zwar, wie unser Jubilar es sagte, "keine staatsleitende und die Politik führende Vorreiterin" sein, sie kann aber, wie er anerkannte, "die Sendung der Orientierungskraft auf sich nehmen"[49]. Dass diese Orientierungskraft unter Umständen stärker ist als das, was in der praktischen Politik in einer bestimmten Periode erreichbar ist, hat er eindrücklich bewiesen. Sein Wirken gibt uns deshalb die beste Antwort auf die Frage, welches die Rolle der Staatsrechtswissenschaft für die Reform staatlicher Institutionen in der Gegenwart zu sein vermag.

49 A.a.O., S. 14.

DU ROLE DU DROIT ET DES JURISTES DANS LA REFORME DES INSTITUTIONS DE L'ETAT

Jean-François Aubert

Deuxième conférence

Madame, Messieurs, mes chers collègues, mon cher *Kurt*. On me demande de parler du rôle du droit dans la réforme des institutions étatiques. Après *Dietrich*, vous en conviendrez, c'est déjà difficile. A côté de *Kurt*, c'est franchement embarrassant. Je vais tout de même m'y lancer, sûr de bénéficier de la bienveillance que les constitutionnalistes ne manquent pas de se témoigner réciproquement dans leurs entreprises. Et je vais ouvrir mon propos par une de ces "remarques préliminaires" qui ornent si souvent le prologue de nos discours.

1. J'aimerais rappeler, en effet, pour mieux délimiter mon sujet, que la réforme d'une institution ne passe pas nécessairement par la création de *nouvelles règles*; qu'elle pourrait aussi très bien résulter d'une *nouvelle interprétation* de règles existantes, et en particulier d'une nouvelle manière de comprendre la hiérarchie inhérente à un système de règles.

> Exemple: il n'aurait pas été inconcevable d'introduire le suffrage féminin, en Suisse, par une nouvelle interprétation de certains mots, tels que "Suisse" ou "citoyen" (si ce n'était pas souhaitable d'un point de vue politique, c'était certainement possible d'un point de vue juridique). Dans le même ordre d'idées, on peut dire que l'arrêt *Rohner*, sur le suffrage féminin en Appenzell Rhodes Intérieures, résulte d'une certaine manière nouvelle de comprendre le rapport entre deux articles de la Constitution fédérale.
>
> Autre exemple: le contrôle judiciaire de la conformité des lois fédérales aux traités internationaux s'est développé par l'effet d'une *réappréciation progressive* du rapport entre le droit international et le droit national. Il est clair, toutefois, que la ratification de l'accord de Porto, du 2 mai 1992, sur un

Espace Economique Européen (qui correspond bien à la création de nouvelles règles), accélérerait cette évolution.

Mais il faut bien reconnaître que les nouvelles interprétations de règles existantes jouent un grand rôle surtout dans la réalisation des droits fondamentaux. Elles sont plus rares dans le domaine étroitement circonscrit des institutions étatiques.

Or justement les propos que je vais tenir maintenant ne concernent guère que les institutions de l'Etat. C'est-à-dire qu'ils se rapportent essentiellement à la *création de nouvelles règles*. Je vais donc parler du rôle du droit dans la création de nouvelles règles relatives à l'Etat. Et il me semble qu'à cet égard il convient de faire une première distinction, entre la *procédure* et le *contenu* des réformes.

2. La création d'une nouvelle règle pose en effet, pour commencer, une question de *procédure*: comment la règle doit-elle être introduite? Et ici, il est bien évident que le rôle du droit et des juristes est *déterminant*. Selon que le droit est respecté ou violé, le changement de règles est une réforme ou une révolution. Révolution peut-être pacifique, mais tout de même une révolution. Par exemple, ce qui s'est passé en France, le 17 juin 1789, ou ce qui s'est passé en Suisse, de manière moins voyante, le 27 juin 1848, étaient, juridiquement, des actes révolutionnaires.

Et alors, comme les réformes les plus importantes touchent, le plus souvent, des règles qui sont dans la Constitution, il faudra qu'elles se fassent conformément aux dispositions de la Constitution relatives à sa révision.

A vrai dire, ces dispositions ne sont peut-être pas toujours exemptes d'ambiguïté (je pense ici à la procédure abrégée qui a été suivie, en France, il y a trente ans, pour instaurer l'élection du Président de la République au suffrage universel). En Suisse, toutefois, il me semble qu'il n'y a eu, depuis 1848, que peu de controverses sur la procédure de réforme - si je fais exception, mais c'est plutôt anecdotique, de l'usage qui est fait, aujourd'hui, de l'initiative constitutionnelle pour régler des questions particulières.

