



La notion de « révision totale matérielle »

Un remède inutile à l'exigence de l'unité de la matière ?

PASCAL MAHON



ELOI JEANNERAT

Même si elles en règlent la procédure, la Constitution fédérale ainsi que les constitutions cantonales ne définissent pas ce qu'est une révision « totale », laquelle peut être entendue, théoriquement, tant dans un sens formel que dans un sens matériel. Même si la notion de « révision totale matérielle » de la constitution avait été conceptualisée depuis longtemps par une partie de la doctrine, il a fallu attendre la dernière révision totale formelle pour qu'elle soit reconnue et appliquée pour la première fois par les autorités fédérales ou, du moins, proposée par le Conseil fédéral. Une interprétation matérielle de la notion de révision totale, qui tend, pour l'essentiel, à contourner le principe de l'unité de la matière lors de réformes importantes, pose cependant de nombreux problèmes. Dès lors, s'agissant de réformes constitutionnelles importantes et innovatrices, peut-être vaudrait-il mieux appliquer de façon nuancée le principe de l'unité de la matière que reconnaître une notion problématique de révision totale.

Die Bundesverfassung und die Kantonsverfassungen regeln zwar das Verfahren ihrer « Totalrevision », definieren diese aber nicht. « Totalrevision » kann in einem formellen oder in einem materiellen Sinn verstanden werden. Auch wenn der Begriff der « materiellen Totalrevision » der Verfassung von einem Teil der Lehre schon früher als Konzept entwickelt worden war, musste die letzte formelle Totalrevision der Bundesverfassung abgewartet werden, bis die materielle Totalrevision anerkannt und von den Bundesbehörden zum ersten Mal angewandt oder zumindest vom Bundesrat vorgeschlagen worden ist. Ein materielles Verständnis des Begriffs der Totalrevision sucht im Wesentlichen bei bedeutenden Reformen den Grundsatz der Einheit der Materie zu umgehen und wirft daher zahlreiche Probleme auf. Daher wäre es vielleicht bei wichtigen und innovativen Verfassungsreformen besser, den Grundsatz der Einheit der Materie differenziert zu handhaben, als einen problematischen Begriff der Totalrevision zu übernehmen.

Plan

- I. Introduction
- II. La révision totale et la révision partielle de la Constitution
 - A. Les critères de distinction
 - B. Les enjeux concrets de la distinction
- III. La reconnaissance récente de la « révision totale matérielle »
 - A. La pratique initiée par les autorités fédérales
 - B. Ses implications et ses effets collatéraux
 - C. Les correctifs envisageables
- IV. L'alternative : un principe d'unité de la matière nuancé
 - A. La jurisprudence fédérale
 - B. La pratique et la doctrine
- V. Conclusion

I. Introduction

L'ancien Conseiller fédéral Arnold Koller, à qui ce numéro spécial est dédié, restera sans doute dans l'histoire pour avoir – entre autres motifs – su mener à bien, en tant que Ministre de la justice, l'entreprise commencée bien longtemps avant son arrivée au Conseil fédéral, d'une révision totale de la Constitution fédérale du 29 mars 1874, entreprise dans laquelle d'autres avaient échoué avant lui et à laquelle plus personne ne croyait vraiment. S'il a pu relever ce défi avec succès, c'est sans doute parce qu'il a su allier esprit de conciliation, sens du consensus et force

de conviction, mais aussi, ce qui est probablement moins connu, un sens certain de l'équilibre entre stabilité et innovation. Si elle est souvent considérée comme un monument, voire un symbole de stabilité, à travers sa « simple mise à jour » (« *Nachführung* »), dépourvue de toute innovation matérielle, du droit constitutionnel existant, la nouvelle Constitution fédérale – et en particulier la procédure suivie pour cette révision totale – recèle en réalité, à y regarder de plus près, plusieurs innovations, pour ne pas dire plusieurs « trouvailles », sur le plan juridique, qui dénotent une certaine audace innovatrice. Cela vaut déjà pour la notion même de « *Nachführung* », qui s'est avérée un concept « passe-partout », d'une grande plasticité et élasticité, dans lequel chacun pouvait « se retrouver » et qui a sans doute contribué, de ce fait même, à la réussite « politique » de l'entreprise¹. Cela vaut aussi pour la procédure elle-même de la révision totale, à laquelle nous souhaitons consacrer cette contribution, et qui a innové en proposant en quelque sorte, avec la notion de « révision

¹ Voir à ce sujet le numéro spécial de la revue *LeGes*, n° 4 de 2013 (à paraître), intitulé « Droit et politique dans la révision totale de la Constitution fédérale du 29 mars 1874 » et entièrement dédié à la procédure de la révision totale de la Constitution fédérale de 1874 et d'adoption de la nouvelle Constitution, du 18 avril 1999, en particulier la contribution de synthèse finale (OLIVIER BIGLER/NICOLAS FREYMOND/PASCAL MAHON/MARC RENKENS/BERNARD VOUTAT, La révision constitutionnelle entre contraintes politiques et expertise juridique, spécialement ch. 3 et 4, 397 ss, 403–409).

totale matérielle », une nouvelle forme de révision de la Constitution².

II. La révision totale et la révision partielle de la Constitution

Avant d'apprécier les problèmes que pose une telle innovation en matière de révision constitutionnelle, par une interprétation large de la notion de « révision totale » de la Constitution, il est utile de rappeler, très brièvement, le cadre juridique dans lequel cette notion s'inscrit ainsi que les rapports qu'elle entretient avec la notion de « révision partielle ». Il est en effet assez étonnant qu'une notion d'une telle importance ne connaisse aucune définition légale (cf. *infra* A), quand bien même les enjeux qui l'entourent sont loin d'être négligeables (cf. *infra* B).

