

La révision constitutionnelle entre contraintes politiques et expertise juridique

Olivier Bigler / Nicolas Freymond / Pascal Mahon / Marc Renkens / Bernard Voutat | Cette ultime contribution au dossier propose une analyse transversale des contributions et témoignages des acteurs de la révision totale ayant participé à la journée d'études. Elle examine, dans un premier temps, les modalités pratiques par lesquelles le dossier de la révision a été pris en charge et met en évidence le double pilotage, juridique et politique, dont le processus a été l'objet depuis sa relance dans le courant de l'année 1993. L'analyse revient ensuite plus spécifiquement sur les deux notions centrales de la révision, la *Nachführung* et le *Baukastensystem*, sur les perceptions ambivalentes qu'elles ont suscitées (et suscitent encore aujourd'hui), ainsi que sur les fonctions qui leur ont été assignées dans la conduite stratégique de la révision. En conclusion, nous reprenons les attendus généraux de ce dossier, pour présenter de manière synthétique la façon dont le rapport entre « droit » et « politique » s'est empiriquement manifesté dans le cadre du processus. La contribution se conclut sous la forme d'une interrogation à propos de l'impact de la révision totale de la Constitution fédérale.

Sommaire

- 1 Introduction
- 2 Conception, élaboration et conduite de la révision totale : un processus sous double contrainte
- 3 La *Nachführung* : usages politiques d'un concept élastique
- 4 Le concept de révision totale : aspects juridiques et politiques du *Baukastensystem*
- 5 A propos du rapport entre droit et politique : des représentations ambivalentes

1 Introduction

En organisant cette journée d'études, nous avons l'ambition de réunir et publier les analyses croisées d'acteurs de la révision totale de la Constitution fédérale, tantôt positionnés dans l'arène administrative, tantôt dans le champ de la doctrine juridique, tantôt encore dans le champ politique, et parfois même multi-positionnés dans ces trois univers sociaux certes fortement connectés, mais néanmoins relativement autonomes les uns par rapport aux autres. Notre intention étant de comprendre la relation entre droit et politique dans ce processus de révision constitutionnelle où ces deux dimensions apparaissent – ce n'est guère surprenant – étroitement imbriquées, il s'agissait pour nous de rendre compte *empiriquement* de cette relation à travers une analyse des interactions qui se sont nouées entre des acteurs de la révision constitutionnelle inscrits dans ces trois univers.

Par delà leur valeur de témoignage, en l'espèce suscité par les questions posées préalablement aux différents intervenants, les contributions réunies ici

présentent un double intérêt pour le chercheur, fût-il juriste ou politiste. D'une part, elles livrent, chacune selon une perspective qui lui est propre, une analyse réflexive *ex post* du processus de révision constitutionnelle. Pour cette raison déjà, prises individuellement, toutes ces analyses peuvent contribuer à la compréhension d'un processus politique peu étudié jusqu'à présent et, par extension, éclaircir certains ressorts de la « fabrique du droit constitutionnel ». D'autre part, ces différentes contributions valent aussi parce qu'elles sont rassemblées dans un même numéro de *LeGes*. Leur intérêt s'accroît donc du fait qu'elles s'adressent – implicitement ou explicitement – les unes aux autres et que des points de vue différents se manifestent à propos de la révision constitutionnelle. Il est donc possible, par delà leurs spécificités, de les analyser ensemble, de les faire dialoguer, de les comparer en mettant en relation ce que leurs auteurs expriment (une analyse, une réflexion) avec la position qu'ils occupaient dans l'un des trois espaces identifiés.

C'est donc dans cette double perspective que s'organise cette partie conclusive où nous aborderons (point 2) le processus de révision constitutionnelle sous l'angle du double « pilotage », juridique et politique, dont il a été l'objet. Cela nous permettra d'identifier les perceptions des acteurs de la révision totale concernant son opportunité et ses contraintes, de revenir sur les raisons avancées par les uns et les autres à l'appui d'un processus jugé d'emblée comme juridiquement souhaitable, mais politiquement sensible (ou à l'inverse comme juridiquement sensible et politiquement souhaitable) et d'analyser le dispositif mis en place pour maîtriser – tant que faire se pouvait – les problématiques juridiques de nature doctrinale et les incertitudes politiques quant à l'issue du processus.

Cette première série de considérations nous amènera (point 3) à revenir sur le concept de *Nachführung*, concept aussi bien juridique, dans sa manière de fournir un cadre formel et matériel (relativement) contraignant à la révision totale, que politique, par les usages stratégiques et ponctuels (ou tactiques) dont il a été l'objet dans les différentes phases du processus. Enfin, et dans le prolongement du point précédent, nous souhaiterions (point 4) ouvrir la réflexion à propos de la distinction entre révision totale et révision partielle de la Constitution fédérale, modes de révision qui, comme chacun le sait, répondent à des conditions juridiques aussi bien qu'à des contraintes politiques différentes. Enfin, nous reviendrons (point 5) sur les représentations croisées des auteurs à propos de la relation entre droit et politique telles qu'elles ressortent de leur contribution.

2 Conception, élaboration et conduite de la révision totale : un processus sous double contrainte

Cette première section a pour ambition de rendre compte de la manière dont les perceptions relatives à la révision, plus précisément à ses contraintes et à ses op-

portunités, aussi bien juridiques que politiques, ont conditionné la décision d'initier les travaux de révision, ainsi que celles concernant la procédure à suivre et l'organisation de la phase pré-parlementaire. Elle vise en particulier à mettre en lumière les considérations juridiques et politiques qui présidèrent à la définition initiale des enjeux et influencèrent la façon dont le chef du Département fédéral de justice et police (DFJP) et son entourage immédiat entendaient conduire et faire aboutir la révision totale.

Le mandat parlementaire chargeant le Conseil fédéral de présenter une constitution mise à jour n'imposait pas de délai, ainsi que le rappelle Bernhard Ehrenzeller¹. La décision du collège, à l'automne 1993, d'entreprendre la révision intervint lors du traitement de la motion de la sénatrice Josi Meier (PDC, LU) enjoignant le gouvernement de faire en sorte que la nouvelle Constitution soit adoptée en 1998 et marque ainsi les 150 ans de la fondation de l'État fédéral². Les négociations en vue de l'adhésion de la Suisse à l'Espace économique européen, puis l'élaboration du projet législatif traduisant cette adhésion (EUROLEX) reléguèrent la révision constitutionnelle au second plan. Suite au rejet de l'adhésion à l'EEE en votation populaire, la révision prit une nouvelle signification aux yeux d'Arnold Koller et de son entourage immédiat : au-delà de l'obligation de s'acquitter du mandat reçu du Parlement, la révision fut dès lors perçue comme le moyen de réconcilier et de « renouveler » la communauté nationale sortie profondément divisée de la votation du 6 décembre 1992 (Suisse romande/Suisse alémanique, villes/campagnes, élites politiques/corps électoral). Pour remédier à ce « désenchantement politique » (Bernhard Ehrenzeller), la révision était censée renforcer le lien confédéral par la réaffirmation de valeurs communes à toutes les composantes de la communauté politique, y compris les vainqueurs « conservateurs » de la votation du 6 décembre 1992. Outre cet enjeu symbolique très fort, les deux objectifs initiaux de la révision avaient conservé leur pertinence aux yeux du chef du DFJP, soit mettre à jour la Constitution pour qu'elle traduise fidèlement l'organisation et le fonctionnement actuels des institutions et améliorer sa lisibilité par un travail sur sa forme et sa systématique.

