. 31 aCst., Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, Bâle, Berne, Zurich, p. 177.
- Stadler, Peter von, 1969, Die Diskussion um eine Totalrevision der Schweizerischen Bundesverfassung 1933-1935, *Revue Suisse d'Histoire*, p. 75 à 169.
- Wahlen, Friedrich Traugott, 1973, Bemerkungen zum Schlussbericht der Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, *Revue de droit suisse*, vol. 92, n° I, p. 225-245.
- Wildhaber, Luzius, 1988, art. 118 aCst., Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bâle, Zurich, Berne, p. 131.

Zusammenfassung

Dieser Beitrag beleuchtet die Totalrevision der Bundesverfassung vom 29. März 1874, und zwar in einem ersten Teil unter dem Blickwinkel der geltenden rechtlichen Bestimmungen, die zwischen Teilrevision und Totalrevision unterscheiden. Im zweiten Teil wird der konkrete historische Prozess kurz zusammengefasst. Dabei liegt der Fokus darauf, wie der Auftrag der Totalrevision von zwei Seiten – der juristischen und der politischen – unter Druck stand, um am Ende dank eines «offenen» Prozesses eine formale Totalrevision in Form einer Nachführung der Verfassung hervorzubringen sowie gleichzeitig auch materielle Reformen, die zwar separat behandelt wurden, aber in den Prozess der Totalrevision eingebunden waren.