A. Les critères de distinction

La Constitution fédérale – plus particulièrement par ses articles 192 à 194 – connaît, distingue et oppose deux modes de révision : la révision *partielle* et la révision *totale*. Elle règle également à son art. 51 – mais de manière partielle seulement – la procédure de révision des constitutions cantonales, en imposant, d'une part, que leur révision soit obligatoirement soumise à référendum populaire et, d'autre part, qu'une majorité des citoyens puissent l'initier. Elle laisse pour le reste les cantons largement libres de choisir le mode de révision de leur constitution³. Actuellement, tous les cantons connaissent les mêmes modes de révision de leur constitution que le droit fédéral, à savoir la révision *partielle* et la révision *totale*, ces deux formes de révision pouvant toutes les deux être mises en œuvre aussi bien par la voie de l'initiative populaire que par les autorités.

Même si elle en règle la procédure, la Constitution fédérale ne définit cependant pas ce qu'est une révision « totale »⁴. Les constitutions cantonales ne le font pas

davantage. Il est et était généralement admis, en doctrine et, jusque-là, dans la pratique des autorités, que la révision est totale – et doit suivre la procédure prévue pour la révision totale – « lorsque toutes les dispositions de l'ancienne constitution sont remplacées par un nouveau texte constitutionnel », sans qu'il soit « nécessaire à cet égard que la nouvelle constitution contienne des innovations matérielles » ; il faut et il suffit que « l'ancien document constitutionnel [soit] remplacé par un nouveau »⁵. C'est ce qu'on appelle la « révision totale formelle »⁶ ou, en doctrine, la conception formelle de la révision totale⁷.

Cependant, on peut aussi envisager – ce qu'ont fait très tôt la doctrine et le Conseil fédéral⁸ – une conception « matérielle » de la révision totale, en ce sens qu'on peut aussi considérer qu'une révision est totale même si elle ne porte que sur un seul article ou un petit nombre d'articles. En effet, une révision formellement partielle « peut, par ses effets, équivaloir à une révision totale si elle touche la constitution dans son intégralité et qu'elle entend « bouleverser le contenu de l'ordre constitutionnel » »⁹. Il y aurait ainsi « révision totale matérielle » lorsque la Constitution est modifiée dans son essence même : un abandon de la forme républicaine ou fédérative de l'État, de sa structure démocratique ou libérale ou une modification fondamentale de l'organisation des autorités, par exemple¹⁰. L'abolition du système bicaméral, du Conseil des États ou de la liberté économique, le changement de système gouvernemental et certains transferts de compétences à la Confédération pourraient être, selon la doctrine, autant d'autres exemples de révision totale matérielle¹¹. Très

² Voir aussi, sur le même sujet, la contribution mentionnée à la note précédente, BIGLER/FREYMOND/MAHON/RENKENS/VOUTAT, La révision constitutionnelle entre contraintes politiques et expertise juridique, spécialement ch. 4, qui a partiellement inspiré la présente.

³ Cf., entre autres, VINCENT MARTENET, L'autonomie constitutionnelle des cantons, thèse, Bâle-Genève-Munich 1999, 219 s.

⁴ Message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle constitution fédérale, du 20 novembre 1996, FF 1997 I, spéc. 100. Cf. aussi, entre autres, ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2012, n° 1767.

⁵ Toutes citations tirées du Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, précité (n. 4), FF 1997 I, 100.

⁶ *Ibid.*, p. 100.

⁷ Cf., entre autres, PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3^e éd., Berne 2011, p. 538 ; HÄFELIN/HALLER/KELLER (n. 4), n° 1763 ; YVO HANGARTNER, in : Bernhard Ehrenzeller et al. (éd.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, Zürich/St. Gallen, 2^e éd., 2008, Vorbemerkungen zu Art. 192–195, n° 18.

⁸ Voir notamment WILHELM OSWALD, Total- oder Partialrevision, in : RDS, vol. 87, 1968, 517, 527 ; cf. aussi le Rapport du Conseil fédéral sur l'initiative du canton de Bâle-Ville concernant la révision totale de la constitution fédérale, du 27 novembre 1959, FF 1959 II 1250, 1260 s.

⁹ Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, précité (n. 4), FF 1997 I, 100, qui se réfère à LUZIUS WILDHABER, in : Commentaire de la Constitution fédérale, art. 118, n° 17 ; cf. aussi HANGARTNER (n. 7), n° 21. Cf. en outre, pour une revue détaillée de la question, JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Traité de droit constitutionnel suisse, Tome 1, Neuchâtel 1967, n° 353 ss, ainsi que le Rapport précité (n. 8) du Conseil fédéral, de 1959, FF 1959 II 1250, 1260 s.

¹⁰ Rapport de 1959, précité (n. 2), 1261.

¹¹ Voir, entre autres, WILDHABER (n. 9), n° 10.

concrètement, la question d'une éventuelle révision totale matérielle de la constitution s'est déjà posée, au niveau fédéral, s'agissant de la suppression de l'armée, laquelle constituerait selon le Conseil fédéral un « *choix existentiel pour un Etat* »¹². Elle s'est également posée, au niveau cantonal, s'agissant de l'octroi du droit de vote et d'éligibilité aux étrangers, certains considérant qu'il pourrait s'agir, dans une telle hypothèse, de modifier le « *Substrat des Souveräns* »¹³. Enfin, pour certains auteurs, la question se poserait probablement en cas d'adhésion à l'Union européenne¹⁴.

En définitive, la distinction entre la notion de révision totale et celle de révision partielle de la constitution pourrait théoriquement se faire soit en fonction de critères formels, soit en fonction de critères matériels. Tel est du moins ce que le Conseil fédéral a retenu dans son message de 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale¹⁵.

B. Les enjeux concrets de la distinction

Cependant, distinguer la notion de révision totale de la constitution de celle de sa révision partielle va bien au-delà du simple intérêt théorique et académique. La qualification d'un projet de modification constitutionnelle de révision totale ou, au contraire, de révision partielle a au moins trois implications concrètes et politiquement essentielles. La qualification d'une modification constitutionnelle influence en effet :

- la *procédure applicable* à ladite modification, que celle-ci doit respecter. La révision totale d'une constitution suit une procédure différente de celle de la révision partielle, cela tout particulièrement au niveau cantonal. Au niveau fédéral, la particularité procédurale de la procédure de la révision totale est que, si le peuple accepte le principe d'une révision totale, demandée par initiative populaire ou initiée par une seule des deux chambres (alors que l'autre s'y opposerait), l'Assemblée fédérale est renouvelée. L'hypothèse, on le sait, ne s'est jamais réalisée. Au niveau cantonal, la procédure de révision totale diffère encore

plus de celle de la révision partielle. L'initiative en vue de la révision totale doit souvent recueillir davantage de signatures que celle qui tend à la révision partielle de la constitution. En outre, la procédure de révision totale rend parfois nécessaire l'élection d'une assemblée constituante ou l'adoption préalable d'un additif constitutionnel appelé à régler la procédure¹⁶.

