

# La démarche méthodologique pratiquée lors de la préparation de la révision totale de la Constitution fédérale

**Luzius Mader** | *Méthodologiquement, comment établir les limites de la mise à jour du droit constitutionnel ? Telle était la question posée lors de la Journée d'études organisée par l'Université de Neuchâtel le 25 janvier 2013. Le but de cette contribution est de répondre à cette question en partant du mandat que l'Assemblée fédérale a formulé dans son arrêté du 3 juin 1987 relatif à la mise à jour de la Constitution fédérale. La contribution décrit les différents pas méthodologiques et mentionne les instruments auxiliaires développés et utilisés dans ce contexte.*

## Sommaire

- 1 Introduction
- 2 Réflexion sur certains aspects généraux de la mise à jour du droit constitutionnel
- 3 Les quatre étapes de la démarche méthodologique
  - 3.1 L'établissement des feuilles d'inventaire
  - 3.2 L'établissement des feuilles thématiques
  - 3.3 La structuration du texte constitutionnel
  - 3.4 La rédaction proprement dite des dispositions constitutionnelles
- 4 Conclusion

## 1 Introduction

Pour répondre à la question de savoir quelle était la démarche méthodologique pratiquée lors de la préparation de la révision totale de la Constitution fédérale, il me semble indispensable de rappeler, en guise d'introduction, le mandat que l'Assemblée fédérale a adressé au Conseil fédéral dans son arrêté fédéral du 3 juin 1987. Ce mandat avait la teneur suivante<sup>1</sup>:

### Art. 2

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

### Art. 3

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

Comment donc le Département fédéral de justice et police et plus particulièrement l'Office fédéral de la justice, chargés des travaux préparatifs, avaient-ils procédé pour accomplir ce mandat ? J'ai dû me rendre compte qu'il n'était pas tout à fait aisé de répondre de manière précise à cette question. Premièrement, en effet,

à ma connaissance il n'y a pas de publications qui présentent de manière précise et détaillée la démarche méthodologique utilisée<sup>2</sup>. Deuxièmement, l'accès aux documents de l'époque (documents électroniques, documents aux Archives fédérales suisses) n'est pas des plus faciles. Et troisièmement, pour un travail qui a été fait il y a pratiquement une vingtaine d'années, la mémoire personnelle n'est peut-être plus suffisamment fiable et risque d'être sélective et biaisée.

Dans cette contribution, je me limiterai essentiellement aux travaux de préparation de la mise à jour du droit constitutionnel effectués en gros entre novembre 1993 et juin 1995, c'est-à-dire entre l'adoption de la réponse du Conseil fédéral à la motion Josi Meier et l'ouverture de la consultation externe.

Il a parfois été dit que, contrairement à la démarche déductive sous-jacente au projet de 1977, la démarche méthodologique utilisée pour la préparation de la nouvelle Constitution fédérale de 1999 était une démarche inductive<sup>3</sup>. Je ne suis pas sûr que cette opposition entre une démarche inductive et une démarche déductive soit d'une grande pertinence ou valeur explicative dans notre contexte. Elle me semble en tout cas accentuer un peu trop fortement la différence entre les approches choisies pour les projets de 1977 et de 1995. D'une part, le projet de 1977 n'a pas été déduit de principes généraux et d'idées abstraites sans tenir compte du droit constitutionnel – ainsi que des pratiques ou traditions constitutionnelles – de l'époque. Et, d'autre part, l'avant-projet de 1995, le projet de 1996 de même que la nouvelle Constitution fédérale de 1999 ne sont pas un simple reflet du droit constitutionnel en vigueur, formulé de manière plus complète, cohérente et compréhensible. Mais il est sans doute vrai que les deux démarches diffèrent notablement et que le point de départ pour les travaux de mise à jour était une analyse minutieuse du droit constitutionnel actuel à l'époque et non pas une sorte d'image idéale d'une nouvelle constitution fédérale.

