Inhalt des 4. Heftes, Halbband I, 1994

AUBERT, JEAN-FRANÇOIS: Considérations sur la réforme des droits populaires fédéraux 295
KELLER, ALFRED: Haftpflichtrecht – quo vadis Im Lichte neuerer Literatur 331

Besprechung

KELLER, ALFRED: Haftpflicht im Privatrecht *(H. Nater)* 345

Considérations sur la réforme des droits populaires fédéraux

1950182

Jean-François Aubert, Professeur à l'Université de Neuchâtel

Exposé présenté au Département fédéral de justice et police en juin 1993, légèrement remanié en août 1994.

I. Délimitation du sujet

1. L'organisation des droits populaires, entendus largement, suppose résolues de très nombreuses questions: sur la composition du corps électoral, sur les élections et les systèmes électoraux, sur les initiatives populaires et les référendums en matière constitutionnelle, sur les initiatives populaires et les référendums appliqués à des actes inférieurs à la Constitution, sur le déroulement des campagnes électorales ou référendaires, etc. De tous ces domaines, il n'y en a guère où la réglementation juridique ne fasse aujourd'hui l'objet de critiques et de propositions de revision. Mais, même s'il faut admettre que notre système démocratique forme un ensemble dont les diverses parties ne sauraient être totalement dissociées, il nous a paru que notre exposé, pour ne pas prendre une ampleur excessive, devait se concentrer sur le secteur où les interactions sont probablement les plus évidentes et la demande de réforme la plus manifeste. Ce secteur est celui du *référendum sur les actes inférieurs à la Constitution*: lois, crédits, actes administratifs, etc.; à quoi nous ajouterons quelques réflexions sur la conclusion et l'exécution des traités internationaux.

2. En limitant notre examen au référendum du niveau infraconstitutionnel, nous écartons de notre champ d'observation:
- les conditions du droit de vote;
- l'élection du Conseil national;
- l'extension de l'élection au suffrage universel à d'autres autorités fédérales;
- la procédure de revision de la Constitution;
- l'initiative populaire;
- la régularité des scrutins.

Pour ce qui concerne l'initiative populaire, nous sommes bien conscient qu'elle est en rapport étroit avec le référendum. Mais l'initiative constitutionnelle fait déjà, présentement, l'objet des délibérations de l'Assemblée fédérale (initiative Zwingli); le Conseil fédéral s'est exprimé; le Conseil

national a statué; ce n'est plus le moment d'une expertise juridique[1]. Quant à l'initiative législative, le Conseil national en a rejeté l'idée, à deux reprises, dans un passé trop récent pour qu'il soit utile d'en entreprendre aujourd'hui le réexamen[2], si ce n'est dans le cadre d'une revision totale de la Constitution. On réservera toutefois ces formes d'initiative que sont le référendum dit "constructif" (ci-dessous, nos 50 et ss) et les instruments qui s'en rapprochent (ci-dessous, nos 74 et ss).

II. Caractère mélangé de ce genre d'étude

3. Les juristes qui abordent l'idée d'une *réforme* des institutions sont dans une position assez inconfortable.

La réforme est un acte de volonté, un acte *politique*, qui relève du pouvoir politique, des hommes et des femmes politiques qui forment le Parlement et, pour finir, des citoyens qui décident du sort des propositions qui leur sont faites. Ce n'est pas vraiment une affaire de juristes. Et, dans la mesure où ceux qui se prononcent sur la réforme cherchent à fonder leur conviction sur des arguments scientifiques, ils trouveront leurs informations chez les historiens, les politologues, les sociologues, les statisticiens davantage que chez les constitutionnalistes.

Ce que les juristes peuvent faire, sans sortir de leur spécialité, se résume à deux ou trois choses. Ils peuvent rappeler les exigences d'un système normatif hiérarchisé, dire par exemple ce qu'à leur avis le droit international permet aux autorités nationales ou ce que la Constitution permet au législateur ordinaire. Ils peuvent dénoncer ce qui leur paraît contradictoire à l'intérieur d'une Constitution ou d'une loi; ils peuvent notamment signaler des imperfections, l'insuffisance des moyens choisis pour atteindre un certain but – par exemple, dans le domaine des droits populaires, montrer que certaines techniques de vote, en particulier sur des alternatives à plusieurs termes, ne sont pas propres à assurer la liberté de choix des citoyens (encore qu'ici on puisse penser que les bonnes solutions doivent être demandées plutôt à des logiciens ou à des mathématiciens). Ils peuvent enfin, c'est évident, traduire en règles de droit la volonté des réformateurs.

1 Cf. FF 1993 II 205-223 (rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national); 224-232 (avis du Conseil fédéral); BO 1993 CN 793-805, 812-821 (28 avril 1993; adoption de nouvelles dispositions constitutionnelles). – P.S. Voir une motion de la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats, qui demande un examen plus large de la question de la validité des initiatives populaires, no 93.3533, du 8 novembre 1993; transmise le 16 juin 1994, BO 1994 CE 740-743.

2 Cf. BO 1987 CN 673-690 (3 juin 1987); 1991 CN 1617-1624 (23 septembre 1991). Sur les problèmes difficiles que pose l'introduction de l'initiative populaire au niveau infraconstitutionnel, voir RUDOLF WERTENSCHLAG, Formen der Initiative im Bund: heute und morgen, Strukturen und Formen der Volksinitiative, Bâle/Francfort, 1990, p. 80-89.

Mais, ces services une fois rendus, les juristes sont un peu au bout de leur latin. Pour continuer de parler, il leur faut emprunter leurs connaissances à d'autres disciplines. Autant dire qu'ils doivent faire preuve de circonspection.

4. Voici, pour illustrer notre propos, quelques questions relatives aux droits populaires sur lesquelles un juriste doit bien se former une opinion, ou tout au moins un sentiment, mais sans que la science juridique lui soit d'un grand secours:

- la réforme envisagée répond-elle à un besoin? en d'autres termes, les institutions actuelles ont-elles des défauts majeurs et ces défauts sont-ils ressentis comme tels par les citoyens?
- les règles proposées paraîtront-elles simples ou compliquées aux citoyens?
- si elles sont acceptées, seront-elles effectivement utilisées?
- la réforme aura-t-elle pour conséquence d'affaiblir ou de fortifier le Parlement, le Gouvernement, les grands partis, les petits partis, les groupements intéressés, etc.?
- enfin, la question "existentielle", qui domine toutes les autres: la réforme a-t-elle des chances de succès?

Il est bien clair qu'un juriste n'a pas de lumières particulières sur ces questions, notamment sur la dernière; et pourtant, il ne peut pas les négliger totalement. Il ne peut pas, par exemple, proposer des règles d'une telle complexité que les citoyens, en dehors de tout esprit polémique[3], n'arrivent pas à les comprendre.

5. Mais l'étude des droits populaires n'est pas seulement caractérisée par un mélange des disciplines. C'est encore, à supposer qu'une réforme soit jugée utile, son *orientation* qui est incertaine.

Les opinions sur le type de réglementation qu'il faudrait introduire sont en effet très diverses. Les uns trouvent que les objets soumis à référendum sont trop nombreux, les autres pensent qu'ils sont trop rares. Naturellement, cette contradiction peut n'être qu'apparente, on peut chercher à la surmonter par des formules de synthèse, en disant par exemple que les citoyens votent trop souvent sur des objets qui n'en valent pas la peine, trop peu sur les matières véritablement importantes[4]. Mais ce genre de formule ne doit pas nous cacher qu'il existe, actuellement, dans l'esprit public suisse, une opposition beaucoup plus fondamentale.

3 Esprit polémique: c'est celui qui consiste à dire, avant tout examen, d'une réforme qui dérange qu'elle est trop compliquée. On l'a prétendu, jadis, de la représentation proportionnelle; mais il y a aussi des exemples plus récents!

4 Voir, par exemple, CHRISTOPH STEINLIN, Möglichkeiten und Grenzen der politischen Innovation am Beispiel der Totalrevision der Berner Kantonalverfassung, Mélanges Richard Bäumlin, Coire/Zurich, 1992, p. 149-173, spécialement p. 154.

Il y a d'une part les adeptes d'un *retour* à une démocratie essentiellement représentative, qui entendent libérer le Parlement et le Gouvernement d'un contrôle populaire qui les paralyse; il y a d'autre part les partisans d'un *développement* de la démocratie semi-directe, qui estiment que la Suisse est un pays assez petit pour que les citoyens y exercent une influence immédiate sur la conduite de la politique et que, par conséquent, l'amélioration de l'instrument du référendum est une tâche qui mérite d'être poursuivie. Devant cette opposition, il faut choisir son camp et il est bien évident qu'un tel choix, qui procède d'un jugement de valeur, ne doit rien à la science du droit constitutionnel. Nous pensons, pour notre part, que le référendum ne doit pas être réduit, mais élargi.

6. Une autre *ambivalence* de la réforme des droits populaires, qui est devenue particulièrement sensible depuis quelques années, c'est que la modification des règles sur le référendum peut assurément, comme par le passé, être entreprise de manière *autonome*, pour les seuls besoins de la *politique nationale*, mais qu'elle peut aussi l'être en considération de l'*intégration progressive* de la Suisse dans le réseau du *droit international*, pour permettre à notre pays de mieux remplir ses engagements envers les Etats étrangers. Il y a, évidemment, des réformes qui peuvent se faire de manière tout à fait indépendante de notre environnement international; par exemple, l'extension du référendum à certaines décisions administratives ou l'introduction du référendum financier. Mais il y en a d'autres qui sont, sinon imposées, du moins fortement suggérées par le souci d'adapter nos institutions aux exigences du droit international; par exemple, l'aménagement d'un référendum qui ne soit pas exclusivement négatif; ou encore, l'adoption de mesures propres à remédier aux lenteurs de la procédure ordinaire du référendum. Sans doute de telles réformes peuvent-elles aussi être conçues dans une perspective strictement nationale; mais elles doivent beaucoup à l'impulsion du droit international. Il est d'ailleurs notoire que, lorsque la discussion actuelle sur le référendum a commencé, il y a environ deux ans, c'était en vue de la ratification d'un important traité international; mais il est intéressant de constater que le débat n'a pas pris fin quand cette ratification a été empêchée par le vote du peuple et des cantons (6 décembre 1992); qu'il se poursuit au contraire dans le cadre plus étroit, mais en même temps plus flexible, de l'autonomie nationale. Si les exigences du droit international n'ont pas disparu (la Suisse est partie à bien d'autres traités), elles ont été reléguées, du moins temporairement, à l'arrière-plan.

III. La réglementation actuelle du référendum (bref rappel)

7. Avant d'envisager la réforme d'une institution, il convient d'avoir une vue claire des règles qu'on entend modifier. Le droit du référendum est

bien connu; c'est, chez nous, une partie élémentaire de l'instruction des citoyens; le rappel peut donc être bref.

8. On répétera, pour commencer, que le présent exposé ne porte pas sur la procédure de revision de la Constitution (cf. no 2). Le référendum dont il s'agit ici est du niveau infraconstitutionnel; en langage commun, c'est le *référendum facultatif*.

9. Les règles sur le référendum facultatif se trouvent dans la Constitution (essentiellement aux art. 89 et 89bis et dans le principe non écrit de la légalité), dans la loi sur les rapports entre les conseils[5], dans celle sur les droits politiques[6]; éventuellement dans certaines lois spéciales[7].

10. Quant aux *objets*. L'objet du référendum est défini en termes formels à l'art. 89 II Cst.: ce sont les actes de l'Assemblée fédérale dénommés lois et arrêtés de portée générale. Pour les traités internationaux, la définition est, en revanche, matérielle: l'art. 89 III Cst. énumère trois catégories de traités déterminés par leur contenu. Mais l'art. 89 IV revient à un principe formel en ce qu'il permet à l'Assemblée fédérale d'exposer au référendum, par une décision non motivée, encore d'autres traités que ceux qu'indique impérativement l'alinéa III[8].

11. Le contenu des lois et des arrêtés de portée générale n'est pas défini dans la Constitution; il l'a été par la pratique de l'Assemblée fédérale jusqu'en 1962 et, depuis lors, il l'est par la loi sur les rapports entre les conseils (art. 4 et ss). En principe, la forme de la loi et la forme de l'arrêté de portée générale sont réservées à des "règles de droit" (Rechtssätze), qui sont également définies par la loi (art. 5 II). Des lois spéciales peuvent exposer au référendum des actes qui ne contiennent pas de règles de droit. Mais ces lois sont très rares[9], de sorte que le système établi en 1962 a bien

---

5 Loi du 23 mars 1962, RS 171.11.

6 Loi du 17 décembre 1976, RS 161.1.

7 Voir la note 9.

8 Précision de terminologie: nous nous efforçons, dans les paragraphes suivants, d'employer deux verbes différents et de distinguer entre les actes "exposés" au référendum facultatif, qui sont les actes munis de la clause référendaire, c'est-à-dire les actes contre lesquels le référendum *peut être demandé*, et les actes "soumis" au référendum, qui sont les actes contre lesquels le référendum *a été valablement demandé* et qui feront effectivement l'objet d'un vote populaire. Cette différence de langage n'a évidemment pas sa place là où le référendum est obligatoire: dans ces cas-là, les actes sont soumis d'office au vote populaire.

