



15 mars 2024

Référendums contre des lois fédérales urgentes et relation avec l'interdiction de renouvellement selon l'article 165 alinéa 4 de la Constitution

Rapport du Conseil fédéral
donnant suite au postulat 22.3010 CIP-N du
27 janvier 2022



Table des matières

1	Introduction.....	5
1.1	Mandat.....	5
1.2	Contexte et problématique.....	5
1.2.1	Crise du Covid-19 et votation populaire du 13 juin 2021.....	5
1.2.2	Affaires connexes.....	7
1.3	Contenu du rapport.....	8
1.4	Organisation des travaux et procédure suivie lors de l'élaboration du rapport....	9
2	Conséquences du rejet en votation populaire d'un acte de base déclaré urgent... 9	
2.1	Point de départ : loi fédérale déclarée urgente, dépôt d'un référendum, modifications adoptées avant la date de la votation populaire.....	9
2.2	Approche 1 : caducité de l'acte de base et des modifications ultérieures déclarées urgentes.....	11
2.3	Approche 2 : caducité de l'acte de base, mais subsistance de l'ensemble des modifications ultérieures déclarées urgentes.....	13
2.4	Approche 3 : subsistance de modifications ultérieures, distinction entre dispositions « dépendantes » ou « indépendantes » de l'acte de base.....	15
2.5	Synthèse.....	18
3	Lien entre les approches présentées et l'interdiction de renouvellement..... 19	
3.1	Généralités.....	19
3.2	Interdiction de renouvellement : état des discussions.....	19
3.2.1	But de l'interdiction de renouvellement.....	19
3.2.2	Législation (non) concernée par l'interdiction de renouvellement.....	20
3.2.3	Interdiction de renouveler en cas de révisions partielles déclarées urgentes avant la votation populaire.....	20
3.2.4	Interdiction d'édicter un contenu identique ou comparable par voie législative urgente.....	21
3.3	Application de l'interdiction de renouvellement aux approches exposées au chap. 2.....	21
3.3.1	Approche 1.....	21
3.3.2	Approche 2.....	22
3.3.3	Approche 3.....	23
3.4	Forme du renouvellement.....	24
3.4.1	Renouvellement par la voie législative urgente.....	24
3.4.2	Possibilité de renouvellement par la voie législative ordinaire.....	24
3.5	Renouvellement par voie législative urgente en raison de l'évolution de la situation initiale ou de l'écoulement du temps.....	25
3.6	Nécessité d'une décision formelle pour le (non-)renouvellement d'une loi fédérale déclarée urgente ?.....	26
3.7	Synthèse.....	27
4	Approches visant à diminuer l'insécurité juridique..... 28	
4.1	Contexte : importance d'une situation légale sûre.....	28
4.2	Solution A : répartition de la matière dans différents actes.....	29
4.3	Solution B : caducité des modifications ultérieures déclarées urgentes.....	31
4.4	Solution C : instruments de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral permettant de renforcer la sécurité juridique.....	32
4.4.1	Instruments du législateur.....	32

4.4.1.1	Généralités	32
4.4.1.2	Clarification dans les dispositions finales de l'acte modificateur déclaré urgent (avec clause « phénix »).....	33
4.4.1.3	Vue d'ensemble.....	34
4.4.2	Information de la population sur l'objet de la votation	35
4.5	Résumé des approches visant à améliorer la sécurité juridique	36
5	Conclusion	37
	Bibliographie.....	39

Aperçu

La nécessité de déclarer urgentes des lois s'oppose en principe à la nécessité de garantir au mieux les droits démocratiques de la population. Ce problème s'accroît lorsqu'il ne s'agit plus uniquement de remédier ponctuellement à un problème urgent, mais qu'il faut légiférer rapidement dans une multitude de domaines dans le contexte d'une situation de crise de grande ampleur.

Le présent rapport porte sur les situations de crise dynamiques, telles que la pandémie de Covid-19, dans lesquelles le législateur fédéral doit élaborer rapidement une série de prescriptions déclarées urgentes.

Les actes déclarés urgents sont soumis au référendum facultatif postérieurement à leur entrée en vigueur, ce qui soulève un certain nombre de questions complexes lorsqu'il s'agit de révisions partielles se succédant rapidement : Qu'advient-il des modifications partielles ultérieures déclarées urgentes que le Parlement a édictées avant la date du scrutin référendaire si la loi déclarée urgente est rejetée lors du scrutin ? Si un acte n'est pas accepté en votation populaire, quelles nouvelles prescriptions urgentes le législateur peut-il édicter (interdiction de renouvellement au sens de l'art. 165, al. 4, Cst.) ? Comment les autorités compétentes peuvent-elles fournir à temps une réponse suffisamment fiable sur le plan juridique à ces questions pratiques importantes ?

Suite aux débats publics ayant précédé la première votation référendaire du 13 juin 2021 relative à la loi COVID-19 (acte de base du 25 septembre 2020), la Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP-N) a demandé au Conseil fédéral dans son postulat 22.3010 de répondre à ces questions.

Le chapitre 2 du présent rapport traite des trois approches pouvant être envisagées dans ce cas très particulier : tout d'abord, la caducité de toutes les révisions partielles en cas de rejet de l'acte de base en votation populaire, ensuite, la caducité de l'acte de base, mais la subsistance de toutes les modifications législatives ultérieures, qui sont elles aussi soumises au référendum facultatif, et une troisième approche consistant à faire une distinction entre les modifications ultérieures déclarées urgentes en fonction de leur lien de dépendance avec l'acte de base.

Ces trois approches sont ensuite analysées en lien avec l'interdiction constitutionnelle de renouveler, par voie législative urgente, des lois déclarées urgentes que le peuple a rejetées en votation référendaire (art. 165, al. 4, Cst.) (chap. 3).

Pour terminer, plusieurs voies envisageables visant à diminuer l'insécurité juridique dans les situations de crises impliquant une réglementation urgente sont proposées. La première consiste à une répartition soigneuse de la matière devant être réglementée en urgence dans différentes lois, ce qui permet d'éviter de devoir compléter rapidement un seul et même acte de base. Enfin, si des révisions partielles s'avèrent nécessaires, le Parlement peut régler dans les dispositions finales des actes modificateurs déclarés urgents, en respectant les prescriptions de l'art. 165, al. 4, Cst., quel serait le sort des modifications en cas de rejet de l'acte de base en votation populaire (chap. 4).

1 Introduction

1.1 Mandat

Par le présent rapport, le Conseil fédéral donne suite au postulat 22.3010 de la Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP-N) « Référendums contre des lois fédérales urgentes et relation avec l'interdiction de renouvellement selon l'article 165 alinéa 4 de la Constitution. Clarifications ». Le postulat est libellé comme suit :

« Le Conseil fédéral est chargé de présenter un rapport expliquant les conséquences de l'approche suivie lors du vote référendaire du 13 juin 2021 (loi Covid-19) en vertu de laquelle les modifications postérieures déclarées urgentes cessent de produire effet en même temps que l'acte de base déclaré urgent, si celui-ci est rejeté lors du vote référendaire. Le rapport établira notamment quel lien existe entre cette approche et l'interdiction de renouvellement statué par l'art. 165, al. 4, Cst. Le rapport présentera également les solutions envisageables afin de réduire l'insécurité juridique découlant de cette approche, notamment quant à savoir quelles dispositions doivent être considérées comme dépendantes de l'acte de base et lesquelles doivent être considérées comme indépendantes ».

Dans sa prise de position du 23 février 2022, le Conseil fédéral a proposé d'accepter le postulat. Le Conseil national a adopté le postulat le 16 mars 2022.

1.2 Contexte et problématique

1.2.1 Crise du Covid-19 et votation populaire du 13 juin 2021

Le postulat et les questions posées par ce dernier découlent du contexte de la crise du Covid-19. La pandémie a conduit, dès mars 2020, à la prise de mesures urgentes pour lutter contre cette crise dynamique, durable, transversale, et dont l'évolution était difficile à prévoir. En raison de la propagation rapide du virus SARS-CoV-2 en Europe, le Conseil fédéral a décrété le 16 mars 2020 l'état de « situation extraordinaire » au sens de l'art. 7 de la loi fédérale sur les épidémies¹ et a adopté plusieurs ordonnances limitées dans le temps sur la base de l'art. 185, al. 3, de la Constitution².

Selon l'art. 7d, al. 2, let. a, ch. 1, de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration³, les ordonnances édictées par le Conseil fédéral en vertu du droit de nécessité deviennent caduques si, dans un délai de six mois après leur entrée en vigueur, le Conseil fédéral n'a pas soumis à l'Assemblée fédérale un projet établissant la base légale du contenu des ordonnances. Le 25 septembre 2020, l'Assemblée fédérale a ancré les mesures visant à lutter contre la pandémie dans une base légale formelle : la loi COVID-19⁴ a été déclarée urgente au sens de l'art. 165, al. 1, Cst. et est entrée en vigueur le 26 septembre 2020. Dès lors que sa durée de validité était supérieure à un an et qu'elle était fondée sur une base constitutionnelle, la loi était soumise au référendum facultatif (postérieur à son entrée en vigueur) selon les art. 141, al. 1, let. b, et 165, al. 2, Cst. En automne 2020, un référendum est lancé pour la première fois contre la loi COVID-19 par un comité référendaire et aboutit. La date de la votation populaire a été fixée au 13 juin 2021.

¹ Loi fédérale du 28 septembre 2012 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies, LEp ; RS 818.101).

² Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101).

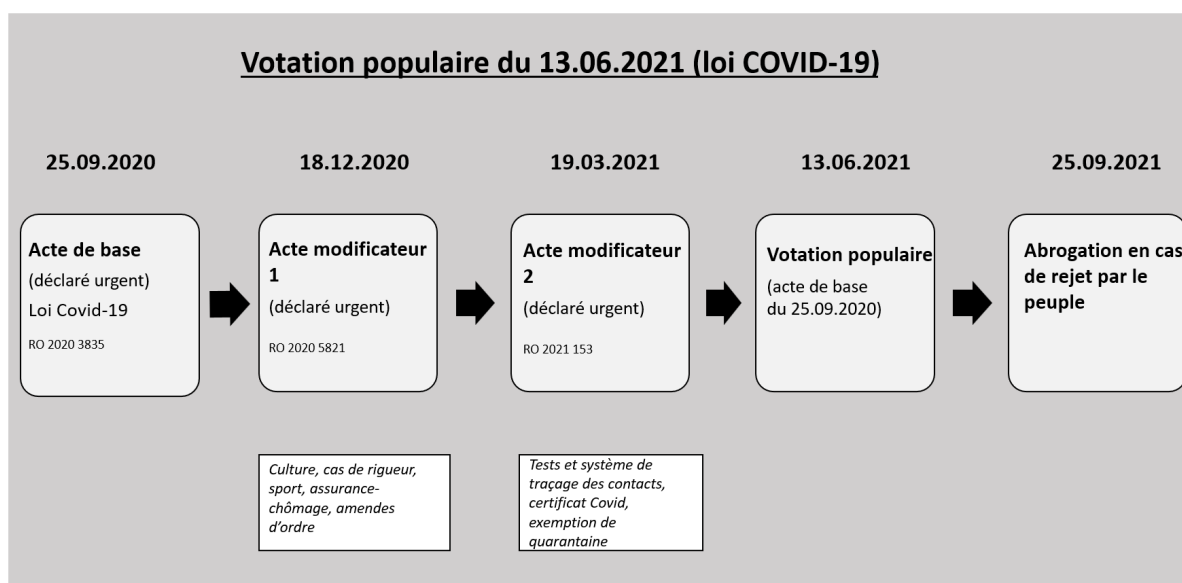
³ Loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA ; RS 172.010).

⁴ Loi fédérale du 25 septembre 2020 sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (loi COVID-19 ; RS 818.102 - Numéro d'objet Curia Vista 20.058).

Les 18 décembre 2020 et 19 mars 2021, l'Assemblée fédérale a partiellement révisé la loi COVID-19⁵ : plusieurs nouvelles dispositions ont été ajoutées au texte d'origine, avant même la votation populaire sur l'acte de base, afin d'adapter le cadre légal à l'évolution de la crise sanitaire. La votation populaire du 13 juin 2021 portait sur le texte en vigueur au moment du lancement du référendum (soit le texte de loi adopté par le Parlement le 25 septembre 2020 et reproduit dans la brochure explicative du Conseil fédéral relative à la votation populaire). Les révisions législatives adoptées en décembre 2020 et en mars 2021 n'étaient formellement pas comprises dans l'objet de la votation populaire.

Dans ce contexte, la question s'est posée de savoir quel serait le sort des modifications de décembre 2020 et mars 2021, si l'acte de base était rejeté en votation populaire. De cette question découle également celle de savoir si et dans quelle mesure l'interdiction de renouvellement prévue par l'art. 165, al. 4, Cst. devrait s'appliquer, non seulement à l'acte de base soumis au référendum, mais également aux révisions partielles adoptées avant la date de la votation populaire. La crise du Covid-19 a ainsi mis en lumière une configuration inédite et rare, mais qui pose des questions fondamentales pour le système démocratique référendaire suisse.

Les étapes exposées plus haut sont résumées dans le schéma ci-dessous⁶ :



Dans le contexte ayant précédé la votation populaire du 13 juin 2021, le Conseil fédéral s'est également penché, dans le cadre d'interventions parlementaires, sur la question du sort des révisions partielles ultérieures de la loi COVID-19 en cas de rejet de l'acte de base en votation populaire. Dans son avis relatif à la Motion 21.3402 Schwander du 19 mars 2021

⁵ Loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (loi COVID-19) (Culture, cas de rigueur, sport, assurance-chômage, amendes d'ordre), Modification du 18 décembre 2020 (RO 2020 5821 ; FF 2020 8505 – Curia Vista 20.084) ; Loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (loi COVID-19) (Cas de rigueur, assurance-chômage, accueil extra-familial pour enfants, acteurs culturels, manifestations), Modification du 19 mars 2021 (RO 2021 153 ; FF 2021 285 – Curia Vista 21.016).

⁶ La représentation schématique présente les révisions sous une forme simplifiée. Avant la votation populaire sur l'acte de base, la loi COVID-19 a fait l'objet des deux révisions partielles suivantes, qui ont réglementé un grand nombre de thèmes différents : Loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (loi COVID-19) (Culture, cas de rigueur, sport, assurance-chômage, amendes d'ordre), Modification du 18 décembre 2020 (RO 2020 5821 ; FF 2020 8505 – Curia Vista 20.084) ; Loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (loi COVID-19) (Cas de rigueur, assurance-chômage, accueil extra-familial pour enfants, acteurs culturels, manifestations), Modification du 19 mars 2021 (RO 2021 153 ; FF 2021 285 – Curia Vista 21.016).

« Transférer dans une loi Covid-19 sur les aides financières les mesures de soutien financier prévues dans la loi Covid-19 »⁷, le Conseil fédéral a constaté que les modifications de la loi adoptées avant la date de la votation populaire (en particulier les révisions du 18 décembre 2020 et du 19 mars 2021) deviendraient caduques si la loi était rejetée en votation populaire le 13 juin 2021. La loi ne pourrait alors pas être renouvelée par voie législative urgente ; seul le transfert de certaines dispositions de la loi COVID-19 dans une ou plusieurs lois fédérales (nouvelles ou déjà existantes) non urgentes serait admissible au regard du droit constitutionnel. Le Conseil fédéral s'est exprimé de manière similaire dans son avis relatif à l'Interpellation 21.3588 Addor du 5 mai 2021 « Les Suisses trompés par la brochure explicative sur la loi Covid-19 ? »⁸.

La votation populaire du 13 juin 2021 sur la loi COVID-19 a conduit à l'adoption de la loi à une majorité de 60.2 %. De ce fait, la question de la caducité des deux révisions partielles de décembre 2020 et de mars 2021 ne se posait plus.

Un référendum a également été lancé contre deux révisions partielles ultérieures de la loi COVID-19. Ces dernières ont été acceptées lors des votations populaires du 28 novembre 2021 et du 18 juin 2023, respectivement à une majorité de 62 % et de 61.9 %.

1.2.2 Affaires connexes

En 2020, le Parlement – par l'intermédiaire d'une sous-commission dédiée de la CIP-N – a entrepris des travaux afin de mettre en place des mesures visant à améliorer sa capacité d'action en situation de crise et à garantir l'utilisation de ses compétences en matière de droit de nécessité⁹. Il s'agissait, d'une part, d'adapter le droit parlementaire en vue de garantir que l'Assemblée fédérale et ses organes puissent siéger de manière flexible et utiliser leurs instruments juridiques, y compris en temps de crise. D'autre part, il s'agissait d'examiner la nécessité de préciser les art. 173, al. 1, let. c, et 185, al. 3, Cst., de modifier les art. 7d et 7e LOGA, et de créer de nouveaux organes parlementaires. L'objectif était de renforcer les compétences du Parlement en matière de contrôle du droit de nécessité du Conseil fédéral. La sous-commission a élaboré un rapport¹⁰ sur ces deux Initiatives parlementaires, sur lequel le Conseil fédéral a pris position le 16 février 2022¹¹. Au cours de ses travaux, la sous-commission s'est interrogée sur le sort des révisions partielles adoptées par le Parlement avant la votation populaire concernant une loi fédérale déclarée urgente. La sous-commission s'est également interrogée sur les conséquences de l'interdiction de renouvellement des lois fédérales déclarées urgentes (art. 165, al. 4, Cst.) dans ce cas de figure. Il a été décidé d'examiner ces

⁷ Motion 21.3402 Schwander du 19 mars 2021 « Transférer dans une loi Covid-19 sur les aides financières les mesures de soutien financier prévues dans la loi Covid-19 » et avis du Conseil fédéral du 19 mai 2021, classée le 17 mars 2023. L'auteur de la motion avait écrit dans le développement : « La demande de référendum lancée en automne 2020 est dirigée en premier lieu contre les mesures sanitaires et, globalement, contre le régime du droit de nécessité. Les aides financières, elles, sont peu contestées. Or, le rejet de la loi en votation aurait des conséquences catastrophiques pour les secteurs concernés étant donné que l'ensemble de la loi cesserait d'être en vigueur et, donc, que les aides financières qui sont peu contestées passeraient aussi à la trappe ».