- la *forme* que doit prendre l'initiative populaire qui la propose. Tant au plan fédéral que dans la très grande majorité des cantons, l'initiative populaire tendant à la révision totale de la constitution doit obligatoirement être formulée en termes généraux. Seul le canton de Genève permet aux citoyens de proposer directement un projet de révision totale de la constitution entièrement rédigé¹⁷. Dans la plupart des autres cantons et au niveau fédéral, il se pourrait qu'une initiative tendant à la révision totale d'une constitution ne puisse même pas mentionner les lignes directrices de la révision souhaitée¹⁸. La question reste néanmoins controversée¹⁹.
- *l'exigence de l'unité de la matière*²⁰. On reconnaît en principe que les révisions totales, contrairement aux révisions partielles, n'ont pas à respecter le principe de l'unité de la matière²¹. Autrement dit, les projets de révision totale de la constitution peuvent réunir des objets de réglementation les plus divers qui n'ont pas forcément de rapports intrinsèques entre eux. C'est en tout cas l'opinion d'une partie importante de la doctrine et celle du Conseil fédéral²². C'est également ce qui semble devoir ressortir de l'interprétation littérale et comparée des articles 193 et 194

¹² Message du Conseil fédéral concernant l'initiative populaire « pour une Suisse sans armée et pour une politique globale de paix », du 25 mai 1988, FF 1988 II 946, 950.

¹³ *Katrin Zehnder*, in : Verfassingsrat des Kantons Basel-Stadt, Wortprotokoll Nr 34 der Sitzungen vom 23. und 25. November 2004, p. 79.

¹⁴ Cf., entre autres, URS SAXER, Die Umsetzung völkerrechtlicher Verträge im Verfahren gemäss Art. 141a BV : auch ein Problem der Volksrechte, in : PJA/AJP 2005, 821, 827.

¹⁵ Cf. Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, précité (n. 4), FF 1997 I, 100.

¹⁶ Voir par exemple les articles 101 et 102 de la Constitution de la République et Canton de Neuchâtel, du 24 septembre 2000 (Cst./NE ; RS 131.233), ainsi que les articles 75 et 137 de la Constitution de la République et Canton du Jura, du 20 mars 1977 (Cst./JU ; RS 131.235).

¹⁷ Voir STÉPHANE GRODECKI, L'initiative populaire cantonale et municipale à Genève, thèse, Genève 2008, n^{os} 306 ss. Voir aussi l'art. 56 de la nouvelle Constitution du Canton de Genève, du 14 octobre 2012 (RS/GE A 2.0), qui a maintenu cette particularité.

¹⁸ Cf., entre autres, GRODECKI (n. 17), n^o 304.

¹⁹ Cf., parmi d'autres, BERNHARD EHRENZELLER/ROGER NOBS, in : Bernhard Ehrenzeller et al. (éd.), St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 2^e éd., Zürich/St. Gallen 2008, art. 138, n^o 16.

²⁰ Cf. également TSCHANNEN (n. 7), 538. Pour RHINOW/SCHEFER (Schweizerisches Verfassungsrecht, 2^e éd., Bâle 2009, n^o 48 ss), l'unité de la matière devrait même être le critère de distinction entre la révision totale et la révision partielle.

²¹ Cf., parmi d'autres, BÉNÉDICTE TORNAY, La démocratie directe saisie par le juge : l'empreinte de la jurisprudence sur les droits populaires en Suisse, thèse, Genève 2008, 78.

²² Cf., entre autres, le Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, précité (n. 4), FF 1997 I, 101.

de la Constitution fédérale. On soulignera cependant que le Tribunal fédéral, même s'il n'a jamais eu à se prononcer directement sur la question, ne semble pas se montrer aussi catégorique. En règle générale, les juges fédéraux se limitent à considérer simplement que « [l]'exigence d'unité de la matière est plus contraignante à l'égard d'une initiative portant sur une révision partielle que sur une révision totale de la constitution, soumise à une procédure propre »²³. Pour eux, il semblerait qu'une révision totale doit donc aussi respecter l'unité de la matière, en tout cas lorsqu'elle ne suit pas une procédure particulière. Cet *obiter dictum* est repris si souvent par les juges fédéraux qu'il paraît impossible de ne pas y attacher une certaine importance, contrairement ce que certains auteurs retiennent²⁴. Il est d'ailleurs vrai que le respect du principe d'unité de la matière découle de manière générale de la garantie des droits politiques et de la protection de l'expression fidèle et sûre de la volonté des citoyens consacrées à l'art. 34 al. 2 de la Constitution, et non seulement des règles spéciales de procédure de révision.

III. La reconnaissance récente de la « révision totale matérielle »

Même si la notion de « révision totale matérielle » de la constitution a donc été approfondie et conceptualisée depuis longtemps par une partie de la doctrine, il a fallu attendre – paradoxalement – la dernière révision totale *formelle* – celle de la fin du vingtième siècle – pour qu'elle soit reconnue et appliquée pour la première fois par les autorités fédérales ou, du moins, proposée par le Conseil fédéral (cf. *infra* A). Si cette consécration de la notion de « révision totale matérielle » répondait à des contingences politiques compréhensibles, elle a, à notre sens, contribué à renforcer l'insécurité juridique préexistante lors de toute révision constitutionnelle importante (cf. *infra* B), même s'il semble possible d'y apporter certains correctifs (cf. *infra* C).