9 Voir la loi sur les Chemins de fer fédéraux, du 23 juin 1944, RS 742.31, à l'art. 2 (les arrêtés fédéraux concernant l'acquisition de nouveaux chemins de fer ou la construction de nouvelles lignes doivent être munis de la clause référendaire); cf. encore l'ancienne loi sur l'aide aux universités, du 28 juin 1968, ROLF 1968 1633, à l'art. 14 (les crédits pluriannuels devaient revêtir la forme de l'arrêté de portée générale); la nouvelle loi, du 22 mars 1991, RS 414.20, en vigueur depuis le 1er janvier 1992, ne contient plus cette règle particulière (art. 4 II).

eu pour effet de réduire le référendum de l'art. 89 II Cst. à ce qu'on appelle traditionnellement la *législation au sens matériel*, à l'exclusion des actes qui relèvent de l'activité administrative.

12. Il est arrivé toutefois que l'Assemblée fédérale munisse de la clause référendaire, en vertu du principe constitutionnel de la légalité, certains actes administratifs qui n'avaient pas de base légale[10].

13. Le référendum porte sur des actes de l'Assemblée fédérale qui ont franchi toutes les étapes de la procédure parlementaire et qui sont prêts à entrer en vigueur. Il n'a donc pas pour objet des choix préliminaires qu'il s'agirait de traduire ensuite par des lois. On vote sur des lois *achevées*, non pas sur des principes.

14. Le référendum porte sur un texte *unique*, non pas sur des variantes. Si le Parlement hésite entre plusieurs solutions, il doit trancher lui-même et n'en peut pas laisser le soin aux citoyens[11].

15. Le référendum porte sur un acte *entier*, non pas sur des parties de cet acte. Si une loi contient cinquante articles, le vote a pour objet l'ensemble de ces articles, non pas certains d'entre eux qui auraient été distingués des autres. Si c'est, par exemple, l'art. 38 de cette loi qui a seul suscité l'opposition, il entraîne dans sa chute, en cas de rejet, les quarante-neuf autres articles qui n'étaient pas contestés.

16. Quant aux *sujets*. Le référendum est facultatif, il n'est donc pas organisé d'office. Il n'a lieu que s'il est demandé, et il ne peut l'être que par ceux qui ont la *faculté* de le demander. La Constitution donne cette faculté à un certain nombre de citoyens (50 000), dont les signatures doivent être réunies dans un certain délai (90 jours, dit la loi sur les droits politiques à l'art. 59). Une même faculté est reconnue à huit cantons, mais cette possibilité-là, comme chacun le sait, n'a jamais été utilisée et le

10 Voir un arrêté fédéral relatif à une convention réglant l'abandon du projet de centrale nucléaire à Kaiseraugst, du 17 mars 1989, RS 732.10; FF 1988 III 1197, 1211; BO 1988 CE 876-878; 1989 CN 313-315. Cf. encore FF 1991 II 415, 423; IV 1056 (Lucens).

11 Il est question actuellement d'offrir aux citoyens le choix entre l'introduction d'une taxe à la valeur ajoutée au taux de 6,2%, l'élévation de ce taux à 6,5% et le maintien du statu quo. Mais nous sommes ici au niveau supérieur de l'arrêté constitutionnel. Le mode de scrutin envisagé n'est d'ailleurs pas irréprochable: les citoyens qui n'acceptent une TVA qu'à 6,5% et qui, à défaut, préféreraient en rester au régime fiscal actuel, ne peuvent pas exprimer pleinement leur volonté. Ils le pourraient avec le système Haab (cf. no 37), mais, dans le cas d'espèce, celui-ci n'est pas prévu par la Constitution. – P.S. Le principe de la TVA et le taux de 6,5% ont été adoptés, dans deux votes distincts, le 28 novembre 1993.

législateur n'a même pas pris la peine d'indiquer comment elle devrait l'être[12].

17. En revanche, la faculté de demander le référendum n'appartient ni à l'Assemblée fédérale, ni à une minorité de celle-ci, ni au Conseil fédéral. On réservera la possibilité, pour le Parlement, de qualifier un acte d'arrêté constitutionnel sans qu'il y soit obligé par l'effet de la hiérarchie des règles: mais cette figure, où un référendum, normalement facultatif ou même pas prévu du tout, est organisé d'office, c'est-à-dire devient obligatoire par la volonté de l'Assemblée fédérale, ne relève pas du présent exposé[13].

18. *Effet dans le temps*. Le référendum a, en principe, un effet *suspensif*. L'acte qui y est exposé ne peut pas entrer en vigueur avant l'expiration du délai référendaire, si le référendum n'est pas demandé, ni avant un vote positif des citoyens, si le référendum a été demandé.

19. Le référendum n'a, *exceptionnellement*, qu'un effet *abrogatoire* lorsque l'acte qui y est exposé a été muni de la "clause d'urgence" – si toutefois il a été pris pour une durée supérieure à un an. Voir les détails à l'art. 89[bis][14].

20. *Mode de scrutin*. Le mode de scrutin est très simple. Le référendum tient en une *seule* question: acceptez-vous la loi, oui ou non? La loi est acceptée si les oui l'emportent sur les non; elle est rejetée dans le cas contraire. Il n'y a pas de questions alternatives (voir ci-dessus, nos 14 et 15). Il n'y a pas non plus de *quorum*: la loi peut être rejetée par 11% de non contre 9% de oui et 80% d'abstentions.

12 Il est question de le préciser; voir un avant-projet de revision de la loi sur les droits politiques, de la Chancellerie fédérale, du 7 décembre 1992, art. 67 à 67 b. – P.S. Voir maintenant un projet du Conseil fédéral, du 1er septembre 1993; FF 1993 III 461-462, 510.

13 Cas d'une loi ordinaire transformée sans nécessité juridique en une revision constitutionnelle: voir l'art. 121bis Cst.; l'innovation aurait pu être réalisée par une revision de l'art. 76 de la loi sur les droits politiques. – Cas d'un arrêté qui n'était normalement pas exposé à référendum: voir l'arrêté fédéral du 3 octobre 1972 approuvant un accord de libre-échange avec la Communauté économique européenne, du 22 juillet 1972; ROLF 1972 3165; RS 0.632.401; l'arrêté a été soumis au vote du peuple et des cantons, et approuvé, le 3 décembre 1972.

14 On trouve une figure comparable dans les cas où une ordonnance du Conseil fédéral doit être confirmée par une loi: le référendum, qui est suspensif pour la loi, est – s'il a une issue négative – abrogatoire pour l'ordonnance. Voir l'art. 8 de la loi du 9 octobre 1986 sur le tarif des douanes, RS 632.10. Pour une illustration du temps de la loi précédente (de 1959), cf. ROLF 1974 1447; FF 1974 II 497, 853; 1975 II 878 (élévation du droit de douane sur les huiles de chauffage, décidée par le Conseil fédéral le 29 août 1974, confirmée par l'Assemblée fédérale le 4 octobre suivant, mais rejetée en référendum le 8 juin 1975).

IV. Les défauts de la réglementation actuelle

21. Nous avons déjà eu l'occasion de dire, plus haut, que la critique des institutions ne relevait que très partiellement de la science juridique (nos 3 et 4). Mais nous avons aussi ajouté qu'il fallait bien que les juristes se fassent une certaine opinion sur les qualités et les défauts des règles qu'ils étudient. Leur tâche est d'ailleurs facilitée lorsqu'il s'est créé un sentiment commun, ou du moins largement partagé, par les spécialistes qui observent la manière dont ces règles fonctionnent. Or le système que nous avons décrit présente, selon un avis répandu, des défauts notables, mais en même temps assez circonscrits pour qu'il soit possible de leur porter remède. Nous ne voulons donc pas reprendre ici les objections fondamentales qu'on peut faire aux droits populaires, notre intention n'étant nullement d'instruire le procès de la démocratie semi-directe. Nous voulons plutôt énumérer certaines insuffisances de l'institution référendaire qu'une réglementation plus différenciée permettrait de corriger.

22. Les critiques les plus fréquentes concernent l'*objet* du référendum.

Le premier grief tient au caractère un peu *artificiel* de la référence à la *règle de droit*. La limitation du référendum aux seules règles de droit se fonde sur deux idées. Première idée: du point de vue technique, il y a une division naturelle des actes de l'Etat entre les règles et les décisions. Seconde idée: du point de vue politique, les règles sont plus importantes que les décisions, en ce qu'elles déterminent les comportements futurs des particuliers et des autorités, tandis que les décisions ne font que tirer, dans des situations concrètes, les conséquences prévisibles des règles antérieurement posées. La division entre règles et décisions, que les philosophes et les juristes opèrent depuis des siècles (elle est, par exemple, fondamentale dans le Contrat social de J.J. ROUSSEAU[15]), correspond assurément à une logique élémentaire, mais, justement parce qu'elle est élémentaire, ceux qui l'ont cultivée n'ont pas tardé à en voir les insuffisances.

23. D'abord, la ligne de démarcation n'est pas toujours facile à discerner; on passe progressivement, et même insensiblement, d'un côté à l'autre.

Ensuite et surtout, le jugement politique qui veut que les règles soient plus importantes que les décisions (et par conséquent seules dignes d'être exposées au vote populaire) ne serait correct que si les décisions étaient absolument prédéterminées par les règles; ce qui n'a probablement jamais été vrai et qui, en tout cas, ne l'est plus à l'époque actuelle. Aujourd'hui,

[15] La "volonté générale", dans la pensée de ROUSSEAU, est, au fond, doublement générale. Elle est générale, d'abord, bien évidemment, parce qu'elle a pour sujet la société dans sa généralité. Mais elle est aussi générale parce qu'elle a pour objet des règles générales et non des décisions particulières (qui sont l'affaire des gouvernements).

dans beaucoup de domaines, les règles ne peuvent être que vagues, elles laissent un large pouvoir d'interprétation et d'appréciation aux autorités chargées de les appliquer, de sorte que les décisions, même si elles peuvent être rattachées à une règle, contiennent presque toujours une part de *nouveauté* qui ne pouvait pas être mesurée quand la règle a été adoptée. Une loi sur les routes, par exemple, ne nous dit pas où la route passera, une loi sur l'énergie ne nous apprend pas grand'chose sur l'implantation des centrales nucléaires, une loi sur l'aide au développement autorise les stratégies les plus diverses, etc.

24. Il résulte de ce qui précède que le régime établi par le législateur fédéral en 1962 pourrait être utilement revu. Ce n'est pas tellement l'exposition systématique des règles de droit au référendum qui fait problème. Comme le référendum n'est que facultatif, on peut penser, ou du moins espérer, qu'il ne sera pas demandé contre les règles de peu d'importance. Non, ce qui est insatisfaisant, c'est l'exclusion générale du référendum pour les actes qui ne contiennent pas de règles de droit. On vient de dire que certains de ces actes peuvent être d'un intérêt politique très réel. La preuve de cet intérêt nous est administrée, depuis plusieurs années, par l'emploi qui est fait de l'initiative populaire en matière constitutionnelle; il est notoire, en effet, que plusieurs initiatives ont eu pour but avoué de revenir sur des décisions de l'Assemblée fédérale qui n'avaient pas pu, faute de clause référendaire, être portées devant le peuple au moment où elles étaient prises.

25. Le système même de l'art. 89 II Cst. nous invite d'ailleurs à envisager l'extension du référendum à certaines décisions. On comprend mal, en effet, pourquoi le constituant de 1874 aurait pris la peine de créer, à côté de la loi, l'instrument de l'arrêté de portée générale si c'était pour lui donner un contenu identique. La différence selon la durée de validité, illimitée pour la loi et limitée pour l'arrêté, telle que l'a prescrite la loi de 1962, est de peu d'intérêt; elle ne suffit évidemment pas pour justifier l'existence de deux formes, car rien n'empêcherait le législateur d'introduire une limitation de durée dans certaines lois et rien non plus n'aurait empêché le constituant de réserver la clause d'urgence aux lois de durée limitée[16]. La distinction entre les règles importantes, qu'on mettrait dans des lois, et les règles mineures, qu'on mettrait dans des arrêtés, serait difficile à faire – tellement la notion d'importance est insaisissable – et conduirait au surplus à la conséquence peu satisfaisante que seules les règles qui n'ont pas d'importance peuvent être munies de la clause d'urgence. Finalement, la solution la plus raisonnable de ce petit casse-tête est d'admettre que l'arrêté de portée générale peut contenir aussi autre

[16] Voir, en ce sens, l'art. 81 de l'avant-projet de Constitution fédérale de 1977, l'art. 98 du modèle de 1985 et l'art. 100 du projet de MM. ALFRED KÖLZ et JÖRG PAUL MÜLLER.

chose que des règles de droit. Il y a même de bonnes raisons de penser qu'en dépit des mots utilisés dans le texte allemand et le texte italien de l'art. 89 II, cette interprétation est celle qui répond le mieux à la volonté du constituant de 1874[17]; qu'en d'autres termes c'est sans nécessité, voire indûment, que le législateur de 1962 a rétréci le contenu possible de l'arrêté de portée générale et qu'un élargissement de ce contenu pourrait se faire par une simple revision de la loi.