⁸ Interpellation 21.3588 Addor du 5 mai 2021 « Les Suisses trompés par la brochure explicative sur la loi Covid-19 ? » et avis du Conseil fédéral du 26 mai 2021.

⁹ Initiatives parlementaires 20.437 CIP-N du 29 mai 2020 « Améliorer la capacité d'action du Parlement en situation de crise » et 20.438 CIP-N du 29 mai 2020 « Utilisation des compétences en matière de droit de nécessité et contrôle du droit de nécessité édicté par le Conseil fédéral en temps de crise ».

¹⁰ Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 27 janvier 2022 sur les Initiatives parlementaires « Améliorer la capacité d'action du Parlement en temps de crise / Utilisation des compétences en matière de droit de nécessité et contrôle du droit de nécessité édicté par le Conseil fédéral en temps de crise » (FF 2022 301).

¹¹ Avis du Conseil fédéral du 16 février 2022 concernant le rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national sur les Initiatives parlementaires « Améliorer la capacité d'action du Parlement en temps de crise / Utilisation des compétences en matière de droit de nécessité et contrôle du droit de nécessité édicté par le Conseil fédéral en temps de crise » (FF 2022 433).

questions séparément par le biais du postulat 22.3010, auquel le présent rapport donne suite¹².

Le rapport examine les questions posées par la CIP-N dans son postulat à la lumière du droit en vigueur, qui prévoit la possibilité d'un référendum facultatif contre les lois fédérales déclarées urgentes, postérieurement à leur entrée en vigueur. En revanche, le présent rapport n'étudie pas la situation en cas de passage (hypothétique) à un référendum obligatoire, comme le demande l'initiative parlementaire 23.424 « Le peuple et les cantons doivent se prononcer sur les lois déclarées urgentes ! » déposée en 2023¹³.

Il faut par ailleurs signaler le dépôt du postulat 23.3438 CAJ-N du 24 mars 2023 « Recours au droit de nécessité »¹⁴, qui demande au Conseil fédéral de présenter, dans un rapport, les bases légales qui fondent le droit de nécessité ainsi que ses limites. Ce rapport devra indiquer dans quelle mesure les art. 184 et 185 Cst. constituent des bases légales suffisantes, et dans quelle mesure l'implication du Parlement peut être améliorée. Le Conseil fédéral a proposé d'accepter le postulat. Le Conseil national a adopté le postulat le 12 avril 2023.

Le rapport concernant le présent postulat 22.3010 n'abordera pas la problématique du droit de nécessité du Conseil fédéral, mais se concentrera sur les questions spécifiques se posant lors de référendums déposés contre des lois fédérales que l'Assemblée fédérale a déclarées urgentes. Il existe un certain lien entre les deux thématiques, dans la mesure où les ordonnances édictées par le Conseil fédéral en vertu du droit de nécessité sont souvent transposées par la suite en une loi (déclarée urgente)¹⁵. Tel fut par exemple le cas de la loi COVID-19. Toutes les lois fédérales déclarées urgentes ne reposent cependant pas sur une telle transposition du droit de nécessité du Conseil fédéral.

1.3 Contenu du rapport

Le présent rapport expose en premier lieu trois réponses possibles à la question de savoir comment le rejet en votation populaire d'un acte de base déclaré urgent pourrait se répercuter sur les révisions partielles déclarées urgentes adoptées avant le scrutin. Il y a lieu d'examiner également le cas des révisions d'un acte modificateur antécédent, également déclaré urgent. Le rapport présente les avantages et les risques possibles de chacune de ces trois approches (chap. 2).

Le rapport examine ensuite le lien entre les trois approches exposées et l'interdiction de renouveler les lois fédérales déclarées urgentes ayant été rejetées en votation populaire, prévue par l'art. 165, al. 4, Cst. (chap. 3).

Le rapport esquisse enfin des pistes envisageables afin de réduire l'insécurité juridique lorsque le Parlement procède à des révisions partielles déclarées urgentes de l'acte de base avant même la votation populaire concernant une loi fédérale déclarée urgente (chap. 4).

¹² Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 27 janvier 2022 sur les Initiatives parlementaires « Améliorer la capacité d'action du Parlement en temps de crise / Utilisation des compétences en matière de droit de nécessité et contrôle du droit de nécessité édicté par le Conseil fédéral en temps de crise » (FF 2022 301), p. 57 s (chap. 3.2.5.8).

¹³ Conformément à l'lv. pa. 23.424 Reimann du 17 mars 2023 « Le peuple et les cantons doivent se prononcer sur les lois déclarées urgentes ! », les lois fédérales déclarées urgentes devraient à l'avenir cesser d'être en vigueur 100 jours après leur adoption par l'Assemblée fédérale si elles n'ont pas été acceptées par le peuple et les cantons dans ce délai. Dans le cadre de son examen préalable, la CIP-N a décidé le 2 février 2024 de ne pas donner suite à l'lv. pa.

¹⁴ Postulat 23.3438 CAJ-N du 24 mars 2023 « Recours au droit de nécessité » et avis du Conseil fédéral du 5 avril 2023.

¹⁵ Selon l'art. 7d, al. 2, let. a, ch. 1, LOGA, le Conseil fédéral est tenu de soumettre à l'Assemblée fédérale, dans les six mois suivant l'entrée en vigueur d'une ordonnance édictée en vertu du droit de nécessité, un projet établissant la base légale du contenu de l'ordonnance.

Le rapport vise ainsi à clarifier les questions de principe soulevées par le postulat et à proposer des solutions envisageables pour le cas, vraisemblablement rare, où la Confédération se trouverait à nouveau dans une situation de crise « dynamique » nécessitant l'élaboration successive de dispositions législatives déclarées urgentes.

1.4 Organisation des travaux et procédure suivie lors de l'élaboration du rapport

Le traitement du postulat et la rédaction du rapport ont été confiés à l'Office fédéral de la justice (OFJ).

Afin de collecter auprès des offices et personnes concernées les informations essentielles à la rédaction du rapport, l'OFJ a constitué un groupe de travail « mixte » composé de représentants internes à l'administration fédérale (section du droit et section des droits politiques de la Chancellerie fédérale, unité Législation II de l'Office fédéral de la justice), ainsi que de représentants des Services du Parlement (Commission de rédaction) et des milieux scientifique et universitaire (Prof. Nadja Braun Binder [Université de Bâle], Prof. Pascal Mahon [Université de Neuchâtel], Prof. Stefan G. Schmid [Université de St. Gall] et Prof. Felix Uhlmann [Université de Zurich]). Le groupe de travail s'est réuni lors de trois séances et a pu commenter le projet de rapport.

2 Conséquences du rejet en votation populaire d'un acte de base déclaré urgent

2.1 Point de départ : loi fédérale déclarée urgente, dépôt d'un référendum, modifications adoptées avant la date de la votation populaire

Comme exposé précédemment (chap. 1.2.1), la situation de départ qui a amené aux questions posées par le postulat, et devant être examinée dans le présent rapport, se présente comme suit¹⁶ : une loi fédérale déclarée urgente est adoptée par l'Assemblée fédérale et entre en vigueur le lendemain de son adoption. Alors qu'un référendum est lancé contre l'acte de base, l'Assemblée fédérale adopte des révisions partielles de la loi déclarée urgente avant la date fixée pour la votation populaire¹⁷. Ces révisions partielles peuvent par exemple prendre la forme de nouvelles dispositions ou d'un alinéa supplémentaire à une disposition existante. Elles peuvent aussi consister dans la modification d'un alinéa existant ou dans l'abrogation d'un article ou d'un alinéa existant.

Formellement, l'objet de la votation populaire porte sur l'acte de base et les modifications ultérieures de la loi déclarée urgente ne font donc pas l'objet de la votation populaire. Si l'acte de base est rejeté à l'issue de la votation populaire, on peut toutefois se demander quelles en sont les conséquences sur les révisions partielles apportées à l'acte de base avant la date du scrutin¹⁸. Ces questions se posent en des termes similaires lorsqu'un référendum a été lancé contre un acte modificateur déclaré urgent et que ce dernier fait l'objet de modifications avant la date de la votation populaire.

Dans le contexte ayant précédé la votation populaire du 13 juin 2021 sur la loi COVID-19, le Conseil fédéral avait souligné, dans ses avis du 19 mai 2021 et du 26 mai 2021 sur la Motion 21.3402 Schwander et sur l'Interpellation 21.3588 Addor, que les modifications partielles de

¹⁶ Voir également le schéma présenté au chap. 1.2.1 concernant l'exemple de la loi COVID-19.

¹⁷ À noter qu'une révision partielle de la loi pourrait aussi intervenir au cours du délai référendaire de cent jours, par exemple si une session parlementaire (extraordinaire) devait se tenir dans ce même délai. Cela supposerait toutefois qu'un message du Conseil fédéral ait été élaboré et qu'une consultation officielle ait été menée dans ce laps de temps particulièrement court.

¹⁸ MÄGLI PATRICK, Referenden bei dringlich erklärten Bundesgesetzen, in: LeGes 33 (2022) 3, N 3 ss. Voir également : BÜHLER DENNIS, Und wenn das Covid-19-Gesetz abgelehnt wird?, in: Republik, 2. Juni 2021.

la loi déclarée urgente (version du 25 septembre 2020) décidées avant la votation populaire du 13 juin 2021 ne pouvaient subsister d'un point de vue juridique et pratique sans cet acte législatif de base. Les modifications ultérieures ne font certes pas formellement l'objet d'une votation populaire. Mais les révisions partielles se réfèrent en partie au texte de base et dépendent donc de lui. Ainsi, les articles 1^{er} (objet et principes) et 21 (entrée en vigueur et durée de validité) de la loi COVID-19 (acte de base adopté le 25 septembre 2020) s'appliquent à l'ensemble de la loi. En cas de rejet de l'acte de base en votation populaire, les révisions partielles adoptées avant le scrutin du 13 juin 2021 cesseraient de produire leurs effets en même temps que l'acte de base¹⁹.

Cette approche a été critiquée avant la votation populaire du 13 juin 2021 par plusieurs experts²⁰. Les critiques portaient notamment sur :

- le fait que les révisions partielles du 18 décembre 2020 et du 19 mars 2021 soient elles-mêmes sujettes au référendum, lequel peut être lancé de manière séparée pour chacune de ces révisions ;
- le fait que seule la version de la loi COVID-19 du 25 septembre 2020 (acte de base) ait été imprimée dans les explications du Conseil fédéral, et non le texte des révisions partielles de décembre 2020 et mars 2021, ce qui pourrait entraîner un manque de transparence sur l'objet de la votation populaire et pourrait porter atteinte à la libre-formation de leur opinion par les électeurs²¹ ;
- le fait que plusieurs dispositions des révisions partielles ultérieures (de décembre 2020 et mars 2021) puissent être considérées comme « indépendantes » de l'acte de base et qu'elles pourraient conserver leur validité même sans l'acte de base, car leur contenu ne se réfère pas à la version initiale de la loi COVID-19 du 25 septembre 2020²².

Les chapitres qui suivent exposent trois approches visant à clarifier cette problématique. Les avantages et inconvénients potentiels de ces trois approches sont également décrits. Il faut rappeler en préambule qu'il s'agit d'une constellation rare dans la pratique. Celle-ci suppose non seulement une loi fédérale déclarée urgente (ou un acte modificateur déclaré urgent), mais également qu'un référendum soit lancé et aboutisse contre l'acte législatif déclaré urgent, que l'Assemblée fédérale décide par voie législative urgente de modifier l'acte de base (ou l'acte modificateur) avant la date de la votation populaire, et que l'acte législatif attaqué en référendum ait été rejeté à l'issue de la votation populaire.

¹⁹ Avis du Conseil fédéral du 19 mai 2021 sur la Motion 21.3402 Schwander citée en note 7 et avis du Conseil fédéral du 26 mai 2021 sur l'Interpellation 21.3588 Addor citée en note 8. Voir également BÜHLER, *Covid-19-Gesetz*, ad Question 1.

²⁰ Voir notamment les prises de position de DANIEL KETTIGER et FELIX UHLMANN, in: BÜHLER, *Covid-19-Gesetz*, ad Question 1. Dans une moindre mesure : SCHMID STEFAN G./HERZOG MICHA/STIFFLER DUMENIG, *Dringliche Gesetzgebung und direkte Demokratie*, in: Jusletter 7. Juni 2021, en particulier N 30 ss.

²¹ Plus généralement, concernant la libre formation et la libre-expression de la volonté des citoyens dans le contexte de votations populaires, voir notamment : STEINMANN GEROLD/ BESSON MICHEL, in : Ehrenzeller/Egli/Hettich/et al., *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023, N 22 ss. ad Art. 34 BV. Dans le contexte de la votation populaire du 13 juin 2021, voir également les arrêts du Tribunal fédéral 1C_332/2021 du 2 août 2021 et 1C_365/2021 du 12 août 2021. Le Tribunal fédéral avait notamment refusé d'entrer en matière sur des recours qui avaient été formés en matière de droit de vote, et dans lesquels les recourants reprochaient notamment à la version de la loi COVID-19 en vigueur au moment de la votation populaire du 13 juin 2021 de ne pas correspondre au texte de loi figurant dans les explications du Conseil fédéral relatives à la votation populaire.

²² KETTIGER et UHLMANN, in: BÜHLER, *Covid-19-Gesetz*, ad Question 1. Voir également: SCHMID/HERZOG/STIFFLER, *Direkte Demokratie*, N 31 s. La distinction entre dispositions « dépendantes » et « indépendantes » de l'acte de base est présentée au chap. 2.4 du présent rapport sous « approche 3 ».

2.2 Approche 1 : caducité de l'acte de base et des modifications ultérieures déclarées urgentes

La première approche envisageable concernant le sort des modifications déclarées urgentes adoptées avant la votation populaire se présente de la manière suivante²³ :

Si un référendum est lancé contre un acte de base, les modifications de ce dernier qui ont été adoptées avant la votation populaire et également déclarées urgentes ne font certes pas formellement partie de la votation populaire sur l'acte de base. Cela étant, les révisions partielles doivent être considérées comme faisant partie intégrante de l'acte de base. Elles ne peuvent subsister sans lui, car elles ne seraient pratiquement plus applicables sur le plan juridique en cas de rejet de l'acte de base en votation populaire. En d'autres termes, les dispositions législatives modifiées sont « dépendantes » de l'acte de base déclaré urgent. Par conséquent, si l'acte de base était rejeté à l'issue du vote référendaire, toutes les modifications adoptées avant la votation populaire cesseraient de produire effet en même temps que l'acte de base. Cette approche considère ainsi que les principes fixés dans l'acte de base, et notamment l'objet de la loi, s'appliquent à l'ensemble de celle-ci. Les modifications introduites dans la loi avant la votation populaire ne pourraient donc pas subsister de manière autonome si l'acte de base était rejeté en votation populaire²⁴.

Dans ce cas de figure, une autre question se pose : l'interdiction de renouveler des prescriptions législatives déclarées urgentes ayant été rejetées en votation populaire, consacrée par l'art. 165, al. 4, Cst., s'applique-t-elle également à ces révisions partielles ultérieures ? Selon l'approche 1, les modifications tombent certes avec l'acte de base, mais contrairement à ce dernier, elles n'ont pas été formellement soumises à la votation populaire (et leur texte ne figurerait pas non plus dans les explications du Conseil fédéral). L'admissibilité d'un renouvellement des modifications législatives supprimées par voie législative urgente est approfondie dans le présent rapport au chapitre 3.3.1.

L'approche 1 (caducité également des révisions partielles ultérieures) présente des avantages et des inconvénients :

Avantages : Selon cette approche, le rejet de l'acte de base déclaré urgent en votation populaire entraîne la caducité de l'acte dans son entier. Il en résulte qu'aucune disposition résiduelle « flottante », qui n'aurait plus été encadrée par les dispositions de l'acte de base (concernant notamment le titre, l'objet, les principes et la durée de validité de la loi), ne subsiste. Les révisions partielles doivent être considérées comme « dépendantes » de l'acte de base. Leur applicabilité serait en effet compromise si l'acte de base était rejeté en votation populaire et abrogé. D'une certaine manière, cette approche favorise la sécurité juridique : elle présente l'avantage de définir clairement les conséquences d'un rejet de l'acte de base en votation populaire sur les modifications législatives adoptées avant la date de celle-ci.

Inconvénients : bien que les modifications adoptées avant la date de la votation populaire n'aient pas été formellement soumises à la votation populaire et que le référendum n'ait pas été lancé spécifiquement contre ces révisions partielles ultérieures²⁵, ces dernières cesseraient de déployer leurs effets en cas de rejet de l'acte de base. En raison de l'absence du

²³ Cette approche est qualifiée de « logique légistique » par MÄGLI, *Referenden*, N 8.

²⁴ Voir également: MÄGLI, *Referenden*, N 8.

²⁵ MÄGLI, *Referenden*, N 11. On notera cependant que tel a été le cas dans le contexte de la loi COVID-19, puisque les modifications subséquentes de celle-ci ont été contestées par deux autres référendums. Les révisions partielles de la loi COVID-19 ont été acceptées par le peuple respectivement le 28 novembre 2021 et le 18 juin 2023. Concernant la répartition des matières traitées en plusieurs lois fédérales déclarées urgentes et autant de possibilités de référendums, voir pour le surplus chap. 4.2.

« cadre » donné par l'acte de base, les modifications ne seraient techniquement plus applicables. Cette approche est également susceptible d'entraîner un manque de transparence envers les électeurs²⁶ : afin de permettre l'exercice libre et non faussé de leurs droits politiques par les citoyens au regard de l'art. 34, al. 2, Cst., il devrait leur être clairement communiqué, par exemple dans les explications du Conseil fédéral avant la votation populaire ou par d'autres moyens appropriés, qu'en cas de succès du référendum, d'autres normes juridiques (peut-être importantes) pourraient cesser de déployer leurs effets en plus de l'acte de base²⁷. La suppression de toutes les révisions partielles pourrait avoir des répercussions dès la phase de collecte des signatures pour un référendum contre l'acte de base, si le Parlement décidait déjà des premières modifications avant l'expiration du délai de collecte des signatures ou si de telles révisions partielles étaient prévisibles. Par ailleurs, si l'on suit cette approche, les révisions partielles entrées en vigueur avant la votation populaire, et n'ayant pas été contestées séparément par voie de référendum, cesseraient d'être en vigueur en cas de rejet de l'acte de base en votation populaire, alors même qu'aucun acte formel ne les a abrogées.