Cependant, la donne politique avait sensiblement changé depuis l'adoption, en 1987, de l'arrêté fédéral décrétant la révision totale. En effet, pratiquement tous les contributeurs au présent dossier font état d'un important besoin de réformes institutionnelles, rendu manifeste notamment par les affaires « Kopp » et des « fiches ». De telle sorte qu'au moment du lancement des travaux préparatoires, un certain nombre de réformes étaient achevées ou en cours, notamment celles du Parlement et du gouvernement, initiées par René Rhinow et Gilles Petitpierre, ainsi que celle de l'organisation judiciaire fédérale. Par ailleurs, l'ancien conseiller fédéral souligne qu'une révision limitée à la mise à jour de la Constitution,

c'est-à-dire à une opération relevant essentiellement de la technique juridique, n'aurait sans doute pas permis de rallier à la cause révisionniste une majorité d'acteurs politiques, faute d'enjeux politiques saillants et, partant, mobilisateurs.

En somme, si la révision totale était majoritairement reconnue comme nécessaire dès 1987, personne n'y avait jusque-là prêté de caractère prioritaire, ni même urgent. C'est par conséquent, de l'avis général des contributeurs, la conjoncture politique singulière du début des années 90 qui la fit paraître opportune, en tant que remède possible à une crise (on n'évoque plus guère la notion de « malaise ») affectant l'ordre politique et même la société suisse dans son ensemble.

Après la décision de l'automne 1993, il fallut tout de même attendre la fin du printemps 1994 pour que les travaux de révision débutent. Dans l'intervalle, le chef du DFJP dut arrêter le concept de la révision et l'organisation de sa réalisation. On remarquera tout d'abord que, à l'exception de Bernhard Ehrenzeller, aucun des auteurs ne revient sur les règles constitutionnelles régissant la révision totale. Par hypothèse, on peut déduire de ce silence que les questions de procédure étaient claires dans l'esprit des intéressés, d'autant qu'elles avaient déjà été étudiées en profondeur par le *Groupe de travail Wahlen*, par la *Commission d'experts Furgler* et par la doctrine. Les règles constitutionnelles en la matière prévoient une procédure législative ordinaire et la possibilité que toutes les dispositions de la Constitution fassent l'objet de débats parlementaires, mais elles ne prescrivent aucune marche à suivre, ni modalités précises. Il revint donc au conseiller fédéral en charge de la révision d'en décider. Il ressort des contributions des personnes impliquées que la précédente tentative conduite par Kurt Furgler a lourdement pesé sur ces choix éminemment politiques. Après s'être entretenu avec trois publicistes ayant participé à la *Commission d'experts Furgler* – les professeurs Jean-François Aubert, Kurt Eichenberger et Luzius Wildhaber – et avoir débattu de ces questions avec un certain nombre de personnalités, Arnold Koller a exclu *ab initio* de procéder à une révision totale « classique » comme l'avait conduite Kurt Furgler, à savoir une révision remettant en question l'ordre constitutionnel suisse dans son ensemble et, ce faisant, ouvrant en quelque sorte la « boîte de Pandore » de la politique suisse, au risque de susciter d'importantes controverses sur un nombre *a priori* illimité d'enjeux et, les oppositions catégorielles se cumulant, de condamner toute l'entreprise à l'échec. À l'inverse, le chef du DFJP a également exclu de s'en tenir au mandat parlementaire, c'est-à-dire de se limiter à « mettr[e] à jour le droit constitutionnel actuel, écrit et non écrit, le rendr[e] compréhensible, l'ordonn[er] systématiquement et en unif[er] la langue ainsi que la densité normative »³, jugeant cette option politiquement insuffisante.

Il opta ainsi pour une sorte de voie médiane, ou intermédiaire, entre ces deux bornes du champ des solutions juridiquement possibles, soit une révision totale

conçue comme l'addition d'une mise à jour de la Constitution (*Nachführung*) et de réformes matérielles d'une certaine ampleur, mais clairement délimitées. Ainsi conçue d'un point de vue stratégique, la révision était censée permettre au Conseil fédéral de s'acquitter de son mandat, de répondre aux besoins de réformes communément reconnus et, ce faisant, simultanément de susciter l'intérêt des acteurs politiques et de garantir l'acceptabilité du projet de Constitution présenté par le gouvernement.

Cette stratégie fut traduite dans le concept de la révision comme « processus ouvert » : sur la base de la *Nachführung* – opération conçue comme la réaffirmation politiquement neutre des fondements de l'ordre politique suisse –, on pouvait ensuite procéder à toutes sortes de réformes matérielles sectorielles, sous la forme de « paquets » insérables dans la Constitution mise à jour, en vertu de l'idée de *Baukastensystem*. Cette idée, précise Bernhard Ehrenzeller, trouve son origine dans les analyses présentées par Kurt Eichenberger à l'occasion du Congrès de la Société suisse des juristes consacré au 700^{ème} anniversaire de la Confédération (Eichenberger 1991). Le professeur bâlois estimait qu'il n'était plus possible, politiquement, de réviser totalement la Constitution en une seule fois et qu'il convenait donc de procéder par étapes. Arnold Koller rapporte que cette opinion était partagée par les autres publicistes qu'il avait consultés en 1993. Le chef du DFJP a retenu deux domaines présentant un urgent besoin de réforme et pour lesquels, ainsi que le relève Heinrich Koller, les travaux préparatoires étaient déjà bien avancés : la justice et les droits populaires. Afin de clairement se distancier du précédent Furgler, Bernhard Ehrenzeller relève par ailleurs que l'entreprise fut rebaptisée, la « révision totale de la Constitution fédérale », perçue comme connotée négativement depuis l'échec du « projet Furgler », étant remplacée par la « réforme de la Constitution ».

Le *dispositif* censé concrétiser la stratégie adoptée procède d'une division stricte du travail, selon la présentation qu'en font Arnold Koller et Heinrich Koller. Le comité directeur, présidé par le premier, exerce l'essentiel des tâches politiques et prend les décisions les plus importantes, ainsi que le relève le second. Les compétences du Comité scientifique sont quant à elles limitées à l'expertise « normale », selon le mot de Luzius Wildhaber. Son mandat, ainsi que le rappelle Georg Müller, consistait à vérifier si les dispositions élaborées par l'OFJ correspondaient au droit constitutionnel en vigueur, si elles étaient de rang constitutionnel et si elles étaient cohérentes dans leurs rapports réciproques. Le cas échéant, le Comité scientifique pouvait tout au plus proposer des formulations alternatives. Son rôle était ainsi réduit, en principe, à celui de simple auxiliaire à la décision du comité directeur.

Nettement plus étendues, les compétences des commissions d'experts en charge des réformes matérielles étaient toutefois encadrées. Les travaux de la

commission « Droits populaires » avaient pour point de départ une expertise de son président, Jean-François Aubert, tandis que la commission « Justice » était une émanation de la commission d'experts pour la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, présidée par le directeur de l'Office fédéral de la justice (OFJ), Heinrich Koller, et son rôle se limitait à l'élaboration des dispositions constitutionnelles nécessaires aux réformes proposées par cette dernière⁴. Les commissions « Droits populaires » et « Justice » œuvraient sous le contrôle du Comité directeur et, dans les faits, les désaccords sur des questions proprement politiques firent l'objet de négociations avant d'être, le cas échéant, tranchés par le Comité directeur. Heinrich Koller relève ainsi que les propositions concernant les droits populaires furent particulièrement controversées au sein du Comité directeur, notamment l'augmentation du nombre de signatures.