26. Une telle conclusion ne doit toutefois pas nous cacher le fait qu'une définition correcte du contenu de l'arrêté de portée générale reste une tâche délicate et qu'il n'est pas facile de fixer des critères dans une règle constitutionnelle ou législative destinée à durer. Et nous ne devons pas oublier que le peuple a déjà refusé à maintes reprises d'étendre le référendum aux matières administratives[18]. Nous reviendrons sur ce point dans la partie constructive du présent exposé.

27. Une autre objection tient à l'exigence du *vote en bloc* sur l'ensemble de la loi ou de l'arrêté. Selon les circonstances, c'est une méthode qui perd du temps inutilement. Si une loi tombe à cause d'un ou deux articles, que le Parlement a sans doute jugés importants, mais qui n'étaient pas indispensables, il faut refaire cette loi, au lieu de pouvoir la mettre immédiatement en vigueur dans ce qu'elle avait d'incontesté. Naturellement, la nouvelle procédure pourra être conduite assez rapidement, le terrain a été

[17] Cf. notamment Bulletin des délibérations du Conseil national, 1872, p. 417-421; Procès-verbal de la commission du Conseil des Etats, 1873, p. 47 (BLUMER, dont les déclarations nous paraissent déterminantes pour l'interprétation de l'expression "portée générale"); Procès-verbaux de la revision de la Constitution fédérale (1873-1874), Berne, 1877, p. 272, 279 et 370, où il apparaît que, le 28 janvier 1874, les deux conseils s'étaient accordés sur les mots "arrêtés qui sont d'intérêt général et n'ont pas un caractère d'urgence" (le reste, c'est-à-dire la "portée générale", étant l'invention d'un rédacteur de dernière heure). Voir encore RENÉ A. RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, Bâle/Stuttgart, 1979, p. 208; ALFRED KÖLZ, Reform der Volksrechte im Kanton Solothurn, Festschrift 500 Jahre Solothurn im Bund, Soleure, 1981, p. 41-45; CHARLES-ALBERT MORAND, cité à la note 32, p. 428; GEORG MÜLLER, Commentaire de la Constitution fédérale, ad art. 89 I (1987), nos 2 et 6 (la traduction française est incomplète). D'un autre avis ETIENNE GRISEL, Commentaire, ad art. 89 II (1987), nos 16 à 19.

[18] Par exemple sur les concessions hydrauliques (13 mai 1956); sur les crédits en général (30 septembre 1956); sur l'équipement de l'armée en armes atomiques (26 mai 1963); sur le tracé des routes nationales (26 février 1978); sur les installations atomiques (18 février 1979); sur les crédits militaires (5 avril 1987). On observera toutefois que le refus d'*imposer* à l'Assemblée fédérale le système du référendum financier, en 1956, n'avait nullement pour conséquence nécessaire que le législateur devait le lui *interdire* en 1962. – De son côté, le Conseil national a aussi, au cours des dernières années, rejeté diverses initiatives parlementaires tendant à l'élargissement de l'objet du référendum: cf. BO 1988 CN 848-858 (23 juin 1988; référendum financier); 1990 CN 1881-1886 (5 octobre 1990; référendum sur les grands projets de construction); 1991 CN 2399-2415 (12 décembre 1991; référendum en matière d'armement); 1993 CN 821-829 (28 avril 1993; référendum sur des actes administratifs d'une "portée extraordinaire").

reconnu, la loi a déjà été délibérée une première fois. Mais, même si l'Assemblée fédérale ne revient pas sur ce qu'elle avait accepté, l'opération risque bien de prendre deux ans (préparation du projet, rédaction du message, débats dans les deux chambres, nouveau délai référendaire)[19], un retard dont il serait facile de faire l'économie, si le référendum pouvait avoir pour objet non seulement la loi tout entière, mais aussi des parties de cette loi[20].

28. Le vote en bloc a encore un autre inconvénient: il cumule les oppositions, c'est-à-dire qu'il dresse contre la loi, dans un scrutin par oui ou non, des adversaires qui peuvent être d'opinions très diverses, voire diamétralement contraires. C'est ce qu'on appelle les alliances contre nature. Les uns s'en prennent à un article, les autres en veulent à un autre article, les uns trouvent la loi trop dure, les autres la jugent trop douce; aucun des deux camps ne fait une majorité; mais ensemble, quoique pour des motifs inconciliables, ils peuvent détruire la loi[21]. Une manière de voter plus nuancée aurait pu la sauver, tout en la corrigeant, au besoin, sur certains points particuliers.

29. Si les articles contestés sont indispensables non dans leur contenu, mais dans leur existence, c'est-à-dire s'ils répondent à une question sur laquelle le législateur ne peut pas rester muet, si donc ils ne peuvent être supprimés sans qu'il en résulte une lacune, la possibilité de voter sur ces seuls articles ne suffit évidemment pas. Les inconvénients du vote en bloc appellent un remède un peu différent, qu'il faudrait chercher dans la possibilité de choisir entre des variantes.

30. La nécessité de trouver des procédés qui empêchent de perdre du temps est particulièrement sensible dans les domaines où l'autorité est tenue d'agir avec célérité en vertu d'obligations que lui impose un droit supérieur. C'est le cas notamment quand la Confédération doit honorer des engagements internationaux. Ici, la technique ordinaire du référendum fédéral, qui est un mode "successif", où le législateur fait une première loi, puis, si elle est rejetée, une deuxième, puis au besoin une troisième,

[19] Exemple: loi portant revision de la loi d'organisation judiciaire, du 23 juin 1989, rejetée en référendum le 1er avril 1990 à cause de deux dispositions; nouvelle loi, du 4 octobre 1991, très semblable à la précédente sauf les deux dispositions contestées, entrée en vigueur le 15 février 1992.

[20] On peut, il est vrai, chercher à tourner la difficulté par le moyen de l'initiative populaire tendant à la revision partielle de la Constitution: l'initiative permet en effet, si elle est acceptée, d'insérer dans la Constitution une disposition qui abroge précisément l'article de la loi qu'on veut supprimer. Le procédé peut être utile; il n'en reste pas moins artificiel.

[21] Exemple: loi sur les étrangers, du 19 juin 1981, rejetée en référendum le 6 juin 1982 par l'alliance de la droite nationaliste, qui trouvait la loi trop généreuse notamment pour les saisonniers, avec une fraction de la gauche (petite, mais probablement décisive en l'espèce), qui regrettait le maintien même du statut de saisonnier; cf. ci-après, note 28.

n'est pas appropriée du tout. On doit pouvoir, sans faire violence aux citoyens, substituer au mode successif un mode "simultané", par l'utilisation de votes alternatifs.

31. Dans plusieurs cantons, le constituant a estimé que le référendum devait aussi pouvoir porter sur des *principes*, c'est-à-dire intervenir au début d'une procédure longue et coûteuse, de manière à prévenir des dépenses ou des retards inutiles. Mais il faut reconnaître que cette méthode – qui n'offre d'ailleurs pas de garantie absolue de succès[22] – a surtout sa place dans les ordres juridiques où l'autorité entreprend elle-même des investissements de grande ampleur, ce qui est plutôt l'affaire des cantons et des communes que celle de la Confédération. Il n'est donc pas indispensable de compléter le droit fédéral sur ce point; au besoin, le développement du référendum administratif fournirait l'instrument nécessaire.

32. Du côté des *sujets*. Il est bien clair que le référendum doit rester facultatif et que, par conséquent, le chapitre des sujets, c'est-à-dire de ceux qui peuvent le demander, reste ouvert.

Que le référendum puisse être demandé par des *citoyens* n'est contesté par personne. Ce référendum "d'initiative populaire", comme disent les Français, question posée par un fragment du peuple au peuple tout entier, est un des fleurons de notre démocratie; nul n'aurait l'idée de le supprimer. – La figure du référendum "constructif", qui concerne le contenu de la demande, relève de l'objet du vote populaire, non des sujets qui le déclenchent, et sera examinée plus loin (nos 50 et ss). En revanche, on a déjà dit (no 2) que le nombre des signatures, la manière de les réunir, le délai pour le faire n'appartenaient pas au présent exposé[23].

33. La règle qui donne la faculté référendaire à huit *cantons* n'a jamais fonctionné. On peut donc bien dire qu'étant restée inemployée pendant centvingt ans, elle devait être mauvaise, ou en tout cas mal conçue. La question qui se pose ici est de savoir s'il vaut la peine de la réhabiliter, en réduisant par exemple le nombre de huit à cinq ou trois. Pour nous, la réponse est franchement négative.

L'échec de la règle ne tient pas, ou du moins ne tient plus à un problème de nombre, mais à la tournure qu'ont prise les campagnes qui précèdent le vote populaire. Les cantons ne sont tout simplement pas équipés pour faire de la propagande et on n'imagine guère qu'ils le soient[24]. On voit

22 Les citoyens, qui ont dit oui au principe, peuvent toujours dire non à sa réalisation.

23 Cf. l'avant-projet de loi de la Chancellerie fédérale, du 7 décembre 1992, cité à la note 12. – P.S. Voir maintenant le message du Conseil fédéral, du 1er septembre 1993, FF 1993 III 405.

24 Voir, dans le même sens, ETIENNE GRISEL, L'initiative et le référendum, RDS 1978 I 452-453; Commentaire de la Constitution fédérale, ad art. 89 II (1987), no 28; Initiative et référendum populaires, Lausanne, 1987, p. 239.

mal, en effet, les conseillers d'Etat courir les salles de réunion et les studios de télévision ou signer des pamphlets ou des affiches pour dresser l'opinion contre une loi fédérale. Passe encore si cette loi menace gravement les intérêts d'une région: le conseiller d'Etat ne risque que le ridicule. Mais, si le référendum est d'inspiration plus idéologique, on peut être sûr que les cantons qui l'auront demandé seront eux-mêmes divisés et le porte-parole du Gouvernement, contesté publiquement par des membres du Parlement de son propre canton, manquera singulièrement de crédibilité. Bref, chacun comprend que le combat contre la loi sur le droit foncier ou la loi sur les droits de timbre n'était pas une affaire spécifiquement uranaise, argovienne ou neuchâteloise. Le comble de l'absurde pourrait même être atteint si la loi fédérale, attaquée par les autorités du canton, était finalement approuvée par les citoyens de ce même canton.

34. Reste la question du référendum décidé par l'auteur même de la loi, c'est-à-dire par le *Parlement*. On parle alors communément de référendum "extraordinaire" – comme pour bien montrer que la forme ordinaire est celle du référendum demandé par les citoyens. Un grand nombre de cantons connaissent le référendum extraordinaire provoqué directement par une décision du Grand Conseil ou d'une minorité de celui-ci[25]. On ne confondra pas ce type de référendum, où la décision parlementaire *déclenche elle-même* le vote populaire, avec la procédure par laquelle le Parlement décide de munir de la clause du référendum facultatif un acte qui normalement ne la contient pas, c'est-à-dire d'en faire un *objet* de référendum, après quoi le vote populaire n'aura lieu que s'il est demandé par ceux qui ont la faculté de le faire[26].

35. Si le pouvoir de rendre un acte référendable présente un intérêt certain (voir plus loin, nos 42 et ss), la faculté, pour l'Assemblée fédérale, de le soumettre directement au vote populaire ne nous paraît pas répondre à une véritable nécessité. Dans les rares cas où l'Assemblée éprouve le besoin de partager une responsabilité politique avec les citoyens, elle peut toujours, ainsi qu'on l'a vu (no 17), prendre la voie de l'arrêté constitutionnel. Si l'on voulait, en revanche, donner cette faculté à une minorité du Parlement (un tiers ou deux cinquièmes, par exemple), le sens de l'opéra-

25 Voir ANDREAS AUER, Problèmes fondamentaux de la démocratie suisse, RDS 1984 II 29-30; ETIENNE GRISEL, Initiative et référendum populaires, Lausanne, 1987, p. 251-252.