Un autre aspect doit être considéré dans l'application de l'approche 1, à savoir le risque de « contournement » qui pourrait en découler. Le législateur pourrait être tenté d'améliorer les chances d'acceptation de l'acte de base en votation populaire, en adoptant des dispositions légales supplémentaires (également déclarées urgentes) avant la date de la votation populaire. Si l'acte de base devait malgré tout échouer en votation populaire, le législateur pourrait en outre envisager de « renouveler » ces modifications supprimées par voie législative urgente, dès lors que celles-ci ne faisaient pas formellement partie de la votation populaire sur l'acte de base (voir également à ce sujet, sous l'angle de l'interdiction constitutionnelle de renouvellement, chap. 3.3.1).

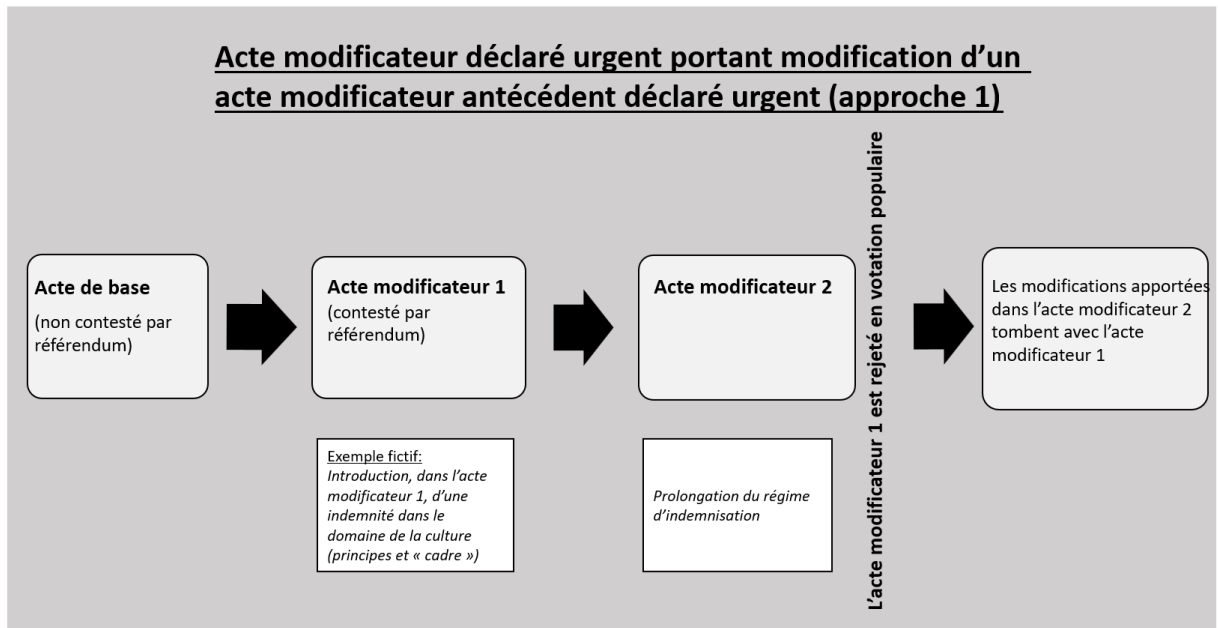
On notera enfin que l'approche 1 peut se présenter de manière un peu différente si la révision partielle déclarée urgente ne concerne pas l'acte de base, mais un acte modificateur déclaré urgent²⁸ : on peut en effet envisager non seulement des modifications de l'acte de base initial (acte modificateur 1), mais aussi des révisions partielles ultérieures de la loi urgente déjà modifiée une fois (acte modificateur 2). Si l'acte modificateur 1 était rejeté en votation populaire, l'acte modificateur 2 pourrait demeurer en vigueur si le cadre sur la base duquel il a été adopté découle de l'acte de base (qui, lui, demeurerait en vigueur car il ne faisait pas l'objet de la votation populaire, contrairement à l'acte modificateur 1). Dans cette constellation, le rejet de l'acte modificateur 1 en votation populaire n'aurait aucune influence sur l'acte modificateur 2. Il est aussi possible que les révisions partielles de l'acte modificateur 2 ne soient pas liées à l'acte de base, mais se fondent directement sur l'acte modificateur 1 (par exemple parce qu'elles étendent la durée ou l'étendue d'une aide d'État nouvellement introduite dans l'acte modificateur pour une branche économique déterminée). Dans ce cas de figure, le rejet de l'acte modificateur 1 en votation populaire devrait également entraîner la caducité de

²⁶ S'agissant des possibilités à disposition du Conseil fédéral pour renforcer la transparence avant une votation populaire, voir chap. 4.4.2. Plus généralement sur ce principe, voir par exemple : STEINMANN/BESSON, *SGK-BV*, N 22 ss. ad Art. 34 BV ; MARTENET VINCENT/VON BUE-REN THÉOPHILE, in: Martenet/Dubey, *Commentaire romand – Constitution fédérale*, Bâle 2021, N 65 ss ad Art. 34 Cst.

²⁷ Dans l'exemple de la loi COVID-19, l'Interpellation 21.3588 Addor (citée plus haut en note 8) reprochait ainsi au Conseil fédéral de n'avoir pas clairement exposé dans la brochure explicative concernant la votation du 13 juin 2021 les conséquences du rejet de la loi en votation sur la validité des modifications adoptées avant la date de la votation populaire. Dans son avis du 26 mai 2021 en réponse à cette interpellation, le Conseil fédéral avait souligné que la brochure explicative mentionnait que de nouvelles mesures étaient attendues au moment du bouclage des Explications (Brochure explicative du Conseil fédéral concernant la votation du 13 juin 2021, p. 41, note 6). Cependant, bien qu'il soit courant que certains points soient encore ouverts au moment de la finalisation de la brochure explicative, le Conseil fédéral avait activement communiqué sur ces points encore ouverts et notamment sur le fait que plusieurs modifications de la loi COVID-19 avaient été adoptées avant la date de la votation populaire. Ces communications avaient été faites aussi bien lors de la conférence de presse du Conseil fédéral du 12 avril 2021 relative à la votation populaire sur la loi COVID-19, que par les informations communiquées sur le site Internet du Département fédéral de l'Intérieur (DFI) et par les réponses données par l'administration fédérale aux questions des médias concernant le sort des modifications adoptées par le Parlement en cas de rejet de la loi en votation populaire.

²⁸ Nous renvoyons pour le surplus au schéma présenté au chap. 1.2.1.

l'acte modificateur 2 qui en découle (voir le schéma ci-dessous). Dans ce cas, l'application de l'approche 1 présenterait les mêmes avantages et risques qu'une révision partielle de l'acte de base déclaré urgent adoptée avant la votation populaire.



Ainsi, dans l'exemple de la loi COVID-19, les indemnités octroyées dans le domaine de la culture ne figuraient pas dans l'acte de base de septembre 2020, mais avaient été introduites par une modification ultérieure (révision partielle du 18 décembre 2020). Si des adaptations ultérieures étaient apportées à ce régime d'indemnisation, il faudrait dès lors considérer que le « cadre » des indemnités octroyées dans le domaine culturel ne se trouvait pas dans l'acte de base (version du 25 septembre 2020), mais dans la révision partielle du 18 décembre 2020 (acte modificateur 1). Un rejet de l'acte modificateur en votation populaire aurait entraîné la suppression des dispositions de l'acte modificateur 2.

2.3 Approche 2 : caducité de l'acte de base, mais subsistance de l'ensemble des modifications ultérieures déclarées urgentes

La deuxième approche que l'on peut envisager concernant le sort des modifications de l'acte de base déclaré urgent introduites avant la votation populaire est celle dans laquelle toutes les modifications adoptées par l'Assemblée fédérale entre l'adoption de l'acte de base et la date de la votation populaire conservent leur validité, même en cas de rejet de l'acte de base en votation populaire²⁹.

Comme pour l'approche 1, cette hypothèse part du principe que les modifications ultérieures ne font pas formellement l'objet de la votation populaire. Selon l'approche 2, toutes les révisions partielles déclarées urgentes devraient conserver leur validité en cas de rejet de l'acte de base en votation populaire, cela même après que l'acte de base a cessé d'être en vigueur à l'issue d'une année après son adoption par le Parlement³⁰.

En prenant l'exemple de la votation du 13 juin 2021 sur la loi COVID-19, l'application hypothétique de l'approche 2 suppose qu'en cas de rejet de la loi à l'issue de la votation populaire, toutes les modifications issues des révisions ultérieures de la loi COVID-19 (notamment

²⁹ Cette approche est qualifiée de « logique référendaire » par MÄGLI, *Referenden*, N 12.

³⁰ MÄGLI, *Referenden*, N 13; KETTIGER et UHLMANN, in: BÜHLER, *Covid-19-Gesetz*, ad Question 1.

les nouvelles dispositions et alinéas introduits ou modifiés par les révisions du 18 décembre 2020 et du 19 mars 2021) auraient conservé leur validité, alors que les dispositions de l'acte de base (y compris celles portant sur l'objet de la loi, sa durée de validité et son entrée en vigueur) seraient devenues caduques à l'échéance du délai d'une année dès l'adoption de la loi, soit le 25 septembre 2021.

Cette approche a pour *avantage* que les dispositions adoptées ultérieurement resteraient en vigueur même si l'acte de base était rejeté en votation populaire. Les modifications déclarées urgentes restent juridiquement valables, car aucun référendum n'a été lancé contre ces révisions partielles.

Cette approche est cependant *risquée* à plusieurs points de vue : si elle implique certes que toutes les révisions partielles conserveraient leur validité, les « dispositions-cadre » prévues par l'acte de base (soit notamment les dispositions portant sur le titre de la loi, son objet, sa durée de validité et son entrée en vigueur) cesseraient néanmoins de prendre effet en cas de rejet de l'acte de base en votation populaire. Les modifications ultérieures qui se réfèrent directement à des dispositions de l'acte de base perdraient alors leur lien avec celui-ci dès qu'il cesse d'être en vigueur, et elles ne pourraient plus guère s'appliquer en pratique en raison de l'absence de contexte et de cadre pour ces dispositions « flottantes ». Ainsi, si une révision partielle ultérieure abrogeait un alinéa d'un article de l'acte de base rejeté en votation populaire, ou ajoutait une condition ou une clause dans un article ou un alinéa de l'acte de base rejeté en votation populaire, le fait que ces modifications apportées demeurent en vigueur en cas de rejet de l'acte de base en votation populaire n'aurait pas de sens. Les révisions partielles qui ne font que modifier certains mots ou parties de phrases de l'acte de base, entre-temps supprimé, demeureraient encore plus en suspens sur le plan formel. Une telle situation comporte un risque d'insécurité juridique considérable.

On notera également que l'approche 2 – ainsi que ses conséquences, avantages et risques – se présente de manière similaire dans le cas d'un acte modificateur ultérieur déclaré urgent portant modification d'un acte modificateur déclaré urgent antécédent (par exemple par l'ajout d'un alinéa à une disposition adoptée dans un acte modificateur antécédent). Si l'acte modificateur antécédent était rejeté en votation populaire et cessait de produire effet dans le délai d'un an après son adoption, l'acte modificateur ultérieur resterait tout de même en vigueur, même si les modifications de l'acte antécédent qu'il contient sont désormais dépourvues de contexte³¹. Ce cas de figure entraîne alors les mêmes risques que pour des modifications apportées à un acte de base déclaré urgent avant la votation populaire.

Si l'on suit l'approche 2, il serait fortement recommandé (sinon indispensable) que le Parlement se prononce avant, ou du moins peu *après* la votation populaire sur le sort des révisions partielles. Les possibilités à disposition du Parlement pour se prononcer *avant* la date de la votation populaire sont examinées plus loin (chap. 4.4.1).

On pourrait aussi envisager que l'Assemblée fédérale détermine *après* la votation populaire le sort des révisions partielles ultérieures, en s'appuyant par exemple sur un message du Conseil fédéral ou en recourant à l'instrument de l'initiative parlementaire. Il s'agirait en particulier de mettre en vigueur aussi rapidement que possible un acte modificateur déclaré urgent ou une nouvelle loi déclarée urgente, afin de régler le sort des dispositions qui subsisteraient après l'expiration de la durée de validité de l'acte de base ou de l'acte modificateur an-

³¹ MÄGLI, *Referenden*, N 24 ss.

técédent après son rejet en votation populaire (soit un an après son adoption par le Parlement)³². La question de savoir sous quelle forme, et selon quelle procédure, le Parlement devrait se prononcer devrait néanmoins être clarifiée.

Cela étant, le risque existe que les adaptations nécessaires – soit l'adoption d'un nouveau « cadre » pour les dispositions restantes (notamment des dispositions réglant le titre, l'objet et les principes de la loi, sa durée de validité et son entrée en vigueur) – ne puissent pas être effectuées avant l'expiration de la durée de validité d'une année dès son adoption, de la loi déclarée urgente ou de l'acte modificateur antécédent après son rejet en votation populaire. Le Parlement pourrait également refuser d'adopter l'acte modificateur ou le nouvel acte et de le mettre en vigueur dans le délai imparti, ce qui représente aussi un risque considérable. Dans ces cas de figure, la sécurité du droit serait ainsi fortement compromise³³.

Compte tenu des éléments qui précèdent, l'approche 2 entraîne en définitive des incertitudes considérables, en particulier au regard de la sécurité du droit.

2.4 Approche 3 : subsistance de modifications ultérieures, distinction entre dispositions « dépendantes » ou « indépendantes » de l'acte de base

Il est enfin possible d'envisager une troisième approche concernant le sort des révisions partielles déclarées urgentes³⁴. Selon cette approche, les modifications apportées à l'acte de base déclaré urgent avant la date de la votation populaire pourraient subsister et conserver leur validité, dans la mesure où elles se distinguent suffisamment du texte de loi initial sur le plan matériel. En d'autres termes, les révisions partielles déclarées urgentes qui peuvent être considérées comme « indépendantes » de l'acte de base pourraient continuer à exister.

Selon l'approche 3, il convient de distinguer les révisions partielles indépendantes des révisions partielles dépendantes. Comme exposé précédemment³⁵, les modifications ultérieures (déclarées urgentes) apportées à un acte de base peuvent consister, d'une part, dans l'ajout d'un alinéa à un article existant ou dans la modification d'un alinéa existant. Un exemple d'une modification indissociable de l'acte de base serait l'ajout d'un délai de « 6 mois » à une disposition légale existante (ou une modification du délai fixé dans une disposition existante). Ainsi, l'art. 2, al. 1 de la loi COVID-19 prévoyait diverses mesures dans le domaine des droits politiques (qui ont également fait l'objet de la votation populaire du 13 juin 2021). L'al. 1 était libellé comme suit dans sa version initiale : « Afin de promouvoir l'exercice des droits politiques, le Conseil fédéral peut prévoir que les demandes de référendum munies du nombre de signatures requis doivent être déposées auprès de la Chancellerie fédérale avant l'expiration du délai référendaire, qu'elles soient munies ou non des attestations de la qualité d'électeur »³⁶. Lors de la révision du 19 mars 2021, l'art. 2, al. 1, a été complété de manière à ce que cet allègement s'applique également aux demandes d'initiatives populaires³⁷. Cette révision partielle dépendait indéniablement de l'acte de base.

³² MÄGLI, *Referenden*, N 15.

³³ MÄGLI, *Referenden*, N 18.

³⁴ BÜHLER, *Covid-19-Gesetz*, ad Question 1, illustre ce cas de figure par l'image d'une « maison » (l'acte de base déclaré urgent) sur laquelle est construite par la suite un « balcon » (les modifications ultérieures déclarées urgentes). Ce dernier dépend des fondations de la « maison » et ne pourrait subsister sans celles-ci si la « maison » devait être démolie.

³⁵ Voir à ce sujet chap. 2.1.

³⁶ RO 2020 3835, abrogé le 31 décembre 2022.

³⁷ RO 2021 153; voir pour le surplus : SCHMID/HERZOG/STIFFLER, *Direkte Demokratie*, N 31.

D'autre part, les modifications ultérieures peuvent prendre la forme de dispositions supplémentaires réglant une thématique nouvelle par rapport à l'acte de base³⁸. Par exemple, la révision partielle du 19 mars 2021 a notamment conduit à l'adoption des art. 3a (exemption de quarantaine pour les personnes vaccinées³⁹), 3b (test et traçage des contacts⁴⁰) et 6a (principe de la preuve de vaccination, de test ou de rétablissement⁴¹) de la loi COVID-19. Cette modification urgente de la loi réglait pour la première fois des domaines qui n'avaient pas encore été abordés dans l'acte de base du 25 septembre 2020. Une telle révision partielle peut être qualifiée d'indépendante de l'acte législatif initial.

L'approche 3 part du principe que les conséquences d'un rejet en votation populaire de l'acte de base peuvent être différenciées. Il y a lieu de distinguer si les différentes révisions partielles déclarées urgentes doivent être considérées comme « indépendantes » ou « dépendantes » de l'acte de base⁴². Si la modification est considérée comme « indépendante » (par exemple parce qu'elle règle un domaine thématique autonome dans une disposition spéciale), il y a lieu de considérer que celle-ci conserverait sa validité selon l'approche 3. Même en cas de rejet de l'acte de base lors de la votation populaire, cette révision partielle indépendante continuerait à déployer ses effets. Une telle modification « indépendante » pourrait être annulée par un référendum séparé⁴³ : dans ce cas, le délai référendaire commencerait à courir dès la publication officielle de la modification législative⁴⁴. La question se pose néanmoins de savoir si la possibilité de contester les révisions partielles par un référendum séparé serait suffisamment reconnaissable, compréhensible et praticable pour un éventuel comité référendaire. Dans le cas d'une révision partielle « dépendante » de l'acte de base, par exemple parce qu'elle prolonge ou raccourcit un délai dans une disposition légale déjà existante, celle-ci tomberait en même temps que le texte de loi initial si celui-ci était rejeté en référendum. La révision partielle « dépendante » de l'acte de base (par exemple la prolongation de délai susmentionnée) peut cependant aussi faire l'objet d'un référendum séparé.