A. La pratique initiée par les autorités fédérales

Comme évoqué, pendant très longtemps, la pratique n'a connu aucun exemple de projet de révision constitutionnelle qui, bien que devant formellement être considéré comme une révision partielle, aurait été soumis à la procédure de la révision totale. La notion de « révision totale matérielle » est donc restée dans les nimbes de la théorie jusqu'à ce que le Conseil fédéral l'en extraie, en 1996, pour la faire passer de la théorie à la pratique, dans son message relatif à une nouvelle Constitution fédérale. Partant de l'idée que les deux projets de réformes sectorielles, en matière de droits populaires et de justice, qui seraient soumis séparément au vote, ne respectaient pas l'unité de la matière, le Conseil fédéral a en effet, pour la première fois, proposé que ces deux projets qui, formellement, représentaient des révisions constitutionnelles partielles, suivent la procédure applicable à la révision totale²⁵. Ainsi, en fait, le processus de la révision totale tel qu'il a été conçu à ce moment-là, sous forme d'un « *Baukastensystem* », a peut-être donné naissance à une nouvelle manière de concevoir – et de procéder à – la révision de la Constitution, manière située entre les deux modes classiquement connus et recensés jusque-là, que sont ceux de la révision totale formelle et de la révision partielle : la révision totale matérielle²⁶.

Car le procédé – des révisions totales matérielles – ne s'est pas arrêté là, mais s'est au contraire poursuivi par la suite, en l'occurrence par le biais de la « réforme du fédéralisme » en 2004 (réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons, connue sous le nom de RPT). Comme on le sait, la Constitution fédérale n'a à cette occasion été ni rebaptisée, ni renumérotée. Une nouvelle fois, les autorités fédérales ont prétendu qu'il s'agissait là d'une révision totale de la Constitution fédérale, même si la Constitution fédérale qui avait été adoptée entretemps ne prévoyait toujours pas expressément cette forme de révision²⁷. Simplement, comme pour la réforme de la justice, les autorités fédérales voulaient à la fois éviter de mettre en péril la

²⁵ Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, précité (n. 4), FF 1997 I, 101.

²⁶ Voir à ce propos la contribution BIGLER/FREYMOND/MAHON/RENKENS/VOUTAT, précitée (n. 1), ch. 4, 409–411.

²⁷ Sur la question de la nécessité d'une base constitutionnelle plus claire, RHINOW/SCHEFER (n. 20), n° 2076, et JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *in* : Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Berne 2003, ad art. 192, n° 2.

²³ TF 1C_289/2008 du 9 mars 2009, consid. 2.2. Voir aussi TF 1C_103/2010 du 26 août 2010, consid. 3.2, ATF 129 I 366, consid. 2.2, et les références citées.

²⁴ *Contra* : TORNAY (n. 21), 78.

cohérence du projet en cas de vote séparé sur les diverses modifications constitutionnelles et éviter en même temps de s'interroger sur la question de l'unité de la matière²⁸.

Il faut reconnaître que, d'un point de vue politique, le Conseil fédéral et Parlement ont innové de manière assez audacieuse en consacrant dans la pratique l'idée de la « révision totale matérielle » et du « *Baukastensystem* ». Il n'était pas évident – cela en l'absence, comme le dit le Conseil fédéral lui-même, « d'opinions doctrinales bien implantées » et de bases constitutionnelles claires²⁹ – d'admettre l'idée qu'un paquet de révision dans un domaine spécifique devait ou pouvait être considéré et traité comme une révision totale « matérielle » et suivre de ce fait les règles et la procédure prévue pour la révision totale. Le procédé était d'autant plus audacieux que l'on pouvait douter que chacun de ces projets touchât véritablement à des points essentiels de l'ordre constitutionnel³⁰. Ce faisant, l'on a ouvert en faveur des autorités – fédérales du moins – une conception nouvelle de la révision totale et, surtout, un moyen ou un instrument d'une grande plasticité ou élasticité, leur permettant de contourner, au besoin, ou au moins d'ignorer l'exigence de l'unité de la matière, en qualifiant un « paquet » de réforme de révision totale « matérielle ».

En revanche, sur le plan juridique, la prise de risque était minime pour les autorités fédérales qui ne pouvaient ni ne peuvent se voir contraintes d'adopter une pratique claire et constante pour l'avenir, dès lors que le choix entre l'une ou l'autre forme de procédure ne peut être remis en question devant le Tribunal fédéral³¹. D'ailleurs, la pratique ultérieure n'a précisément pas été constante : si tant le projet de « réforme de la justice » que le projet de « réforme des droits populaires », qui accompagnaient le projet de mise à jour et qui ont été initiés en même temps que lui, ont été présentés officiellement comme des révisions totales « matérielles », il n'en a pas toujours été de même pour les « paquets » qui leur ont succédé. La RPT, qui touchait pas loin d'une trentaine de dispositions de la nouvelle Constitution fédérale, a elle aussi été présentée, on l'a dit, comme une « révision totale matérielle », mais tel n'a en revanche pas été le cas – pour ne citer qu'un exemple – de la réforme relative à la formation, qui portait sur une dizaine d'articles de la Constitution et qui a

été considérée comme une révision partielle, malgré son importance et ses implications en matière de fédéralisme. La Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil national, qui a proposé cette réforme, estimant qu'elle respectait l'exigence de l'unité de la matière, l'a qualifiée de révision partielle³². Nous y reviendrons encore.

B. Ses implications et ses effets collatéraux

Malheureusement, en consacrant – qui plus est de manière assez large et sans fondement constitutionnel explicite – la notion de « révision totale matérielle », les autorités fédérales ont peut-être ouvert une « boîte de Pandore » et favorisé la propagation d'une nouvelle insécurité juridique en matière de révision constitutionnelle, tant au niveau fédéral que cantonal.