26 Dans ce dernier cas (qui est celui de l'art. 89 IV Cst. dans le domaine des traités internationaux), on parle parfois de référendum facultatif extraordinaire, pour le distinguer du référendum obligatoire extraordinaire, qui serait celui qui a été décrit au début du paragraphe. Mais cette terminologie n'est pas satisfaisante. Le référendum provoqué directement par le Parlement n'est pas vraiment "obligatoire"; il est organisé d'office, ce qui n'est pas pareil; on peut tout aussi bien dire qu'il est "facultatif", en ce que le Parlement a la *faculté* de le déclencher lui-même, c'est-à-dire qu'il a la même faculté que 50 000 citoyens.

tion serait bien différent. Il s'agirait d'accorder aux mouvements d'opposition, à condition qu'ils disposent d'un nombre de voix suffisant dans les conseils, une situation privilégiée qui les dispenserait de la peine de réunir des signatures. Autrement dit, tandis que les petits groupes, mal représentés à l'Assemblée, devraient, comme par le passé, mettre leur énergie à faire circuler des listes parmi les citoyens, les grands partis et les grandes associations auraient leur référendum sans effort. Cela permettrait sans doute de raccourcir certaines procédures de quelques mois, mais il faut bien mesurer ce que coûterait ce gain de temps: l'influence des groupes d'opposition les plus forts en serait considérablement accrue; à tout moment, ces minorités pourraient faire pression sur le Parlement en le menaçant, s'il ne passe pas par leur volonté, d'en appeler au peuple.

36. En ce qui concerne l'effet *suspensif* du référendum: ce caractère est tellement inhérent au système suisse qu'il n'est généralement pas remis en cause. Quoi de plus naturel, à première vue, que de permettre aux citoyens d'*empêcher* l'entrée en vigueur des lois qui leur déplaisent? Mais ce caractère naturel a aussi, nous semble-t-il, une conséquence perverse. Comme on ne sait pas encore ce que la loi donnera à l'usage, la campagne référendaire se résume souvent à une bataille de vaticinations, où les prophéties les plus sommaires ne sont pas toujours les moins efficaces. Les partisans de la loi s'efforcent d'en prédire les bienfaits: ils passent pour des rêveurs. Les adversaires usent d'une argumentation plus simple: ils annoncent un gonflement du nombre des fonctionnaires, un gonflement des formalités administratives, un gonflement des dépenses, des dangers pour la liberté, des dangers pour les cantons, des dangers pour l'économie, pour les salaires, pour les emplois, etc. Et si le peuple suisse ne se trouve pas précisément dans une phase d'audace et ne se sent pas en veine d'expérimentation, le tableau de toutes ces calamités l'engage à voter non.

Ces combats, où l'on échange des arguments sur ce qu'on ne connaît pas, ne sont pas satisfaisants pour l'esprit. Il serait plus raisonnable de juger une loi à ses fruits, *après* qu'elle est entrée en vigueur, comme font les Italiens[27]. Autrement dit, un référendum de type abrogatoire, où l'on débat de ce qu'on voit, est une formule intéressante, qui ne devrait pas être négligée. Il y a sans doute des catégories d'actes auxquelles elle ne convient pas, les traités internationaux, par exemple, ou les décisions qui se consomment par leur application. Mais la possibilité de revenir sur des lois qui n'ont pas tenu leurs promesses compléterait utilement la panoplie

27 Relevons, en passant, que les onze référendums abrogatoires qui ont eu lieu, en Suisse, entre 1965 et 1976, en vertu de l'art. 89bis III Cst., sur des arrêtés urgents qui dérogeaient à la Constitution ont tous donné un résultat positif. On ne peut pas s'empêcher de penser que certains de ces arrêtés auraient été rejetés s'ils avaient été présentés au vote populaire *avant* leur entrée en vigueur.

de nos instruments de démocratie semi-directe. On remarquera que nous sommes ici très près de l'initiative populaire (voir ci-dessous, nos 74 et ss).

37. Quant à l'organisation du *scrutin*. Le mode binaire, par oui ou non, qui convient aux questions à deux termes, serait évidemment insuffisant pour répondre à des alternatives plus complexes. Il faudrait alors s'inspirer de ce qui a été fait, en 1987, dans le domaine des revisions partielles de la Constitution, pour permettre un vote plus exact sur les initiatives populaires et les contreprojets (système Haab). Voir l'art. 121bis Cst.

38. L'absence de *quorum* suscite parfois des plaintes. Et c'est vrai qu'il est pénible, pour ceux qui ont travaillé longtemps à la confection d'une loi, de voir cette loi détruite par une poignée d'électeurs. Mais – malgré la propension des Suisses à l'abstention – les cas vraiment choquants (rejet par moins de 20% de non) ne sont pas très nombreux. Il s'en est produit deux ou trois au cours des douze dernières années[28]. Cela ne nous paraît pas suffisant pour proposer l'introduction d'un quorum; on peut d'ailleurs trouver d'autres manières de limiter les dégâts (le vote sur des variantes, par exemple).

39. Si toutefois on voulait introduire un quorum, il y aurait lieu, nous semble-t-il, de suivre le modèle danois, c'est-à-dire d'exiger, pour entraîner le rejet d'une loi, que les votes *négatifs* dépassent non seulement les votes positifs, mais encore une fraction minimale des électeurs inscrits[29]. Par exemple 20%. S'il y a 21% de non et 15% de oui, la loi est rejetée; elle ne l'est pas s'il n'y a que 19% de non et 10% de oui. En revanche, le modèle italien, qui subordonne la validité du scrutin à un quorum de *participation*, n'est pas recommandable du tout; il favorise les comportements pervers[30]. Si ce quorum est de 40%, par exemple, la loi est rejetée avec 25% de non et 20% de oui, mais elle est acceptée (!) avec 28% de non et 10% de oui (parce qu'ici le quorum de participation n'est pas atteint et que le scrutin n'a pas d'effet). Les partisans de la loi, s'ils sentent qu'ils seront battus, préconisent l'abstention[31].

28 Exemple: la loi sur les étrangers (voir la note 21) a été rejetée, le 6 juin 1982, par 690 000 voix contre 680 000, ce qui représente, par rapport aux électeurs inscrits, 17,3% de non contre 17,0% de oui. Autre exemple, du niveau constitutionnel celui-ci: le régime des finances fédérales 1990 a été rejeté, le 2 juin 1991, par 791.000 voix contre 664.000 (et vingt cantons et demi contre deux et demi), ce qui représente, pour le vote des citoyens, 17,5% de non contre 14,8% de oui.

29 Voir l'art. 42 V de la Constitution danoise du 5 juin 1953 (où la fraction est de 30%).

30 Voir l'art. 75 IV de la Constitution italienne du 27 décembre 1947.

31 Exemple: un référendum a eu lieu, le 4 juin 1990, en Italie, contre certaines dispositions de la loi sur la chasse. Les dispositions litigieuses, contestées par 18 millions de votants contre 2 millions, ont été *maintenues*, parce que 20 millions de votants (18+2) ne représentaient que 43,5% des inscrits(qui étaient au nombre d'environ 46 millions); cf. Archiv der Gegenwart, du 8 juin 1990, p. 34593. Si ces dispositions avaient été défendues

V. Nos propositions

40. Nous allons maintenant chercher à remédier à certains des défauts qui ont été indiqués plus haut. Cette démarche peut être conduite de deux manières très différentes. Ou bien on respecte le cadre constitutionnel et légal actuel et on s'efforce de formuler dans le langage traditionnel les corrections les plus nécessaires. Ou bien on entreprend une réforme complète des règles sur le référendum. Nous suivons ici la première méthode. La seconde ne se conçoit guère que dans le cadre d'une revision totale de la Constitution.

41. Les défauts majeurs de la réglementation actuelle affectent l'*objet* du référendum. C'est donc sur ce point que nous allons faire nos propositions principales, qui s'articulent autour de deux idées simples, le référendum administratif et les votes alternatifs.

A. *Le référendum administratif*

42. Sous ce terme, nous entendons un référendum qui a pour objet *autre chose qu'une règle de droit*: par exemple un crédit (référendum financier), un plan, une autorisation, une concession[32]. Il nous a paru évident que le régime inauguré en 1962 était un peu étriqué (ci-dessus, no 25) et qu'il fallait, pour permettre à de nombreux citoyens de se prononcer sur les actes qui les intéressent vraiment, renoncer au verrou que l'Assemblée fédérale s'est imposé sans nécessité il y a trente ans. Mais on doit aussi prendre garde de ne pas tomber dans un autre excès, c'est-à-dire de ne pas instaurer, en autorisant la remise en question permanente de décisions antérieures, le règne de l'incohérence. Bref, ici les défauts sont plus faciles à dénoncer qu'à réparer[33]: il s'agit de trouver un système qui expose au référendum certains actes administratifs sans, pour autant, en allonger indûment la liste.

par 6 millions de votants, au lieu de 2 millions, elles auraient été *abrogées*, parce que 24 millions de votants (18+6) auraient représenté 52% des inscrits. Autrement dit, 18 millions sont plus forts que 6 millions, mais plus faibles que 2 millions. – La règle italienne se rencontrait déjà dans la Constitution allemande dite de Weimar, du 11 août 1919, à l'art. 75; elle a produit des résultats qui ne valaient pas mieux; voir, notamment, un référendum du 20 juin 1926, où 15 millions d'électeurs ont été tenus en échec par un demi-million d'adversaires.

32 Sur le référendum administratif, voir notamment ALFRED KÖLZ, Ausbau des Verwaltungsreferendums?, RSJ 1981, p. 53-65; Bewahrung und Neubelebung der schweizerischen Demokratie durch institutionnelle Reformen, ASSP 1991, p. 271-286, spécialement p. 281-282; CHARLES-ALBERT MORAND, La crise du droit vue à travers la participation aux décisions concrètes, Mélanges Kurt Eichenberger, Bâle/Francfort, 1982, p. 423-441.

33 Voir, à ce sujet, les délibérations du Conseil national citées ci-dessus, à la fin de la note 18.

43. La détermination des actes exposés au référendum facultatif peut se faire de façons diverses. Ou bien on énumère, dans des règles abstraites et générales (des règles de droit!), les actes que l'Assemblée fédérale *doit* munir de la clause du référendum; et ceci peut se faire, à son tour, soit dans un texte général, un article de la Constitution ou une disposition d'une loi générale telle que la loi sur les rapports entre les conseils, soit dans diverses lois spéciales. Ou bien on énumère de la même manière les actes que l'Assemblée fédérale, voire une minorité de celle-ci, *peut* munir de la clause du référendum. Ou bien on renonce à toute énumération des actes qui doivent ou peuvent être exposés au référendum et on s'en remet, de cas en cas, à la décision du Parlement ou d'une minorité du Parlement. On peut aussi combiner les manières, par exemple laisser à l'Assemblée fédérale le soin de décider de cas en cas, tout en exceptant certaines catégories d'actes qui ne pourront pas être munis de la clause référendaire ou d'autres qui, au contraire, ne pourront pas ne pas l'être. Des formules de ce genre se rencontrent dans la plupart des Constitutions cantonales les plus récentes[34].

44. Le droit fédéral actuel ne permet le référendum administratif que si une loi spéciale le prévoit, éventuellement aussi pour les arrêtés qui seraient dépourvus de base légale (cf. nos 11 et 12). C'est, pratiquement, fort peu de choses. Si l'on entend élargir le champ d'application de ce type de référendum, on peut y exposer de nouvelles catégories d'actes, soit en les énumérant dans la Constitution ou dans la loi sur les rapports entre les conseils, soit en multipliant les lois spéciales. Mais il faut bien voir la difficulté de ces procédés. D'abord, il n'est pas sûr que les choix que nous ferions aujourd'hui soient encore satisfaisants dans vingt ou trente ans[35]. Ensuite, on doit reconnaître que la technique des lois spéciales n'offre pas les qualités de clarté et de cohérence qu'on peut attendre d'un système de démocratie directe. Enfin, il y a autre chose, qui est peut-être plus grave: la définition des catégories d'actes exposés à référendum se fait nécessairement à l'aide de notions juridiques assez indéterminées, dont l'interprétation prête inévitablement à discussion: par exemple, qu'est-ce qu'une décision "importante", qu'est-ce qu'un arrêté de "planification" ou, pour

34 Voir, par exemple, l'art. 63 I de la Constitution du canton d'Argovie, du 25 juin 1980, RS 131.127; l'art. 31 I de la Constitution du canton de Bâle-Campagne, du 17 mai 1984, RS 131.222.2; les art. 36 et 37 de la Constitution du canton de Soleure, du 8 juin 1986, RS 131.221; les art. 22 à 24 de la Constitution du canton de Thurgovie, du 16 mars 1987, RS 131.228; l'art. 62 de la nouvelle Constitution du canton de Berne, du 10 novembre 1992, acceptée par le constituant, le 6 juin 1993, par 265 000 voix contre 75 000, et dont l'entrée en vigueur a été fixée au 1er janvier 1995.