Le lien entre l'approche 3 et l'interdiction de renouvellement statuée par l'art. 165, al. 4, Cst. sera approfondi plus loin (chap. 3.3.3).

L'exemple de la révision partielle de la loi COVID-19 du 19 mars 2021 peut être repris pour l'application hypothétique de l'approche 3 (suppression des seules révisions partielles dépendant de l'acte de base)⁴⁵ : cette modification de la loi a été mise en vigueur avant la date de la votation populaire du 13 juin 2021 sur la loi COVID-19. L'acte de base comportait déjà diverses dispositions relatives aux conséquences de la pandémie (par exemple dans le domaine des capacités sanitaires, des droits politiques et de la protection des travailleurs) et

³⁸ Voir également les exemples présentés par SCHMID/HERZOG/STIFFLER, *Direkte Demokratie*, N 32.

³⁹ Art. 3a de la loi COVID-19, introduit par le ch. I de la LF du 19 mars 2021 (Cas de rigueur, assurance-chômage, accueil extra-familial pour enfants, acteurs culturels, manifestations), en vigueur du 20 mars au 31 déc. 2021, prolongé jusqu'au 31 déc. 2022 (RO 2021 153, 878 ch. II al. 2 ; FF 2021 285, 2515).

⁴⁰ Art. 3b de la loi COVID-19, introduit par le ch. I de la LF du 19 mars 2021 (Cas de rigueur, assurance-chômage, accueil extra-familial pour enfants, acteurs culturels, manifestations), en vigueur du 20 mars 2021 au 31 déc. 2021, prolongé jusqu'au 31 déc. 2022 (RO 2021 153, 878 ch. II al. 2 ; FF 2021 285, 2515).

⁴¹ Art. 6a de la loi COVID-19, introduit par le ch. I de la LF du 19 mars 2021 (Cas de rigueur, assurance-chômage, accueil extra-familial pour enfants, acteurs culturels, manifestations), en vigueur du 20 mars 2021 au 31 déc. 2022, prolongé jusqu'au 30 juin 2024 (RO 2021 153 ; 2022 817 ch. II ; FF 2021 285 ; 2022 1549). Rectification de la Commission de rédaction de l'Assemblée fédérale du 25 août 2021, publié le 2 sept. 2021 (RO 2021 527).

⁴² Dans la doctrine, voir notamment : SCHMID/HERZOG/STIFFLER, *Direkte Demokratie*, N 30 ss.

⁴³ Dans l'exemple de la loi COVID-19, un second référendum visant spécifiquement la révision du 19 mars 2021 de la loi COVID-19 et les nouvelles dispositions introduites par cette révision avait ainsi été déposé. Le peuple s'est prononcé sur ce référendum lors de la votation populaire du 28 novembre 2021.

⁴⁴ Art. 141, al. 1, Cst. Le lieu de la publication est réglé par les art. 2, let. b, 13, al. 1, let. e, et 14a, al. 2, de la loi fédérale du 18 juin 2004 sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale (Loi sur les publications officielles, LPubl ; RS 170.512).

⁴⁵ À ce sujet, voir les exemples donnés dans la loi COVID-19 par : SCHMID/HERZOG/STIFFLER, *Direkte Demokratie*, N 31 s.

aux régimes d'indemnisation applicables dans divers secteurs économiques touchés par la pandémie. La révision partielle du 19 mars 2021 introduisait cependant plusieurs nouvelles dispositions telles que la preuve de vaccination, test ou rétablissement, l'exemption de la quarantaine pour les personnes vaccinées et le système de test et de traçage des contacts. Les dispositions introduites par la révision partielle du 19 mars 2021 réglaient de « nouvelles matières » dans des dispositions légales distinctes. Elles ne se limitaient pas à compléter les dispositions existantes de l'acte de base par des alinéas supplémentaires. Selon l'approche 3, la question aurait pu se poser de savoir si ces dispositions auraient pu conserver leur validité, en tant que dispositions « indépendantes » de l'acte de base, même en cas de rejet de celui-ci lors de la votation du 13 juin 2021. Dans tous les cas, ceux qui n'étaient pas d'accord avec les modifications de la loi avaient la possibilité de les combattre par un référendum. Deux des révisions partielles de la loi COVID-19 ont d'ailleurs fait l'objet d'un référendum facultatif (votations populaires du 28 novembre 2021 et du 18 juin 2023).

L'approche 3 présente également des avantages et des risques :

Avantages : comme mentionné, l'approche 3 différencie les modifications de la loi qui dépendent de l'acte de base et celles qui en sont indépendantes. Un échec de la loi initiale en votation populaire entraînerait ainsi des conséquences juridiques différentes. Seules restent en vigueur les modifications de loi, qui peuvent continuer à exister même sans l'acte de base. Cette réglementation différenciée permet à l'Assemblée fédérale de réagir rapidement à l'évolution d'une situation de crise en apportant des modifications urgentes à un acte de base déclaré urgent. Si un référendum séparé n'est pas lancé contre une modification « indépendante » de l'acte de base, cette dernière demeure juridiquement valable.

Si une votation populaire sur l'acte de base est organisée, il serait toutefois recommandé de clarifier la situation juridique au préalable. La sécurité juridique serait accrue, la libre-formation de la volonté des électeurs facilitée, et dès lors le droit de référendum renforcé, si l'Assemblée fédérale se prononçait au préalable sur le sort des révisions partielles⁴⁶. Dans le contexte précédant une votation populaire sur l'acte de base, il serait également recommandé que le Conseil fédéral informe la population du sort des révisions partielles, de manière à permettre l'exercice libre et non faussé de leurs droits politiques par les citoyens⁴⁷.

Risques : l'approche 3 exposée n'empêche certes pas le fait que les modifications ultérieures « indépendantes » de l'acte de base puissent rester juridiquement valables. Cela étant, le rejet de l'acte de base en votation populaire ferait perdre à ces révisions partielles leur « cadre » (soit les dispositions réglant le titre, l'objet et les principes de la loi, sa durée de validité et son entrée en vigueur). Une décision du Parlement (à savoir l'adoption d'un nouveau « cadre » pour les dispositions légales concernées) avant ou après la votation populaire serait alors nécessaire afin de régler le sort des dispositions restantes. Comme pour l'approche 2 décrite précédemment, le risque serait que la décision du Parlement ne puisse pas intervenir à temps, c'est-à-dire avant l'expiration de la période de validité d'un an à compter de l'adoption de l'acte de base. Le Parlement pourrait aussi refuser d'adopter l'acte modificateur ou le nouvel acte et de le mettre en vigueur dans le délai imparti. Dans ces deux cas, la sécu-

⁴⁶ Sur les possibilités à disposition du législateur pour clarifier le sort des modifications ultérieures, voir : chap. 4.4.1. A noter que l'approche 3 pourrait être indiquée lorsque des modifications déclarées urgentes ne révisent pas partiellement l'acte de base (loi COVID-19), mais d'autres lois fédérales (par exemple la loi fédérale sur la radio et la télévision ou la loi fédérale sur les droits politiques) : ces révisions partielles reposent dans ce cas de figure sur des actes législatifs différents. On peut dès lors partir du principe qu'elles pourraient subsister si l'acte de base déclaré urgent était rejeté en votation populaire.

⁴⁷ S'agissant des possibilités à disposition du Conseil fédéral à cet égard, voir chap. 4.4.2. Plus généralement : STEINMANN/BESSON, *SGK-BV*, N 22 ss. ad Art. 34 BV ; MARTENET/VON BUEREN, *CR-Cst.*, N 65 ss ad Art. 165 Cst.

rité du droit serait alors fortement compromise. Cette approche peut également être problématique sur le plan de la transparence : c'est pourquoi le Parlement devrait clarifier, dans le texte de la loi, avant même la date de la votation populaire, la question de savoir quelles sont les dispositions qui dépendent ou non de l'acte de base, et qui perdraient ou non leur validité juridique en cas de succès du référendum⁴⁸.

L'approche différenciée 3 ne s'applique pas uniquement aux révisions d'un acte de base. Il y a lieu de traiter de manière analogue la situation dans laquelle un acte modificateur ultérieur déclaré urgent (acte modificateur 2) modifie un acte modificateur déclaré urgent antécédent (acte modificateur 1). Si l'acte modificateur 1 était rejeté lors d'une votation référendaire, il y aurait lieu d'opérer une distinction : les adaptations législatives prévues dans l'acte modificateur 2 subsisteraient, pour autant qu'elles soient « indépendantes » de l'acte modificateur 1 et qu'elles puissent continuer à exister de manière autonome. En revanche, les adaptations législatives dépendant de l'acte modificateur 1 ayant été rejeté en votation populaire deviendraient caduques en même temps que l'acte modificateur 1. Une décision du Parlement en temps utile sur le sort des adaptations contenues dans l'acte modificateur 2 est cependant aussi recommandée dans ce cas de figure afin de renforcer la sécurité juridique⁴⁹.

2.5 Synthèse

Les approches théoriques exposées dans les sections qui précèdent entraînent des conséquences différentes. Pour l'ensemble de ces situations, il faut considérer que les modifications apportées avant la date de la votation populaire sur l'acte de base ne font pas formellement partie de la votation populaire sur la loi initiale. Une révision partielle déclarée urgente peut toutefois faire l'objet d'un référendum séparé, comme l'a illustré l'exemple des votations populaires successives concernant les révisions de la loi COVID-19.

L'approche 1 (suppression de toutes les révisions partielles) est claire dans ses conséquences : en cas de rejet de l'acte de base en votation populaire, les modifications adoptées avant la date de celle-ci cessent également de déployer leurs effets à l'échéance du délai d'une année dès l'adoption de l'acte de base. Aucune disposition résiduelle « flottante », qui n'aurait plus été encadrée par les dispositions de l'acte de base concernant l'objet, les principes et la durée de validité de la loi, ne subsiste dès lors. Cette approche entraîne cependant la perte de validité de l'ensemble de ces modifications, bien que celles-ci n'aient pas formellement fait l'objet d'une votation populaire sur l'acte de base, et bien que chacune d'entre elles aurait pu être combattue par un référendum séparé. L'approche 1 présente par ailleurs un risque de « contournement » des règles du droit d'urgence. D'une part, le législateur pourrait être tenté de procéder à des modifications déclarées urgentes de la loi en vue d'augmenter les chances de succès de l'acte de base en votation populaire et d'augmenter ainsi le « prix » d'un échec de la loi en référendum. D'autre part, le législateur pourrait décider de « renouveler » les révisions partielles si l'acte de base était rejeté en votation populaire, en s'appuyant sur l'argument selon lequel ces modifications ne faisaient pas formellement partie de la votation populaire (voir en particulier sur ce point chap. 3.3).

Dans l'approche 2, toutes les modifications de la loi déclarée urgente continueraient d'exister, indépendamment du fait que l'acte de base ait été rejeté ou non en votation populaire. Cette

⁴⁸ Cette thématique sera abordée plus loin. Voir chap. 4.4.1.

⁴⁹ Voir chap. 4.4.1. Pour le surplus : MÄGLI, *Referenden*, N 19 ss.

approche entraîne toutefois des incertitudes considérables, en particulier au regard de la sécurité du droit, de sorte qu'elle doit être considérée comme un concept essentiellement théorique.

L'approche 3 suppose des conséquences différenciées sur la base d'une distinction entre modifications ultérieures pouvant être considérées comme « dépendantes » ou « indépendantes » de l'acte de base ayant été rejeté en votation populaire. L'élément déterminant est de savoir si la modification législative en question est liée à l'acte de base ou si elle pourrait subsister même si l'acte de base était abrogé. Chacune des révisions partielles de l'acte de base déclaré urgent peut être contestée séparément par voie de référendum. Cette approche nécessite cependant que le Parlement se prononce en temps utile (idéalement avant la votation populaire) sur le sort des révisions partielles, afin de renforcer la sécurité juridique et de consolider le droit de référendum⁵⁰.

3 Lien entre les approches présentées et l'interdiction de renouvellement

3.1 Généralités

Le chap. 2 exposait les approches possibles concernant le sort des modifications déclarées urgentes d'une loi fédérale déclarée urgente, édictées avant la date de la votation populaire. Les conséquences, les avantages et les inconvénients des trois approches présentées ont été examinés. La question de savoir si le Parlement peut renouveler les dispositions de l'acte soumis au référendum par voie législative urgente, malgré un rejet en votation populaire, doit toutefois encore être clarifiée. Cette question se pose notamment pour les révisions partielles déclarées urgentes introduites avant la votation populaire.

Le chapitre 3 traite de l'interdiction de renouveler les lois fédérales déclarées urgentes ayant été rejetées en votation populaire (art. 165, al. 4, Cst.). Il présente tout d'abord une synthèse des discussions concernant l'objet et l'étendue de cette interdiction constitutionnelle (chap. 3.2). Il établit ensuite le lien entre les approches exposées au chap. 2 et l'interdiction de renouvellement (chap. 3.3). Le chapitre 3 approfondit enfin certaines questions particulières concernant la forme du renouvellement (chap. 3.4), le renouvellement par la voie législative urgente en raison de l'évolution de la situation initiale (chap. 3.5), et la nécessité d'une décision formelle pour le (non-)renouvellement d'une loi fédérale déclarée urgente et rejetée en votation populaire (chap. 3.6).

3.2 Interdiction de renouvellement : état des discussions

3.2.1 But de l'interdiction de renouvellement

Une loi fédérale déclarée urgente qui n'a pas été acceptée en votation populaire ne peut pas être renouvelée (art. 165, al. 4, Cst.). La Constitution interdit au législateur d'adopter à nouveau, par voie législative urgente et immédiatement après le scrutin, un acte législatif déclaré urgent ayant été rejeté en votation populaire⁵¹. L'interdiction de renouvellement vise ainsi à éviter que la volonté du peuple (ou du peuple et des cantons) ne soit pas respectée. Suite à un résultat négatif en votation populaire, l'État ne peut pas adopter une nouvelle fois le même

⁵⁰ Voir chap. 4.4.1.

⁵¹ HANGARTNER YVO/KLEY ANDREAS/BRAUN BINDER NADJA/GLASER ANDREAS, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2023, N 1158.

contenu législatif par la procédure d'urgence⁵². Il s'agit également d'empêcher le recours abusif à la législation d'urgence, alors que les conditions de l'urgence matérielle et temporelle ne sont pas ou plus remplies.

3.2.2 Législation (non) concernée par l'interdiction de renouvellement

L'interdiction constitutionnelle de renouvellement concerne les lois fédérales déclarées urgentes qui sont soumises au référendum obligatoire ou facultatif. Sont en premier lieu visées les lois fédérales déclarées urgentes ayant été refusées en votation populaire, comme le précise le texte de l'art. 165, al. 4, Cst.⁵³.

En outre, la majorité de la doctrine considère que les lois fédérales déclarées urgentes d'une durée de validité inférieure à une année, ainsi que celles qui ont été acceptées en référendum, ou encore celles soumises au référendum, mais pour lesquelles celui-ci n'a pas été demandé dans le délai de cent jours, doivent pouvoir être renouvelées.

En revanche, la situation juridique est controversée lorsque le référendum a été demandé, mais que la votation populaire ultérieure n'a pas eu lieu dans le délai d'une année prévu par la Constitution, par exemple en raison d'un retard ou du retrait prématuré du projet. Certains auteurs estiment que l'interdiction de renouvellement devrait s'appliquer dans ce cas de figure⁵⁴.

3.2.3 Interdiction de renouveler en cas de révisions partielles déclarées urgentes avant la votation populaire

La question se pose de savoir si l'interdiction de renouvellement devrait s'appliquer à l'ensemble du contenu réglementaire de la loi déclarée urgente rejetée en votation populaire⁵⁵. On peut argumenter à cet égard que les révisions partielles adoptées avant la date de la votation populaire ne font pas formellement partie de la votation populaire sur l'acte de base. Selon cette conception, les modifications de la loi initiale décidées avant la votation populaire ne tomberaient alors pas sous le coup de l'interdiction de renouvellement. Ces modifications tombées en désuétude et qui ne se fondent pas sur l'acte de base rejeté en votation populaire peuvent dès lors à nouveau être adoptées par voie législative urgente. Ainsi, l'Assemblée fédérale aurait pu édicter à nouveau l'exemption de quarantaine pour les personnes vaccinées, introduite ultérieurement, même en cas de refus en votation populaire de l'acte de base, en vertu du droit d'urgence⁵⁶. Cela étant, cette possibilité ne doit pas conduire le législateur à contourner l'interdiction de renouvellement pour des raisons de tactique de vote⁵⁷.

⁵² SAHLFELD MIRIAM, *Wie streng ist das Erneuerungsverbot in Artikel 165 Absatz 4 BV auszulegen?*, LeGes 33 (2022) 3, N 10; HAN-GARTNER/KLEY/BRAUN BINDER/GLASER, *Die demokratischen Rechte*, N 1158.

⁵³ DUBEY JACQUES, in : Martenet/Dubey, *Commentaire romand – Constitution fédérale, Bâle 2021*, N 49 ad Art. 165 Cst.; SÄGESSER THOMAS, *Die Bundesbehörden: Bundesversammlung – Bundesrat – Bundesgericht*, Bern 2000, N 502 ad Art. 165 BV; TSCHANNEN PIERRE, in : Ehenzeller/Egli/Hettich/et al., *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023, N 23 ad Art. 165 BV; WYTTENBACH JUDITH, in: Waldmann/Belser/Epiney, *Basler Kommentar Bundesverfassung*, 2015, N 22 ad Art. 165 BV; BIAGGINI GIOVANNI, *BV Kommentar. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2. Aufl., Zürich 2017, N 13 ad Art. 165 BV; AUBERT/MAHON, *Petit commentaire Cst.*, N 9 ad Art. 165 Cst.