3. L'argumentation des juristes sur la procédure peut, selon les circonstances, freiner la réforme ou la rendre plus facile.

Elle freine la réforme lorsqu'elle tend à montrer que cette réforme ne peut se faire que par une révision de la Constitution; ou (en Suisse) par une révision totale au lieu d'une révision simplement partielle de la Constitution. Exemple: comment devrait s'opérer l'introduction du régime parlementaire? Ou encore: je me rappelle un fameux avis de droit de *M. Eichenberger*, d'il y a une quinzaine d'années, où l'auteur a soutenu qu'une large attribution de compétence à la Confédération (notamment dans le domaine de l'énergie) devrait probablement prendre la forme de la révision totale. Et je suis sûr que nous sommes plusieurs, dans cette salle, à penser que cet avis a exercé une influence réelle sur la préparation de l'actuel article sur l'énergie.

L'argumentation juridique empêcherait même la réforme si elle lui opposait l'intangibilité de la Constitution. Mais c'est là un point que, pour une raison évidente, devant tant d'éminents collègues de la République fédérale d'Allemagne, je ne tiens pas à aborder ici.

L'argumentation juridique rend, au contraire, la réforme plus facile quand elle établit que la voie de la législation ordinaire, ou une forme inférieure, voire simplement une interprétation nouvelle du droit existant, suffit à la réaliser. C'est une question qui se présente souvent en Suisse; par exemple, sur le point de savoir si une matière relève déjà du droit fédéral; ou si le chapitre II de la Constitution, sur les autorités fédérales, est vraiment exhaustif (ce qui revient à se demander, notamment, si une loi ne suffirait pas pour instituer un médiateur).

4. Mais on ne met pas en marche une procédure de réforme si on n'a pas une idée du *contenu* de cette réforme. Et alors, pour le contenu de la réforme, il me semble que le rôle du droit est beaucoup moins évident.

Je crois qu'il faut commencer par faire ici de nouvelles distinctions: il y a le droit en tant que profession; le droit en tant que mode dialectique; le droit en tant que langage; il y a enfin le droit en tant qu'ensemble normatif.

C'est surtout en tant qu'ensemble normatif que le droit me paraît évincé,

pour la détermination du contenu d'une réforme des institutions étatiques, par la politique ou par la morale. A l'exposé somme toute très positif de mon collègue *M. Schindler*, j'apporte donc ici un léger contre-point.

5. Il y a d'abord le droit en tant que *profession*.

C'est un fait que certaines grandes créations institutionnelles (souvent, d'ailleurs, de type révolutionnaire) ont été l'oeuvre de juristes. Il y avait, c'est bien connu, beaucoup d'avocats parmi les constituants français de 1789; il y en avait plusieurs aussi dans la Commission de révision du Pacte fédéral (suisse), en 1847-1848, comme notre collègue *Kölz* nous l'a rappelé récemment. Mais cela s'explique peut-être parce que la classe des avocats, considérée comme classe sociale ou politique, avait un intérêt particulier au changement des institutions; peut-être aussi parce que les avocats passaient pour des gens habiles. En tout cas le droit, en tant qu'ensemble normatif, n'avait pas grand-chose à voir dans cette composition. En 1789, par exemple, un évêque, un mathématicien, un chimiste en savaient autant qu'un avocat sur les "grands principes" et sur le "droit naturel": *Sieyes* et *Condorcet* en savaient, je suppose, autant que *Robespierre* et *Danton*.

A noter que cet aspect "professionnel" ou "social" de la question a perdu actuellement presque toute son importance (du moins dans les régimes issus du constitutionnalisme du XVIIIème siècle). On devrait peut-être même constater que la classe des avocats n'est pas, aujourd'hui, la plus intéressée à des réformes institutionnelles.

6. Il y a ensuite le droit en tant que *mode dialectique*.

La dialectique du procès juridique est l'une des plus simples qui soient (elle est en tout cas plus simple que la dialectique sentimentale). Elle est aussi l'une des plus proches de la dialectique politique. En politique (du moins dans sa forme idéale), partisans et adversaires d'un projet plaident devant l'assemblée, en s'efforçant, autant qu'il est possible, de garder les meilleurs arguments pour la fin. Et l'assemblée tranche ensuite à la manière d'un juge. Les avocats sont habitués à ce genre de discours.

La dialectique des théologiens aurait aussi très bien fait l'affaire; mais les théologiens ont souvent été écartés des assemblées politiques, quand ils ne s'en sont pas retranchés eux-mêmes.