35 Comme le disait naguère un bon connaisseur de la matière: "Ce n'est pas une tâche simple que de définir, dans des termes généraux et abstraits destinés à durer, ce qui est politiquement important"; cf. URS BOLZ, Demokratie: Reformen in den Kantonen – Perspektiven für den Bund?, exposé présenté le 19 mars 1993 (non encore publié), Berne, p. 14. – P.S. Voir maintenant Législation d'aujourd'hui, 1993/1, p. 45.

emprunter au droit du référendum financier (cantonal) une illustration tout à fait classique, qu'est-ce qu'une dépense "nouvelle"? Quand la question se pose dans un canton, la décision du Grand Conseil peut être portée devant le Tribunal fédéral, et il se forme une jurisprudence. Pour la Confédération, c'est différent, l'Assemblée fédérale interprète souverainement ce genre de notions[36]. A la fin, c'est toujours la majorité des conseils qui impose son interprétation. Autrement dit, toutes les définitions juridiques finissent en batailles politiques: elles sont, par conséquent, d'une utilité relative.

45. S'il n'y a qu'une utilité relative à définir, dans la Constitution ou dans une loi, les actes non normatifs exposés au référendum, il nous paraît que la solution la plus simple est de *revenir au régime antérieur à 1962*, où la décision sur la clause référendaire relevait, de cas en cas, de la libre appréciation de l'Assemblée fédérale. Sous une double réserve. D'une part, il est bien clair que l'arrêté de portée générale pourra *toujours* contenir des règles de droit (éventuellement, comme aujourd'hui, celles qui sont prises pour une durée limitée). Ceci est la conséquence nécessaire de la manière dont la clause d'urgence est réglementée: comme cette clause ne se conçoit bien – depuis la revision constitutionnelle de 1949 – que pour des règles de droit[37] et que la Constitution, depuis l'origine, c'est-à-dire depuis 1874, ne permet de l'appliquer qu'aux arrêtés de portée générale, il faut, de toute évidence, que les règles de droit puissent aussi être passées dans cette forme. D'autre part, il nous semble indiqué de dire que certains actes non normatifs ne pourront *jamais* être munis de la clause référendaire: c'est ainsi, par exemple, que les décisions que l'Assemblée fédérale fonde, dans des cas d'espèce, sur des règles constitutionnelles ou légales précises, sans disposer d'aucun pouvoir d'appréciation, ne devraient pas être exposées au vote populaire (décisions sur recours, garantie des Constitutions cantonales); la solution contraire, qui attribuerait aux citoyens une fonction judiciaire et leur permettrait de défaire en particulier ce qu'ils ont accepté en général, ne servirait qu'à promouvoir l'incohérence.

46. Il reste à juger si la décision d'exposer un acte au référendum doit appartenir à l'Assemblée fédérale statuant à la majorité ou s'il ne convient pas de l'attribuer à une minorité du Parlement. La solution la plus simple est évidemment de donner ce droit à la majorité, comme le constituant l'a déjà fait en matière de traités internationaux (art. 89 IV Cst.). Mais nous avons l'impression que l'instrument ne sera vraiment utile que s'il est

[36] Une éventuelle extension de la juridiction du Tribunal fédéral aux actes de l'Assemblée fédérale n'entre pas dans le cadre du présent exposé.

[37] Depuis 1949, la clause d'urgence n'exclut plus le référendum, comme elle faisait dans le texte de 1874; elle le rend simplement abrogatoire; or un référendum abrogatoire convient mal à des actes non normatifs, qui se consomment souvent par l'usage (des crédits, par exemple).

accessible à une minorité, à la condition, naturellement, que cette minorité soit importante (un tiers des membres de chacun des deux conseils, par exemple)[38]. A noter que, si une telle solution est retenue, il faudra la prévoir dans la Constitution elle-même, parce qu'elle apportera une exception à un autre texte constitutionnel, l'art. 88, qui établit de manière générale le principe de la majorité.

B. Les votes alternatifs

a) L'alternative proposée par le Parlement

47. Il s'agit ici d'assouplir le système actuel du vote en bloc: de permettre aux citoyens de se prononcer, à la fois, sur une loi et sur une partie de cette loi; ou de choisir entre des variantes. Si l'idée n'est pas poussée trop loin, c'est-à-dire si l'alternative proposée est à *deux termes* seulement (à quoi il faut encore ajouter, naturellement, le maintien du statu quo), les deux problèmes se confondent et peuvent admettre une même solution. Il suffit, pour s'en convaincre, de prendre deux exemples récents: celui de la loi revisant la loi d'organisation judiciaire (1989), où la contestation, on s'en souvient, portait essentiellement sur deux innovations, l'introduction d'une procédure d'admission pour le recours de droit public et l'élévation de la valeur litigieuse pour le recours en réforme; et (à l'image de la discussion actuelle sur la taxe à la valeur ajoutée) celui d'une loi d'impôt où il y aurait une hésitation sur le taux. Au fond, c'est le même problème dans les deux cas. Dans l'affaire de la loi d'organisation judiciaire, l'Assemblée fédérale fait la loi qui lui paraît juste. Mais, sachant que les règles sur la procédure d'admission et celles sur la valeur litigieuse se heurtent, dans l'opinion, à une assez vive résistance, elle présenterait, à côté de la loi qu'elle souhaite voir acceptée, la même loi dépouillée des deux règles contestées. Après quoi, si le référendum est demandé, on organise un scrutin sur le modèle de ce qui a été adopté, en 1987, pour les cas où, en matière constitutionnelle, un contreprojet est opposé à une initiative populaire (art. 121bis Cst.). Si le référendum n'est pas demandé, c'est la version voulue par l'Assemblée qui entre en vigueur. Et c'est pareil dans l'affaire de la loi d'impôt: on présente la loi en deux versions, avec un taux dans la première et un autre taux dans la seconde, en précisant laquelle entrera en vigueur s'il n'y a pas de vote populaire.

48. Naturellement, on pourrait affiner le système en offrant un plus grand nombre de versions; trois ou quatre taux pour la loi d'impôt; et, pour la loi d'organisation judiciaire, à côté de la version voulue par le Parlement, une version sans la procédure d'admission, une version sans l'élévation de la valeur litigieuse, une version sans aucune des deux. Mais alors le

[38] Voir la solution de la nouvelle Constitution bernoise (ci-dessus, note 34), art. 62 I f.

mode de scrutin adopté en 1987 ne suffirait plus: il faudrait une batterie de questions plus complexe, voire plusieurs scrutins successifs[39]. Nous croyons sincèrement qu'ici le mieux est l'ennemi du bien: si l'on veut proposer au peuple et aux cantons suisses une amélioration du droit du référendum, il faudrait se contenter d'un progrès mesuré, comme a fait récemment le constituant du canton de Berne, à savoir une alternative à deux termes opposée au maintien du statu quo[40].

49. Il se peut toutefois que le Parlement, même s'il sait que sa loi est menacée sur des points précis, ne désire pas recourir au vote alternatif. En effet, cette méthode a aussi son inconvénient: elle rend difficile l'adoption de mesures impopulaires. Des articles qui auraient peut-être passé l'épreuve du référendum s'ils avaient été entraînés dans l'ensemble d'une loi courent grand risque d'être rejetés s'ils sont présentés comme des cibles spéciales. La question qui se pose alors est de savoir s'il convient que l'alternative vienne des citoyens, c'est-à-dire s'il faut donner aux citoyens qui demandent le référendum la faculté de proposer eux-mêmes une autre version de la loi, qui serait opposée à la version issue du Parlement. Telle est l'idée du *référendum constructif.*

b) L'alternative proposée par les citoyens (référendum constructif)

50. On parle beaucoup du référendum constructif depuis deux ans. On en a d'abord parlé surtout à l'occasion de l'examen des rapports entre les engagements internationaux de la Suisse et nos instruments nationaux de démocratie semi-directe. On y a vu un mécanisme qui permettrait d'adapter notre référendum aux exigences de la coopération européenne. Quand cette perspective s'est bouchée, on a continué d'en parler à propos de la revision d'une Constitution cantonale, dont il formait l'un des éléments les plus remarquables[41]. Il s'agit de voir maintenant ce qu'on en peut tirer en vue d'une éventuelle revision de la Constitution fédérale.

39 Voir, sur cette question, l'importante contribution de M. LUZIAN ODERMATT, Das Abstimmungsverfahren bei Grundsatz- und Einzelpunktabstimmungen, mit oder ohne Varianten, ZBl 1991, p. 93-117, spécialement p. 102-112.

40 Nouvelle Constitution bernoise (ci-dessus, note 34), art. 63 II et IV. Voir, sur les dispositions de cette Constitution relatives aux votes alternatifs, URS BOLZ, Die Volksrechte im Berner Verfassungsentwurf vom 31. Januar 1992, ZBl 1992, p. 433-456, spécialement p. 445-447; CHRISTOPH STEINLIN, cité à la note 4, p. 153-160.

41 Nouvelle Constitution bernoise (précitée), art. 63 III et IV. Cette innovation, qui porte le nom de "projet populaire" (Volksvorschlag), a été présentée au vote du constituant sous la forme d'une variante juxtaposée à la Constitution (mais sans recours au système Haab, qui n'était pas prévu par la Constitution bernoise alors en vigueur, et qui n'était d'ailleurs pas vraiment nécessaire en l'espèce – la détermination des citoyens sur la nouvelle Constitution ne dépendant probablement pas du sort de la variante); la variante a été acceptée, le 6 juin 1993, par 170 000 voix contre 150 000 (pour le vote sur le texte principal, voir la note 34).

51. D'abord, il faut être bien conscient qu'une variante proposée par les citoyens est autre chose que celle que le Parlement peut confectionner lui-même. Le Parlement aura soin, selon toute vraisemblance, de rédiger des variantes qui peuvent s'intégrer aisément dans le texte principal sans risquer de le dénaturer ou de lui ôter sa vertu. Les citoyens, eux, n'auront pas nécessairement le même souci: ils proposeront les règles qui leur tiennent à coeur sans toujours se préoccuper de l'économie générale de la loi. Cette différence n'a, il est vrai, pas empêché les électeurs bernois d'accepter ce genre d'innovation[42]. Mais on doit convenir qu'entre le droit des cantons et celui de la Confédération, il y a encore, sur la question des variantes, d'autres différences. D'une part, les cantons connaissent l'initiative populaire législative, alors que la Confédération l'ignore. Or le référendum constructif peut être considéré comme une espèce d'initiative législative; il représente donc, pour le droit fédéral, une nouveauté plus radicale que pour celui des cantons. D'autre part, les Parlements des cantons sont soumis à une juridiction constitutionnelle qui n'existe pas pour l'Assemblée fédérale[43]. Si donc le constituant entend subordonner l'usage du référendum constructif à des conditions juridiques (par exemple la conformité au droit supérieur, le principe de l'unité de la matière, etc.), le respect de ces conditions sera vérifié par un tribunal dans le cas des cantons, tandis qu'il sera abandonné à une appréciation essentiellement politique si l'institution est introduite dans le droit fédéral.

52. Et pourtant, malgré ces différences, il nous semble qu'il vaudrait la peine d'essayer de tirer quelque chose du référendum constructif au plan de la Confédération[44]. On peut envisager plusieurs solutions.

La solution minimale consiste à dire que la variante proposée par les auteurs de la demande de référendum n'est qu'une *offre* adressée à l'Assemblée fédérale. Celle-ci aurait le choix entre trois possibilités:

- ou bien elle soumet au vote la loi qu'elle a faite et la variante présentée par les citoyens; la situation est alors semblable à celle qui a été vue plus haut (no 47), où c'est le Parlement qui présente lui-même la loi et une variante;
- ou bien elle ne soumet que la variante, à laquelle elle se rallie en abandonnant la loi; le référendum doit tout de même être organisé parce qu'il est fort possible que d'autres citoyens, qui n'ont pas demandé le référendum contre la loi, préfèrent le statu quo à la variante;
- ou bien elle ne soumet au vote que la loi, en écartant la variante; c'est ce qui nous fait dire que cette solution est "minimale"; les citoyens n'ont

42 Voir la note précédente.

43 Voir la note 36.

44 Il y a maintenant, à ce sujet, une initiative parlementaire de la Commission des institutions politiques du Conseil national, du 4 août 1992; cf. BO 1992 CN 1397-1401, ainsi qu'un rapport (non encore publié) du Secrétariat de cette commission, du 13 avril 1993.

pas un droit à ce que la variante soit présentée au référendum. L'Assemblée fédérale peut ainsi se défaire, sans invoquer de motifs juridiques, d'une variante qui ne lui convient pas. *La crainte qu'une telle décision n'entraîne le rejet total de la loi devrait prévenir les abus.*

On pourrait même envisager une quatrième possibilité, selon laquelle l'Assemblée fédérale soumettrait au vote la variante présentée par les citoyens et un contreprojet de son cru qui remplacerait la version primitive de la loi. Mais ce procédé, que l'on conçoit très bien à l'égard des initiatives populaires (ci-après, no 78 *in fine*), retarderait ici considérablement l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

53. La solution maximale consiste à donner aux citoyens un *droit* à la variante. Mais c'est permettre l'adoption des lois les plus étranges. Il faudrait donc au moins poser quelques conditions élémentaires, à commencer par le respect du droit supérieur (droit international, droit constitutionnel), le principe de l'unité de la matière, peut-être aussi le principe de la cohérence. Seulement, on comprend bien que ces conditions juridiques sont un peu comme des feuilles de vigne: l'Assemblée fédérale les interprétera librement et on se rapprochera ainsi de la solution précédente.