On relèvera également l'importance dans ce dispositif des acteurs multi-positionnés – tels Bernhard Ehrenzeller, véritable « coordinateur itinérant » selon Georg Müller – et des instances remplissant une fonction de coordination. Par delà cette fonction explicite, tous ces acteurs étaient rattachés hiérarchiquement au Comité directeur et, *in fine*, au chef de département. En ce sens, ils contribuèrent de fait au pilotage politique de la révision, à la fois en informant le Comité directeur de l'évolution des travaux et en communiquant aux membres des organes les décisions du Comité directeur les concernant.

Considérant la conduite de la révision d'un point de vue global, il convient de souligner, là encore, combien le chef du DFJP et son entourage se sont efforcés de rompre avec le précédent « Furgler ». Pour éviter tout « Furgler-Effekt » (selon le mot d'Heinrich Koller), des efforts constants pour associer le Conseil fédéral, les autres départements et offices fédéraux, puis les cantons, au processus ont été consentis. Cela permit notamment, lors du lancement de la consultation externe en juin 1995, de présenter les avant-projets d'arrêtés fédéraux au nom du Conseil fédéral et non (comme à l'ordinaire) du seul chef du DFJP, lequel insiste du reste sur l'importance qu'il accordait alors à la participation du Président de la Confédération, Kaspar Villiger, à la conférence de presse⁵. Cette stratégie de communication reposait en outre sur de forts investissements symboliques quant à la présentation publique des avant-projets mis en consultation, des résultats de la consultation, puis du message transmis aux Chambres. Ainsi que le rapporte Bernhard Ehrenzeller, toutes ces publications furent tirées à part et dotées d'une ligne graphique spécifique, donc immédiatement identifiables. Leur couverture mettait en valeur les emblèmes nationaux, soit des croix blanches sur un fond rouge évoquant le drapeau national, et, sous le titre générique « Réforme de la Constitution », elle comportait une devise en forme de slogan : « Consolider l'acquis – Construire l'avenir – Renforcer la Suisse ». Dans le même sens, le chef

du DFJP n'a pas opté pour une « procédure de consultation externe » ordinaire, mais pour une « discussion populaire » (Volksdiskussion) inédite, soulignant l'importance du processus constituant pour la communauté nationale et la volonté explicite d'Arnold Koller d'élargir autant que possible le cercle des intéressés, en tous les cas au-delà des participants réguliers aux consultations normales (partis politiques, groupes d'intérêts et cantons) : avec la « réforme de la Constitution », c'est l'avenir du pays qui est en jeu.

Les descriptions fournies et les motivations explicitées par les auteurs impliqués dans la phase pré-parlementaire mettent clairement en lumière la volonté, présentée comme une véritable stratégie, de maîtriser et contenir au maximum les risques politiques de l'entreprise révisionniste. Un pilotage politique fort exercé par le Comité directeur, la délimitation rigoureuse du rôle du Comité scientifique, le choix de confier l'élaboration de la *Nachführung* à l'OFJ, c'est-à-dire à un organe soumis hiérarchiquement au chef du DFJP, la restriction du champ des réformes possibles à deux domaines précisément définis, le cadrage politique continu du travail des commissions d'experts furent autant de moyens jugés adéquats à cette fin. Il en ressort une séparation apparemment nette des tâches politiques et des tâches juridiques – exercées par les experts internes (l'OFJ) et externes (le Comité scientifique) –, sous réserve des commissions d'experts en charge des réformes matérielles, qui exerçaient les deux types de tâches. Mais qu'en fut-il dans les faits ?

3 La *Nachführung* : usages politiques d'un concept élastique

Comme on l'a vu précédemment, le concept global de la révision adopté initialement par le chef du DFJP établissait une frontière nette entre la mise à jour de la Constitution et les réformes matérielles. Dans cette perspective, la *Nachführung* fut initialement dépolitisée, car investie d'enjeux proprement juridiques. En ce sens, placée sous le signe du *statu quo* matériel, donc politiquement neutre ou sans effet, la révision était censée se limiter à une réécriture de la Constitution. Les enjeux politiques de la « réforme de la Constitution » étaient ainsi concentrés dans les réformes dites « matérielles » des droits populaires et de la justice et le succès de l'entreprise dépendait de cet équilibre entre reproduction et changement ou, pour reprendre les termes de la communication officielle, entre « consolidation de l'acquis » et « construction de l'avenir ». Ceci étant, le « droit constitutionnel en vigueur » est le produit de luttes politiques, passées certes et qui recèlent des enjeux désormais tièdes, voire refroidis, mais toujours susceptibles

de renaître selon les intérêts et la configuration des forces politiques en présence, en raison de la dimension politique inhérente ou consubstantielle au droit, et plus particulièrement au droit public en tant qu'ensemble de règles régissant expressément l'organisation et le fonctionnement de la communauté politique. Aussi se doit-on de concevoir la *Nachführung* comme instituant un espace de controverses et de négociations entre des acteurs diversement intéressés à sa réalisation et s'efforçant d'imposer une définition du concept-programme de la mise à jour de la Constitution conformément à leurs intérêts. Dans la mesure où sa définition initiale réduisait la mise à jour à une opération technique, relevant avant tout des connaissances et savoir-faire du droit public savant (le droit constitutionnel et la légistique, évidemment, mais aussi le droit international public), l'étude de sa réalisation à l'aune des définitions successives constitue un terrain privilégié pour analyser la tension entre politisation et juridicisation de la révision constitutionnelle.

En ce qui concerne l'origine du concept de *Nachführung*, elle est communément imputée à la tribune publiée par Kurt Eichenberger dans la *Neue Zürcher Zeitung* du 12 mai 1986, à la veille du traitement par le Conseil des États du rapport du Conseil fédéral répondant aux motions Dürrenmatt et Obrecht. Ceci étant, exemples et références à l'appui, Luzius Wildhaber insiste sur le fait que la conception présentée par Eichenberger, de même que celle traduite dans l'arrêté fédéral de 1987, comportaient des éléments qui avaient déjà été analysés et retenus par la *Commission d'experts Furgler* comme des objectifs de la révision totale. Ainsi en est-il notamment de la déconstitutionnalisation des règles de rang inférieur d'un point de vue matériel ou d'importance secondaire, de la suppression des dispositions obsolètes, de l'unification du langage et de la densité normative de la Constitution, ainsi que du renforcement de sa cohérence interne. Lors des débats parlementaires des années 1986 et 1987, le concept fut explicité formellement pour entériner une conception minimale de la révision totale, réduisant cette dernière au plus petit dénominateur commun, sinon à toutes les forces politiques représentées à l'Assemblée fédérale, du moins à une majorité de parlementaires, comme le rappelle Arnold Koller, qui était alors conseiller national.

Au moment où le chef du DFJP se saisit du dossier, il devait formellement s'acquitter du mandat parlementaire et conduire une *Nachführung* du droit constitutionnel suisse. Ainsi que le relève Luzius Wildhaber, la *Nachführung* n'était pas un concept juridiquement défini ni même employé ou débattu par la doctrine. Kurt Eichenberger l'avait bien plutôt formulé comme une « idée directrice » de la révision totale (*Leitvorstellung*). Il revint donc au chef du DFJP d'en déterminer précisément la signification concrète et la portée, sur la base des travaux préparatoires réalisés par l'OFJ. La contribution de Luzius Mader présente précisément

les tâches qui incombèrent aux légistes de l'OFJ. Quand bien même le mandat de mise à jour était apparemment simple et évident, sa réalisation posait toutes sortes de problèmes dont la résolution dépendait souvent moins de la légistique que de choix proprement politiques. Pour chacun d'eux, précise-t-il, l'office transmettait au Comité directeur des documents présentant la problématique, les options juridiquement possibles en fonction du droit positif et du savoir doctrinal, ainsi qu'une évaluation de leurs avantages et inconvénients. Le comité tranchait en dernière instance. On ignore toutefois selon quels critères les responsables de l'OFJ décidaient de soumettre ou non une question ou un problème au *Comité directeur*. Certains problèmes n'avaient aucune signification juridique, mais recelaient des enjeux politiques d'ordre symbolique. L'opportunité de doter l'avant-projet d'un préambule et, le cas échéant, la détermination de son contenu entraient par exemple dans cette catégorie, étant entendu qu'un préambule ne saurait contenir de règle de droit. À défaut de pouvoir traiter tous les cas présentés dans les diverses contributions, on se concentrera ici sur quelques exemples montrant, à notre sens particulièrement bien, comment la tension entre droit et politique a conditionné l'élaboration de l'avant-projet de mise à jour de la Constitution.