7. Il y a encore le droit en tant que *langage*.

Sous cet aspect, il est bien clair que les juristes disposent d'un véritable *monopole*. Dans la mesure où les réformes institutionnelles sont destinées à revêtir la forme écrite (révision d'une constitution ou d'une loi), elles doivent être traduites dans la langue du droit. Ici, le juriste est un scribe.

Et, quand je dis scribe, je n'entends nullement diminuer ses mérites. Il y a eu des scribes célèbres. Il y a même, au Louvre, une célèbre statue de scribe et je trouverais très glorieux pour notre office qu'il y ait un jour, dans un musée du septième millénaire, l'image d'un constitutionnaliste assis de la fin du XXème siècle.

Mais le langage des juristes se recommande encore pour une raison moins évidente: de tous les langages d'experts, la langue du droit est probablement la plus facile à comprendre pour les autres experts, la plus adaptable aussi à des contenus étrangers. Elle est plus immédiatement intelligible que celle des médecins, des physiciens, des géologues, des économistes, des pédagogues etc. Elle est en outre apte à s'approprier, moyennant les simplifications nécessaires, la langue des spécialités les plus variées. Ici, le juriste est un véritable écrivain public.

Ces deux causes, le fait que la réforme finira par s'exprimer en règles de droit, le fait aussi que, dans un cénacle d'experts de diverses spécialités, la langue juridique est assez propre à devenir une sorte de référence commune, donnent au juriste une position centrale dans les processus de réformes institutionnelles.

8. Mais il y a surtout le droit en tant qu'*ensemble normatif*.

Là, Madame et Messieurs, est le vrai problème. Est-ce que le juriste peut trouver dans le droit une *source d'inspiration* pour des réformes institutionnelles? Du point de vue de la connaissance, que peut-il enseigner

de plus que le politologue ou l'historien? Du point de vue de la volonté, que peut-il proposer de plus que le politique ou le moraliste?

9. Il faut d'abord dissiper l'équivoque du *droit naturel*.

Même si l'on admet que certaines institutions politiques fondamentales, la démocratie, le suffrage universel, se déduisent d'un droit supérieur ou droit naturel, il s'agit là de principes si généraux que des non-juristes peuvent s'en pénétrer sans le secours des juristes. Il n'est pas nécessaire d'être juriste pour réclamer l'égalité. Ce ne sont pas les juristes, par exemple, qui ont le plus travaillé à l'institution du suffrage féminin.

> Si, aux Etats-Unis, certains progrès, en matière d'égalité raciale, sont dus à l'action des tribunaux, cela tient surtout à la structure fédérative de ce pays, donc à une question de hiérarchie: il y avait longtemps que la ségrégation paraissait injuste à de nombreux esprits, mais, parce que les législateurs de certains Etats la trouvaient parfaitement normale, il a fallu que des tribunaux fédéraux leur imposent une nouvelle interprétation du XIVème Amendement.

10. Plus généralement: à supposer qu'on puisse s'entendre sur ce qui est *juste*, l'idée de justice n'est pas une idée dont les juristes auraient l'exclusivité. Il n'est même pas établi qu'ils en soient plus proches que les "laïcs". Ils peuvent, tout au plus, avoir une certaine supériorité technique dans l'argumentation et dans la manière d'exprimer les choses.

> En tout cas, rien ne serait plus contraire au principe même de l'égalité et de la démocratie que de lier les réformes à un droit naturel défini par des juristes: ce serait subordonner la politique à un corps de "spécialistes". Et c'est d'ailleurs bien là l'une des considérations qui rendent problématique, à mes yeux, l'idée de l'intangibilité de certaines règles constitutionnelles.

11. Mais la réfome des institutions étatiques, surtout à notre époque, n'a qu'un rapport assez distant avec l'idée de justice. Elle se fonde plutôt sur des raisons d'*utilité*, d'efficacité, d'"acceptabilité". Ce sont là des

qualités qui, plus que la justice, sont propres à faire l'objet d'une science. Reste à savoir si cette science est, spécifiquement, celle des juristes.

Plutôt que de m'attarder davantage dans le désert des abstractions, je vous propose de prendre ici un exemple pratique. Faut-il, comme certains le réclament, que la Confédération suisse abandonne le régime directorial, qui est le sien depuis cent cinquante ans, pour lui substituer un régime parlementaire à la façon britannique ou allemande?

> L'exemple n'est pas seulement pratique; il est même de saison, puisqu'un groupe de travail présidé par *M. Eichenberger* vient justement de publier des réflexions sur ce point.

