

BD



Schweiz stärken

# Reform der Bundesverfassung

Bewährtes erhalten

Zukunft gestalten

Erläuterungen zum  
Verfassungsentwurf

---

# Erläuterungen

<b>1</b>	<b>Einleitung</b>	<b>weiss</b>
<b>2</b>	<b>Nachführung des Verfassungsrechts</b>	<b>weiss</b>
<b>3</b>	<b>Varianten</b>	<b>weiss</b>
<b>4</b>	<b>Reformvorschläge Volksrechte</b>	<b>blau</b>
<b>5</b>	<b>Reformvorschläge Justiz</b>	<b>grün</b>
<b>6</b>	<b>Abkürzungen</b>	<b>weiss</b>
<b>7</b>	<b>Anhang: Fragen zur Verfassungsreform</b>	<b>weiss</b>



**Inhaltsübersicht**

<b>1</b>	<b>Einleitung</b>	<b>5</b>
11	Notwendigkeit der Verfassungsreform	7
12	Ausgangslage und parlamentarischer Auftrag	8
13	Verfassungsrevision als offener Prozess	11
14	Nachführung des geltenden Verfassungsrechts	12
15	Punktuelle Neuerungen («Varianten»)	14
16	Reform der Volksrechte	15
17	Justizreform	19
18	Vorgehen und Verfahren	20
<b>2</b>	<b>Nachführung des Verfassungsrechts</b>	<b>23</b>
21	Beschränktes Leistungsvermögen	25
22	Tragweite des Nachführungsauftrages	25
23	Behebung der formalen und inhaltlichen Mängel	26
24	Rechtliche Relevanz	26
25	Merkmale der nachgeführten Verfassung	27
26	Kommentar des Verfassungsentwurfs	29
<b>3</b>	<b>Varianten zum Verfassungsentwurf</b>	<b>197</b>
31	Einleitung	199
32	Text und Kommentar zu den einzelnen Variantenbestimmungen	199
<b>4</b>	<b>Reformbereich «Volksrechte»</b>	<b>205</b>
	<b>1. Teil: Allgemeine Bemerkungen zur Reform der eidgenössischen Volksrechte</b>	<b>207</b>
41	Einführung	207
42	Volksrechte im Verfassungsbereich	211
43	Volksrechte im Gesetzes- und Verwaltungsbereich	218
44	Volksrechte in internationalen Belangen	225
45	Schlussfolgerung	229
	<b>2. Teil: Kommentar</b>	<b>230</b>
<b>5</b>	<b>Reformbereich «Justiz»</b>	<b>245</b>
51	Grundlagen des Berichts	247
52	Reformbedarf	247
53	Reformziele	254
54	Reformbereich I: Rechtsschutz	256
55	Reformbereich II: Das Bundesgericht als oberstes Gericht	259
56	Reformbereich III: Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit	273
57	Reformbereich IV: Vereinheitlichung des Prozessrechts	281
58	Reformkonzept des EJPD	285
59	Erläuterungen	288
	<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	<b>301</b>
	<b>Anhang: Fragen zur Verfassungsreform</b>	<b>305</b>





# Erläuterungen

<b>1</b>	<b>Einleitung</b>	<b>weiss</b>
<b>2</b>	<b>Nachführung des Verfassungsrechts</b>	<b>weiss</b>
<b>3</b>	<b>Varianten</b>	<b>weiss</b>
<b>4</b>	<b>Reformvorschläge Volksrechte</b>	<b>blau</b>
<b>5</b>	<b>Reformvorschläge Justiz</b>	<b>grün</b>
<b>6</b>	<b>Abkürzungen</b>	<b>weiss</b>
<b>7</b>	<b>Anhang: Fragen zur Verfassungsreform</b>	<b>weiss</b>

# Erläuterungen zum Verfassungsentwurf

<b>1</b>	<b>Einleitung</b>	<b>weiss</b>
<b>2</b>	<b>Nachführung des Verfassungsrechts</b>	<b>weiss</b>
<b>3</b>	<b>Varianten</b>	<b>weiss</b>
<b>4</b>	<b>Reformvorschläge Volksrechte</b>	<b>blau</b>
<b>5</b>	<b>Reformvorschläge Justiz</b>	<b>grün</b>
<b>6</b>	<b>Abkürzungen</b>	<b>weiss</b>
<b>7</b>	<b>Anhang: Fragen zur Verfassungsreform</b>	<b>weiss</b>