S'agissant tout d'abord de la détermination du droit constitutionnel « actuel », c'est-à-dire en vigueur au moment où l'OFJ eut la tâche de l'identifier, Luzius Mader mentionne le problème posé par les « droits fondamentaux émergents » – tels que le droit à des conditions minimales d'existence et le droit de grève, par exemple – dont le Tribunal fédéral avait admis le principe, mais dont la portée demeurerait incertaine. Concernant spécifiquement le droit de grève, les juges fédéraux l'avaient alors reconnu, mais sans trancher la question de savoir s'il s'agissait d'un droit fondamental ou non. Il revint alors au Comité directeur de répondre à cette question éminemment politique.

Concernant la question de la densité normative, ensuite, il semblait évident d'un point de vue juridique qu'un certain nombre de règles figurant dans la Constitution en vigueur devaient être déconstitutionnalisées, c'est-à-dire abaissées au rang de la loi, voire de l'ordonnance. Heinrich Koller et Luzius Mader citent notamment le cas des articles relatifs à l'alcool. Le Comité directeur admit toutefois des exceptions pour des motifs expressément politiques. Ainsi en fut-il par exemple des dispositions constitutionnelles alors récentes qui résultaient directement ou indirectement d'initiatives populaires. Luzius Mader mentionne à cet égard les articles relatifs à la procréation médicalement assistée et au génie génétique. Luzius Wildhaber, quant à lui, relève la conservation dans l'avant-projet de dispositions revêtant, d'un point de vue juridique, une importance secondaire, qu'elles aient pour objet le sport, les forêts, les sentiers pédestres, le transit alpin,

les impôts sur les carburants ou encore la météorologie. Le choix de déconstitutionnaliser formellement ou non telle règle procède manifestement d'un calcul politique, c'est-à-dire d'une anticipation de la réception de cette décision par les acteurs politiquement intéressés.

D'une manière générale, Luzius Wildhaber a relevé que la réécriture constitutionnelle était en elle-même source de changement, en ce sens que la reformulation des règles constitutionnelles ouvrait nécessairement un nouveau champ des interprétations possibles. Dès lors, il était essentiel d'anticiper et de maîtriser ces nouvelles possibilités, notamment à travers le double contrôle – politique et savant – exercé de façon continue respectivement par le Comité directeur et le Comité scientifique sur les travaux de l'OFJ. Arnold Koller souligne d'ailleurs combien la crédibilité de la révision – et donc ses chances de succès – dépendait de la capacité du Comité directeur, avec l'appui du Comité scientifique, à maintenir le cadre de la *Nachführung*, c'est-à-dire à éviter l'introduction de toute innovation dans le projet de mise à jour de la Constitution. Se référant aux prises de position des associations de chasse lors de la consultation, le conseiller fédéral identifie toutefois quelques ratés dans l'anticipation des réactions à certaines déconstitutionnalisations de la part de groupes d'intérêts catégoriels.

Les diverses contributions permettent ainsi d'identifier un certain nombre de questions et problèmes posés concrètement par la *Nachführung* qui exigèrent, aux yeux des acteurs impliqués, des solutions proprement politiques. En dépit de leur richesse, on n'est toutefois pas en mesure de rendre compte précisément des anticipations et des éléments qui furent pris en compte dans ces calculs politiques. De même qu'on ne sait pas exactement si ces calculs furent le fait du Comité directeur ou du seul chef du DFJP. Par hypothèse, on peut toutefois penser que ces choix politiques furent fortement influencés par le degré anticipé d'opposition des groupes d'intérêts concernés et par le poids politique de ceux-ci.

L'avant-projet de Constitution, comme produit d'une logique juridique et d'anticipations politiques, fut rendu public en 1995. Il échappa ainsi pour la première fois au contrôle du dispositif décrit ci-dessus et surtout à Arnold Koller qui en portait la responsabilité politique. La confrontation de l'avant-projet de Constitution aux forces politiques, économiques et sociales helvétiques du moment fit apparaître que le concept s'avérait, à l'usage dont il était l'objet, à la fois d'une certaine efficacité politique et d'une relative plasticité.

Lors de la phase de consultation, l'avant-projet de *Nachführung* fit en effet l'objet de certains ajustements, qui renvoyaient à la fois aux intérêts et aux rapports de force politiques, ainsi qu'à des considérations de nature juridique portant notamment sur la détermination exacte du droit constitutionnel en vigueur. Ces ajustements exigeaient un sens politique bien aiguisé, selon Heinrich Koller.

La dimension inextricablement politique et juridique de la définition du droit constitutionnel en vigueur est parfaitement illustrée par la prise de position des cantons lors de la consultation, dont la conception du fédéralisme divergeait nettement de celle défendue dans l'avant-projet. S'il s'agissait bien, selon le directeur de l'OFJ, de deux conceptions politiques très opposées qui s'affrontaient, dont l'enjeu était la place des cantons dans la Confédération, cet affrontement prit la forme d'un débat sur l'état du droit en vigueur. Au final, l'apparente logique juridique avancée pour justifier les concessions faites aux cantons – selon Arnold Koller, la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons défendue par ces derniers correspondait davantage à la réalité constitutionnelle effectivement vécue que la répartition fixée à l'art. 3 de la Constitution de 1874 telle que reprise dans l'avant-projet du Conseil fédéral – ne doit pas faire oublier, comme le rappelle le conseiller fédéral, que sans l'accord des cantons, la révision totale aurait échoué à l'instar de l'avant-projet de la *Commission d'experts Furgler*. Pour les autorités soucieuses de la réussite du projet, tout l'enjeu était par conséquent de savoir jusqu'où elles pouvaient aller dans la modification de l'avant-projet de Constitution pour répondre aux revendications politiques les plus sérieuses, tout en préservant la crédibilité de la logique de justification technico-juridique fixée dans la *Nachführung*.

Au Parlement, Arnold Koller se souvient avoir âprement défendu l'avant-projet au nom de la *Nachführung* afin d'éviter au mieux de charger le projet de Constitution d'innovations politiques qui risquaient de faire échouer la révision totale. Par là, Arnold Koller reconnaissait qu'il avait *de facto* limité le droit de motion du Parlement, qui *de jure* aurait pu discuter de tous les articles et les modifier à sa guise. Mais l'efficacité du concept de *Nachführung* réside également dans l'« argumentaire », comme le démontre le témoignage de René Rhinow. Le Parlement était très dépendant du travail fourni par l'administration et les experts – Heinrich Koller estime que le chef du DJFP avait été largement préparé à affronter les débats parlementaires grâce au message du gouvernement, on s'en souvient, organisé comme une véritable somme du droit constitutionnel en vigueur. Le rapport de force était d'autant plus favorable au conseiller fédéral que celui-ci était accompagné en séance des commissions par Heinrich Koller, Luzius Mader et Bernhard Ehrenzeller, tous trois professeurs de droit. Les quatre professeurs de droit qui siégeaient à ce moment au Conseil des États pouvaient alors, selon René Rhinow, non seulement soutenir les propositions du Conseil fédéral et aider à les faire accepter auprès des autres parlementaires, mais également émettre des avis opposés, par ailleurs conformes à leurs intérêts politiques, et qui, sans leurs interventions, n'auraient pas eu de chance de succès. En fait, chez René Rhinow, l'usage stratégique du « label » et la réflexion juridique s'entrecroisent pour

s'opposer ou se conforter. En effet, selon le témoignage du conseiller aux États, la limite entre mise à jour et innovations ne lui paraissait pas toujours claire. Tirailé entre son rôle de scientifique et d'homme politique, il hésitait à faire part de ses doutes sur la validité d'une proposition, ou au contraire à prétendre qu'il s'agissait bien d'une situation de *Nachführung* la rendant acceptable. L'attention toute particulière que René Rhinow porte à la problématique de la nature inextricablement politique et technico-juridique de la *Nachführung*, est sans doute imputable au fait qu'il en a subi l'imposition dans l'arène politique, tout en étant très au clair sur le ressort argumentatif de l'opération.