54. Une solution médiane serait de limiter les variantes possibles à des textes prédéterminés: par exemple aux propositions d'amendement qui ont été faites et rejetées, dans les conseils, pendant la délibération de la loi; ou, parmi ces propositions, à celles qui ont obtenu un nombre minimum de voix. Mais ce système ne garantit guère mieux la cohérence. Ou alors on n'admettra que les propositions qui, rejetées comme amendements, ont été "autorisées" comme variantes éventuelles par la majorité des conseils. Mais ici nous ne sommes plus très loin de l'alternative présentée par le Parlement lui-même[45].

55. Quelle que soit la solution choisie, il faudra faire en sorte que la date du vote populaire ne soit pas trop longtemps différée. Il ne faut pas, en d'autres termes, que les autorités fédérales se remettent à délibérer sur les demandes de référendum constructif pendant des mois ou des années. De ce point de vue-là, c'est la solution médiane qui prend le moins de temps: le Parlement n'a plus qu'à vérifier que la variante proposée correspond bien à l'une de celles qui étaient autorisées. La solution minimale ne doit pas non plus prendre beaucoup de temps: l'Assemblée fédérale pourra décider rapidement si elle écarte la variante, si elle lui sacrifie la loi ou si elle les présente toutes deux en vote alternatif.

[45] Sauf qu'ici l'alternative autorisée par le Parlement doit être confirmée par la demande de référendum.

56. Il faut aussi envisager l'hypothèse d'une pluralité de demandes de référendum. Le référendum destructif, qui est celui que nous connaissons aujourd'hui, n'a lieu qu'une fois. On ne tue la loi qu'une fois et, si elle en réchappe, elle n'est pas exposée à une seconde mort (*ne bis in idem*, en quelque sorte). Mais le référendum constructif peut, dans ce qu'il a de positif, être multiple: sur une question de taux, par exemple, au lieu de dix, on peut proposer huit et on peut aussi proposer six ou douze. Il ne serait pas juste de ne retenir qu'une demande (la première par ordre chronologique, ou celle qui a réuni le plus grand nombre de signatures; de tels procédés, qui pousseraient à la précipitation, nuiraient grandement à l'image de la démocratie). A moins d'adopter la solution minimale qui a été décrite plus haut et d'écarter l'une ou l'autre des variantes ou les deux, il faut organiser deux scrutins successifs et c'est évidemment une complication. Le premier scrutin serait un vote éventuel; le texte qui l'emporte serait, dans le scrutin suivant, opposé au troisième texte ainsi qu'au statu quo. Il appartiendrait toutefois à l'Assemblée fédérale de déterminer elle-même les textes qui s'affronteraient dans le premier scrutin[46]. Enfin, on tiendra compte de l'hypothèse où les divers référendums ne s'excluent pas mutuellement: dans ce cas, on pourra les soumettre à des votes distincts, simultanés et définitifs.

C. La dimension internationale

57. Le réexamen de nos instruments de démocratie semi-directe est dû, pour une bonne part, au développement de nos engagements internationaux (voir ci-dessus, no 6). Et même si le traité qui a été la cause la plus visible de ce réexamen n'a finalement pas pu être ratifié, la question des rapports entre la politique étrangère et les droits de participation des citoyens n'a pas cessé de se poser. Elle se pose d'ailleurs à deux niveaux: celui de la conclusion des traités internationaux et celui de leur exécution à l'intérieur de notre ordre juridique.

a) La conclusion des traités

58. En dépit de certaines objections qui ne manquent pas de poids (voir plus loin), nous avons le sentiment que la participation des citoyens à la conclusion des traités a été réglée de manière suffisante par la revision constitutionnelle de 1977. L'art. 89 III à V Cst. contient en effet des "réserves" d'interprétation et d'application qui permettent d'associer le corps électoral à la plupart des grandes décisions de politique étrangère. Une participation accrue, notamment dans la phase des négociations, ne

[46] De la même manière qu'il faut, dans les assemblées, fixer l'"ordre des votes": cf. les art. 77 et 78 du règlement du Conseil national, du 22 juin 1990, RS 171.13, ainsi que les art. 63 et 64 du règlement du Conseil des Etats, du 24 septembre 1986, RS 171.14.

se concevrait guère; le renforcement de la position des commissions de politique extérieure des deux conseils, accepté par le peuple le 27 septembre 1992, représente probablement tout ce qu'il était possible de concéder à la démocratie (parlementaire) dans la préparation des traités[47]. Comme ce renforcement ne se traduit pas par l'adoption d'arrêtés fédéraux, mais seulement par des consultations, il n'y a pas de place pour le référendum. Ajoutons qu'au besoin le recours à l'initiative populaire constitutionnelle pourrait servir à combler les lacunes.

59. Quant à l'approbation des traités par l'Assemblée fédérale et l'usage de la clause référendaire: le conseiller fédéral chef du Département fédéral de justice et police observait récemment que l'interprétation de l'art. 89 III c Cst. était peut-être trop restrictive, en ce qu'elle n'exposait au référendum que les traités (multilatéraux) qui contiennent des règles de droit d'application directe[48], à l'exclusion de ceux qui ne font qu'imposer aux Etats des obligations de légiférer, alors que ces obligations peuvent être libellées en termes si précis et si détaillés qu'elles ne laissent aux législateurs nationaux qu'une marge de manoeuvre presque nulle. Et il se demandait si l'approbation de ces traités obligationnels ne devait pas se faire dans la même forme que l'approbation des traités normatifs[49].

60. A cette question, il nous semble qu'on peut répondre trois choses.

D'abord, c'est justement une affaire d'interprétation: si le traité obligationnel est vraiment très précis et très détaillé, on ne voit pas ce qui empêcherait l'Assemblée fédérale de considérer qu'il "entraîne une unification du droit"; il vient en effet un degré où des législations "harmonisées" ou "rapprochées" ne se distinguent plus de manière significative de législations "unifiées".

Ensuite, si l'on estime qu'il n'est pas indiqué de faire une différence à l'intérieur de la catégorie des traités obligationnels et qu'il convient donc de maintenir l'interprétation étroite de l'alinéa III, l'Assemblée fédérale pourra toujours recourir à la faculté que lui ouvre l'alinéa IV de l'art. 89; car cette faculté, qui n'est soumise à aucune condition particulière[50], doit

47 Voir l'art. 47bis a de la loi sur les rapports entre les conseils, introduit par la loi de revision du 4 octobre 1991; cf. ROLF 1992 2344, 2347.

48 C'est l'opinion dominante. Cf. DIETRICH SCHINDLER, Commentaire de la Constitution fédérale, ad art. 89 III (1989), no 19; ALDO LOMBARDI, Verwirklichung des EWR-Abkommens durch Bund und Kantone, in OLIVIER JACOT-GUILLARMOD (éd.), EWR-Abkommen, Erste Analysen, Berne/Zurich, 1992, p. 758-759.

49 Direkte Demokratie und Staatsverträge: die Verfassung auf dem Prüfstand, discours prononcé le 19 mars 1993 (non encore publié), Berne, p. 12-13. – P.S. Voir maintenant Législation d'aujourd'hui, 1993/1, p. 20-21.

50 Si ce n'est que le traité est soumis à l'approbation de l'Assemblée fédérale, mais n'entre ni dans les catégories de l'alinéa III, ni dans celles de l'alinéa V.

bien servir à quelque chose et elle pourrait être utilement employée à résoudre le cas des traités "quasiunificateurs"[51].

Enfin, dans la perspective bien délimitée de l'Espace économique européen, il y avait une raison particulière de ne pas multiplier les référendums sur les dispositions nouvelles adoptées par le Comité mixte, quand elles n'étaient qu'obligationnelles, à cause du risque qu'un vote négatif du peuple suisse ne fît obstacle à un processus agréé par les autres Etats; mieux valait, dans ces circonstances, que le refus du peuple ne portât que sur l'exécution de ces dispositions; le refus n'engageait alors que la Suisse[52]. Façon de dire que la réponse à la question de la clause référendaire dépend parfois de l'encadrement international.

61. On rappellera ici, pour mémoire, que si la Suisse était membre d'une véritable communauté supranationale, les dispositions prises par les autorités communautaires dans les limites de leurs compétences ne seraient subordonnées ni à l'approbation de l'Assemblée fédérale, ni à celle des citoyens.

b) L'exécution des traités

62. Les traités d'application directe n'ont, dans la mesure de leurs clauses directement applicables, pas besoin d'exécution législative nationale. Il appartient aux organes d'application du droit, administration et tribunaux, de les faire respecter dans les cas d'espèce. Si le législateur national juge néanmoins opportun d'adapter les lois internes aux clauses du traité en suivant la procédure législative ordinaire, c'est-à-dire en exposant ses actes au référendum, il faut bien convenir qu'un vote populaire négatif n'aura pas une grande portée. C'est normal: les citoyens ont pu se prononcer sur le traité lui-même (cf. ci-dessus, no 59); le référendum sur les lois d'adaptation n'est qu'une répétition. Il aura peut-être une signification juridique dans nos rapports avec des Etats tiers. Mais, dans nos rapports avec les Etats qui sont parties au traité, il n'aura guère qu'une valeur politique; on pourra y voir, par exemple, une invitation adressée au Conseil fédéral à travailler à la modification du traité. Mais cette modification dépendra évidemment de la volonté des autres parties.

63. La faible portée de ce référendum conduit inévitablement à s'interroger sur son utilité. L'adaptation des lois nationales doit-elle vraiment se faire selon la procédure législative ordinaire? ne vaudrait-il pas mieux inscrire, dans la Constitution, dans une loi générale telle que la loi sur les

51 Dans le discours précité (note 49), le chef du Département fédéral de justice et police s'étonnait du peu d'usage que l'Assemblée fédérale avait fait, depuis seize ans, de la faculté de l'alinéa IV; cf. p. 15.

52 Voir FF 1992 IV 457-460; message du Conseil fédéral, du 18 mai 1992, relatif à l'approbation de l'Accord EEE. Sur ce mécanisme, cf. ALDO LOMBARDI, *op. cit.*, p. 737-738.

rapports entre les conseils ou dans l'arrêté d'approbation du traité (qui est lui-même exposé au référendum en vertu de l'art. 89 III c Cst.), une délégation à l'Assemblée fédérale de la compétence d'assurer elle-même cette adaptation? Tout bien considéré, il nous semble que cette délégation n'est pas recommandable. Ce qui s'est passé, dans l'opinion publique, au cours de l'année 1992 doit nous mettre en garde. Le projet de délégation, somme toute assez modeste, que le Conseil fédéral avait préparé alors[53] s'est heurté à une telle résistance que l'expérience ne devrait pas être répétée. D'ailleurs, les référendums, en ces matières, ne seront vraisemblablement pas nombreux; leur issue, s'ils ont lieu, ne sera pas nécessairement négative, loin de là; enfin, si elle l'est, elle ne sera pas entièrement dépourvue de sens, comme nous avons cherché à le montrer ci-dessus (no 62); et surtout, elle ne nous fera pas manquer à nos engagements internationaux, puisque, par hypothèse, les traités dont il s'agit sont d'application directe et l'emportent, en conséquence, sur les lois nationales contraires.

64. Autre est la situation quand les traités ne sont pas d'application directe. Nous entendons par là des traités qui, de quelque façon qu'ils soient rédigés, ont besoin d'être complétés par la législation des Etats avant de pouvoir être appliqués à des cas d'espèce; autrement dit, des traités sur lesquels l'administration et les tribunaux des Etats ne peuvent pas fonder directement leurs décisions. Ces traités, pour être respectés, commandent une action législative nationale. Cette action législative doit, sauf stipulation contraire, revêtir la forme prescrite par le droit constitutionnel national. Si donc, en Suisse, notre droit constitutionnel prescrit la forme de la loi (plutôt que celle d'une simple ordonnance gouvernementale), il se pose à nouveau la question du référendum. Mais elle se présente en des termes différents.

65. D'abord, il n'est pas du tout certain que le traité de base ait été exposé au vote populaire. Il est même vraisemblable qu'il ne l'aura pas été (cf. ci-dessus, nos 59 et 60). Il est donc normal que les citoyens puissent se prononcer sur la loi d'exécution du traité. Et puis le vote populaire a, cette fois-ci, tout son sens. Il y a un choix à faire, puisque le traité ne se suffit pas à lui-même. Il se peut que la marge de manoeuvre ne soit pas bien large, que le traité n'admette que deux ou trois solutions, et des solutions proches les unes des autres. Le choix n'en existe pas moins et, sur ce choix, le corps électoral peut être d'un autre avis que le Parlement.