## **2 Réflexion sur certains aspects généraux de la mise à jour du droit constitutionnel**

Le thème de la révision totale de la Constitution fédérale a réémergé au sein de l'administration fédérale et du parlement après le rejet de l'adhésion de la Suisse à l'Espace économique européen le 6 décembre 1992. Dès le début de 1993, l'Office fédéral de la justice, encouragé aussi par certaines interventions parlementaires – notamment une motion déposée le 28 avril 1993 par la conseillère nationale Josi Meier (motion 93.3218) – a repris la réflexion sur l'opportunité d'une réforme constitutionnelle ainsi que sur les aspects organisationnels, conceptuels et méthodologiques d'une telle réforme. Le véritable feu vert gouvernemental pour la préparation de la révision totale de la Constitution fédérale a été donné avec l'adoption, le 29 novembre 1993, de la réponse du Conseil fédéral à cette motion. Fin mars 1994, l'organisation de projet a été formellement approuvée par le

chef du DFJP et les différents organes – en ce qui concerne la mise à jour du droit constitutionnel en particulier le comité directeur et le conseil scientifique – ont pu commencer leur travail.

Dès fin 1993 l'Office fédéral de la justice disposait donc des fondements nécessaires pour poursuivre et approfondir ses travaux préliminaires et, dès le printemps 1994, il pouvait les partager avec le comité directeur et le conseil scientifique, obtenant notamment de la part du comité directeur des jalons précis et précieux non seulement pour certains aspects généraux mais aussi pour des questions ponctuelles importantes.

Les travaux préliminaires comprenaient d'une part l'analyse et la présentation synthétique du droit constitutionnel en vigueur (voir à ce sujet notamment les deux premières étapes de la démarche, chiffres 3.1 et 3.2 ci-dessous) ; d'autre part, ils incluaient – pratiquement en parallèle et peut-être en léger décalage par rapport aux deux premières étapes de la démarche méthodologique – une réflexion approfondie sur certains aspects généraux de la mise à jour du droit constitutionnel. Cette réflexion portait en particulier sur le concept même de « mise à jour » et plus spécifiquement sur les questions suivantes :

- Quelle est la matière constitutionnelle ou, autrement dit, quels sont les contenus normatifs qui sont véritablement de nature constitutionnelle ?
- Quelle est la fonction de la Constitution fédérale (ou de constitutions de manière générale) et quel est le type de constitution fédérale qu'on veut élaborer ?
- Quelle devrait être la structure ou la systématique de la nouvelle constitution ?
- Quelle densité normative ou quel degré de détail devrait-on choisir ?
- Quel langage voulait-on utiliser ?

Pour chacune de ces questions, l'Office fédéral de la justice a élaboré des documents de travail qui présentaient la problématique et les options qui étaient envisageables ainsi que leurs avantages et inconvénients. Ces documents étaient ensuite soumis au Comité directeur pour discussion et décision.

En ce qui concerne la substance constitutionnelle, il y a lieu de rappeler qu'il n'existe pas de définition matérielle du droit constitutionnel et que, mis à part les règles impératives du droit international, il n'y a pas de limites matérielles pour les contenus normatifs qu'on peut mettre dans la constitution. Il était évident, cependant, que la Constitution fédérale devait contenir au moins les règles relatives à l'organisation de l'Etat, aux droits populaires et à la procédure de révision ainsi qu'au partage des compétences entre la Confédération et les can-

tons. De même, il allait de soi qu'on voulait y mettre les garanties de droits fondamentaux. A cet égard, la situation sur le plan fédéral diffère fondamentalement de celle sur le plan cantonal. En revanche, il y a eu des discussions sur la question de savoir dans quelle mesure on voulait aussi introduire des règles relatives à l'ontologie de l'Etat (préambule, buts de l'Etat, fête nationale, drapeau, hymne, etc.). Et surtout, on a discuté la question de savoir dans quelle mesure on voulait aussi exprimer des éléments de nature « programmatique » (principe de subsidiarité, développement durable, buts sociaux, etc.).