Le Parlement lui-même aurait finalement adopté, au moins dans une certaine mesure, le principe de la *Nachführung*, acceptant ainsi de largement s'autolimiter dans son droit d'initiative qui, juridiquement, l'habilitait à passer en revue et à discuter l'ensemble des articles de la Constitution. S'il s'est rallié au concept de mise à jour, ce ne serait pas, selon Georg Müller, parce qu'il l'estimait pertinent en soi, mais parce qu'il pensait y trouver la solution pour faire aboutir la révision totale : la labellisation réussie de *Nachführung* sur une proposition de modification augmentait son acceptabilité bien plus que si elle était présentée comme une innovation matérielle. Au final toutefois, malgré cette apparente efficacité inhérente à la plasticité neutralisante du concept et malgré la stratégie du conseiller fédéral de s'en tenir strictement au concept, le Parlement a tout de même introduit des modifications que tous s'accordaient à considérer comme des innovations matérielles. La position des socialistes à cet égard est claire, comme le rappelle Andreas Gross. Son parti ne semblait pas vouloir se limiter à une opération purement technico-juridique de mise à jour, assimilée à une « *Fassadenrevision* », mais affichait clairement des ambitions politiques plus importantes pour la révision totale. Le groupe parlementaire socialiste s'était déjà montré sceptique à l'égard du mandat de 1987, mandat dont il avait à l'époque tenté d'élargir la portée. Reste que, afin de ne pas surcharger le projet de Constitution, les innovations retenues par le Parlement devaient jouir d'un large soutien politique. Les autres innovations moins consensuelles devaient être introduites séparément dans la Constitution par la voie de révisions partielles. D'après Andreas Gross, la *Nachführung* faisait l'objet d'une compréhension excessivement restrictive et c'est en définitive cette vingtaine d'innovations matérielles rajoutées par le Parlement (ainsi que la perspective des « paquets » de réformes à venir) qui aurait persuadé la majorité des socialistes à voter en faveur de l'arrêté fédéral de mise à jour, ou du moins à s'abstenir.

Selon les observations de Wolf Linder, la relative plasticité du concept de mise à jour permettait de faire passer comme « *blosse Nachführung* » certaines innovations substantielles, sans que personne ne remarque ou ne souhaite dénoncer

ce « Witz ». Toutefois, la plasticité du concept n'en reste pas moins limitée. René Rhinow nous rappelle en effet que l'intitulé allemand de l'arrêté fédéral fut en fin de compte modifié sur proposition de la Commission de la révision constitutionnelle du Conseil des États. Le Parlement adopta en décembre 1998 non plus, comme initialement proposé par le Conseil fédéral, un *Bundesbeschluss über eine nachgeführte Bundesverfassung* mais un *Bundesbeschluss über eine neue Bundesverfassung*. Étonnamment, les parlementaires n'ont pas jugé nécessaire de modifier également la version française, qui est restée l'*Arrêté fédéral relatif à une mise à jour de la Constitution fédérale*.

4 Le concept de révision totale : aspects juridiques et politiques du *Baukasten-system*

Indépendamment de la notion de « mise à jour » (*Nachführung*), le processus de la révision totale, tel qu'il a été conçu sous forme d'un « *Baukastensystem* », a peut-être donné naissance aussi à une nouvelle manière de concevoir – et de procéder à – la révision de la Constitution. On peut en tous les cas se demander si le concept, mis en avant avec la révision totale de 1996-1999, de révisions par « paquets », initiés simultanément à travers un seul et même message du Conseil fédéral – donc une seule saisine de l'Assemblée fédérale –, mais soumis au peuple et aux cantons successivement, n'a pas créé ou inventé un nouveau mode de révision de la Constitution, entre les deux modes classiquement connus et recensés jusque-là, dans la pratique au moins, ceux de la révision totale et de la révision partielle.

La question se pose avec d'autant plus d'acuité que le procédé des révisions « par paquets » s'est par la suite poursuivi, notamment par le biais de la « réforme du fédéralisme » en 2004 (réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons, connue sous le nom de RPT⁶), mais aussi de la réforme des « articles sur la formation » en 2006⁷, pour n'en citer que deux, réformes dont la qualification et la nature juridiques n'ont cependant pas toujours été des plus claires, ni des plus constantes, et dont on peut se demander si elles étaient conformes à la Constitution.

En effet, si tant le projet C de « réforme de la justice » et le projet B de « réforme des droits populaires », qui accompagnaient le projet (A) de mise à jour et qui ont été initiés en même temps que lui, ont été présentés officiellement comme des révisions totales – des révisions totales « matérielles »⁸ –, qualification parfois contestée en doctrine⁹, il n'en a pas toujours été de même par la suite, pour les « paquets » qui leur ont succédé. Ainsi, la RPT, qui touchait pas loin d'une trentaine de dispositions de la nouvelle Constitution fédérale, a elle aussi été présentée comme une « révision totale matérielle »¹⁰. Mais tel n'a en revanche pas été le

cas de la réforme relative à la formation, qui portait sur une dizaine d'articles de la Constitution et qui a été considérée comme une révision partielle. La Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil national, qui a proposé cette réforme, estimant qu'elle respectait l'exigence de l'unité de la matière, l'a qualifiée de révision partielle¹¹. Dans son avis, le Conseil fédéral ne s'est pas exprimé sur ce point¹². Certains auteurs en revanche jugent que la réforme ne respectait pas l'unité de la matière¹³.

La Constitution fédérale connaît et distingue deux modes de révision, la révision partielle et la révision totale. Comme le relève le Conseil fédéral, la Constitution ne définit cependant pas ce qu'est une révision « totale ». Il est généralement admis, en doctrine et, jusque-là, dans la pratique des autorités, que la révision est totale – et doit suivre la procédure prévue pour la révision totale – « lorsque toutes les dispositions de l'ancienne constitution sont remplacées par un nouveau texte constitutionnel », sans qu'il soit « nécessaire à cet égard que la nouvelle constitution contienne des innovations matérielles » ; il faut et il suffit que « l'ancien document constitutionnel [soit] remplacé par un nouveau »¹⁴. C'est ce qu'on appelle la « révision totale formelle »¹⁵ ou, en doctrine, la conception formelle de la révision totale.