66. C'est ici que le droit international a des exigences que le droit national n'a pas. Des exigences de deux sortes. D'une part, le traité peut impartir

[53] Projet d'adjonction d'un art. 20 aux dispositions transitoires de la Constitution fédérale; cf. message précité, FF 1992 IV 88-90, 531.

aux Etats un *délai* pour trouver une solution, alors que le constituant fédéral, quand il donne un mandat au législateur, n'a pas l'habitude de lui fixer un terme. D'autre part, le traité n'admet pas la *solution zéro.* Naturellement, chez nous aussi, l'inexécution d'un mandat que le constituant a donné au législateur est une violation du droit. Mais c'est une violation dont il est plus facile de s'accommoder: après tout, quand les citoyens rejettent la loi d'exécution d'un article constitutionnel qu'ils ont précédemment accepté, on ne peut pas s'empêcher de considérer qu'ici les mandants et les mandataires sont un peu les mêmes personnes et que, dans ces conditions, il n'est pas interdit aux mandataires de corriger le mandat. Ce n'est pas tout à fait satisfaisant, mais c'est tolérable. En tout cas c'est toléré. Il est autrement grave de manquer à un engagement contractuel. Voilà pourquoi on se demande, depuis quelques années, si le référendum, tel qu'il est réglé actuellement, est encore adapté à nos obligations internationales.

67. Sur la question du *délai*, on peut répondre franchement non. Notre référendum traditionnel est trop lent. Mais nous avons vu qu'il était déjà trop lent pour les besoins de la politique nationale et nous avons proposé une manière de le rendre plus rapide, en dotant le Parlement ou les citoyens eux-mêmes de la possibilité de recourir à des votes alternatifs (cf. nos 27 et ss, 47 et ss). Le problème est plutôt de savoir si ce remède est à la mesure de nos engagements internationaux ou s'il faut chercher plus loin.

68. On peut se demander, par exemple, si une alternative à deux termes, opposée au statu quo, offre un choix suffisant, ou s'il ne faut pas prévoir une alternative à trois ou quatre termes, qui présente la gamme entière des solutions conformes au traité. A la réflexion, nous pensons qu'une telle enflure du système ne serait pas plus souhaitable à l'égard de notre politique étrangère qu'elle ne l'est pour nos affaires intérieures. Nous savons qu'elle nécessiterait un scrutin compliqué (cf. no 48). Et puis on peut compter que les débats parlementaires permettront de dégager les deux solutions les plus "représentatives", celles qui intéressent le plus l'opinion publique; ce sont elles qui doivent seules être exposées au vote populaire (avec l'indication de la solution principale); il faut en rester là.

69. On peut aussi se demander si, dans l'hypothèse où l'Assemblée fédérale n'aurait proposé qu'une solution, les citoyens qui l'attaquent en référendum ne devraient pas être tenus de présenter eux-mêmes une alternative; en d'autres termes, si le référendum constructif pourrait être rendu obligatoire lorsqu'il y va de l'exécution d'un traité international. Il est clair que, dans une telle situation, le recours au référendum constructif pourrait être utile. Mais il suffit qu'il soit permis; l'instrument nous semble trop délicat pour que l'usage en puisse être imposé (cf. nos 50 à 56).

70. Nous venons d'aborder ici la question cardinale, qui est celle de la *solution zéro*. Notre référendum traditionnel, qui l'autorise évidemment, est-il encore possible? Les citoyens ont-ils le droit de demander le référendum quand il n'y a pas d'alternative; et, lorsqu'une alternative leur est proposée, ont-ils le droit d'en refuser les deux termes? ou faudrait-il déclarer nuls tous les bulletins qui portent un double non? Ici encore, nous sommes d'avis qu'une habitude séculaire ne devrait pas être bousculée sans absolue nécessité. Or les électeurs suisses ont l'habitude de pouvoir voter non. Il faut aussi nous rappeler qu'ils n'ont probablement pas eu l'occasion de se prononcer sur le traité lui-même (cf. ci-dessus, nos 59 et 60); il est donc juste qu'ils en puissent répudier les effets. Mais il nous semble que, même si l'arrêté d'approbation du traité a été exposé au référendum (ce qui doit être rare), la loi d'exécution ne peut pas y être soustraite, à moins que l'Assemblée fédérale n'ait été mise au bénéfice d'une délégation. Une telle délégation, notons-le en passant, serait moins contestable ici que dans le cas des traités d'application directe (cf. no 63). Ici, en effet, elle peut vraiment servir à garantir le respect de nos engagements internationaux. Il ne serait toutefois pas opportun de la consacrer dans un texte général; il suffirait de l'inscrire dans l'arrêté d'approbation.

71. En résumé: nous ne proposons pas d'innovation particulière pour les actes fondés sur les traités internationaux. Le recours aux votes alternatifs (nos 67 et ss), déjà recommandé pour la législation nationale autonome, ainsi que l'usage de la délégation législative dans des cas rares et déterminés (no 70 *in fine*), devraient permettre de réduire les risques de violation du droit international. Si nous ne faisons pas d'autres recommandations, c'est parce que nous sommes convaincu que toute *différence de traitement* entre la législation d'exécution des traités et la législation autonome (par exemple, obligation du référendum constructif et interdiction du double non dans le premier cas et non pas dans le second) soulèverait un *délicat problème de qualification*. Il faudrait qu'à chaque fois l'Assemblée fédérale décide si la loi qu'elle adopte constitue l'exécution d'un traité ou relève de son autonomie. Ce n'est pas facile et, comme si souvent dans ce genre de matières, une décision qui devrait s'inspirer de motifs exclusivement juridiques finira par être tranchée selon des lignes politiques. La difficulté sera particulièrement sensible si la loi contient à la fois des règles d'exécution et des dispositions autonomes.

Pour une proposition subsidiaire, voir toutefois, plus loin, nos 74 et ss.

D. Autres problèmes

72. Nous renonçons à faire des propositions sur la question du vote sur les *principes*, sur celle des *sujets*, personnes, collectivités ou autorités qui ont la faculté de demander le référendum, ainsi que sur celle du *mode de*

scrutin. On a vu, plus haut, les raisons de cette abstention. Rappelons, pour mémoire:

- qu'en ce qui concerne les principes, rien n'empêcherait l'Assemblée fédérale d'en faire, au besoin, l'objet d'un arrêté particulier et de le munir, si l'idée du référendum administratif est admise, de la clause référendaire (no 31);
- qu'il nous a paru qu'il n'y avait pas lieu de développer le référendum des cantons (no 33), ni d'instituer le référendum à la demande du Parlement (no 35);
- qu'au sujet du mode de scrutin, il nous a également paru qu'il n'était pas nécessaire d'introduire l'exigence d'un quorum dans la détermination du résultat du vote (no 38);
- qu'en revanche, il était bien entendu que le système Haab, connu en matière d'initiatives populaires constitutionnelles (art. 121bis Cst.), devait être étendu aux autres cas de votes alternatifs (nos 37, 47 et 52).

Reste la question d'un référendum à effet *abrogatoire*.

73. Nous avons cherché à montrer, plus haut (no 36), que le caractère suspensif du référendum, si naturel qu'il puisse paraître, n'était pas à l'abri de la critique. Il est toutefois tellement ancré dans nos habitudes de pensée qu'il serait parfaitement illusoire d'en prévoir l'abolition: le référendum continuera donc (sauf la clause d'urgence) de se situer en amont de l'acte qui en est l'objet, c'est-à-dire avant son entrée en vigueur. Même l'institution, *à côté* du référendum suspensif, d'une initiative abrogatoire qui permettrait de demander en tout temps la suppression d'une loi ou d'une partie de loi *après* son entrée en vigueur n'aurait guère de chance de succès[54]. Quoiqu'une telle initiative soit bien délimitée dans son objet, elle souffrirait probablement du préjugé défavorable qui entoure actuellement cet instrument de démocratie. Il faudrait d'ailleurs, pour la rendre plus attrayante que le référendum ordinaire, en faciliter l'usage à tel point, par exemple par la diminution du nombre des signatures, qu'elle finirait par entraîner à son tour des conséquences fâcheuses.

74. Il y a cependant un domaine où la réflexion pourrait être poursuivie: c'est celui des actes d'exécution des traités internationaux, dont nous avons déjà longuement parlé dans le chapitre précédent (nos 62 à 71). Nous faisons ici une proposition subsidiaire[55].

---

54 On rappellera cependant que l'initiative constitutionnelle pourrait être utilisée à cette fin; cf. ci-dessus, note 19.

55 L'auteur du présent exposé a fait, en août 1992, une proposition du même genre dans le cadre limité de la première entreprise d'adaptation du droit suisse au droit de l'Espace économique européen. Cf. OLIVIER JACOT-GUILLARMOD (éd.), EWR-Abkommen, Erste Analysen, précité (note 48), p. 815-817.

75. En admettant que l'Assemblée fédérale doive, pour exécuter une obligation internationale, adopter un acte législatif qui devrait, normalement, revêtir la forme de la loi ou de l'arrêté de portée générale, et en admettant, de surcroît, qu'elle ne dispose, pour le mettre en vigueur, que d'un temps très court, on pourrait juger opportun (contrairement à la thèse principale que nous avons défendue aux nos 62 à 71) que la Constitution lui permette d'agir dans une forme qui ne serait *pas* exposée au référendum suspensif. Cette forme ne serait toutefois pas celle de l'arrêté urgent, qui ne fait que reporter la difficulté à l'année suivante. L'Assemblée fédérale ne serait pas non plus au bénéfice d'une délégation législative, qui ne fait que rétrécir la démocratie. La forme serait différente et nouvelle. Ce serait celle d'un acte qui pourrait entrer immédiatement en vigueur, mais qui serait exposé à une *initiative populaire* qui pourrait en demander en tout temps l'abrogation ou la modification.

76. Eu égard à sa gravité, la décision de soustraire l'acte législatif au référendum suspensif devrait être prise, par analogie avec ce qui est prescrit pour la clause d'urgence (art. 89bis I Cst.), à la majorité de tous les membres de chacun des deux conseils. La particularité de l'acte, qui est d'être exposé non au référendum, mais à une initiative ultérieure, sera mentionnée en termes exprès dans la disposition qui a ordinairement pour contenu la clause référendaire. Il faudra sans doute que l'Assemblée fédérale mesure avec exactitude la portée de nos obligations internationales, puisque ce sont uniquement les actes d'exécution de ces obligations qui bénéficieraient d'un statut particulier. Nous retrouvons donc ici le problème de "qualification" dont nous avons dit plus haut (no 71) qu'il était délicat. Mais la situation n'est plus la même: la clause dont il est question maintenant n'empêche pas les citoyens de demander ultérieurement la suppression pure et simple de l'acte législatif.

77. L'initiative populaire, qui serait assurément une variété d'initiative législative, mais limitée à des objets définis, appartiendrait aux mêmes titulaires que la faculté de demander le référendum; c'est-à-dire à 50 000 citoyens ou à huit cantons. Un délai pourrait être prévu pour la récolte des signatures, à l'exemple de ce qui a été fait, en 1976, pour les initiatives constitutionnelles[56]; comme l'objet de l'initiative est défini et connu, ce délai pourrait être de six mois. Un autre délai devrait être prévu pour la date de la votation populaire; cette règle n'a, il est vrai, pas d'équivalent dans le droit des initiatives constitutionnelles[57], mais il faut considérer qu'ici nous avons affaire à un acte qui a été soustrait au référendum auquel il était normalement exposé.

[56] Art. 71 de la loi sur les droits politiques du 17 décembre 1976. RS 161.1 (où il est prévu un délai de dix-huit mois).

[57] Soit dit en passant, ceci est probablement un défaut du droit actuellement en vigueur.

78. La forme proposée présente, si nous la comparons aux procédures que nous connaissons, et même au référendum constructif, quelques avantages sérieux.

D'abord, il n'y a pas de "vide". Pendant toute la procédure de l'initiative populaire, l'acte législatif adopté par l'Assemblée fédérale en exécution d'une obligation internationale est en vigueur. Ses adversaires potentiels n'ont pas pu l'empêcher; ils peuvent seulement l'abolir ou le corriger. Ce point est capital.

Ensuite, ces adversaires ne sont eux-mêmes pas liés, par un délai, à l'adoption ou à la mise en vigueur de l'acte législatif. Ils ont donc le temps d'expérimenter la règle établie par l'Assemblée fédérale. Ils peuvent conclure, expérience faite, que cette règle est acceptable.

En outre, si la règle ne leur paraît pas acceptable, ils peuvent choisir d'en demander non seulement la suppression totale, mais aussi la suppression partielle ou le remplacement par une autre règle (ceci correspond au référendum constructif).