12. Il y a d'abord tout un travail de diagnostic. Comment fonctionne le régime actuel? Quelle en est la finalité? Fonctionne-t-il conformément à sa finalité? Si ce n'est pas le cas, est-il possible d'y remédier en conservant le même régime? Ou faut-il constater que ce régime n'est plus pratiquable (par exemple, à cause de la "personnalisation" croissante de l'activité politique des membres du Gouvernement et des parlementaires, due elle-même à l'influence des médias)? Etc.

Question: ce diagnostic relève-t-il du juriste, ou du politologue, ou de l'historien, ou de tout autre spécialiste?

> Soit dit en passant, j'ai toujours été frappé de voir combien, aux Etats-Unis, les constitutionnalistes préféraient vouer leurs efforts à la protection des droits fondamentaux, laissant aux politologues le soin d'étudier les institutions étatiques et d'en proposer l'amélioration.

13. Si la conclusion est qu'il faut changer de régime, un autre problème est de savoir par quoi le remplacer. Si l'intérêt se porte sur le régime parlementaire, il faut en inventorier les avantages et les inconvénients. Il faut, en particulier, l'examiner dans ses rapports avec le système électoral, le bicamérisme, la démocratie directe. Il faut mesurer toutes les modifications qu'entraînerait, probablement ou nécessairement, le changement de régime. Et, pour finir, mettre en regard le régime actuel, avec ses qualités

et ses insuffisances, et le régime proposé, qui a certainement aussi ses défauts.

> Un passage obligé de la démonstration est celui du rapport entre le régime parlementaire et la démocratie directe. Quelle est la signification d'un référendum consécutif à une élection (à une dissolution)? Est-ce que le Premier Ministre qui est battu dans un référendum doit démissionner? S'agit-il là, d'ailleurs, d'un point qu'on peut régler dans une constitution?

Question réitérée: à quelle science ressortissent ces inventaires et ces comparaisons?

14. Une première réponse consisterait à dire que les réformes institutionnelles supposent un travail *interdisciplinaire*. Dans notre exemple, le régime parlementaire britannique sera étudié par l'historien, le politologue et le juriste. *Réponse rapide et un peu facile*. Encore faudrait-il savoir ce que le juriste, après qu'il aura lu les historiens et les politologues, pourra tirer de son cru.

Ce serait, me semble-t-il, donner de notre profession une image un peu immodeste que de penser que nous sommes particulièrement attentifs aux relations entre les institutions, ou aux risques de contradictions ou d'incompatibilités. Nous y sommes attentifs, sans doute, mais les autres le sont aussi.

Il n'y a guère qu'un aspect des choses auquel le juriste est enclin à donner, en toute légitimité, plus d'importance que tout autre spécialiste: c'est le *caractère hiérarchique d'un système de règles*. Par exemple, si la Suisse se décide un jour à réformer ses institutions, ce sont surtout les juristes qui sauront dire si le droit international lui fixe des limites et lesquelles. Pour l'instant nous avons, de cette idée de hiérarchie, surtout une expérience interne: aux autorités cantonales qui refondaient leurs constitutions, les juristes - et eux principalement - ont en effet pu montrer ce que le droit fédéral suisse leur interdisait et ce qu'il leur commandait. Mais alors, sur ce point, je dois dire que notre expérience est vaste; je n'ai pour m'en convaincre, qu'à jeter sur cette assemblée un regard semi-circulaire. Je vois, une fois encore, *M. Eichenberger*, qui a montré aux Argoviens l'étendue et les bornes de leur action; je vois *M. Rhinow*, qui l'a

expliqué aux Bâlois; *M. Schweizer*, qui l'a fait pour les Glaronnais; *M. Müller*, *M. Kälin*, qui ont rédigé, sur ce point particulier, une expertise au début des travaux de révision de la Constitution bernoise; et, dans la même circonstance, je retrouve *M. Eichenberger* et le discours qu'il a tenu devant la commission d'experts, en août 1989. Voilà, je crois, la part qu'on peut faire à l'interdisciplinarité.

15. Mais, pour nous, *la vraie réponse est ailleurs*. Il n'y a pas, il ne doit pas y avoir de juriste "pur". Un juriste est aussi un *citoyen* et un *homme*. Comme juriste, il a sans doute des connaissances spéciales, notamment sur les constitutions. Comme citoyen, il a des idées *politiques*, il a des opinions sur ce qui est politiquement souhaitable, peut-être aussi sur ce qui est politiquement réalisable. Comme homme, il a des sentiments *moraux*, il a sa conception de la justice. Et c'est précisément parce qu'il est tout cela, et pas seulement un juriste, qu'il peut exercer une influence enrichissante sur la réforme des institutions.

Permettez-moi, Madame et Messieurs, de conclure ce discours en disant que c'est bien là qu'il faut chercher le secret de l'oeuvre de *M. Eichenberger*.