Premièrement, l'instrument de la révision totale matérielle n'est *a priori* pas à disposition des particuliers qui voudraient eux aussi, par la voie de l'initiative populaire, présenter leurs propres « trains de réformes »³³. Dans ce cas, en effet, la qualification en tant que révision totale « matérielle », si elle permet certes d'éviter dans une certaine mesure l'écueil de l'unité de la matière, aura néanmoins pour conséquence de conduire à l'irrecevabilité de l'initiative, du simple fait que l'initiative populaire en vue de la révision totale ne peut en principe pas revêtir la forme d'une initiative rédigée (sauf à Genève)³⁴. Bien sûr, jusqu'à présent, le Conseil fédéral et les Chambres fédérales semblent avoir toujours évité d'examiner plus avant – voire avoir simplement omis d'examiner – la question de la recevabilité d'une initiative présentée comme une révision partielle de la constitution qui aurait pu s'analyser, matériellement, comme une révision totale³⁵. C'est à tout le moins ce qu'ils ont fait pour les initiatives visant la suppression de l'armée et l'élection du Conseil fédéral par le peuple, alors même que ces deux initiatives représentaient, selon leurs propres qualifications, un « choix existentiel pour un état », respectivement pouvaient « perturber la stabilité de nos institutions et l'équilibre confédéral »³⁶. Mais pourraient-ils encore le

²⁸ Message du Conseil fédéral concernant la Réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT), du 14 novembre 2001, FF 2002 2155, 2185 s.

²⁹ Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, précité (n. 4), FF 1997 1, 100.

³⁰ Cf. AUBERT (n. 27), n° 2.

³¹ Cf. art. 189 al. 4 Cst. et ATF 138 I 61, consid. 7.

³² Initiative parlementaire, Article constitutionnel sur l'éducation, Rapport de la Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil national, du 23 mai 2005, FF 2005 2159–5220, 5197. Avis du 17 août 2005, FF 2005 5225–5234.

³³ AUBERT (n. 27), ad art. 192, n° 3.

³⁴ TSCHANNEN (n. 7), 539.

³⁵ Voir à ce propos *Thierry Béguin*, in : BO CE 1989, 2 s.

³⁶ Message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire « Election du Conseil fédéral par le peuple », du 16 mai 2012, FF 2012 5231, 5275.

faire s'agissant d'initiatives tendant à réformer le Conseil des Etats ou à la dénonciation d'accords internationaux qui bouleverserait les relations de la Suisse avec l'extérieur³⁷ ? Ce qui est sûr, c'est qu'il serait aujourd'hui difficilement possible de se réfugier derrière l'absence de pratique et de doctrine pour éviter de se prononcer³⁸. Quant aux tribunaux, ils ne pourraient de toute façon pas s'esquiver, s'ils devaient être appelés à se prononcer un jour sur la qualification à donner à une initiative populaire cantonale projetant une réforme constitutionnelle fondamentale. Par exemple, comment le Tribunal fédéral aurait-il dû juger la proposition faite à la *Landsgemeinde* de Glaris de fusionner les 25 communes existantes en trois ou, mieux, l'initiative qui a été proposée une année plus tard et qui demandait la fusion des communes du Canton en une seule commune³⁹. A tout le moins, ce second projet – qui aurait, selon les propres termes du Conseil d'Etat, entraîné un « Abbau von Föderalismus » dans le canton⁴⁰ – aurait pu être considéré comme une révision totale matérielle de la Constitution cantonale. Selon une application cohérente de la pratique initiée au niveau fédéral par le Conseil fédéral et le Parlement, cette initiative aurait peut-être dû être invalidée, dès lors que, dans le canton de Glaris, l'initiative demandant une révision totale doit être conçue en termes généraux⁴¹.

Deuxièmement, la notion de révision totale matérielle est, de manière générale, difficilement transposable au niveau cantonal. Elle pourrait en fait ralentir, voire paralyser les procédures de révision des constitutions cantonales, au moment même où il est nécessaire de procéder à des réformes institutionnelles et territoriales profondes. Par exemple, dans le canton du Jura, une initiative parlementaire demande actuellement la suppression des trois cercles électoraux historiques en faveur d'une circonscription électorale unique pour tout le canton. Selon les termes même des médias locaux, une telle initiative tend à « bouleverser l'organisation politique du canton »⁴².

Voir dans cette initiative une révision totale matérielle de la constitution reviendrait à exiger du Parlement de soumettre à la votation un additif constitutionnel réglant la procédure de révision totale de la Constitution avant de procéder à la suppression d'un article de la Constitution. Le projet risquerait alors de s'enliser dans la procédure. De même, dans le canton de Neuchâtel, l'actuel projet – à l'état d'étude de faisabilité – de création d'une police intercantonale dans l'arc jurassien et, surtout, l'abandon d'une police cantonale passeraient *a priori* par une modification constitutionnelle. Si la suppression de la police cantonale – qui, après tout, pourrait représenter, pour les cantons, un pendant de ce qu'est l'armée pour la Confédération – devait signifier une révision totale matérielle de la constitution, le projet ne pourrait aboutir qu'après une votation populaire portant sur la question de l'élection d'une constituante, ce qui compliquerait encore davantage un processus déjà politiquement délicat. Enfin, pour finir avec l'exemple le plus actuel, le Grand Conseil du Canton d'Appenzell-Rhodes extérieures vient d'adopter en première lecture un projet de réforme baptisé « réforme de la direction de l'Etat » (« *Staatsleitungsreform* »)⁴³. Ce projet prend la forme d'une révision constitutionnelle partielle, mais touche des domaines relativement importants, tels que ceux de la séparation des pouvoirs (rééligibilité, incompatibilités, etc.) et des droits politiques, et opère définitivement « *den Wechsel von der Landsgemeinde- zur Urnendemokratie* »⁴⁴. En cas de recours contre cette révision, le Tribunal fédéral devrait-il annuler cette révision du fait qu'elle n'a pas suivi la procédure de la révision totale (matérielle)⁴⁵ ?

Comme on le voit, l'avènement de la procédure de la « révision totale matérielle » – qui s'avère certes être une astuce assez pratique lors de révision constitutionnelle initiée par les autorités fédérales – pourrait créer, à terme, une insécurité juridique considérable, préjudiciable non seulement à l'exercice des droits populaires, mais également aux réformes institutionnelles et territoriales.

C. Les correctifs envisageables

On pourrait bien entendu imaginer procéder à certains correctifs afin d'éviter le rétrécissement des droits popu-

³⁷ MARKUS SCHEFER/ALEXANDRA ZIMMERMANN, *Materielle Schranken der Verfassungsgebung*, in : LeGes 2011 343, 355 ss.