## 11 Notwendigkeit der Verfassungsreform

### Das geltende Verfassungsrecht aufzeigen

Die Verfassung als Grundordnung unseres Staates bedarf der Erneuerung. Das rechtliche Fundament unserer Eidgenossenschaft ist zwar nach wie vor gesund. Die Wesenselemente unseres bald 150jährigen Bundesstaates haben sich bewährt und bedürfen keiner grundsätzlichen Änderung. Doch die Bundesverfassung ist in dieser langen Zeit hundertsechunddreissig Mal geändert worden. Das hat sie zu einem verschlüsselten, unlesbaren Flickwerk und zu einem Dickicht von wichtigen und unwichtigen Vorschriften werden lassen. Die Verfassung gibt zudem das geltende Verfassungsrecht lückenhaft wieder. Ein wichtiges Ziel der Verfassungsrevision ist es daher, wieder eine vollständige, verständliche und damit eine bürgernahe Verfassung zu schaffen. Eine neue Bundesverfassung, die in der Sprache unserer Zeit geschrieben ist, fördert die Identifikation der Bürgerinnen und Bürger mit der Verfassung und stellt das heute geltende Verfassungsrecht auf eine neue demokratische Grundlage. Damit kann der Grundkonsens zwischen Volk und den Behörden und das Vertrauen in den Staat gestärkt werden.

### Handlungs- und Funktionsfähigkeit der Institutionen wahren

Ein wichtiges Anliegen der Verfassungsreform ist es, neben der Behebung dieser formellen und materiellen Mängel die Rahmenbedingungen für das staatliche Handeln zu verbessern und die Institutionen unseres Landes zu stärken. Dadurch kann die Handlungsfähigkeit des Staates und die Funktionsfähigkeit unserer demokratischen Institutionen gestärkt werden. Dies dient der Berechenbarkeit und damit der Glaubwürdigkeit des staatlichen Handelns im Innern wie im Äussern des Landes. Die Verfassungsreform bietet uns Gelegenheit und die Chance, unser Grundgesetz ohne Druck von aussen nach den Bedürfnissen und Anforderungen unserer Zeit auszugestalten und uns die notwendigen Handlungsspielräume zu verschaffen. Unter Wahrung unserer Eigenart festigen wir die Grundlagen des Staatswesens, damit wir den künftigen Herausforderungen gewachsen sind. Wir wollen für unser Land ein erneuertes Verfassungsfundament, auf dem wir gestärkt ins nächste Jahrhundert schreiten können. Unser politisches Erbe soll den Bürgerinnen und Bürgern neu verfasst vermittelt werden. Die Verfassungsreform ist somit ein zentrales Element der Gestaltung unserer Zukunft.

### Die Zeit ist reif !

Eine so verstandene Verfassungsreform, die die Eidgenossenschaft handlungsfähiger machen soll, geht uns alle an. Es braucht dazu keine sogenannte "politische Grundwelle" im Volke. Es genügt die Einsicht in die Notwendigkeit der Änderung. "Grundwellen" für Verfassungsreformen gab es auch in andern Völkern meist nur in revolutionären Umbruchzeiten. Gäbe es in unserer direkten Demokratie einen solchen "Druck aus dem Volk" für die Verfassungsrevision, dann wäre es in der Tat um unser Staatswesen schlecht bestellt. "Grundwellen" für eine Reform gab es im übrigen auch in den Kantonen nicht. Warum sollte die Eidgenossenschaft am Ende des 20.

Jahrhunderts nicht fähig sein, das zu leisten, was 12 Kantone in den letzten 30 Jahren gelungen ist: die Revision ihrer Verfassungen erfolgreich abzuschliessen ?