⁵⁴ WYTTENBACH, *BSK-BV*, N 22 ad Art. 165 BV; DUBEY, *CR-Cst.*, N 49 ad Art. 165 Cst.; AUBERT/MAHON, *Petit commentaire Cst.*, N 9 ad Art. 165 Cst.; SÄGESSER, *Die Bundesbehörden*, N 502 ad Art. 165 BV; TSCHANNEN, *SGK-BV*, N 23 ad Art. 165 BV. *Contra*, pour ce cas de figure : RECHSTEINER DAVID, *Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen*, Diss. Zürich/St. Gallen 2016, N 364; MALINVERNI GIORGIO/HERTIG RANDALL MAYA/HOTTELLIER MICHEL/FLÜCKIGER ALEXANDRE, *Droit constitutionnel suisse – vol. I: l'Etat*, 4^e éd., Berne 2021, N 1561.

⁵⁵ SAHLFELD, *Erneuerungsverbot*, N 13.

⁵⁶ SCHMID STEFAN G./HERZOG MICHA, *Dringliche Gesetzgebung auf dem Prüfstand*, Jusletter 22 novembre 2021, N 7.

⁵⁷ Voir également à cet égard chap. 2.2 et 3.3.1.

3.2.4 Interdiction d'édicter un contenu identique ou comparable par voie législative urgente

L'interdiction de renouvellement des lois fédérales déclarées urgentes selon l'art. 165, al. 4, Cst. a fait l'objet de discussions et de prises de position dans le contexte préalable à la votation populaire du 13 juin 2021 sur la loi COVID-19⁵⁸.

À ce jour, il n'existe certes pas d'expérience pratique concernant l'application de l'interdiction de renouvellement⁵⁹. La doctrine fournit cependant diverses réflexions permettant de délimiter l'objet et la portée de cette interdiction.

Dans la doctrine, l'art. 165, al. 4, Cst. est compris comme l'interdiction de prolonger la durée de validité d'une loi fédérale déclarée urgente, par la voie législative urgente⁶⁰. Ainsi, une loi fédérale déclarée urgente ayant été rejetée en votation populaire ne peut pas être renouvelée sous la forme d'une (nouvelle) loi déclarée urgente ayant le même contenu ou un contenu comparable dans ses aspects essentiels⁶¹.

Dans quels cas de figure une loi fédérale déclarée urgente a-t-elle le même contenu ou un « contenu comparable dans ses aspects essentiels » qu'un acte législatif antécédent rejeté en votation populaire ? Il n'est pas aisé de répondre à cette question importante, en l'absence de cas d'application concret de l'art. 165, al. 4, Cst. Certains auteurs de la doctrine ont toutefois élaboré des exemples théoriques fictifs pour tenter d'illustrer cette délimitation⁶².

Les raisons pour lesquelles une loi fédérale déclarée urgente a été rejetée en votation populaire ne sont pas déterminantes pour l'application de l'interdiction de renouvellement⁶³. L'Assemblée fédérale ne peut pas non plus légiférer en urgence sur des éléments politiquement incontestés d'un acte législatif qui aurait échoué en votation populaire, si la nouvelle prescription est identique à une réglementation antérieure ayant été rejetée, ou si elle a un contenu comparable dans ses aspects essentiels.

3.3 Application de l'interdiction de renouvellement aux approches exposées au chap. 2

3.3.1 Approche 1

Selon l'approche 1 présentée plus haut (chap. 2.2 : caducité de toutes les révisions partielles), toutes les modifications ultérieures de l'acte de base déclaré urgent perdraient leur validité en même temps que celui-ci en cas de rejet en votation populaire et ne seraient tech-

⁵⁸ Lors de la session de printemps 2021 du Parlement, la motion Schwander évoquée précédemment chargeait le Conseil fédéral de présenter un projet visant à transférer dans une « loi COVID-19 sur les aides financières » les mesures de soutien financier alors inscrites dans la loi COVID-19. Dans son avis du 19 mai 2021 en réponse à cette motion, le Conseil fédéral avait exclu tout renouvellement, par voie législative urgente, des dispositions de la loi COVID-19 concernant les aides financières en cas de rejet de la loi lors de la votation populaire du 13 juin 2021. L'interdiction de renouvellement s'étend également au cas où des retouches matérielles sont apportées ultérieurement. Seul le transfert de certaines dispositions de la loi COVID-19 dans une ou plusieurs lois fédérales non urgentes, nouvelles ou existantes, aurait été autorisé par la Constitution. Cependant, pour transférer dans une loi fédérale les dispositions relatives aux différentes aides financières liées au COVID-19, il aurait fallu passer par toutes les étapes de la procédure législative ordinaire. Une entrée en vigueur sans interruption de ces dispositions le 26 septembre 2021 n'aurait dès lors pas été possible parce que la Constitution interdit de déclarer urgente une telle loi et que celle-ci n'aurait pas pu entrer en vigueur avant l'expiration du délai référendaire.

⁵⁹ UHLMANN, in: BÜHLER, *Covid-19-Gesetz*, ad Question 2.

⁶⁰ TSCHANNEN, *SGK-BV*, N 22 ad Art. 165 BV; DUBEY, *CR-Cst.*, N 46 ad Art. 165 Cst.; HANGARTNER/KLEY/BRAUN BINDER/GLASER, *Die demokratischen Rechte*, N 1158.

⁶¹ HANGARTNER/KLEY/BRAUN BINDER/GLASER, *Die demokratischen Rechte*, N 1158; WYTENBACH, *BSK-BV*, N 22 ad Art. 165 BV; TSCHANNEN, *SGK-BV*, N 23 ad Art. 165 BV; BIAGGINI, *BV Kommentar*, N 13 ad Art. 165 BV; DUBEY, *CR-Cst.*, N 46 ad Art. 165 Cst.; SÄGESSER, *Die Bundesbehörden*, N 502 ad Art. 165 BV; SAHLFELD, *Erneuerungsverbot*, N 20; UHLMANN, in: BÜHLER, *Covid-19-Gesetz*, ad Question 2.

⁶² Voir en particulier les exemples fictifs présentés par SAHLFELD, *Erneuerungsverbot*, N 15 s. et 22 s.

⁶³ SAHLFELD, *Erneuerungsverbot*, N 13.

niquement plus applicables, à l'échéance du délai d'une année dès l'adoption de la loi fédérale déclarée urgente par l'Assemblée fédérale. Le renouvellement, par voie législative urgente, de l'ensemble de l'acte législatif en cas de rejet en votation populaire devrait dès lors être exclu, dans la mesure où l'interdiction de renouvellement s'étend également au cas où des retouches matérielles sont apportées ultérieurement⁶⁴.

Comme exposé précédemment (chap. 3.2), une loi fédérale déclarée urgente ayant été rejetée en votation populaire ne peut pas être renouvelée sous la forme d'une nouvelle loi déclarée urgente ayant le même contenu ou un contenu comparable dans ses aspects essentiels⁶⁵. Cela étant, les modifications adoptées avant la date de la votation populaire ne font pas formellement partie de cette votation populaire sur l'acte de base. Certains auteurs considèrent dès lors que l'interdiction de renouvellement ne s'applique pas aux révisions partielles, bien que celles-ci tombent en même temps que l'acte de base rejeté (ou du moins qu'elles ne soient plus techniquement applicables)⁶⁶. En cas de rejet de l'acte de base en votation populaire, l'interdiction de renouvellement s'appliquerait certes à l'ensemble de l'acte de base (y compris aux éléments politiquement incontestés de la loi fédérale initiale). Selon cette conception, les révisions partielles ultérieures adoptées avant la votation populaire et qui ne sont pas formellement concernées par la votation référendaire, ne tombent en revanche pas sous le coup de l'interdiction de renouvellement⁶⁷. Selon ce point de vue, l'art. 165, al. 4, Cst. ne couvre que les règles de l'acte de base, et non les modifications législatives ultérieures.

Comme exposé précédemment, cette conception ne doit toutefois pas conduire à un « contournement » des limites constitutionnelles du droit d'urgence⁶⁸.

3.3.2 Approche 2

Dans l'approche 2 présentée plus haut (chap. 2.3 : maintien de la validité de toutes les révisions partielles), la situation est inversée. Les modifications apportées à l'acte de base déclaré urgent avant la date de la votation populaire conserveraient leur validité en cas de rejet en votation populaire de l'acte de base.

Ces modifications, qui subsisteraient même en cas de rejet de l'acte de base en votation populaire, ne tomberaient alors pas sous le coup de l'interdiction de renouvellement statuée par l'art. 165, al. 4, Cst. : les révisions partielles n'ont pas formellement fait l'objet d'une votation et n'ont pas été rejetées en votation populaire en même temps que l'acte de base⁶⁹. Le rejet de l'acte de base (ou d'un acte modificateur combattu par référendum) ne rend pas caduques

⁶⁴ Dans le même sens: TSCHANNEN, *SGK-BV*, N 23 ad Art. 165 BV ; AUBERT/MAHON, *Petit commentaire Cst.*, N 9 ad Art. 165 Cst. ; WYTTEBACH, *BSK-BV*, N 22 ad Art. 165 BV.

⁶⁵ HANGARTNER/KLEY/BRAUN BINDER/GLASER, *Die demokratischen Rechte*, N 1158; WYTTEBACH, *BSK-BV*, N 22 ad Art. 165 BV ; TSCHANNEN, *SGK-BV*, N 23 ad Art. 165 BV ; BIAGGINI, *BV Kommentar*, N 13 ad Art. 165 BV ; DUBEY, *CR-Cst.*, N 46 ad Art. 165 Cst. ; SÄGESSER, *Die Bundesbehörden*, N 502 ad Art. 165 BV ; SAHLFELD, *Erneuerungsverbot* i, N 20; UHLMANN, in: BÜHLER, *Covid-19-Gesetz*, ad Question 2. Voir également pour le surplus: chap. 3.4.1.

⁶⁶ En ce sens: HANGARTNER/KLEY/BRAUN BINDER/GLASER, *Die demokratischen Rechte*, N 1158; SCHMID/HERZOG, *Prüfstand*, N 7.

⁶⁷ Les modifications ultérieures pourraient aussi être contestées séparément par voie de référendum. Comme exposé précédemment, il n'est cependant pas certain que la possibilité de contester les modifications ultérieures de l'acte de base par un référendum séparé puisse être reconnaissable, compréhensible et praticable concrètement pour un éventuel comité référendaire.

⁶⁸ Voir également chap. 2.2, 3.2 et 4.3.

⁶⁹ Pour le surplus: HANGARTNER/KLEY/BRAUN BINDER/GLASER, *Die demokratischen Rechte*, N 1153; BIAGGINI, *BV Kommentar*, N 13 ad Art. 165 BV; WYTTEBACH, *BSK-BV*, N 23 ad Art. 165 BV; SCHMID/HERZOG/STIFFLER, *Direkte Demokratie*, N 11; MALINVERNI/HERTIG RAN-DALL/HOTTELIER/FLÜCKIGER, *Droit constitutionnel*, N 1559.

les révisions partielles ultérieures. Il ne s'agit dès lors pas d'un « renouvellement » des révisions partielles, mais plutôt du « maintien en vigueur » (« *Weitergeltung* »)⁷⁰, ou d'une « prolongation », de ces modifications législatives déclarées urgentes.

3.3.3 Approche 3

L'approche 3 prévoit, comme mentionné précédemment (chap. 2.4), une solution différenciée. Certaines des modifications apportées à l'acte de base avant la date de la votation populaire pourraient subsister et conserver leur validité, dans la mesure où elles se distinguent suffisamment de l'acte de base sur le plan matériel et où elles peuvent être considérées comme « indépendantes » de lui.

Selon cette approche, il faut considérer qu'il ne s'agit pas d'un « renouvellement » en tant que tel des dispositions partiellement révisées avant la votation populaire, mais plutôt du « maintien en vigueur » (ou de la « prolongation ») de ces dispositions déclarées urgentes.

Les modifications législatives indépendantes de l'acte de base n'étaient pas formellement l'objet de la votation populaire. Même sans le « cadre » de l'acte de base, ces dispositions ne tomberaient pas sous le coup de l'interdiction de « renouvellement » au sens strict. Cela suppose néanmoins que ces modifications ultérieures se distinguent suffisamment (soit qu'elles puissent être considérées comme « indépendantes de l'acte de base » et subsister sans lui), de par leur teneur et la matière qu'elles règlent, des dispositions faisant partie du « texte d'origine » rejeté en votation populaire⁷¹.

À titre d'exemple, en suivant le raisonnement posé dans l'approche 3, certaines dispositions de la loi COVID-19 adoptées et déclarées urgentes par les révisions partielles du 18 décembre 2020 et du 19 mars 2021⁷² auraient ainsi pu rester en vigueur, même en cas de rejet de l'acte de base en votation populaire⁷³. D'une part, car les révisions partielles du 18 décembre 2020 et du 19 mars 2021 n'étaient pas concernées par la votation populaire du 13 juin 2021 et car l'interdiction constitutionnelle de renouvellement (art. 165, al. 4, Cst.) s'applique uniquement aux dispositions légales qui faisaient formellement l'objet de la votation populaire⁷⁴. D'autre part, car ces dispositions modifiées se distinguaient suffisamment de l'acte de base sur le plan matériel et auraient pu subsister sans lui, à condition qu'un nouveau « cadre » puisse leur être donné⁷⁵.

Selon l'approche 3, le « maintien en vigueur » des modifications législatives déclarées urgentes adoptées avant la date de la votation populaire serait donc théoriquement possible, dans la mesure où les modifications concernées se distinguent suffisamment de l'acte de base sur le plan matériel⁷⁶. Les éventuels opposants à ces modifications législatives ultérieures seraient libres de s'opposer aux révisions partielles par un référendum séparé⁷⁷.

⁷⁰ Voir également chap. 3.4.1. Un tel « maintien en vigueur » n'est toutefois pas sans poser de problème. Les opposants à une loi déclarée urgente pourraient critiquer la prolongation des adaptations législatives urgentes comme constituant un « contournement » qui ne tiendrait pas compte du résultat de la votation populaire.

⁷¹ SCHMID/HERZOG, *Prüfstand*, N 7.

⁷² Par exemple, les art. 3a (exemption de quarantaine pour les personnes vaccinées), 3b (système de test et traçage des contacts) et 6a (preuve de vaccination, test ou guérison) de la loi COVID-19.

⁷³ À savoir la version du texte adoptée le 25 septembre 2020 et figurant dans les explications du Conseil fédéral pour la votation populaire du 13 juin 2021.

⁷⁴ SAHLFELD, *Erneuerungsverbot*, N 24.

⁷⁵ En ce sens : SCHMID/HERZOG, *Prüfstand*, N 7 *in fine*.

⁷⁶ SCHMID/HERZOG, *Prüfstand*, N 7 *in fine*; SAHLFELD, *Erneuerungsverbot*, N 24.

⁷⁷ SAHLFELD, *Erneuerungsverbot*, N 24.

Comme pour l'approche 2 (maintien de toutes les modifications législatives), un tel « maintien en vigueur » ne serait toutefois pas sans poser de problèmes, puisqu'il pourrait également être compris comme une forme de « contournement » du résultat de la votation populaire.

3.4 Forme du renouvellement

3.4.1 Renouvellement par la voie législative urgente

Comme le souligne l'art. 165, al. 4, Cst., l'interdiction de renouvellement ne s'applique qu'aux lois fédérales déclarées urgentes qui « n'ont pas été acceptées en votation ». En revanche, la durée de validité d'une loi déclarée urgente peut être « prolongée » pour une durée déterminée⁷⁸. Lorsque des modifications de l'acte de base déclaré urgent sont adoptées avant la date de la votation populaire, ces révisions partielles déclarées urgentes ne font pas formellement l'objet de la votation populaire sur l'acte de base. En cas de rejet de l'acte de base en votation populaire, le sort d'une modification législative ultérieure dépend de la question de savoir s'il s'agit d'un « renouvellement » ou d'un « maintien en vigueur » de ces modifications⁷⁹.

Le « renouvellement » suppose que les modifications de la loi ont été abrogées suite au rejet de l'acte de base en votation populaire, mais qu'elles seraient réadoptées par la suite, par la voie législative urgente, ce qui n'est pas admis au regard de l'art. 165, al. 4, Cst. La situation juridique serait au contraire différente si les révisions de la loi demeuraient en vigueur malgré le rejet de l'acte de base en votation populaire (notamment parce que le contenu des dispositions légales modifiées se distingue suffisamment du texte de loi initial sur le plan matériel, selon l'approche 3). Dans ce cas, les révisions de la loi seraient maintenues et l'interdiction constitutionnelle de renouvellement ne s'appliquerait pas.

3.4.2 Possibilité de renouvellement par la voie législative ordinaire

L'interdiction de renouvellement ne vise que le recours répété au droit d'urgence. S'il existe un besoin de réglementation sur le long terme, l'Assemblée fédérale peut régler la matière dans une loi ordinaire et éviter ainsi un recours répété à l'instrument du renouvellement⁸⁰. Le message du Conseil fédéral relatif à la Constitution fédérale précise qu'un « renouvellement » est possible par la voie législative ordinaire⁸¹. Le renouvellement d'une loi fédérale déclarée urgente rejetée en votation populaire par la voie législative ordinaire (soit par un acte législatif soumis au référendum facultatif avant son entrée en vigueur) est également unanimement admis par la doctrine⁸².

⁷⁸ HANGARTNER/KLEY/BRAUN BINDER/GLASER, *Die demokratischen Rechte*, N 1153.

⁷⁹ Sur la distinction entre « renouvellement » et « maintien en vigueur » dans les approches exposées au chap. 2, nous renvoyons pour le surplus au chap. 3.3.

⁸⁰ WYTTENBACH, *BSK-BV*, N 24 ad Art. 165 BV; TSCHANNEN, *SGK-BV*, N 24 ad Art. 165 BV.

⁸¹ Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale (FF 1997 I 1), p. 398. Dans son avis du 19 mai 2021 en réponse à la motion 21.3402 Schwander évoquée précédemment (voir chap. 1.2.1), le Conseil fédéral avait également précisé que certaines dispositions de la loi COVID-19 pouvaient être transférées dans une ou plusieurs lois fédérales non urgentes, nouvelles ou existantes, en cas de rejet de la loi en votation populaire.