D'autres points de discussion étaient par exemple la question de savoir si, en quelque sorte parallèlement aux droits constitutionnels, on voulait aussi consacrer des devoirs ou obligations constitutionnels des particuliers, si on pouvait ou devait tenir compte de droits fondamentaux « émergents », tel que le droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse, et s'il fallait expliciter tout le droit constitutionnel non-écrit (principe de non rétroactivité, principe de la séparation des pouvoirs, etc.). Bien évidemment, il y avait aussi une discussion sur la question de savoir quels contenus de la Constitution fédérale en vigueur à l'époque pouvaient être déconstitutionnalisés (par exemple les dispositions relatives aux dons et aux distinctions octroyés par des gouvernements étrangers et les dispositions très détaillées en matière d'alcool).

Les choix faits en ce qui concerne la substance constitutionnelle reflètent aussi la manière de voir la fonction de la constitution et le type de Constitution fédérale qu'on voulait : elle ne devait pas être une simple charte organisationnelle (organisation des autorités fédérales, répartition des compétences entre la Confédération et les cantons, procédure de révision) mais comprendre aussi un catalogue des libertés individuelles et des droits fondamentaux et exprimer certaines idées maîtresses et principes généraux de l'Etat suisse.

Pour ce qui est de la structure, on a notamment discuté la question de savoir si on voulait choisir une approche thématique incluant les droits fondamentaux, les buts sociaux et d'autres éléments programmatiques ainsi que les compétences fédérales, ou si, au contraire, il n'était pas préférable de clairement séparer, en particulier, les garanties des droits fondamentaux et les normes attribuant des compétences à la Confédération. Par ailleurs, il y a également eu des discussions sur l'ordre des différents domaines politiques dans le chapitre sur les compétences de la Confédération.

En ce qui concerne la densité normative, il était généralement admis que le degré de détail devait être réduit considérablement. L'exemple le plus parlant à cet égard sont les dispositions relatives à l'alcool. Il était aussi incontesté que, conformément au mandat, la densité normative devait être plus ou moins la même dans les différentes parties de la constitution. Une exception à cette règle

était admise pour les dispositions constitutionnelles récemment adoptées, en particulier si elles résultaient directement ou indirectement d'initiatives populaires, telles que l'article 119 actuel qui concerne la procréation médicalement assistée et le génie génétique dans le domaine humain (ancien 24 novies).

Finalement, s'agissant du langage à utiliser, la préférence a été donnée à la lisibilité et à la compréhensibilité et non pas à un langage juridique et technique. Mais, du moins pour des éléments importants, le langage devait aussi faciliter ou établir des liens avec la terminologie traditionnelle. La notion de « souveraineté » des cantons est un exemple à cet égard.

Pour tous ces aspects, le Comité directeur a donc défini des jalons importants à respecter lors de l'élaboration de l'esquisse de la nouvelle Constitution fédérale et lors de la rédaction proprement dite ; des jalons qui ont contribué non seulement à la qualité du nouveau texte constitutionnel mais sans doute aussi à son acceptabilité politique.

### **3 Les quatre étapes de la démarche méthodologique**

En ce qui concerne la démarche méthodologique utilisée pour préparer la nouvelle Constitution fédérale, on peut distinguer quatre étapes qui, évidemment, ne doivent pas être comprises dans un sens purement chronologique. En gros, elles suivent certes la chronologie des travaux mais, dans une certaine mesure, l'approche est inévitablement réitérative. Les deux premières de ces étapes ont été entamées et, en partie du moins, effectuées déjà avant le démarrage formel du projet.

#### **3.1 L'établissement des feuilles d'inventaire**

Le premier pas méthodologique, effectué essentiellement entre début et automne 1994, consistait à identifier le droit constitutionnel actuel en se basant en particulier sur

- le texte constitutionnel en vigueur,
- la jurisprudence ainsi que la pratique des autorités politiques et administratives,
- la doctrine et
- le droit international.