Enfin, à une demande de suppression ou de remplacement, l'Assemblée fédérale peut toujours opposer un contreprojet (ce qui n'est guère praticable avec le référendum constructif, cf. ci-dessus, no 52 *in fine*); par exemple, une règle qui va dans le sens souhaité par les auteurs de l'initiative, mais qui est plus conforme à nos obligations internationales, ou au droit constitutionnel, ou à l'économie générale de l'acte attaqué. Le vote se fait alors selon le système Haab.

79. Si les citoyens rejettent l'initiative, l'acte législatif, qui est déjà en vigueur, continue de produire ses effets; c'est, si l'on peut dire, la *quintessence du système.*

Il en va de même si les citoyens rejettent à la fois l'initiative et le contreprojet que l'Assemblée fédérale peut lui avoir opposé.

Si les citoyens acceptent le contreprojet, l'acte législatif est modifié d'une manière conforme à la volonté de l'Assemblée fédérale

Il n'y a de risque de violation du droit que si les citoyens acceptent l'initiative et que celle-ci tende à la suppression d'une règle nécessaire ou à son remplacement par une règle elle-même contraire au droit international ou au droit constitutionnel. *Nous sommes d'avis que ce risque peut être assumé*: avec des explications appropriées et la possibilité d'un contreprojet, il ne doit pas être très grand. L'autre solution, qui reconnaîtrait à l'Assemblée fédérale la compétence d'annuler l'initiative, en tout ou en partie, ne manquerait pas d'entraîner des difficultés politiques.

VI. Esquisse de textes

80. Pour fixer les idées, nous avons essayé de traduire nos propositions par des textes. Ces textes ne forment qu'une simple esquisse et il est évident que toutes les implications n'ont pas pu en être perçues.

A. Sur le référendum administratif et sur les votes alternatifs

a) Dans la Constitution fédérale:

Art. 90
La législation fédérale détermine le contenu des formes des actes législatifs adoptés par l'Assemblée fédérale ainsi que les formes et les délais à observer pour les votations populaires. Elle peut prévoir que la décision de recourir à une forme exposée à la votation populaire appartient à une minorité des membres de chacun des deux conseils.

Art. 90bis
Quand l'Assemblée fédérale adopte une loi fédérale ou un arrêté fédéral de portée générale, elle peut exposer à la votation populaire un texte principal et un texte alternatif. Si la votation populaire n'est pas demandée, seul le texte principal peut être mis en vigueur. Si la votation populaire est demandée, les deux textes sont soumis aux électeurs selon une procédure analogue à celle qui est prescrite à l'art. 121bis, les voix des cantons n'étant pas comptées.

Art. 90ter
Quand l'Assemblée fédérale adopte une loi fédérale ou un arrêté fédéral de portée générale sans texte alternatif, les citoyens ou les cantons qui demandent la votation populaire peuvent, simultanément, en présenter un. L'Assemblée fédérale décide alors si la votation populaire doit avoir pour objet le texte qu'elle a adopté, ou le texte alternatif, ou les deux. Dans ce dernier cas, la votation populaire a lieu selon la procédure prescrite à l'art. 90bis.

b) Dans la loi sur les rapports entre les conseils:

Art. 6bis
Les actes législatifs qui ne contiennent pas de règles de droit sont également édictés sous forme d'arrêté fédéral de portée générale si la demande en est faite par un tiers des membres de chacun des deux conseils. Font exception les actes relatifs au budget, au compte d'Etat, aux emprunts, à l'exercice du pouvoir de surveillance, à la disposition de l'armée fédérale (etc.), ainsi que les actes de stricte application du droit.

B. Sur l'initiative populaire dirigée contre un acte d'exécution d'une obligation internationale (proposition subsidiaire)

a) Dans la Constitution fédérale:

Art. 90quater
Les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale que l'Assemblée fédérale adopte en exécution d'une obligation internationale peuvent

être mis en vigueur immédiatement par une décision prise à la majorité de tous les membres de chacun des deux conseils.

Cinquante mille citoyens actifs ou huit cantons peuvent demander, sous la forme d'une initiative rédigée de toutes pièces, l'abrogation ou la modification des actes qui ont été mis en vigueur selon la procédure de l'alinéa précédent.

L'initiative est soumise à la votation populaire au plus tard dix-huit mois après qu'elle a été déposée. L'Assemblée fédérale peut lui opposer un contreprojet.

Les dispositions de l'art. 121, 6e alinéa, et de l'art. 121bis s'appliquent par analogie, les voix des cantons n'étant pas comptées.

b) Dans la loi sur les rapports entre les conseils:

Art. 6ter
L'art. 35 est applicable par analogie à la procédure à suivre lorsque l'Assemblée fédérale décide la mise en vigueur immédiate d'une loi fédérale ou d'un arrêté fédéral de portée générale adopté en exécution d'une obligation internationale (art. 90quater Cst.).

En lieu et place de la clause référendaire, la loi fédérale ou l'arrêté fédéral de portée générale adopté selon la procédure prévue à l'alinéa précédent porte une disposition qui indique qu'une initiative populaire pourra en demander en tout temps l'abrogation ou la modification.

Art. 30bis
En dérogation aux dispositions précédentes, l'initiative populaire qui demande l'abrogation ou la modification d'une loi fédérale ou d'un arrêté fédéral de portée générale mis en vigueur sans votation populaire préalable (art. 90quater Cst.) sera soumise à la votation populaire au plus tard dix-huit mois après qu'elle a été déposée.

c) Dans la loi sur les droits politiques:

Art. 76
Les art. 68 à 73 s'appliquent par analogie à l'initiative populaire qui demande l'abrogation ou la modification d'une loi fédérale ou d'un arrêté fédéral de portée générale mis en vigueur sans votation populaire préalable (art. 90quater Cst.).

Le délai pour le dépôt des listes de signatures est de six mois.

Bref commentaire

81. La traduction de nos propositions en termes juridiques s'opère principalement au niveau de la Constitution; mais certaines modifications peuvent se faire par la voie de la législation ordinaire.

Remarque générale sur la rédaction: nous nous sommes efforcé de reprendre, autant qu'il était possible, le langage utilisé dans la version actuelle de la Constitution et des lois.

A. *Sur le référendum administratif et sur les votes alternatifs*

82 Le référendum administratif nécessite une revision constitutionnelle (art. 90) si la clause référendaire peut être décidée par un vote de minorité (à cause de l'art. 88 Cst.) et une revision législative (art. 6bis de la loi sur les rapports entre les conseils).

Si la clause référendaire est décidée à la majorité, une revision législative pourrait suffire.

83. Les votes alternatifs nécessitent certainement une revision constitutionnelle, aussi bien pour le cas où l'alternative est proposée par l'Assemblée fédérale (art. 90bis) que pour celui où l'alternative est proposée par les citoyens, qui est la figure du référendum constructif (art. 90ter). En effet, la Constitution actuelle ne prévoit ce type de vote que dans la procédure de sa propre revision et seulement lorsque l'Assemblée fédérale oppose un contreprojet à une initiative populaire: voir l'art. 121 VI et l'art. 121bis. La faculté de présenter une alternative n'est pas reconnue à l'Assemblée fédérale agissant seule au niveau de la Constitution[58] et elle n'est pas admise non plus pour les lois ni pour les arrêtés de portée générale. Il serait d'ailleurs inconcevable que l'instrument du référendum constructif, qui est très proche de l'initiative populaire, soit introduit par une simple loi.

Le mode de traitement des textes alternatifs par l'Assemblée fédérale, qui appelle sans doute quelques retouches à la loi sur les rapports entre les conseils, n'est pas examiné ici.

84. Art. 90 Cst.
La première phrase est élargie par rapport au texte actuel. Nous proposons en effet de saisir l'occasion de donner une base constitutionnelle aux dispositions de la loi sur les rapports entre les conseils qui déterminent la "forme des actes législatifs édictés par l'Assemblée fédérale" (art. 4 à 8bis), c'est-à-dire le contenu des diverses formes: la possibilité de régler cette matière dans une loi ordinaire ne va nullement de soi.

La seconde phrase n'est proposée que pour le cas où l'on retient l'idée de reconnaître à une minorité des conseils le droit de décider qu'un acte qui ne contient pas de règles de droit sera néanmoins passé dans la forme de l'arrêté de portée générale; car, dans ce cas, la décision se prend d'une manière qui déroge à l'art. 88 Cst.

[58] Voir la note 11.

85. Art. 90bis Cst.
La faculté donnée à l'Assemblée fédérale de présenter concurremment deux textes est reprise de l'institution que le constituant bernois vient d'accepter le 6 juin 1993 (art. 63 II et IV Cst. cant.; cf. no 48 *in fine*). Cette faculté n'est proposée que pour le niveau infraconstitutionnel. Il serait évidemment facile de l'introduire aussi pour la revision de la Constitution, auquel cas il n'y aurait pas, formellement, de "texte principal", la votation populaire étant obligatoire.

L'application du système Haab nous paraît suffisamment assurée par un simple renvoi à l'art. 121bis, sauf la prise en compte des voix des cantons[59]. Il est bien clair que l'usage d'une référence est un expédient dont on pourrait faire l'économie si l'on procédait à un remaniement total des règles sur les droits populaires.

86. Art. 90ter Cst.
C'est l'article qui permet le référendum constructif. Nous traduisons ici ce que nous avons appelé la "solution minimale". La solution maximale nécessiterait une réglementation différente, qui pourrait d'ailleurs être déléguée au législateur ordinaire[60]. Il pourrait en aller de même de la solution médiane. Mais la solution minimale, qui relativise considérablement la faculté reconnue aux citoyens par la première phrase de l'article, doit, nous semble-t-il, être annoncée dans la Constitution.

Le droit de référendum des cantons, même s'il est peu utile, voire peu opportun (cf. no 33), est évidemment maintenu.

87. Art. 6bis LREC
Les règles de droit prises pour une durée limitée continuent d'être passées dans la forme de l'arrêté de portée générale (art. 6 I).

L'extension de cette forme à des actes administratifs peut, à notre avis, se faire sans revision de la Constitution (cf. no 25). L'adjonction d'une seconde phrase à l'art. 90 Cst. ne nous a paru nécessaire que pour donner une base à un vote de minorité.

La liste des exceptions doit être exhaustive. On suggère ici un essai de modèle. *Il devra certainement être complété.* Par "actes de stricte application du droit", nous entendons les actes par lesquels l'Assemblée fédérale exerce une compétence de type juridictionnel, qui n'admet pas les considérations de nature politique. Il s'agit notamment des décisions sur recours (art. 85 ch.12 Cst.) et des décisions concernant la garantie des Constitutions cantonales (art. 85 ch. 7 Cst.).

[59] En effet, le recours à des votes alternatifs ne se conçoit guère dans le cas de l'art. 89 V et pas du tout dans celui de l'art. 89bis III Cst., qui sont les deux cas où, hors la revision constitutionnelle, la double majorité est requise.

[60] Il se poserait la difficile question du contrôle, par l'Assemblée fédérale, de la conformité du texte proposé au droit supérieur.

Les actes que l'Assemblée fédérale adopte en chambres réunies échappent, par définition, à tout référendum.

On ne peut pas exclure l'hypothèse où la majorité des conseils oppose la clause d'urgence aux arrêtés déclarés de portée générale par une minorité. Il en résulterait un conflit ouvert, que le corps électoral pourrait arbitrer dans l'année qui suit (art. 89bis II Cst.).

B. Sur l'initiative populaire (proposition subsidiaire)

88. Ici également, il est bien évident que le remplacement du référendum suspensif par une initiative populaire suppose une base constitutionnelle.

Art. 90^{quater} Cst.

Il appartient à la majorité des membres des conseils de décider deux choses: qu'une loi ou un arrêté est la conséquence nécessaire d'une obligation internationale et que cette loi ou cet arrêté ne sera pas exposé au référendum suspensif.

Le reste de la disposition a été suffisamment commenté dans le chapitre précédent (nos 75 à 79).

89. Art. 6ter LREC

Le vote de la clause spéciale par laquelle l'initiative est substituée au référendum suspensif se fera selon une procédure analogue à celle qui est prévue pour la clause d'urgence.

L'alinéa II est imité de l'art. 7 III de la même loi (relatif aux arrêtés de portée générale fondés sur une délégation législative).

Art. 30bis LREC

Si la Constitution prévoit un délai court pour la soumission de l'initiative à la votation populaire (art. 90^{quater} III), les autorités fédérales devront se déterminer dans des délais moindres que ceux que leur accordent les art. 27 et 29 de la loi.

90. Art. 76 LDP

Plusieurs dispositions que la loi a prévues pour les initiatives populaires tendant à la revision de la Constitution peuvent être étendues aux initiatives législatives dont il est question ici.

Il nous a paru indiqué de réduire le délai imparti pour récolter les signatures (no 77).

Jean-François Aubert
Chemin des Meuniers
2034 Peseux