³⁸ Cf. *Thierry Béguin*, in : BO CE 1989, 2 s., selon lequel le Conseil fédéral « effleure la question et esquisse le débat pour se réfugier derrière l'absence de jurisprudence et de doctrine ».

³⁹ Dans l'ATF 132 I 291, ce grief n'a pas été soulevé par les recourants, semble-t-il, lesquels ont néanmoins soulevé celui de la violation de l'unité de la matière.

⁴⁰ Memorial für die ausserordentliche Landsgemeinde des Kantons Glarus 2007, 29.

⁴¹ Art. 138 al. 4 de la Constitution du Canton de Glaris, du 1^{er} mai 1988 (RS 131.217).

⁴² Article « En finir avec l'esprit de clocher au Parlement jurassien », consulté sur www.rfj.ch le 31 juillet 2013. Voir aussi, JEAN

MORITZ, *La nouvelle organisation judiciaire du canton du Jura*, in : RJJ 2000 181, n° 1–6.

⁴³ Cf. Protokolle der Verhandlungen des Kantonsrates (AR) an seiner Sitzung vom 10. Juni 2013, consulté sur www.ar.ch le 31 juillet 2013.

⁴⁴ Article « *Parlament zeigt sich reformbereit* » de PATRICK KOBLER, consulté sur www.tagblatt.ch le 31 juillet 2013.

⁴⁵ Art. 114 de la Constitution du Canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures, du 30 avril 1995 (RS 131.224.1).

lares et les complications procédurales qui résulteraient d'une application généralisée de la procédure de révision totale à l'ensemble des réformes constitutionnelles fondamentales, notamment au niveau cantonal.

D'une part, il apparaîtrait logique d'élargir le droit d'initiative lorsqu'il tend à demander une révision totale de la constitution. Le Conseil fédéral retenait lui-même, en reconnaissant le principe de la « révision totale matérielle », que « les citoyens devraient en principe aussi pouvoir, par la voie de l'initiative populaire, demander une refonte complète d'un domaine donné de la constitution »⁴⁶. Logiquement, on devrait au moins reconnaître, *de lege lata*, qu'une initiative tendant à la révision totale d'une constitution peut mentionner les lignes directrices de la révision souhaitée. Il faudrait même reconnaître force contraignante à de telles lignes directrices. *De lege ferenda*, on pourrait, comme dans le canton de Genève, permettre les initiatives populaires présentant un projet de révision totale entièrement rédigé. De cette manière, les citoyens pourraient continuer à requérir des révisions importantes d'un domaine donné de la constitution. On s'engagerait toutefois là sur une voie que les constituants cantonaux ont généralement rejetée en raison du risque de voir la révision totale saisie d'aventures populistes.

D'autre part, les cantons restent bien entendu libres – sous réserve d'un recours au Tribunal fédéral – d'interpréter restrictivement la notion de révision totale, d'assouplir la procédure de révision totale de leur constitution ou encore d'aménager une procédure distincte et simplifiée pour les révisions totales matérielles. Comme nous l'avons vu plus haut, rien n'empêche les cantons de prévoir une procédure identique pour les révisions totales et les révisions partielles de leur constitution. L'idée générale de tous ces correctifs serait en quelque sorte de gommer les particularités procédurales des révisions constitutionnelles totales.

Il n'empêche que de tels aménagements ne manqueraient pas de soulever un autre problème. Car, comme nous l'avons déjà vu, c'est précisément parce que la révision totale des constitutions est soumise à des règles particulières qu'elle n'a pas à respecter (du moins à respecter strictement) le principe de l'unité de la matière. Supprimer les particularités procédurales des révisions constitutionnelles totales reviendrait en fait à supprimer les motifs qui justifient, selon le Tribunal fédéral, de ne leur appliquer qu'avec peu de sévérité – ou de ne pas leur appliquer, pour une partie de la doctrine – l'exigence d'unité de la

matière. Les auteurs d'initiatives et, surtout, les Parlements cantonaux se trouveraient alors enfermés dans un nouveau carcan et leurs initiatives continueraient à pâtir d'une certaine inégalité par rapport à celles des autorités fédérales.

IV. L'alternative : un principe d'unité de la matière nuancé

Vu ce qui précède, une interprétation matérielle de la notion de révision totale de la constitution – qui tend en fait, pour l'essentiel, à contourner le principe de l'unité de la matière lors de réformes importantes – pose en somme autant, sinon davantage de problèmes qu'elle n'en résout. Dès lors, ne faut-il pas, tout simplement, abandonner la notion de révision totale matérielle et empoigner le problème dans l'autre sens en préférant une application nuancée du principe de l'unité de la matière en ce qui concerne les réformes constitutionnelles importantes ? L'avantage de cette manière de voir est qu'une telle pratique trouve déjà un écho dans la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. *infra* A), de même que dans la pratique et la doctrine (cf. *infra* B).

A. La jurisprudence fédérale

Le Tribunal fédéral rappelle régulièrement qu'un lien matériel entre plusieurs mesures législatives peut résulter de leur but commun et dépend également de l'« *Abstraktionshöhe der Betrachtung* » et du « *gesellschaftlich-historischen Umfeld* »⁴⁷. Cette jurisprudence – ou cette précision jurisprudentielle – a été initiée il y a quelques années lorsque les juges fédéraux ont été appelés à juger une révision partielle de la Constitution cantonale zurichoise qui mêlait trois objets sensiblement distincts. En l'occurrence, les magistrats de la Haute Cour n'ont rien trouvé à redire à un projet qui regroupait en un seul paquet des mesures qui visaient à la fois un renforcement de l'autonomie des Eglises, notamment en leur donnant la compétence de régler elles-mêmes le droit de vote et d'éligibilité en matière ecclésiastique, une nouvelle réglementation financière des communautés ecclésiastiques ainsi que la reconnaissance de droit public pour d'autres communautés religieuses que les communautés traditionnelles⁴⁸.

⁴⁶ Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, précité (n. 4), FF 1997 I, 101.