Mais le Conseil fédéral relevait dans son message relatif à la révision totale qu'on peut aussi envisager – et qu'il y a dans la doctrine – une conception « matérielle » de la révision totale, en ce sens qu'on peut aussi considérer qu'une révision est totale même si elle ne porte que sur un seul article ou un petit nombre d'articles, mais qu'elle « peut, par ses effets, équivaloir à une révision totale si elle touche la constitution dans son intégralité et qu'elle entend « bouleverser le contenu de l'ordre constitutionnel » »¹⁶. Et le Conseil fédéral de poursuivre en disant : « Une telle révision devrait donc se dérouler au travers de la procédure de la révision totale, ce qui, il est vrai, n'est encore jamais arrivé dans la pratique de la Confédération »¹⁷. Le Conseil fédéral ajoute même que, précisément en raison de « l'absence de pratique constitutionnelle à ce propos et d'opinions doctrinales bien implantées », l'initiative populaire « pour une Suisse sans armée et pour une politique globale de paix » a été considérée et traitée « comme une demande recevable de révision partielle » alors même que « le but poursuivi, la suppression de l'armée, « constitue incontestablement un choix existentiel pour un État » »¹⁸.

Ainsi, tout en soulignant l'absence de pratique constitutionnelle en la matière – et l'absence « d'opinions doctrinales bien implantées » –, le Conseil fédéral n'en a pas moins, avec la révision totale et son idée de « *Baukastensystem* », innové de manière assez audacieuse¹⁹ en admettant l'idée qu'un paquet de révision dans un domaine spécifique, comme celui de la justice ou celui des droits populaires, devait ou pouvait être considéré – et traité – comme une révision totale « maté-

rielle » et suivre de ce fait les règles et la procédure prévue pour la révision totale. Ce faisant, néanmoins, l'on ouvrait en faveur des autorités une conception nouvelle de la révision totale et, surtout, un moyen ou un instrument d'une grande plasticité ou élasticité, leur permettant de contourner, au besoin, l'exigence de l'unité de la matière, en qualifiant un « paquet » de réforme de révision totale « matérielle ». Instrument qui n'est toutefois pas à disposition des particuliers dans le cadre de l'initiative populaire puisque, dans ce cas, la qualification en tant que révision totale « matérielle », si elle permet certes d'éviter l'écueil de l'unité de la matière, aurait néanmoins pour conséquence de déclarer l'initiative irrecevable, du simple fait que l'initiative populaire en vue de la révision totale ne peut revêtir la forme d'une initiative rédigée²⁰.

Là encore, donc, les auteurs de la révision totale ont fait preuve d'une certaine audace, voire d'une audace certaine, « inventant » en marge de la Constitution en vigueur un concept de révision – ou une nouvelle manière de concevoir la révision (totale et partielle), qui donne aux autorités, mais non aux citoyens et citoyennes, une très grande liberté de manœuvre²¹.

5 A propos du rapport entre droit et politique : des représentations ambivalentes

Parvenus au terme de ce dossier de *LeGes*, il est temps de revenir, pour conclure provisoirement, sur le questionnement général qui en est à l'origine : rendre compte empiriquement de la relation entre droit et politique telle qu'elle s'est réalisée dans le processus de révision de la Constitution fédérale de 1874. Assurément, toutes les contributions à ce dossier enrichissent la compréhension de cette problématique. En soulignant une certaine ambivalence à ce sujet, toutes reconnaissent que la codification du régime politique de la Suisse relève inévitablement (et d'une certaine façon trivialement) de ce double registre cognitif, celui du droit (comme ensemble de règles codifiées, comme savoir constitué sur ces règles et comme activité pratique) et celui du politique (comme ensemble de pratiques orientées par les activités de gouvernement de la société, au sens le plus large de cette notion). Dans cet esprit, il va de soi que « droit » et « politique » – deux univers que les auteurs estiment animés par des rationalités en partie spécifiques, à la fois complémentaires et opposées, comme le suggère René Rhinow – se réfléchissent mutuellement dans le processus de révision totale : il s'agissait de codifier le gouvernement de la société selon des principes définis dans le débat politique, mais dont la réalisation reposait aussi sur des savoirs et des savoir-faire relatifs aux règles du jeu politique en vigueur. D'un côté, il convenait de se saisir avec une certaine souplesse d'un mandat parlementaire assignant quelques objectifs généraux à la révision ; de l'autre, la concrétisation de ce mandat imposait tout à la fois de mobiliser l'état des connaissances relatives au droit consti-

tutionnel suisse et d'imaginer une procédure favorisant l'adoption de la Constitution révisée dans l'arène politique.

Deux notions centrales, on l'a vu, ont progressivement émergé du processus, la *Nachführung* et le *Baukastensystem*. Construites à l'articulation du juridique et du politique, elles en ont balisé le contenu aussi bien que la conduite, tout en contribuant à ce que les divers acteurs directement impliqués dans la révision constitutionnelle puissent s'unifier autour de ses raisons d'être. Dans le prolongement, la révision totale fut rebaptisée « réforme » de la Constitution. Les auteurs des contributions s'accordent aujourd'hui pour considérer que le dispositif mis en place autour de ces deux notions a permis de résorber les contraintes politiques et juridiques de l'exercice, qu'ils jugent unanimement comme très importantes. On relèvera à cet égard l'importance de l'accord implicite entre les intervenants à propos de la procédure suivie, qui sépare, comme on l'a vu, la mise à jour et les deux révisions sectorielles (présentées comme des révisions totales matérielles). Peu ou prou, l'ensemble des auteurs s'accordent pour valoriser l'efficacité politique de cette manière de procéder, sans toutefois porter plus avant l'interrogation à propos de la validité juridique d'un tel montage, en l'espèce placé sous la seule caution de Kurt Eichenberger.

Par delà ce premier constat assez général, le positionnement des différents auteurs est marqué par une certaine hétérogénéité, qui est en partie tributaire des fonctions occupées dans l'ensemble du dispositif de la révision totale. On pouvait tout d'abord s'attendre à identifier un rapport plutôt *instrumental* des acteurs politiques à l'égard du droit, le registre juridique, certes vécu comme contraignant, étant convoqué pour formaliser et traduire une intention générale en une ligne d'action. Cette hypothèse trouve une confirmation dans les propos du conseiller fédéral assumant la responsabilité politique du dossier, Arnold Koller. Conscient des contraintes politiques pesant sur les perspectives de la révision totale, il consulte dans un premier temps plusieurs professeurs de droit public (Jean-François Aubert, Luzius Wildhaber, Kurt Eichenberger), avant de relancer le processus, de lui assigner ses objectifs généraux et d'en déterminer les modalités. Le recours massif, dans le dispositif mis en place, à l'expertise juridique (de nature académique et administrative) est alors conçu de façon pragmatique. Il s'agit de consolider une intention politique en la dépolitisant, d'encadrer rigoureusement les objectifs politiques et symboliques de la révision sans ouvrir la boîte de Pandore, bref de maîtriser un dossier instable dans l'arène politique par une ingénieuse technologie juridique, en quelque sorte à géométrie variable, instituant une distinction entre mise à jour « au sens large » et « réformes sectorielles », ainsi qu'une procédure d'adoption des différents volets échelonnée dans le temps. Placé sous un contrôle politique étroit (qui associe le Conseil fédéral

in corpore), le dispositif était donc pensé pour canaliser les oppositions au projet, d'une part celles manifestant un nouveau « Furgler-Effekt » (la *Commission d'experts Furgler* faisant en quelque sorte figure de repoussoir dans la dernière phase de la révision), d'autre part celles qui s'exprimaient notamment au Parti socialiste et qui, comme le souligne Andreas Gross, n'entendaient pas réduire la révision à un exercice de pure cosmétique constitutionnelle.