Glücken kann eine Verfassungsreform indessen nur, wenn sich breite Kreise des Volkes mit den Reformanliegen auseinandersetzen und deren Grundanliegen gutheissen. Dies ist besonders deshalb wichtig, weil die heutige Bundesverfassung breiten Bevölkerungsschichten fremd geworden ist. Der Bundesrat ist jedoch überzeugt, dass unsere Bürgerinnen und Bürger die Bereitschaft zu den notwendigen Änderungen aufbringen werden, weil sie wissen und spüren, dass die Zeiten sich geändert haben und die Zukunft uns vor neue Herausforderungen stellt. Unsere Bürgerinnen und Bürger wollen eine starke, selbstbewusste Schweiz, die im Innern des Landes das Haus in Ordnung hält und sich im Wettbewerb mit den andern Staaten auch im nächsten Jahrhundert zu behaupten vermag. Auf das renovierte und erneuerte "Verfassungshaus" sollen wir auch ein Stück weit stolz sein dürfen. Eine neue Verfassung, die den Wandel des Verfassungsrechts zum Ausdruck bringt, der in über einem Jahrhundert eingetreten ist, und welche die Weichen für die Zukunft stellt, wird zu einem Zeugnis für unsere Zeit.

## 12 Ausgangslage und parlamentarischer Auftrag

### Die Reformbedürftigkeit als Auslöser der Verfassungsreform

Die geltende Bundesverfassung stammt aus dem Jahre 1874. Sie ist das Resultat der ersten und zugleich einzigen Totalrevision der Gründerverfassung aus dem Jahre 1848, durch welche der Bundesstaat Schweiz geschaffen worden ist. Seither ist die Bundesverfassung nie mehr einer gesamthaften Revision unterzogen worden. Allerdings haben Volk und Stände in diesen 121 Jahren den Verfassungstext mehr als hundertdreissig Mal geändert. Diese Teilrevisionen haben ein unübersehbares, aber auch unübersichtliches Flickwerk hinterlassen. Die vielen Jahre haben ihr zugesetzt. Die innere Kohärenz der Verfassung ist nicht mehr gegeben. In vielen Teilen finden sich nur noch die Experten zurecht. Unsere Verfassung ist den Bürgerinnen und Bürgern fremd geworden ist. Sie kennen sie nicht mehr und identifizieren sich nicht mehr mit ihr. Dies bedeutet aber auch, dass der Glaube an die Verfassung als wegweisendes Grundgesetz der Schweizerischen Eidgenossenschaft in weiten Kreisen des Volkes im Schwinden begriffen ist. Sie hat an Wert und an Wertschätzung verloren. Die Verfassung verliert dadurch zunehmend ihre wichtigste Funktion, nämlich ihre Überzeugungskraft und ihre Steuerungsfunktion für das gesamte staatliche Handeln.

Die Schweiz braucht deshalb eine neue Verfassung: eine Verfassung, die den Bundesstaat Schweiz in der Sprache unserer Zeit und nach unserem heutigen Verständnis zum Ausdruck bringt. Es sind nun fast 30 Jahre her, seit die Bundesversammlung die Motionen von Ständerat Karl Obrecht und Nationalrat Peter Dürrenmatt überwiesen hat, die eine Totalrevision der Bundesverfassung verlangt haben. 30 Jahre Diskussionen von Verfassungsexperten und in politischen Kreisen sind genug: wir müssen das be-

gonnene Werk einer Renovation unseres Verfassungshauses in diesem Jahrhundert beenden.

### **Vorarbeiten für eine Reform der Bundesverfassung**

An Plänen und Vorschlägen für eine Totalrevision der Bundesverfassung mangelt es nicht. Zwei Expertenkommissionen – die Arbeitsgruppe von alt Bundesrat Friedrich Traugott Wahlen (1967-73) und die grosse Expertenkommission unter der Leitung von Bundesrat Kurt Furgler (1973-77) – haben die formellen und materiellen Mängel unserer Verfassung im einzelnen diagnostiziert, mögliche neue Lösungen aufgezeigt und den Entwurf einer neuen Verfassung unterbreitet. Dieser Verfassungsentwurf ist zusammen mit einem Begleitbericht der Öffentlichkeit vorgestellt und zur Diskussion unterbreitet worden. Er vermochte ein ausserordentlich grosses Interesse zu wecken und fand auch im Ausland Beachtung. In vielen Kreisen stiess er auf hohe Anerkennung, wenn auch nicht überall auf ungeteilte Unterstützung. Insbesondere die Kantone und die Wirtschaftsverbände erhoben kritische Einwände.