⁴⁷ Cf. TF 1P.223/2006 du 12 septembre 2006, consid. 2 ; 1C 247/2008 du 21 janvier 2009, consid. 2, *in* : ZBI 2010 519 ; 1C_103/2010 du 26 août 2010, consid. 3.1.

⁴⁸ ATF 129 I 366.

Le Tribunal fédéral met ainsi en exergue deux éléments importants – et quelque peu nouveaux – pour juger du respect du principe d'unité de la matière. Il s'agit, d'une part, de la « liberté d'innovation et de conception » du constituant et du législateur (« *Innovations- und Gestaltungsfreiheit des Normgebers* ») et, d'autre part, de la nécessaire et large marge de manœuvre qui doit être reconnue en la matière aux autorités (« *weiter Gestaltungsspielraum* »)⁴⁹. S'agissant du premier de ces deux critères ou indices « nouveaux », il peut être résumé comme suit. L'unité de la matière, comme aspect partiel de la liberté de vote, peut, s'agissant de projets constitutionnels ou législatifs de grande envergure qui proposent une orientation nouvelle et fondamentale, entrer en conflit (ou du moins dans un champ de tensions) avec la « liberté d'innovation et de conception » du constituant et du législateur. Cette situation survient notamment lorsque surgit un problème ou un défi nouveau, comme celui de la lutte contre le *littering* ou le graffiti⁵⁰, celui des réformes institutionnelles⁵¹ ou celui des mutations sociales, économiques ou politiques, comme peut l'être la nécessité d'aménager de nouvelles relations entre l'Etat, les églises traditionnelles et les communautés religieuses nouvelles dans un souci d'égalité de traitement⁵². Cela signifie que dans ces cas, il faut, selon le Tribunal fédéral, apprécier de manière particulièrement soignée la question de l'existence – ou de l'absence – d'un rapport intrinsèque réel et objectif entre les différentes parties d'un projet, afin de trouver un équilibre et tenir compte aussi bien de la liberté de vote des citoyennes et des citoyens, d'un côté, que de la tâche originale du constituant et du législateur, de l'autre côté.

Quant au second argument (ou critère ou indice), il consiste à reconnaître que le concept de l'unité de la matière a une nature relative et que l'appréciation et la pon-

dération des différentes parties d'un projet, ainsi que de leurs relations réciproques, relève d'une question qui est aussi politique, pour laquelle il convient par conséquent de reconnaître aux autorités, lors de la conception de tels projets, une très large marge d'appréciation. On ne saurait donc, selon la jurisprudence, poser des exigences trop élevées quant au respect du principe de l'unité de la matière.

Il est en fait simplement fréquent que, face à un projet de révision constitutionnelle ou légale d'importance, les opposants et les partisans n'argumentent pas au même niveau. Là où les premiers mettent en avant les différences – évidentes et indéniables – entre les différents volets d'un projet de révision, les seconds se placent à un niveau d'abstraction supérieur, pour mettre en exergue l'orientation de principe et le but fondamental (« *grundsätzliche Ausrichtung* » et « *grundlegenden Zweck* ») d'un projet de révision innovant⁵³. Dans ces cas, il n'est pas anormal que l'on puisse reprocher à un tel projet de ne pas respecter le principe de l'unité de la matière, et ce déjà lors de sa phase d'élaboration parlementaire. Il n'empêche que cette remise en question ne doit pas être déterminante en soi et qu'elle ne contraint pas forcément le législateur à démanteler son projet ou le constituant à devoir le soumettre à une procédure de révision totale de la constitution⁵⁴.

B. La pratique et la doctrine

Cette approche nuancée du principe de l'unité de la matière lors de l'adoption de projets innovants – du moins lorsqu'ils sont proposés par le Parlement – correspond d'ailleurs à une certaine pratique.

L'Assemblée fédérale n'a ainsi pas jugé utile de suivre la procédure de la révision totale de la Constitution lors du transfert gigantesque de compétences que représentait celles en matière de droit civil et de droit pénal en 1898⁵⁵, de la modification de domaines entiers de la Constitution fédérale, comme celle de l'adoption des nouveaux articles économiques en 1947⁵⁶, lors de la réforme des droits politiques, contrairement à la proposition du Conseil fédéral, en 2001⁵⁷, ou encore, comme nous l'avons déjà évoqué,

⁴⁹ ATF 129 I 366, consid. 2.3.

⁵⁰ TF 1C 247/2008 du 21 janvier 2009, consid. 3.4, *in* : ZBI 2010 519, où il s'agissait de savoir si l'introduction d'une contravention en cas de déprédation ou d'incivilité sur la voie publique avait un lien avec l'introduction d'une interdiction temporaire de fréquenter un lieu public (p. ex. une place publique), prononcée par la police si une personne dérange la sécurité publique. En l'occurrence, le Tribunal fédéral a considéré que oui, car la sécurité publique et l'ordre (propreté) public au sens large forment tous deux « einen umfassenden offenen Oberbegriff zum Schutz von Polizeigütern », peu important en l'espèce que le projet mêle des mesures préventives et répressives.

⁵¹ Voir l'ATF 132 I 291, où le Tribunal fédéral admet que l'unité de la matière n'est pas violée lorsque l'on demande – sous forme de contre-projet – une réduction drastique du nombre de communes dans un canton (vingt-cinq à trois communes), alors que le projet initial ne demandait qu'une réduction modérée de ce nombre (vingt-cinq à dix).

⁵² ATF 129 I 366, consid. 4.3.

⁵³ ATF 129 I 366, consid. 4.4.

⁵⁴ Dans ce sens, TF 1C 247/2008 du 21 janvier 2009, consid. 3.3, *in* : ZBI 2010 519.

⁵⁵ Pour une vue d'ensemble, cf. WILDHABER (n. 9), n° 13.

⁵⁶ Cf. BIAGGINI, Komm. BV, art. 192, n° 8, qui, avec d'autres auteurs, considère cette révision comme un « *Sündenfall* ».