Le résultat de ce travail d'identification a été consacré dans une forme standardisée, à savoir des feuilles dites feuilles d'inventaire (« Inventarblätter »). Ces feuilles d'inventaire (il y en avait environ 200) ne devaient en règle générale pas dépasser trois pages. Elles comportaient les éléments suivants :

## 1 Données de bases

- article constitutionnel (exemple : art. 4 al. 1)
- objet constitutionnel (exemple : déni de justice)
- domaine constitutionnel (exemple : garanties procédurales)
- indication des principales sources utilisées (notamment jurisprudence, pratique des autorités administratives et politiques, doctrine).

## 2 Contenu (normatif) selon le droit en vigueur

- 21 but et nature de la disposition ou du contenu normatif
- 22 objet
- 23 mise en œuvre (en général)
- 24 concrétisation au niveau législatif
- 25 droit international (en vigueur pour la Suisse ; autres actes internationaux pertinents)
- 26 recoupements avec d'autres domaines constitutionnels
- 27 portée actuelle
- 28 éléments du texte constitutionnel en vigueur se prêtant à une réutilisation

## 3 Principes constitutionnels (« Leitsätze » / « Kernsätze »)

Dans cette rubrique, le contenu normatif essentiel de rang constitutionnel était résumé sous forme de thèses.

### 3.2 L'établissement des feuilles thématiques

Le deuxième pas, pour l'essentiel également effectué entre début et l'automne 1994, consistait à réunir l'essentiel des feuilles d'inventaire dans des feuilles dites feuilles de domaine (ou feuilles thématiques ; « Bereichsblätter »). Ces feuilles reprenaient en particulier les contenus normatifs tels qu'ils étaient formulés dans le chiffre 3 des feuilles d'inventaire, c'est-à-dire les principes constitutionnels (« Leitsätze » ou « Kernsätze ») et les regroupaient par thème ou domaine.

Par « domaine » ou thèmes on entendait des matières constitutionnelles telles que :

- l'essence de l'Etat
- les buts de l'Etat
- les garanties procédurales
- les droits fondamentaux
- le fédéralisme (les relations Confédération/cantons)
- la politique étrangère

- la nature et l’environnement
- les autorités fédérales
- les droits populaires, etc.

Il s’agit donc de domaines qui, dans la plupart des cas, comprennent plusieurs normes ou principes constitutionnels et qui, par la suite, font en règle générale aussi l’objet de plusieurs dispositions constitutionnelles.

L’élaboration des feuilles d’inventaire et de domaine était confiée à six groupes de travail composés, pour l’essentiel, de collaborateurs de l’Office fédéral de la justice : le groupe 1 s’occupait des dispositions générales, des principes généraux et des droits fondamentaux ; le groupe 2 s’intéressait au fédéralisme, le groupe 3 au régime social, au régime de propriété et à l’économie, le groupe 4 au régime financier, le groupe 5 aux autorités fédérales et le groupe 6 aux droits populaires et à la procédure de révision de la Constitution fédérale. De plus, deux autres groupes de travail s’occupaient d’aspects transversaux, plus précisément des exigences du droit international public et des relations entre le droit national et le droit international ainsi que des dispositions finales et transitoires.

### **3.3 La structuration du texte constitutionnel**

Le troisième pas, accompli essentiellement vers la fin de 1994 et début 1995, consistait à reprendre les principes constitutionnels figurant dans les feuilles d’inventaire et surtout dans les feuilles de domaine et de les intégrer dans une esquisse, un plan général d’une nouvelle constitution. Il s’agissait en d’autres mots d’ordonner les contenus constitutionnels essentiels selon un plan ou une systématique préalablement définie. Je renvoie à cet égard aux aspects qui ont fait l’objet d’une réflexion générale (voir chiffre 2 ci-dessus).