⁸² HANGARTNER/KLEY/BRAUN BINDER/GLASER, *Die demokratischen Rechte*, N 1158; SAHLFELD, *Erneuerungsverbot*, N 5 et N 10; TSCHANNEN PIERRE, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 5. Aufl., Bern 2021, N 1603 ss.; TSCHANNEN, *SGK-BV*, N 24 ad Art. 165 BV; WYTTENBACH, *BSK-BV*, N 23 ad Art. 165 BV; DUBEY, *CR-Cst.*, N 52 s. ad Art. 165 Cst.; AUBERT/MAHON, *Petit commentaire Cst.*, N 9 ad Art. 165 Cst.; SÄGESSER, *Die Bundesbehörden*, N 503 ad Art. 165 BV.

En d'autres termes, l'Assemblée fédérale est libre de légiférer le plus rapidement possible par la voie ordinaire pour remplacer une loi déclarée urgente qui aurait été rejetée en votation populaire⁸³. Le législateur peut également renoncer à toute réglementation. Il n'existe cependant pas d'obligation de légiférer par voie législative ordinaire. Il existe souvent de bonnes raisons de légiférer. Ainsi, le renouvellement dans une loi fédérale ordinaire peut aussi se révéler nécessaire en raison d'un changement de circonstances ou de l'écoulement du temps (à cause de la disparition de « l'urgence » ou parce que la situation a duré trop longtemps pour justifier l'adoption d'une loi fédérale déclarée urgente)⁸⁴.

Le renouvellement peut alors intervenir par l'adoption d'une nouvelle loi (ordinaire) par l'Assemblée fédérale, ou par la modification ponctuelle d'une loi existante (intégration de dispositions d'une loi déclarée urgente dans une loi ordinaire). L'Assemblée fédérale peut aussi remplacer la clause d'urgence de la loi fédérale en question par une clause référendaire ordinaire⁸⁵. Peu importe à cet égard que la loi fédérale déclarée urgente remplacée ait été soumise ou non, le cas échéant acceptée ou non, en votation populaire, dans la mesure où l'Assemblée fédérale dispose toujours de sa compétence législative ordinaire⁸⁶.

Bien entendu, lorsqu'elle adopte une loi fédérale selon la procédure législative ordinaire, l'Assemblée fédérale doit usuellement pouvoir s'appuyer sur une base constitutionnelle. Sans base constitutionnelle, le renouvellement d'une loi fédérale déclarée urgente est également exclu par la voie législative ordinaire (art. 165, al. 3, Cst.)⁸⁷. Sur ce point, la création au préalable d'une telle base constitutionnelle – soumise au référendum obligatoire au sens de l'art. 140, al. 1, let. a, Cst. – demeure toutefois réservée⁸⁸.

3.5 Renouvellement par voie législative urgente en raison de l'évolution de la situation initiale ou de l'écoulement du temps

Il est d'ailleurs concevable que la situation se soit manifestement et fondamentalement modifiée à la suite de la votation référendaire. Dans ce cas, le renouvellement par voie législative urgente de la loi fédérale rejetée en votation populaire peut être admis⁸⁹. Une disposition légale dont le libellé serait identique ou similaire pourrait ainsi se fonder sur une situation de départ totalement différente (par exemple une indemnité urgente octroyée initialement dans le contexte de la crise du Covid-19, mais qui serait cette fois-ci octroyée pour atténuer les conséquences économiques d'une inondation).

Dans ce cas de figure, les mêmes conditions de forme et de fond que celles ayant donné lieu à l'adoption de l'acte de base doivent néanmoins être remplies, à savoir : l'existence d'une urgence temporelle et matérielle justifiant l'application de la procédure d'urgence ; un vote à la majorité des membres des deux Conseils ; le vote doit faire suite à des délibérations séparées entre les deux Chambres.

⁸³ HANGARTNER/KLEY/BRAUN BINDER/GLASER, *Die demokratischen Rechte*, N 1158; WYTTEBACH, *BSK-BV*, N 24 ad Art. 165 BV; DUBEY, *CR-Cst.*, N 53 ad Art. 165 Cst.

⁸⁴ DUBEY, *CR-Cst.*, N 53 ad Art. 165 Cst.

⁸⁵ TSCHANNEN, *SGK-BV*, N 24 ad Art. 165 BV (et les exemples cités) ; DUBEY, *CR-Cst.*, N 52 ad Art. 165 Cst.

⁸⁶ DUBEY, *CR-Cst.*, N 52 ad Art. 165 Cst.

⁸⁷ TSCHANNEN, *SGK-BV*, N 24 ad Art. 165 BV ; DUBEY, *CR-Cst.*, N 52 ad Art. 165 Cst.

⁸⁸ HANGARTNER/KLEY/BRAUN BINDER/GLASER, *Die demokratischen Rechte*, N 1153 et 1158; WYTTEBACH, *BSK-BV*, N 23 ad Art. 165 BV; SÄGESSER, *Die Bundesbehörden*, N 503 ad Art. 165 BV.

⁸⁹ HANGARTNER/KLEY/BRAUN BINDER/GLASER, *Die demokratischen Rechte*, N 1158; WYTTEBACH, *BSK-BV*, N 22 ad Art. 165 BV; TSCHANNEN, *SGK-BV*, N 23 ad Art. 165 BV; BIAGGINI, *BV Kommentar*, N 13 ad Art. 165 BV; DUBEY, *CR-Cst.*, N 46 ad Art. 165 BV; SÄGESSER, *Die Bundesbehörden*, N 502; SAHLFELD, *Erneuerungsverbot*, N 20; UHLMANN, *Covid-19*, ad Question 2.

La qualification d'une évolution en tant que « changement manifeste et substantiel de situation » pouvant autoriser le renouvellement d'une loi fédérale déclarée urgente par la voie législative urgente doit être appréciée de cas en cas. A cet égard, il existe une série de critères permettant de déterminer si la situation initiale a suffisamment évolué. Sont notamment déterminants le champ d'application personnel et matériel ainsi que le degré d'intervention de la réglementation projetée⁹⁰. En tous les cas, l'Assemblée fédérale doit toujours demeurer en capacité de réagir rapidement face aux évolutions d'une situation de crise.

De plus, selon certains auteurs, le renouvellement d'une loi fédérale déclarée urgente rejetée en votation populaire – sans que celle-ci soit considérée comme une « tentative de renouvellement » contraire à l'art. 165, al. 4, Cst. – devrait également être admis après l'écoulement d'une certaine durée depuis le refus de la loi en votation populaire⁹¹. Il n'est toutefois pas aisé de déterminer dans l'abstrait quelle devrait être la durée appropriée dans ce cas de figure⁹².

3.6 Nécessité d'une décision formelle pour le (non-)renouvellement d'une loi fédérale déclarée urgente ?

La question se pose enfin de savoir si le renouvellement (ou le maintien en vigueur ou la prolongation) d'une loi fédérale déclarée urgente rejetée en votation populaire et de ses modifications ultérieures devraient faire l'objet d'une décision formelle.

À cet égard, il faut distinguer en premier lieu selon que la loi fédérale déclarée urgente dispose d'une base constitutionnelle (art. 165, al. 2, Cst.) ou non (art. 165, al. 3, Cst.). Dans le premier cas de figure, le législateur – soit l'Assemblée fédérale – est compétent pour se prononcer sur le renouvellement⁹³. Le Parlement peut autoriser le renouvellement par la voie législative urgente, pour une durée déterminée⁹⁴, ou agir par la voie législative ordinaire, pour une durée indéterminée⁹⁵. Lorsqu'une loi fédérale déclarée urgente est dépourvue de base constitutionnelle, il revient au constituant (le peuple et les cantons) de se prononcer sur son renouvellement (respectivement sur sa prolongation)⁹⁶, ce qui ne peut toutefois intervenir que par une révision partielle « ordinaire » de la Constitution soumise au référendum obligatoire au sens de l'art. 140, al. 1, let. a, Cst., et non par la voie législative urgente.

En second lieu, il faut distinguer le « renouvellement » du « non-renouvellement » d'une loi fédérale déclarée urgente : Contrairement au renouvellement, le non-renouvellement ne nécessite pas d'acte formel. Il en va de même lorsque le délai de validité de la loi fédérale déclarée urgente est échu.

⁹⁰ SAHLFELD, *Erneuerungsverbot*, N 19 et 22 ss mentionne comme exemple fictif le fait qu'une majorité de personnes atteintes du Covid-19 (mais non décédées) nécessite par la suite des soins de longue durée. La situation de départ existante ayant conduit à l'adoption de l'acte de base déclaré urgent acquerrait alors une nouvelle qualité qui la soustrairait à l'interdiction de renouvellement. Dans cette constellation, l'évolution de la situation de fait entraînerait une atteinte plus grave aux mêmes biens juridiques. Si cette évolution n'était pas prévisible au moment du vote final (ou prévisible, mais considérée comme improbable), « l'effet de blocage » généré par l'interdiction de renouvellement serait supprimé. L'interdiction de renouvellement ne s'appliquerait pas non plus s'il s'agissait d'une atteinte ultérieure à d'autres biens juridiques non mentionnés dans l'acte de base.

⁹¹ DUBEY, *CR-Cst.*, N 46 ad Art. 165 Cst.; SAHLFELD, *Erneuerungsverbot*, N 11.

⁹² Une auteure estime par exemple qu'il faudrait qu'il se soit écoulé jusqu'à l'entrée en vigueur au moins autant de temps qu'il en faudrait en moyenne jusqu'à l'entrée en vigueur d'une loi selon la procédure législative ordinaire, soit environ deux ans en comptant la phase de consultation et les débats parlementaires (SAHLFELD, *Erneuerungsverbot*, N 11). Une telle durée « fixe » est toutefois problématique pour un tel cas de figure, dès lors que chaque situation de crise nécessitant l'élaboration de lois déclarées urgentes est par nature différente et devrait être appréciée de manière individuelle.

⁹³ HANGARTNER/KLEY/BRAUN BINDER/GLASER, *Die demokratischen Rechte*, N 1153.

⁹⁴ Voir chap. 3.4.1 concernant le renouvellement par la voie législative urgente.

⁹⁵ Concernant le renouvellement par la voie législative ordinaire : chap. 3.4.2. S'agissant des possibilités à disposition du législateur – notamment pour se prononcer sur le sort des modifications adoptées avant la date de la votation populaire – voir également chap. 4.4.1.

⁹⁶ HANGARTNER/KLEY/BRAUN BINDER/GLASER, *Die demokratischen Rechte*, N 1153. Voir également chap. 3.4.2.

Dans le cas du « maintien en vigueur » de modifications ultérieures déclarées urgentes d'un acte de base ayant été rejeté en votation populaire (approche 3), aucune décision formelle du Parlement ne serait en principe nécessaire. L'Assemblée fédérale devrait cependant clarifier, avant la votation populaire sur l'acte de base, quelles sont les dispositions de l'acte modificateur qui sont « indépendantes » de la loi initiale et qui continueraient à s'appliquer même en cas de rejet de cette dernière en votation populaire.

En cas de rejet d'une loi fédérale déclarée urgente en votation populaire, celle-ci cesse de produire effet un an après son adoption par l'Assemblée fédérale (art. 165, al. 2, et 3, Cst.). Aucun acte formel n'est alors nécessaire⁹⁷.

3.7 Synthèse

L'interdiction de renouvellement statuée par l'art. 165, al. 4, Cst. a pour but d'éviter que la volonté du peuple, ou du peuple et des cantons, puisse être contournée suite au résultat négatif d'une votation populaire. L'interdiction permet ainsi d'encadrer l'utilisation de la procédure d'urgence et de préserver la volonté populaire en cas de rejet d'une loi fédérale déclarée urgente en votation populaire, aspects qui revêtent une grande importance dans un Etat de droit démocratique.

Lorsque des modifications d'une loi fédérale déclarée urgente sont adoptées avant une votation populaire, ces modifications ne font pas formellement partie de la votation populaire et peuvent être contestées par la voie d'un référendum séparé. En cas de rejet de l'acte de base en votation populaire, les modifications ultérieures apportées à ce dernier ne tombent dès lors pas sous le coup de l'interdiction de renouvellement statuée par l'art. 165, al. 4, Cst. : soit parce qu'elles n'ont pas formellement fait l'objet de la votation populaire, selon l'approche 1 ; soit parce qu'elles conservent leur validité juridique, selon les approches 2 et 3. Même en cas de rejet de l'acte de base par le peuple, elles pourraient continuer à s'appliquer.

Il existe toutefois à cet égard – en particulier dans l'application de l'approche 1 – un risque de « contournement » de l'interdiction constitutionnelle de renouvellement par le législateur. Ce dernier pourrait en effet décider d'adopter de nouvelles modifications déclarées urgentes jusqu'à la date de la votation populaire, en vue d'améliorer les chances d'adoption de l'acte de base en votation populaire. Il pourrait de surcroît envisager de « renouveler » ces modifications dans un nouvel acte législatif déclaré urgent en cas de rejet de l'acte de base en votation populaire.

Lors de l'application de l'une ou l'autre des approches exposées au chap. 2, il convient dès lors de veiller à ce que le renouvellement ou le maintien en vigueur des révisions partielles respecte les limites constitutionnelles du droit d'urgence et ne les contourne pas. Une loi fédérale déclarée urgente ayant été rejetée en votation populaire ne devrait en particulier pas pouvoir être renouvelée sous la forme d'une nouvelle loi déclarée urgente ayant le même contenu ou un contenu comparable dans ses aspects essentiels. L'interdiction de renouvellement s'applique en principe aussi lorsque la (nouvelle) loi comporte des retouches matérielles.

⁹⁷ Selon HANGARTNER/KLEY/BRAUN BINDER/GLASER, *Die demokratischen Rechte*, N 1160, la loi pourrait aussi être abrogée après son rejet en votation populaire, même avant l'échéance du délai d'une année. L'Assemblée fédérale serait en principe compétente dans ce cas. L'adoption d'une loi fédérale urgente est de la compétence de l'Assemblée fédérale pendant le délai de validité d'une année, indépendamment du référendum. L'Assemblée fédérale pourrait dès lors aussi décider d'abroger l'acte dans ce même délai. L'abrogation devrait cependant faire l'objet d'un acte législatif distinct, lui-même soumis au référendum. Voir pour le surplus : STEINER SIGRID, in: Graf/Caroni (Hrsg.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung – Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG)* vom 13. Dezember 2002, Aktualisierung 2021, Basel 2021, N 10 ss. ad Art. 77 ParlG; CARONI ANDREA/GRAF MARTIN, *Wahrung der Sessionssteilnahmegarantie in einer Pandemie?*, in: Jusletter 15 février 2021, N 16.

4 Approches visant à diminuer l'insécurité juridique

4.1 Contexte : importance d'une situation légale sûre

La Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP-N) est convaincue que les expériences du printemps 2021 décrites précédemment ont mis au grand jour divers manquement en matière de sécurité juridique. Certains doutes subsistaient quant à l'objet exact du vote en amont de la votation populaire (voir ci-dessus chap. 1.2.1).

La CIP-N estime que le besoin de clarification mentionné dans son titre du postulat 22.3010 porte notamment sur la question de savoir quelles dispositions légales resteraient en vigueur et lesquelles deviendraient caduques en cas de rejet du texte par le peuple. La CIP-N souhaite une réglementation aussi sûre que possible sur le plan juridique pour les cas futurs.

Le Conseil fédéral partage le point de vue selon lequel les incertitudes avant les votations populaires sont problématiques sous plusieurs aspects. Le droit constitutionnel à la libre formation de l'opinion des citoyens et à l'expression fidèle et sûre de leur volonté (art. 34, al. 2, Cst.) présuppose qu'ils puissent prendre leur décision dans le cadre d'un processus de formation d'opinion le plus complet possible et en connaissant au mieux les conséquences de leur vote. Ce principe s'applique déjà pendant la phase de la récolte de signatures et surtout juste avant le scrutin. Pour les citoyens, il est central de savoir quelles dispositions (déclarées urgentes) deviendraient caduques si le référendum était accepté et lesquelles conserveraient leur validité. De plus, les incertitudes quant à l'objet exact de la votation et à ses conséquences pratiques nuiraient à la qualité des échanges de vues publics préalables à une votation populaire.

L'insécurité juridique est aussi particulièrement problématique pour les *milieux directement concernés* par une réglementation (déclarée urgente). En raison des conséquences souvent lourdes de la suppression de dispositions urgentes (p. ex. aides financières pour certaines branches), les entreprises et/ou les particuliers concernés ont tout intérêt à connaître l'objet de la votation le plus tôt possible. Certaines obligations ou certains de leurs droits institués en urgence pourraient-ils être supprimés ? La sécurité en matière de planification est notamment essentielle pour les milieux économiques.

Le fait de savoir quelles révisions partielles d'une loi déclarée urgente restent en vigueur même si l'acte de base est rejeté en votation populaire, que ce soit parce que les modifications continuent de s'appliquer même sans acte de base, ou parce que le législateur édicte de nouvelles dispositions déclarées urgentes de même teneur, revêt donc une grande importance pratique. La plupart du temps, on saura ce qu'il en est après la votation populaire (p. ex. sur la base de déclarations du Conseil fédéral ou d'autres acteurs politiques), mais il est toutefois utile de disposer d'informations claires et juridiquement fiables avant l'éventuelle votation. Dans certains cas, cette clarification se fait quasiment d'elle-même :

- Comme expliqué précédemment (chap. 2.1), le problème ne se pose que si des modifications déclarées urgentes d'un acte de base déclaré urgent (ou d'un acte modificateur déclaré urgent) ont été adoptées. Autrement, la situation est claire. La question du maintien en vigueur de certaines normes déclarées urgentes ne se pose pas si le législateur renonce à procéder à des modifications partielles urgentes d'un acte de base déclaré urgent : il n'y aurait potentiellement qu'un seul acte déclaré urgent, et si ce texte était rejeté lors du scrutin référendaire, aucune autre disposition que celles de l'acte lui-même ne deviendrait caduque (à ce sujet, voir la solution A pour la répartition de la matière entre différents actes, chap. 4.2).