⁵⁷ Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats sur l'initiative parlementaire « Suppression de carences dans les droits populaires », du 2 avril 2001, FF 2001 4590, 4626 : « La CIP est par conséquent d'avis que la solution de la révision partielle sous la forme d'un arrêté unique l'emporte nettement sur la solution de la révision totale. Elle fait valoir à cet effet que l'en-

lors la réforme relative à la formation qui a pourtant opéré un changement de paradigme non négligeable en matière de fédéralisme en 2005⁵⁸. D'ailleurs, et certains auteurs le soulignent, il est probable que l'on aurait pu considérer que la réforme de la justice et la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons – qui ont été considérées comme des révisions totales matérielles – respectaient l'unité de la matière, dès lors que l'on traite celle-ci largement⁵⁹.

C'est aussi cette voie qu'a suivie le Tribunal administratif du Canton des Grisons lorsqu'il a été appelé, en 2009, à juger si la nouvelle péréquation financière et la nouvelle répartition cantonale des tâches respectait l'unité de la matière. Cette réforme consistait pourtant en la révision totale de trois lois cantonales et en la révision partielle de vingt-sept autres lois cantonales relatives à des matières différentes. Faire capoter un projet de réforme aussi important à cause du principe de l'unité de la matière serait revenu, selon lui, à porter une atteinte extrêmement importante à la liberté d'innovation du législateur⁶⁰. Reprenant la jurisprudence fédérale évoquée plus haut, ce Tribunal n'a donc vu aucune violation du principe d'unité de la matière dans le projet de réforme présenté. De même, bien que la question ait été soigneusement examinée, tant le Conseil d'Etat que le Grand Conseil d'Appenzell Rhodes-externes ont choisi de présenter l'actuel projet de « réforme de la direction de l'Etat » sous la forme d'une révision partielle et non d'une révision totale, alors même que cette réforme concerne – ou ait concerné à l'origine – des questions aussi diverses qu'importantes⁶¹. On a

ainsi regroupé sous un seul toit la réduction du nombre de Conseillers d'Etat, la suppression de l'âge limite pour cette fonction, la limitation du nombre de réélections à celle-ci, l'introduction d'une procédure de révocation en cas d'incapacité durable et manifeste, la non-élection du *Landammann*, l'élargissement des incompatibilités avec la charge de parlementaire cantonal et, enfin, la répartition des compétences entre Conseil d'Etat et Grand Conseil en matière de relations extérieures. L'essentiel a semblé être que les différents aspects de la réforme entreprise allaient dans la même direction (« *Bereich der Behördenorganisation und der Zusammenarbeit der beiden obersten kantonalen Behörden* »)⁶². Seule l'institution du référendum financier a été écartée du projet parce qu'elle ne présentait pas de rapport intrinsèque avec le reste de la révision.

Comme on le voit, la doctrine et la pratique offrent donc déjà passablement d'exemples d'application différenciée et nuancée du principe de l'unité de la matière lors de réformes d'une certaine envergure et de caractère innovant.

V. Conclusion

On peut dès lors se demander s'il est réellement utile d'« inventer » un nouveau mode de révision constitutionnelle – en l'occurrence celui de la « révision totale matérielle » – qui ne paraît pas véritablement nécessaire et qui crée un risque important d'insécurité juridique, voire d'abus dans la pratique⁶³. En effet, en nuancant le principe de l'unité de la matière, les tribunaux, la pratique et la doctrine ont déjà quelque peu relativisé – avec une certaine sagesse – le principe selon lequel il n'existerait « aucun moyen terme »⁶⁴ entre la révision totale et la révision partielle. A tout le moins conviendrait-il, si l'on veut maintenir l'idée d'une troisième forme, médiane, de révision de la Constitution, à travers la « révision totale matérielle », de lui donner un ancrage constitutionnel explicite.

semble des modifications constitutionnelles proposées entrent dans un même domaine et poursuivent le même objectif, soit la suppression de carences dans les droits populaires. La voie de la révision totale ne serait donc pas justifiée ».

⁵⁸ GIOVANNI BIAGGINI considère que cette révision « den Grundsatz der Einheit der Materie arg strapazierte » (Entwicklungen und Spannungen im Verfassungsrecht – Versuch einer Standortbestimmung zehn Jahre nach Inkrafttreten der Bundesverfassung vom 8. April 1999, in : ZBI 2010, 1–41, 4).

⁵⁹ Cf. HÄFELIN/HALLER/KELLER (n. 4), n° 1768 ; TSCHANNEN (n. 7), 540 s. ; AUBERT (n. 27), ad art. 192, n° 3 ; BIAGGINI (n. 58), n° 8 ; HANGARTNER (n. 7), n° 23. *Contra* : RHINOW/SCHEPER (n. 20), n° 2076, qui estiment préférable, plutôt que d'assouplir l'exigence de l'unité de la matière, au risque de lui faire perdre toute force contraignante, de prévoir un nouveau mode de révision, entre révision totale et révision partielle, mais en le réglementant de manière explicite ; ETIENNE GRISEL, Initiative et référendum populaires, Traité de la démocratie semi-directe en droit suisse, 3^e éd., Berne 2004, n° 1042.

⁶⁰ VGer/GR, V 09 4, du 9 octobre 2009, consid. 6b, in : PVG 2009, p. 19.

⁶¹ Protokolle (n. 43) ; Regierungsrat (AR), Kantonsverfassung, Teilrevision (Reform der Staatsleitung) ; Erläuternder Bericht zum

Vernehmlassungsentwurf vom 25. September 2012, consulté sur www.ar.ch le 31 juillet 2013, 4–7. Le Conseil fédéral, lui non plus, n'a pas estimé nécessaire de procéder à une révision totale de la Constitution lorsqu'il a proposé la réforme de la direction de l'Etat en 2001, bien que ladite réforme eût représenté, selon ses propres dires, « l'innovation majeure apportée ces dernières décennies au système gouvernemental » (cf. Message relatif à la réforme de la direction de l'Etat, FF 2002 1979, 2031).

⁶² Regierungsrat/AR (n. 52), 7.

⁶³ AUBERT (n. 27), ad art. 192, n° 3. Cf. aussi le Rapport 2001 (n. 57), 4628.

⁶⁴ GRISEL (n. 59), n° 1042.