De leur côté, les experts académiques, tout en soulignant leur indépendance, ne sont pas dupes à propos de la dimension politique de leur intervention dans le processus, via notamment le *comité scientifique*. Wolf Linder, politologue associé à la réforme des droits populaires, évoque clairement cela à propos de la ruse qu'aurait constitué la mise à jour qui, selon lui, interdisait les réformes d'envergure, tout en introduisant subrepticement quelques innovations jugées *a priori* mineures, mais dont les effets pouvaient s'avérer importants. Plus nuancé, Luzius Wildhaber évoque toutefois les effets au niveau de l'application future du droit constitutionnel que peuvent engendrer certains changements rédactionnels, apparemment de pure forme, mais dont la portée reste imprévisible. Georg Müller se montre lui aussi conscient de l'usage politique qui a été fait de la notion de *Nachführung*, de son caractère diffus et relativement indéterminé, en particulier en ce qui concerne l'impact futur de certains changements rédactionnels. Et il a probablement raison de mettre en évidence le fait que l'imprécision du concept fut probablement un des éléments de son succès. Il permettait aux uns et aux autres, parfois pour des raisons différentes, de s'en servir à des fins propres, de s'accorder sur les limites d'une révision que la plupart des acteurs politiques envisageaient comme peu ambitieuse et donc de fabriquer un consensus sur l'essentiel des propositions formulées dans le cours du processus, tantôt retenues, tantôt écartées en fonction du label *Nachführung* dont elles pouvaient être affublées. Mais le succès de la *Nachführung* se mesure peut-être moins à ses effets de cadrage au sein de l'arène politique qu'à la reconnaissance dont le concept a été l'objet au sein du petit groupe de personnes ayant procédé aux travaux préparatoires. Luzius Wildhaber relève à cet égard l'importante différence entre la *Commission d'experts Furgler*, où il était attendu des experts académiques qu'ils se montrent créatifs et innovants, et la phase ultérieure où l'expertise académique fut plutôt mobilisée dans un esprit pragmatique d'aide à la décision, pour valider le périmètre de la mise à jour et contribuer à sa codification.

Les juristes de l'administration, de leur côté, apparaissent peut-être plus sensibles à l'ambivalence, voire à la tension entre les dimensions juridiques et politiques de leur activité. En effet, alors que l'expertise académique peut se réclamer d'une certaine indépendance, du reste constitutive de l'autorité qui lui est à la fois demandée et reconnue, les cadres de l'administration travaillent sous une

double contrainte : celle des décisions politiques du chef de département et du Conseil fédéral relatives aux questions juridiques soulevées dans le cadre de la révision totale et celle de la doctrine juridique dont ils font (ou feront) partie à certains égards et dont ils peuvent s'autoriser pour mettre en place un dispositif juridique qu'ils contribuent largement à définir. Les juristes de l'État – ainsi du reste s'expriment Luzius Mader et Heinrich Koller – apparaissent donc comme des intermédiaires ou des médiateurs. La double contrainte qui s'exerce sur eux, loin d'être un facteur de faiblesse, est au contraire un puissant vecteur de légitimité : elle leur permet de se revendiquer, selon les contextes, aussi bien de l'autorité politique que d'un savoir scientifique. C'est sans doute pourquoi, plus que les autres probablement, ils sont conscients de l'intrication des deux univers, qui se réfracte dans leur travail. Aussi peuvent-ils penser simultanément la dimension fondamentalement politique du droit (comme expression du pouvoir politique) et sa relative autonomie (parce que tributaire d'une rationalité propre), et donc passer d'un registre à l'autre selon le contexte d'action, celui de la détermination des objectifs de la révision, de la réalisation du mandat de mise à jour ou encore de son expression dans l'arène publique ou parlementaire.

On le voit, la conception des auteurs impliqués dans le processus de révision à propos de la relation entre droit et politique n'est pas univoque et donne lieu à des formulations nuancées, qui soulignent tantôt l'autonomie de ces deux univers, tantôt leur imbrication. Plusieurs contributions évoquent l'importance du travail de coordination et de cadrage (notamment entre le *Comité scientifique* et le *Comité directeur* de la révision) requis pour assurer une maîtrise de cette relative perméabilité. Certaines insistent sur la centralité de la place occupée par quelques personnes situées à l'intersection des différents univers. Ainsi en est-il tout particulièrement de Bernhard Ehrenzeller, collaborateur personnel d'Arnold Koller, intervenant à la fois sur des problématiques de politique d'État (*staatspolitisch*) et de droit constitutionnel (*staatsrechtlich*), qui fut un véritable *porteur* entre les différentes instances du dispositif de révision. De tous les acteurs impliqués, il fut probablement celui qui a le plus incarné – et donc concrétisé en pratique – l'articulation des registres juridiques et politiques de la révision. D'autres acteurs ont pu jouer ce rôle tout à fait stratégique de mise en relation des problèmes politiques et constitutionnels, notamment au sein de l'administration, mais aussi au Parlement. Le témoignage de René Rhinow est à cet égard des plus éclairant. Cumulant les fonctions de professeur de droit public et de membre du Conseil des États (et à ce titre président de la Commission de la révision constitutionnelle), il était au bénéfice d'une solide expérience d'expertise en matière constitutionnelle et de parlementaire. Si cette double appartenance soulève parfois des difficultés dans l'arène parlementaire – il faut trouver, dit-il, un équilibre

pour être en mesure de jouer sur les deux registres simultanément –, elle n'en constitue pas moins une ressource importante dans un contexte de *Nachführung* où le débat fut assez technique et où il s'agissait de contenir certaines propositions sortant du cadre fixé.

Le fait que la mise à jour du droit constitutionnel suisse n'a guère produit d'effets tangibles sur la vie politique a souvent été évoqué. Sans doute ce constat est-il fondé si on limite la mesure de l'impact de la nouvelle Constitution aux règles du jeu considérées comme les plus structurantes. En l'espèce, ces règles n'ont en effet subi que des modifications assez marginales, en tous les cas insuffisantes pour produire des effets significatifs sur le jeu politique, dont les transformations importantes, ces quinze dernières années, doivent être imputées à des facteurs autres que constitutionnels. S'il est vrai, comme le suggère Bastien François (2009, 465), que « l'enjeu principal, lorsque l'on analyse des moments constitutifs, est de comprendre quels sont les problèmes que les constituants ont voulu régler », la réforme de la Constitution fédérale donne largement l'impression de se résumer à un exercice technique, réalisé *ex nihilo* pour régler des questions d'ingénierie institutionnelle. Une telle conclusion serait incomplète et laisserait de côté l'effet majeur de l'ensemble du processus, qui devrait être situé au niveau de la fonction symbolique (Lacroix 1984, François 1992), proche du mythe (Auer 1996, 12) de la Constitution, une fonction du reste que l'ensemble des responsables successifs de la révision lui ont reconnue. Plus d'une trentaine d'années de travaux, une abondante production doctrinale, la mobilisation de nombreux acteurs dans le projet, la récurrence de la révision constitutionnelle dans l'arène publique, politique et médiatique, tous ces éléments ont contribué à l'ancrage du droit constitutionnel dans la réalité politique. Non pas la réalité des citoyens ordinaires, contrairement aux ambitions proclamées, mais celle des professionnels de la politique, c'est-à-dire de tous les agents impliqués à un titre ou à un autre dans cet univers où les manières d'être et de faire, de penser et d'agir se sont juridicisées, notamment à la faveur du long processus de révision constitutionnelle.