### **3.4 La rédaction proprement dite des dispositions constitutionnelles**

La quatrième étape a été la formulation ou la rédaction proprement dite de l’avant-projet qui a finalement été envoyé en consultation externe le 26 juin 1995. Ce travail a en grande partie été fait en co-rédaction. Les versions allemande et française étaient donc, dans une large mesure, rédigées plus ou moins simultanément. Parfois, une disposition était d’abord rédigée en allemand ou en français et traduite ensuite dans l’autre langue. Le contrôle rédactionnel de l’avant-projet était ensuite pleinement effectué en co-rédaction par une équipe qui comprenait des germanophones et des francophones. Du moins en partie, des collaborateurs italophones prenaient part aux séances consacrées au contrôle rédactionnel final. L’article 47 de la Constitution fédérale fournit un bel exemple des discussions menées lors de la rédaction et de la traduction du texte constitution-

nel : est-ce qu'il fallait parler de l'autonomie ou de l'indépendance des cantons pour exprimer en français l'idée de leur « *Eigenständigkeit* »? Est-ce que l'utilisation du mot « autonomie » était adéquate étant donné que le même mot était utilisé pour les communes ?

#### 4 Conclusion

Sans doute le concept de « mise à jour » a été le concept-clé qui a largement déterminé la démarche méthodologique choisie lors de la préparation de la nouvelle Constitution fédérale. Ce concept, explicitement introduit par le mandat parlementaire de 1987, a non seulement servi d'outil de direction politique du projet de réforme constitutionnelle ; il a en effet aussi imposé une approche assez différente de celles pratiquées précédemment. Il a servi de point de repère important même si l'acquis constitutionnel de l'époque ne faisait pas toujours l'objet d'unanimité. Le concept et la démarche méthodologique choisie ont en quelque sorte permis de « dépolitiser » le processus de réforme constitutionnelle. Le résultat aurait pu être une nouvelle Constitution fédérale exempte de toute innovation substantielle. Or, tel n'est pas le cas. Car, d'une part, l'analyse précise et nuancée du droit en vigueur a permis de mettre en question certaines idées dépassées et erronées sur l'acquis constitutionnel ; et, d'autre part, la relativisation du concept de mise à jour a permis d'introduire de nombreuses innovations ponctuelles incontestées. Ces deux éléments ont finalement conduit à un texte constitutionnel comprenant des éléments et un potentiel innovateurs notables et peut-être inattendus. Ils expliquent comment et pourquoi un projet de réforme constitutionnelle qui, au départ, était considéré comme un projet très conservateur a, de manière quelque peu paradoxal, finalement obtenu l'appui des autres forces politiques.

*Luzius Mader, Prof. Dr. iur., stv. Direktor des Bundesamtes für Justiz, Bern,  
E-Mail: luzius.mader@bj.admin.ch*

#### Notes

- 1 Arrêté fédérale du 3 juin 1987 sur la révision totale de la constitution fédérale, Feuille fédérale 1987 II 977.
- 2 Pour des présentations sommaires voir toutefois surtout Heinrich Koller, *Die Nachführung der Bundesverfassung*, *AJP/PJA* 8/95, en particulier p. 985 ;

Heinrich Koller, *Die schöpferische Kraft der Verwaltung – Einblicke in die Werkstatt der Verfassungsrevision*, in: Georg Kreis (Hrsg.), *Erprobt und entwicklungsfähig – Zehn Jahre neue Bundesverfassung*, 2009, en particulier p. 85 s.

- 3 Voir Heinrich Koller, loc. cit. note 2.

## **Zusammenfassung**

*Wie ging man vor bei der Nachführung des Verfassungsrechts? Der vorliegende Beitrag versucht diese Frage, die im Hinblick auf die Tagung vom 25. Januar 2013 an der Universität Neuenburg gestellt worden war, zu beantworten. Dazu wird zunächst der Auftrag in Erinnerung gerufen, den die Bundesversammlung in ihrem Beschluss vom 3. Juni 1987 zur Totalrevision der Bundesverfassung formuliert hatte. Anschliessend werden die verschiedenen methodischen Schritte und die Arbeitsinstrumente vorgestellt, die zur Umsetzung dieses Projekts entwickelt und angewandt wurden.*