- La question de la subsistance de certaines dispositions déclarées urgentes est également réglée si des actes modificateurs sont déclarés urgents (révisions partielles d'un acte de base déclaré urgent) si des règles à ce sujet ont déjà été fixées à l'avance. Comme dans l'approche 1 présentée ci-dessus (chap. 2.2), nous serions dans cette situation si l'on déterminait qu'en cas de rejet en votation populaire, toutes les modifications ultérieures de l'acte de base déclarées urgentes (ou d'un acte modificateur contre lequel le référendum est demandé) deviendraient également caduques. Il s'agit de la solution B, décrite au chap. 4.3 ci-dessous. Le postulat 22.3010 considère implicitement que cette solution permet de diminuer le besoin de clarification, mais qu'il est impossible de l'éliminer par des mesures simples. C'est pourquoi il convient de chercher des instruments permettant aux autorités fédérales de clarifier rapidement et entièrement la situation (voir la solution C, chap. 4.4) :
- En premier lieu, il peut s'agir de mesures prises dans le cadre de la phase parlementaire de la procédure législative (chap. 4.4.1). Durant le processus législatif, le Parlement et le Conseil fédéral (soutenu par l'administration fédérale) travaillent ensemble. Le Conseil fédéral peut notamment contribuer à la sécurité juridique en apportant des précisions dans son message à l'Assemblée fédérale ou dans le cadre de l'accompagnement des débats parlementaires.
- Par ailleurs, le Conseil fédéral peut fournir des indications supplémentaires dans le cadre de sa mission d'information, et contribuer à la sécurité juridique, par le biais de la brochure explicative (explications du Conseil fédéral) et dans sa communication précédant la votation populaire (chap. 4.4.2).

4.2 Solution A : répartition de la matière dans différents actes

Plus les actes législatifs de base déclarés urgents du Parlement sont complexes et hétérogènes, plus il y a de chances qu'ils doivent subir une révision partielle urgente. Ce principe s'applique tout particulièrement aux cas, plutôt courants, dans lesquels une crise dynamique et durable, comme une pandémie, exige que la réglementation soit adaptée rapidement. Dans l'idéal (théorique), il est possible de contrer ce problème en répartissant soigneusement la matière à régler. Subdiviser habilement la matière en différents objets offrirait la possibilité de ne plus (ou presque plus) devoir procéder à des révisions partielles déclarées urgentes d'un acte antérieur lui-même déclaré urgent.

Contrairement à ce qui est prévu dans certains cantons⁹⁸, il n'existe pas à l'échelon fédéral de droit de référendum contre des parties d'un projet de loi (« référendum partiel »). Élaborer plusieurs lois distinctes permet de diminuer le risque que l'ensemble de la réglementation urgente soit rejetée, y compris des dispositions légales qui ne sont pas contestées. Par ailleurs, la répartition de la matière devant être réglée en plusieurs actes modificateurs présente un avantage pour la procédure parlementaire : la matière peut être traitée par les commissions compétentes dans un domaine en particulier⁹⁹, ce qui simplifie la procédure législative.

⁹⁸ Le droit constitutionnel des cantons de Zurich, Zoug, Soleure, Bâle-Campagne et Schaffhouse prévoit le référendum partiel ; voir SCHMID/HERZOG/STIFFLER, *Direkte Demokratie*, N 33.

⁹⁹ Dans le cas d'une pandémie par exemple, les mesures relatives à la santé pourraient être traitées par les Commissions de la sécurité sociale et de la santé publique (CSSS), celles relatives au soutien aux médias, par les Commission des transports et des télécommunications (CTT), et celles relatives à la tenue d'assemblées générales en vertu du droit des sociétés anonymes par les Commissions des affaires juridiques (CAJ).

La répartition de la matière en plusieurs lois déclarées urgentes présente toutefois quelques difficultés :

- Lors de l'élaboration de plusieurs lois (urgentes), il peut être difficile de maintenir la cohérence de la réglementation de l'ensemble de la matière. Pour y parvenir, il serait possible de rédiger une partie générale identique, qui figurerait au début de chaque acte. Procéder de la sorte est toutefois problématique au regard de l'interdiction de renouvellement si l'une des lois (y compris sa partie générale) était rejetée en votation populaire.
- En pratique, on peut se demander si le législateur peut élaborer une série d'actes individuels sans avoir besoin de plus de ressources que pour élaborer une loi unique. Il serait difficile de rédiger chaque loi avec tout le soin nécessaire et en garantissant sa qualité dans le temps limité disponible pour une réglementation urgente. Pour faire face à ce défi, le Conseil fédéral pourrait soumettre plusieurs projets à l'Assemblée fédérale, accompagnés d'un seul message.
- Une répartition de la matière en de trop nombreux actes restreindrait la marge de manœuvre du Parlement. En règle générale, le législateur parvient plus facilement à un compromis entre tous les partis lorsqu'il élabore des réglementations plus étendues (paquets) que lors de l'élaboration de plusieurs actes courts, qui, pris individuellement, n'ont peut-être que peu de chances d'aboutir sur le plan politique.
- Dans le même temps, il faut éviter que la réglementation de domaines connexes soit répartie dans de nombreux actes distincts. Une séparation trop radicale de la matière compliquerait la libre formation de l'opinion des citoyens.
- Chacune des lois déclarées urgentes serait soumise au référendum (opposition « à la carte »). En fonction de la situation, cela pourrait être un avantage ou un inconvénient pour les opposants aux dispositions déclarées urgentes. En effet, les comités référendaires s'opposent souvent uniquement à certains aspects précis d'une nouvelle réglementation. Dans ce cas, une répartition judicieuse des normes urgentes constituerait un avantage, puisqu'ils pourraient demander un référendum ciblé contre les dispositions qui portent sur des aspects indésirables à leurs yeux. Si en revanche ils s'opposent à l'ensemble de la réglementation, ils devraient récolter davantage de signatures puisqu'ils devront lancer plusieurs référendums, ce qui nécessiterait davantage de ressources.

Même si la matière réglementée est soigneusement répartie, on ne peut exclure que des modifications déclarées urgentes soient nécessaires pour certains actes (p. ex. parce que des délais doivent être prolongés). En théorie, on pourrait prévoir d'interdire de procéder à des modifications urgentes d'un acte déclaré urgent avant l'expiration du délai référendaire, ou avant que le projet de base ait été accepté en votation populaire. Ce blocage temporaire des révisions partielles aurait toutefois pour inconvénient de restreindre significativement les possibilités d'action de l'Assemblée fédérale en situation de crise. Le Parlement ne pourrait pas réagir rapidement et introduire des dispositions visant à résoudre des problèmes aigus en procédant à une révision partielle d'un acte déclaré urgent. Il pourrait, au mieux, espérer que le Conseil fédéral légifère en temps utile en édictant une ordonnance de nécessité. Ces inconvénients nous poussent à conclure qu'une interdiction en ce sens n'est pas une bonne solution.

4.3 Solution B : caducité des modifications ultérieures déclarées urgentes

On peut assurer une certaine clarté en fixant dès le début un principe s'appliquant sans exception à toutes les modifications ultérieures déclarées urgentes. On peut envisager par exemple un principe selon lequel toutes les révisions partielles apportées avant la date du scrutin deviendraient caduques en cas de rejet de l'acte de base en votation populaire. Ce principe correspond à l'approche 1 présentée au chap. 2.2 ci-dessus (caducité de l'acte de base et des modifications ultérieures déclarées urgentes) : si une majorité de la population vote non lors du référendum contre l'acte de base, toutes les autres dispositions déclarées urgentes adoptées ultérieurement cesseraient également de produire effet.

Certains auteurs considèrent que cette approche garantit la sécurité juridique et qu'elle écarte « toute marge d'interprétation quant à la question de savoir si une modification conserve ou non sa validité en cas de rejet de l'acte de base »¹⁰⁰.

En suivant ce principe, on ne saurait exclure d'éventuelles discussions sur la question de savoir si le législateur pourrait déclarer une nouvelle fois urgents certains éléments des modifications devenues caduques. Dans ce contexte, il faudrait tenir compte de l'interdiction constitutionnelle de renouveler des lois fédérales déclarées urgentes après qu'elles aient été rejetées en votation populaire (voir ci-dessus chap. 3.3.1, approche 1).

La solution B repose sur l'hypothèse selon laquelle toutes les révisions partielles ultérieures (déclarées urgentes) sont étroitement liées à l'acte de base et ne pourraient pas subsister sans lui. Comme nous l'avons décrit au chap. 2.4, il est également possible d'envisager des cas où les modifications ultérieures ne dépendent pas de l'acte de base, mais peuvent également subsister indépendamment de celui-ci. L'approche 3 présentée ci-dessus (subsistance des modifications ultérieures, distinction entre les dispositions « dépendantes » et « indépendantes » de l'acte de base) propose en effet de faire une distinction entre différents types de modifications : d'une part, les modifications urgentes qui dépendent de l'acte de base, et celles qui peuvent (et doivent) subsister indépendamment, même si l'acte de base est rejeté en votation populaire.

Par ailleurs, il ressort de son postulat que la CIP-N ne suit pas implicitement une approche prévoyant la caducité de toutes les révisions partielles déclarées urgentes (au sens de l'approche 1, chap. 2.2). La commission demande notamment « quelles dispositions doivent être considérées comme dépendantes de l'acte de base et lesquelles doivent être considérées comme indépendantes ». Cette distinction n'a de sens que si les conséquences juridiques sont différentes pour les deux types de dispositions, soit si les dispositions dépendantes de l'acte de base deviennent caduques, mais que les dispositions indépendantes subsistent. Cette approche différenciée implique de définir, avant la votation populaire, quelles sont les dispositions qui dépendent de l'acte de base et celles qui sont indépendantes pour éviter l'insécurité juridique.

Dans ce contexte, il reste donc à déterminer qui, à quel moment, avec quels instruments et selon quelle procédure, peut décider quelles modifications sont indépendantes de l'acte de base et doivent conserver leur validité même en cas de rejet de ce dernier lors du vote référendaire.

¹⁰⁰ Voir MAGLI, Referenden, N 10.

4.4 Solution C : instruments de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral permettant de renforcer la sécurité juridique

4.4.1 Instruments du législateur

4.4.1.1 Généralités

Dans l'idéal, la législation (déclarée urgente) détermine quelles révisions partielles restent en vigueur en cas de rejet de l'acte de base. Le Parlement joue un rôle central dans ce contexte étant donné que le pouvoir législatif lui revient en premier lieu, conformément à la Constitution. Il prend des décisions contraignantes quant à la teneur et la portée des nouvelles dispositions légales sur la base des projets du Conseil fédéral. Il peut également élaborer de nouvelles lois (déclarées urgentes) sans projet du Conseil fédéral, par le biais des initiatives parlementaires.

Le rôle du Parlement est particulièrement important dans l'élaboration des actes déclarés urgents : lorsque la majorité des membres des deux Chambres déclare une loi urgente une fois les divergences éliminées, elle peut même en fixer la date d'entrée en vigueur (en principe immédiate) (art. 165, al. 1, Cst. et art. 77 de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement, LParl, RS 171.10).

La question qui se pose est celle de savoir si le droit en vigueur permet au législateur de déterminer à l'avance le sort des actes modificateurs déclarés urgents : les Chambres fédérales peuvent-elles clairement déterminer, au moment de leur adoption, que des modifications déclarées urgentes seraient maintenues ou non en cas de rejet de l'acte de base en votation populaire ? On peut supposer que oui, car le Parlement peut désigner, dans sa décision relative à l'acte modificateur déclaré urgent, quelles dispositions de cet acte peuvent être maintenues isolément en cas de rejet de l'acte de base déclaré urgent. Dans le même temps, il peut choisir si ces prescriptions doivent éventuellement être complétées par un « cadre » approprié (p. ex. titre, objet et durée de validité).

Le droit en vigueur offre au législateur les instruments dont il a besoin pour prendre cette décision. Conformément à l'art. 77 LParl, les Chambres fédérales doivent de toute façon formuler une clause d'urgence¹⁰¹ dans les dispositions finales de la loi. En présence de révisions partielles urgentes, il peut compléter la teneur obligatoire de cette disposition, à savoir que la loi fédérale déclarée urgente est soumise au référendum facultatif au sens de l'art. 141, al. 1, let. b, Cst. Il peut ajouter des explications relatives à la caducité ou à la subsistance des prescriptions modifiées déclarées urgentes. Les dispositions finales de l'acte modificateur déclaré urgent fixent donc les conséquences d'un rejet de l'acte de base en référendum sur les modifications. Ce principe est simple lorsque les modifications doivent devenir caduques. En revanche, il devient plus complexe si le législateur prévoit que les modifications déclarées urgentes doivent conserver leur validité. Dans ce cas, le législateur doit fixer dans les dispositions finales de l'acte modificateur quelles dispositions-cadres de l'acte de base, rejeté en votation populaire, continueraient de s'appliquer (clause « phénix », voir chap. 4.4.1.2 ci-dessous), tout en tenant compte de l'interdiction de renouvellement.

Par ailleurs, *de lege ferenda*, il serait envisageable d'obliger le Parlement à formuler les dispositions finales de façon claire. Il serait par exemple possible en théorie de compléter à cet égard l'actuel article relatif à la clause d'urgence (art. 77 LParl ; chap. 4.4.1.2)

¹⁰¹ La clause d'urgence figurant dans le libellé de la disposition finale pourrait être formulée sur la base de ce modèle : « La présente loi est déclarée urgente conformément à l'art. 165, al. 1, Cst. Elle est soumise au référendum facultatif conformément à l'art. 141, al. 1, let. b, Cst. Elle entre en vigueur le X et a effet jusqu'au Y ».

4.4.1.2 Clarification dans les dispositions finales de l'acte modificateur déclaré urgent (avec clause « phénix »)

On répondrait au mieux au besoin de sécurité juridique et de libre formation de l'opinion des citoyens si l'on établissait déjà pendant la procédure législative des règles claires au sujet de la situation en cas de rejet de l'acte de base déclaré urgent en votation populaire, et si l'on fixait de façon contraignante quelles dispositions des révisions partielles déclarées urgentes continueraient de s'appliquer. Dans l'idéal, il faudrait donc préciser dans les dispositions finales des actes modificateurs quelles modifications ne s'appliqueraient plus et lesquelles continueraient de s'appliquer dans la perspective de l'éventuelle votation populaire concernant l'acte de base.

Lors de l'élaboration d'un acte modificateur déclaré urgent, le Parlement aurait la possibilité d'indiquer, dans les dispositions finales, quelles dispositions contenues dans l'acte modificateur peuvent être considérées comme « indépendantes » de l'acte de base (ou de l'acte modificateur déclaré urgent antécédent). Ces dispositions conserveraient leur validité même en cas de rejet de l'acte de base en référendum. Dans ce cas de figure, le Parlement préciserait donc lui-même qu'il entend maintenir certaines modifications déclarées urgentes même en cas de référendum contre l'acte de base.

Des difficultés spécifiques se posent si les dispositions de l'acte modificateur qui restent en vigueur se rattachent au moins formellement à certains éléments de l'acte de base (qui serait ultérieurement abrogé après avoir été rejeté en votation populaire). En cas de rejet de l'acte de base déclaré urgent en référendum, ces dispositions deviendraient en quelque sorte « flottantes », parce qu'elles n'auraient plus de titre ou qu'il y n'aurait plus de dispositions relatives à l'objet de l'acte.

Ce problème peut être réglé par le Parlement si, au moment de l'adoption de la clause d'urgence dans les dispositions finales de l'acte partiellement révisé, il réglait que les dispositions-cadre de l'acte de base rejeté pourraient à nouveau entrer en vigueur. D'un point de vue technique, l'Assemblée fédérale pourrait désigner, dans les dispositions finales de l'acte modificateur déclaré urgent, quel est l'acte de base concerné et quelles dispositions de cet acte conserveraient leur validité, même après l'éventuelle abrogation de l'acte de base.

En d'autres termes, l'Assemblée fédérale décrirait dans les dispositions finales quelle partie de l'acte de base (p. ex. titre, but, définitions, durée de validité) devrait être ajoutée à l'acte modificateur déclaré urgent¹⁰². De cette façon, elle clarifierait dans les dispositions finales de l'acte modificateur quelles parties intégrantes de l'acte de base subsisteraient malgré son rejet en votation populaire et constitueraient un cadre approprié pour les modifications, même isolées. Au sens figuré, ces dispositions-cadres renaîtraient de leurs cendres¹⁰³ dans l'acte modificateur, d'où l'expression de clause « phénix ».

Selon la solution C, c'est en fin de compte l'Assemblée fédérale qui doit poser les jalons nécessaires : si elle adopte successivement plusieurs modifications déclarées urgentes de lois fédérales, elle doit donner des indications aussi claires que possible quant à la subsistance des révisions partielles dans les dispositions finales. Le Conseil fédéral peut (et doit) présenter au Parlement une formulation concrète de ces dispositions finales dans son projet

¹⁰² L'ensemble de l'acte modificateur doit être déclaré urgent par la majorité des membres du Conseil national et du Conseil des États conformément à l'art. 159, al. 3, let. a, Cst.

¹⁰³ Un acte de base rejeté en votation populaire cesse de produire effet un an après son adoption par l'Assemblée fédérale (art. 165, al. 3, Cst). Il n'est pas nécessaire que l'Assemblée fédérale ou une autre instance ne doive pas confirmer l'abrogation dans un acte spécifique (voir TSCHANNEN, *SGK-BV*, N 9, ad art. 165 BV). Voir pour le surplus : STEINER, *Komm. ParlG*, N 10 ss. ad art. 77 LParl ; CARONI/GRAF, *Wahrung der Sessionsteilnahmegarantie*, N 16.

(message relatif aux modifications déclarées urgentes). Toutefois, le Conseil fédéral ne peut pas estimer de façon fiable, pour tous les projets devant respecter un délai très court, si le Parlement envisagera une déclaration d'urgence. C'est justement dans des situations de crise « dynamiques » qu'il est probable que l'Assemblée fédérale modifie considérablement le projet du Conseil fédéral et fasse d'importantes adaptations sur le plan matériel.

Il faut tenir compte du fait le législateur ne dispose pas d'une liberté illimitée. Il pourrait être tenté d'éviter de soumettre à la votation populaire certaines dispositions de l'acte de base qui font l'objet de débats (des dispositions contre lesquelles le référendum a été ou pourrait être demandé) en passant par un acte modificateur. Il ne doit pas abuser de cette possibilité de « sauver » certaines dispositions de l'acte de base dans une clause « phénix » pour contourner la volonté du peuple. L'interdiction de renouvellement ne permet pas qu'une loi fédérale déclarée urgente et rejetée en votation populaire soit remplacée par un acte déclaré urgent dont le contenu est identique ou comparable dans ses aspects essentiels (voir plus haut, chap. 3.2). Le législateur irait trop loin s'il tentait de protéger une modification matérielle dont le contenu correspond à une prescription de l'acte de base (rejeté en votation populaire).