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

Nicolas Freymond, *chercheur FNS junior*, Université de Lausanne, courriel : nicolas.freymond@unil.ch

Pascal Mahon, *professeur de droit constitutionnel*, Université de Neuchâtel, courriel : pascal.mahon@unine.ch

Marc Renkens, *doctorant FNS*, Université de Lausanne, courriel : marc.renkens@unil.ch

Bernard Voutat, *professeur de science politique*, Université de Lausanne, courriel : bernard.voutat@unil.ch

Notes

- 1 L'art. 2 de l'arrêté fédéral du 3 juin 1987 sur la révision totale de la Constitution fédérale (FF 1987 II 977) prévoit en effet seulement que « [le] Conseil fédéral soumettra à l'Assemblée fédérale le projet d'une nouvelle constitution. »
- 2 BO CE 1993 1101; BO CN 1994 1644 2439.
- 3 Art. 3 de l'arrêté fédéral du 3 juin 1987 sur la révision totale de la Constitution fédérale.
- 4 *Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale*, FF 1997 I 1, ici 495.
- 5 D'ordinaire, en effet, les avant-projets d'actes législatifs sont mis en consultation externe au nom du département et de l'office en charge du dossier.
- 6 *Arrêté fédéral du 3 octobre 2003 concernant réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons*, accepté par le peuple et les cantons le 28 novembre 2004 et entré en vigueur le 1er janvier 2008, RO 2007 5765.
- 7 *Arrêté fédéral du 16 décembre 2005 modifiant les articles de la Constitution sur la formation*, accepté par le peuple et les cantons le 21 mai 2006 et entré en vigueur le même jour, RO 2006 3033.
- 8 *Voir le message du 20 novembre relatif à une nouvelle constitution fédérale*, 1996, FF 1997 I 1, ici 101, où le Conseil fédéral explique que comme ces deux réformes « ne sont pas compatibles avec le principe de l'unité de la matière, elles ne sauraient être réalisées par la voie d'une révision partielle ». Elles devraient donc, toujours selon le Conseil fédéral, être considérées – si elles devaient être soumises au souverain séparément de la mise à jour – comme des révisions totales « matérielles ».
- 9 Voir notamment Jean-François Aubert, in : Aubert/Mahon 2003, ad art. 192, n^{os} 2 et 3, qui estime que ces deux projets respectent l'unité de la matière et qu'ils pouvaient dès lors – et auraient dû – être qualifiés de révisions partielles. Dans le même sens, voir Tschannen 2011, p. 538 à 541. Cf. aussi Auer 2004, 41, qui juge que c'est sans doute à tort que ces deux réformes ont été qualifiées de « révisions totales matérielles » (l'auteur ne partage cependant pas l'avis d'Aubert selon lequel ces réformes respectaient le principe de l'unité de la matière, cf. p. 43 à 44).
- 10 *Message du 14 novembre 2001 concernant la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT)*, FF 2002 2155, ici 2185, où le Conseil fédéral précise que cette procédure de révision « évite la question de savoir si le principe de l'unité de la matière est respecté ». Voir, pour une critique sur ce point, Aubert, précité (note précédente), ad art. 192, no 2.
- 11 Initiative parlementaire, Article constitutionnel sur l'éducation, Rapport du 23 mai 2005 de la Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil national, FF 2005 5159, ici 5197.
- 12 Avis du Conseil fédéral du 17 août 2005, FF 2005 5225.

- 13 Cf. Biaggini 2010, qui considère même que cette révision « den Grundsatz der Einheit der Materie arg strapazierte ».
- 14 *Message relatif à une nouvelle constitution fédérale*, précité, p. 101.
- 15 *Ibid.*
- 16 *Ibid.*
- 17 *Ibid.*
- 18 *Ibid.*
- 19 Voir, dans ce sens, Aubert, précité (note 9), ad art. 192, n^o 3, qui relève qu'il n'était « pas nécessaire [...] d'inventer un mode de révision qui ne trouve pas d'appui dans la Constitution ». Cf. aussi Biaggini 2009, 132, qui parle de révisions « hermaphrodites » (« zwitterhaften Paketlösungen »).
- 20 Ainsi, pour reprendre l'exemple (et la logique) du Conseil fédéral, si l'on voulait qualifier l'initiative « pour une Suisse sans armée ... » de demande de révision totale, l'initiative devrait – aurait dû – être invalidée pour le motif qu'elle revêtait la forme d'une initiative rédigée, ce qui n'est pas possible pour une initiative demandant la révision totale. Dans le même sens, Aubert, précité (note 9), ad art. 192, n^o 3.
- 21 Liberté de manœuvre que les cantons, eux, n'ont pas.

Bibliographie

- Aubert, Jean-François / Mahon, Pascal, 2003, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse* du 18 avril 1999, Berne, Schulthess.
- Auer, Andreas, 1996, *La Belle et la Bête : les deux constitutions de la Suisse*, in : Auer, Andreas / Zen-Ruffinen, Piermarco (éd.), *De la Constitution : études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, p. 3 à 13.
- Auer, Andreas, 2004, *Les institutions de la démocratie directe en Suisse: une lente dégradation*, *LeGes* 3, p. 35 à 47.
- Biaggini, Giovanni, 2009, *Verfahren und Methoden der Verfassungsfortbildung*, in: Biaggini, Giovanni / Müller, Georg / Müller, Jörg-Paul / Uhlmann, Felix (éd.), *Demokratie, Regierungsreform, Verfassungsfortbildung – Schwerpunkte aus dem wissenschaftlichen Werk von René Rhinow dargestellt von Schülern, kommentiert von Freunden und Kollegen* (Symposium für René Rhinow zum 65. Geburtstag), Bâle, p. 125 à 137.
- Biaggini, Giovanni, 2010, *Entwicklungen und Spannungen im Verfassungsrecht – Versuch einer Standortbestimmung zehn Jahre nach Inkrafttreten der Bundesverfassung vom 8. April 1999*, *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht*, p. 1 à 41.
- Eichenberger, Kurt, 1991, *Sinn und Bedeutung einer Verfassung*, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 110, 2. Halbband, p. 143 ss.

François, Bastien, 1992, Maastricht, la Constitution et la politique. Brèves considérations sur la dimension symbolique des révisions constitutionnelles, *Revue française de droit constitutionnel*, 11, p. 469 à 478.

Lacroix, Bernard, 1984, Les fonctions symboliques des Constitutions, in Seurin, Jean-Louis (éd.), *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris, Economica, p. 186 à 199.

Maus, Didier / Halpérin, Jean-Louis / François, Bastien / Troper, Michel, 2009, *Ecrire une Constitution, Débat avec Emmanuel Laurentin*, *Revue française de droit constitutionnel*, 79, p. 558 à 574.

Tschannen, Pierre, 2011, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 3. Auflage, Berne, Stämpfli.

Zusammenfassung

Der letzte Beitrag dieses Dossiers zur Totalrevision der Bundesverfassung widmet sich einer übergreifenden Analyse aller Beiträge und Berichterstattungen der Akteure der Totalrevision, die an der Neuenburger Tagung teilgenommen haben. In einem ersten Teil wird analysiert, auf welche Art und Weise die Totalrevision in der Praxis angegangen wurde, und aufgezeigt, von welcher doppelten – juristischen und politischen – Steuerung der Prozess seit seiner Wiederaufnahme 1993 bestimmt wurde. Die Analyse nimmt sich anschliessend die zwei zentralen Begriffe der Revision vor: die Nachführung und das Baukastensystem. Dabei werden die ambivalenten Wahrnehmungen, die diese hervorgerufen haben (und heute noch hervorrufen), und die Funktionen, die ihnen in der strategischen Durchführung der Revision zugewiesen wurden, thematisiert. Abschliessend werden die generellen Zielsetzungen dieses Dossiers nochmals aufgenommen, um einen Überblick zu geben, wie sich das Verhältnis zwischen «Recht» und «Politik» während des Prozesses empirisch manifestiert hat. Der Beitrag schliesst mit der Frage nach den Auswirkungen der Totalrevision der Bundesverfassung.