À titre d'exemple de démarche répréhensible, on peut penser à la prolongation d'une mesure de l'acte de base qui était initialement d'une durée fixe, par exemple une subvention versée à certaines branches économiques pendant un an. Il serait interdit de prolonger la durée de cette subvention à deux ans en passant par une révision partielle déclarée urgente et en indiquant dans la disposition finale que cette prescription serait maintenue même en cas de rejet de l'acte de base en votation populaire.

4.4.1.3 Vue d'ensemble

Tout bien considéré, régler la question du sort d'une révision partielle déclarée urgente en cas de caducité de l'acte de base, telle que présentée au chap. 4.4.1.2, aurait un avantage de taille : clarifier rapidement la situation juridique. Si le référendum est demandé contre l'acte de base, les citoyens et les autres cercles intéressés pourraient cerner l'enjeu de la votation populaire sur l'acte de base en se fondant sur les dispositions finales de l'acte modificateur. Le droit en vigueur permet au législateur de procéder à des clarifications dans un acte modificateur (*de lege lata*).

En outre la solution C présente certaines difficultés, qui devraient toutefois pouvoir être surmontées. Il s'agit des problématiques suivantes :

- La formulation des conséquences de l'éventuelle caducité de l'acte de base dans les dispositions finales de chaque acte modificateur constitue une tâche complexe pour le législateur. À ce jour, il n'a encore jamais eu à rédiger de clause « phénix ». Rappelons par ailleurs que le législateur a l'habitude d'accomplir des tâches législatives complexes. La formulation des dispositions de coordination pour des projets législatifs parallèles qui renvoient les uns aux autres est par exemple une tâche particulièrement ardue¹⁰⁴.
- On peut argumenter que la formulation des dispositions finales (avec l'éventuelle clause « phénix ») permet certes de clarifier le sort des actes modificateurs déclarés urgents, mais que cette sécurité juridique n'existe qu'à partir du vote final. Avant la décision finale des deux Chambres, la sécurité juridique n'est pas assurée. Il est donc possible (et il est

¹⁰⁴ En pratique, les dispositions de coordination peuvent être complexes ; voir par ex. les dispositions de coordination de l'annexe 2 relatives à l'art. 403 du code de procédure civile (CPC, RS 272), ch. 2 : « Quel que soit l'ordre dans lequel le CPC et la nouvelle LRCN211 entrent en vigueur, à l'entrée en vigueur de la seconde de ces lois, ou à leur entrée en vigueur simultanée, le ch. 19 de l'annexe 1 CPC est sans objet et la nouvelle LRCN est modifiée selon le ch. 20 de l'annexe 1 CPC ».

déjà arrivé) que, pendant le délai référendaire, ou juste après l'aboutissement du référendum contre l'acte de base, que le Parlement révisé partiellement la loi déclarée urgente peu avant la date de la votation. À ce moment, on ne peut pas encore affirmer quelles sont les modifications qui doivent être incluses dans la votation populaire relative à l'acte de base et lesquelles ne doivent pas l'être. Dans ce cas, il serait important que le Conseil fédéral communique de façon aussi transparente que possible (voir ci-dessous chap. 4.4.2)

- La question se pose de savoir si cette procédure relativement complexe est vraiment nécessaire pour les situations jusqu'à présent très rares dans lesquelles des lois fédérales déclarées urgentes se succèdent rapidement. Comme nous l'avons déjà mentionné, la solution C ne nécessite toutefois pas de modification des prescriptions légales en vigueur, et elle peut être mise en œuvre grâce aux instruments existants.

Conclusion : Conformément au droit en vigueur, le législateur est en mesure de déterminer la subsistance des modifications déclarées urgentes au moment du vote final sur les révisions partielles. De plus, il ne serait pas exclu de fixer une obligation pour l'Assemblée fédérale d'utiliser une certaine formulation pour les dispositions finales explicites dans les lois fédérales déclarées urgentes. Cette obligation pourrait être inscrite à l'art. 77 LParl : cet article règle les spécificités de la décision du Parlement relative à la clause d'urgence et pourrait être complété. Une obligation légale déterminerait précisément ce qui doit être réglé dans les dispositions finales lors d'une procédure législative urgente. D'un point de vue juridique, une telle obligation n'est toutefois pas nécessaire. Si le Parlement n'exécute pas cette obligation, il est impossible de la lui imposer.

4.4.2 Information de la population sur l'objet de la votation

Il est d'une importance capitale que les électeurs soient informés aussi rapidement que possible, de façon transparente et exhaustive au sujet de l'objet de la (future) votation, en particulier lorsqu'il s'agit de lois fédérales déclarées urgentes (art. 10a, al. 2 de la loi fédérale du 17 décembre 1976 sur les droits politiques [LDP, RS 161.1]). Le Conseil fédéral joue un rôle central en la matière. Il doit respecter les prescriptions légales générales relatives aux communications des autorités précédant les votations même lorsqu'elles portent sur des actes déclarés urgents¹⁰⁵. Elles imposent au Conseil fédéral davantage de retenue dans ce contexte que pour ses autres activités d'information, dans l'objectif de préserver la libre formation de l'opinion des électeurs et son expression fidèle. Le Conseil fédéral doit toujours communiquer aux électeurs les informations pertinentes à temps, comme il l'a par exemple fait en 2021, avant la votation populaire sur la loi COVID-19¹⁰⁶.

La brochure explicative est un instrument de communication important, mais les possibilités dont dispose le Conseil fédéral pour clarifier la question de la subsistance de modifications législatives ultérieures déclarées urgentes restent toutefois limitées pour des raisons pratiques. En effet, la rédaction de la brochure explicative se termine plusieurs mois avant la date de la votation¹⁰⁷. À ce moment-là, il peut arriver que d'autres modifications déclarées urgentes se profilent, mais qu'elles ne soient pas encore adoptées.

¹⁰⁵ Voir à ce sujet STEINMANN/ BESSON, *SGK-BV*, N 28 s. ad art. 34 Cst., ainsi que le rapport de la Commission de gestion du Conseil national du 21 novembre 2023 « Communication des autorités avant des votations » et la prise de position du Conseil fédéral du 31 janvier 2024.

¹⁰⁶ Avis du Conseil fédéral du 26 mai 2021 relatif à l'interpellation 21.3588 Addor « Les Suisses trompés par la brochure explicative sur la loi Covid-19? ».

¹⁰⁷ P. ex. la rédaction de la brochure explicative relative à la votation du 13 juin 2021 sur la loi COVID-19 s'est achevée environ trois mois avant la date du scrutin (5 mars 2021).

La loi COVID-19, qui a été soumise à la votation populaire en juin 2021, en est un bon exemple. Dans son avis du 26 mai 2021, le Conseil fédéral a expliqué que la brochure explicative mentionnait que le Parlement avait adopté des modifications de la loi et que de nouvelles modifications se profilaient au bouclage de la brochure (5 mars 2021)¹⁰⁸.

La brochure n'est toutefois pas la seule source d'information du public en amont d'une votation. Les *conférences de presse* du Conseil fédéral relatives au projet soumis au scrutin, les *publications en ligne*¹⁰⁹ et les réponses aux *questions des médias*¹¹⁰ sont autant d'autres moyens de communication officiels importants. Grâce à ceux-ci, les autorités fédérales peuvent fournir des indications supplémentaires en temps réel.

On peut également envisager que le Conseil fédéral fournisse des explications après la votation populaire si une majorité des électeurs s'est prononcée contre l'acte de base. Ce type d'explications relatives à la caducité ou au maintien de dispositions légales révisées ne permettent pas d'assurer la sécurité juridique en amont, mais elles servent uniquement à clarifier la situation (juridique) ultérieurement.

4.5 Résumé des approches visant à améliorer la sécurité juridique

Dans les situations de crise de grande ampleur, il est utile de procéder à une répartition soignée de la matière à régler dans des lois distinctes. Une telle répartition peut considérablement diminuer la problématique de révisions partielles qui seraient confuses ou peu claires. Elle permet d'accroître la transparence pour toutes les personnes concernées et de faciliter la libre formation de l'opinion des électeurs. En outre, la répartition réduit le risque de voir l'ensemble de la matière déclarée urgente (y compris des dispositions susceptibles de convaincre une majorité des électeurs, voire qui font une quasi-unanimité) rejetée suite à un référendum et qu'il ne soit dès lors plus possible de la renouveler par la voie législative urgente (art. 165, al. 4, Cst). La répartition de la matière en plusieurs lois fédérales se heurte toutefois à des limites pratiques et à un certain nombre d'inconvénients. Il pourrait notamment rendre plus difficile la recherche de compromis dans le cadre du processus législatif.

Lorsqu'une crise évolue rapidement, même une subdivision optimale ne suffit pas à exclure qu'une révision partielle déclarée urgente ne soit nécessaire avant la date du scrutin référendaire. Dans de telles situations, il est d'une importance centrale, pour toutes les parties concernées, que la situation juridique soit aussi sûre que possible en amont de la votation populaire. Quelles dispositions légales urgentes subsisteront si l'acte de base est rejeté par le peuple (c'est-à-dire lesquelles seront maintenues en vigueur ou renouvelées par la voie législative urgente) ? Le législateur peut répondre à cette question en optant pour une formulation spécifique des dispositions légales révisées.

C'est le législateur qui détient les clés permettant d'assurer la sécurité du droit. Si l'Assemblée fédérale fixe une clause d'urgence pour procéder à une modification de la loi déclarée urgente, elle peut également régler dans l'acte modificateur le sort des dispositions modifiées dans le cas où l'acte de base serait refusé en votation populaire. Elle peut clarifier la situation pour toutes les parties si elle se saisit de cette possibilité et qu'elle rédige des prescriptions appropriées dans les dispositions finales. La formulation de ces dispositions finales peut toutefois être compliquée, car il faut déterminer quels éléments de l'acte de base devant être

¹⁰⁸ Avis du Conseil fédéral du 26 mai 2021 relatif à l'interpellation 21.3588 Addor « Les Suisses trompés par la brochure explicative sur la loi Covid-19? ».

¹⁰⁹ P. ex. sur le site du département compétent.

¹¹⁰ Avis du Conseil fédéral du 26 mai 2021 relatif à l'interpellation 21.3588 Addor « Les Suisses trompés par la brochure explicative sur la loi Covid-19? », ch. 3 / 4.

abrogé devront être maintenus (clause « phénix ») pour offrir un cadre légal formel aux dispositions issues de la révision. Il peut par exemple s'agir du titre de l'acte, de son numéro au recueil systématique, ou des dispositions relatives à sa durée de validité.

En pratique, des dispositions finales appropriées sont souvent le résultat d'une collaboration entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral (ou plus précisément l'administration fédérale). Dans l'idéal, le Conseil fédéral peut proposer à l'Assemblée fédérale une formulation adaptée des dispositions finales dans son message. Par ailleurs, en dehors de la procédure législative, le Conseil fédéral dispose de toute une série de possibilités d'apporter davantage de précisions par le biais d'une communication ciblée. Il peut par exemple procéder à des clarifications dans ses explications précédant la votation populaire relative à la loi fédérale déclarée urgente (« brochure explicative »), lorsqu'il fournit des renseignements oraux pendant les conférences de presse ou encore dans ses réponses aux questions du Parlement relatives à l'objet de la votation.

5 Conclusion

La pandémie de Covid-19 a montré que l'évolution dynamique d'une crise de grande ampleur peut contraindre le législateur à réviser rapidement une loi fédérale déclarée urgente. Le sort de ces révisions partielles (également déclarées urgentes) est incertain si les modifications de la loi initiale sont apportées avant le scrutin référendaire concernant l'acte de base.

Deux approches sont envisageables pour gérer cette situation qui ne s'est pour l'heure que rarement présentée : on peut d'une part imaginer que toutes les révisions partielles déclarées urgentes adoptées avant la votation deviendraient caduques en même temps que l'acte de base, rejeté par le corps électoral. Selon cette approche, il manquerait le cadre légal nécessaire au maintien des modifications ultérieures après l'échec de l'acte législatif initial. Mais une deuxième approche plus nuancée est également envisageable : lors de chaque révision partielle, on pourrait décider si les dispositions modifiées (ou nouvelles) dépendent ou non de l'acte de base. Les dispositions indépendantes, qui pourraient subsister sans la « structure de base » de l'acte législatif initial, devraient rester valables même si les citoyens rejettent ce dernier.

Dans les deux cas, il faut tenir compte du cadre constitutionnel. L'interdiction de renouvellement, par la voie législative urgente, d'une loi fédérale déclarée urgente refusée en votation populaire (art. 165, al. 4, Cst.) et la protection de la libre formation de l'opinion des citoyens (art. 34 Cst.) sont des principes déterminants. Ils interdisent au législateur d'élaborer, via une procédure législative d'urgence, des dispositions qui coïncident entièrement ou en grande partie avec les dispositions de l'acte de base déclaré urgent qui a été rejeté. Il est interdit de contourner ces principes constitutionnels.

Avant la votation populaire (éventuelle) relative à une loi déclarée urgente, il est primordial d'assurer la sécurité juridique. Il est dans l'intérêt des personnes directement concernées par une réglementation de disposer de « règles du jeu » claires. Celles-ci facilitent également la formation de l'opinion au sein de la population et des cantons, et renforcent ainsi le droit de référendum.

Il est important, mais également difficile de répondre à la question du sort des modifications partielles ultérieures. Cette problématique peut être atténuée si le législateur a réparti la matière dans différents actes. En effet, chaque loi fédérale déclarée urgente est soumise au référendum facultatif postérieur à son entrée en vigueur. Le droit en vigueur permet déjà une

répartition soigneuse de la matière en différents actes, ce qui permet d'éviter de devoir compléter rapidement un seul et même acte de base. Cette manière de faire se heurte toutefois à des contraintes pratiques.

À l'avenir, des situations de crise évoluant rapidement pourraient contraindre le Parlement à adopter des révisions partielles d'actes de base déclarés urgents. S'il déclare qu'une révision partielle est urgente, il peut formuler les dispositions finales de manière à expliciter les conséquences et assurer la sécurité juridique. Le droit en vigueur lui permet d'édicter des dispositions finales spécifiques à chaque acte, mais il ne l'y oblige pas.

Dans l'ensemble, le Conseil fédéral estime que les autorités fédérales disposent de suffisamment d'instruments pour garantir que la situation soit aussi sûre que possible sur le plan juridique avant le scrutin. Le droit constitutionnel et le droit positif permettent de réaliser les clarifications nécessaires.

Bibliographie

AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse [*Petit commentaire Cst.*], Zurich 2003, ad Art. 165 Cst.

BIAGGINI GIOVANNI, *BV Kommentar*. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017, ad Art. 165 BV.

BÜHLER DENNIS, Und wenn das *Covid-19-Gesetz* abgelehnt wird?, in: Republik, 2. Juni 2021.

CARONI ANDREA/GRAF MARTIN, *Wahrung der Sessionsteilnahmegarantie* in einer Pandemie?, in: Jusletter 15. Februar 2021.

CARONI ANDREA, Wenn das Parlament schnell unterwegs ist – Editorial, in: Parlament Parlamento 3/23, Dezember 2023, S. 1f.

DUBEY JACQUES, in : Martenet/ Dubey (éd.), Commentaire romand – Constitution fédérale [*CR-Cst.*], Bâle 2021, ad Art. 165 Cst.

HANGARTNER YVO/KLEY ANDREAS/BRAUN BINDER NADJA/GLASER ANDREAS, *Die demokratischen Rechte* in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2023.

MÄGLI PATRICK, *Referenden* bei dringlich erklärten Bundesgesetzen, in: LeGes 33 (2022) 3.

MALINVERNI GIORGIO/HERTIG RANDALL MAYA/HOTTELIER MICHEL/FLÜCKIGER ALEXANDRE, *Droit constitutionnel* suisse – vol. I: l'Etat, 4^e éd., Berne 2021.

MARTENET VINCENT/VON BUEREN THÉOPHILE, in: Martenet/Dubey (éd.), Commentaire romand – Constitution fédérale [*CR-Cst.*], Bâle 2021, ad Art. 34 Cst.

RECHSTEINER DAVID, *Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen*, Diss. Zürich/St. Gallen 2016.

SÄGESSER THOMAS, *Die Bundesbehörden: Bundesversammlung – Bundesrat – Bundesgericht* [*Die Bundesbehörden*], Bern 2000, ad Art. 165 BV.

SAHLFELD MIRIAM, *Wie streng ist das Erneuerungsverbot* in Artikel 165 Absatz 4 BV auszulegen?, LeGes 33 (2022) 3.

SCHMID STEFAN G./HERZOG MICHA, *Dringliche Gesetzgebung auf dem Prüfstand*, in: Jusletter 22. November 2021.

SCHMID STEFAN G./HERZOG MICHA/STIFFLER DUMENIG, *Dringliche Gesetzgebung und direkte Demokratie*, in: Jusletter 7. Juni 2021.

STEINER SIGRID, in: Graf/Caroni (Hrsg.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung – Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13. Dezember 2002* [*Komm. ParlG*], Aktualisierung 2021, Basel 2021, zu Art. 77 ParlG.

STEINMANN GEROLD/BESSON MICHEL, in: Ehrenzeller/Egli/Hettich/et al. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar* [*SGK-BV*], 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023, ad Art. 34 BV.

Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat 22.3010 CIP-N du 27 janvier 2022

TSCHANNEN PIERRE, in: Ehrenzeller/Egli/Hettich/et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar [SGK-BV], 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023, ad Art. 165 BV.

TSCHANNEN PIERRE, *Staatsrecht* der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021.

VITTOZ SARAH, Questions particulières concernant les référendums contre des lois fédérales déclarées urgentes – Aperçu des travaux en cours concernant le Postulat 22.3010 CIP-N du 27.01. 2022, in: *Parlament Parlement Parlamento* 3/23, Dezember 2023, S. 3ff.

WYTTENBACH JUDITH, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), *Basler Kommentar Bundesverfassung [BSK-BV]*, Basel 2015, ad Art. 165 BV.