Im Licht dieses Vernehmlassungsergebnisses überarbeitete das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) im Auftrag des Bundesrats den Verfassungsentwurf Furgler und erarbeitete einen umfassenden Bericht und einen neuen Entwurf – die sogenannte Modellstudie JPD 1985 ("So könnte eine neue Bundesverfassung aussehen", veröffentlicht im Bundesblatt 1985 III 1). Der Bundesrat seinerseits bejahte die Notwendigkeit einer Gesamtrevision der Verfassung, beschloss jedoch, dass diese Grundsatfrage erneut der Bundesversammlung zu unterbreiten sei.

### **Der Bundesbeschluss von 1987**

Nach intensiven Diskussionen in den parlamentarischen Kommissionen fassten die Eidgenössischen Räte am 3. Juni 1987 drei wichtige Verfahrensbeschlüsse (vgl. zu den Debatten und zum Beschluss das Amtliche Bulletin des Ständerats 1986 783-808 und des Nationalrats 1987 626-673) :

#### *Art. 1*

*"Die Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 wird total revidiert (Art. 120 BV)."*

#### *Art. 2*

*"Der Bundesrat unterbreitet der Bundesversammlung den Entwurf zu einer neuen Bundesverfassung."*

#### *Art. 3*

*"Der Entwurf wird das geltende geschriebene und ungeschriebene Verfassungsrecht nachführen, es verständlich darstellen, systematisch ordnen sowie Dichte und Sprache vereinheitlichen."*

Der Bundesrat hat also den Auftrag erhalten, einen Verfassungsentwurf zu erarbeiten, der das *geltende* Verfassungsrecht umfassend, einheitlich und verständlich wiedergibt; das Verfassungsrecht, wie es in den bald 150



Jahren seit der Gründung des Bundesstaates gewachsen, angewendet und weiterentwickelt worden ist. Der Parlamentsauftrag setzte damit klare Leitplanken für die Weiterverfolgung der Verfassungsrevision: keine Neuordnung des Staatswesens, weil die Wesenselemente der Eidgenossenschaft – insbesondere der föderalistische Aufbau, die Institutionen der direkten Demokratie, das grundsätzliche Verhältnis von Bundesversammlung und Bundesrat, die aussenpolitischen Maximen der Neutralität und Solidarität, die Wirtschafts- und Sozialordnung – nicht als grundlegend überholt betrachtet worden sind. Hingegen soll das gesamte geltende Verfassungsrecht à-jour-gebracht, also klar, verständlich und lesbar und damit auch überzeugend *nachgeführt* werden. Soweit dem Bundesrat materielle Änderungen des Verfassungsrechts als notwendig erscheinen, soll er diese nach dem Willen des Parlamentes als Varianten vorschlagen, also klar unterscheidbar vom nachgeführten Verfassungstext.

### Verhältnis zur Frage der europäischen Integration

Das den Staaten der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) und damit auch der Schweiz Ende der 80er Jahre unterbreitete Angebot von multilateralen Vertragsverhandlungen mit der Europäischen Union (EU) schuf eine neue Ausgangslage, da nun der Abschluss eines Abkommens für einen Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) erste Priorität erlangte. Nach Ansicht des Bundesrates sollte die Verfassungsrevision erst nach dem Inkrafttreten des EWR wieder an die Hand genommen werden.

Volk und Stände haben bekanntlich am 6. Dezember 1992 den EWR-Vertrag abgelehnt. Eine neue Beurteilung der Lage führte den Bundesrat zum Schluss, dass es falsch wäre, die Verfassungsrevision von der weiteren Entwicklung des Verhältnisses der Schweiz zur Europäischen Union (EU) abhängig zu machen. Im Gegenteil gelte es jetzt, das eigene Haus in Ordnung zu bringen. Dazu gehören auch die Bemühungen von Bundesrat und Bundesversammlung um eine grundlegende Regierungs- und Parlamentsreform. Durch mehrere parlamentarische Vorstösse und vor allem durch die Kantone selbst ist in jüngerer Zeit auch eine Erneuerung des Verhältnisses von Bund und Kantonen gefordert worden. Diese verschiedenartigen Reformanliegen sind letztlich alles Bestandteile eines wachsenden Bedürfnisses nach einer Reform der staatlichen Institutionen.

### Die Motion Josi Meier

In ihrer Motion vom 28. April 1993 forderte Ständerätin Josi Meier den Bundesrat auf, die Totalrevision der Bundesverfassung so voranzutreiben, dass auf das 150-Jahr-Jubiläum des Bundesstaates 1998 eine entsprechende Vorlage durch die Bundesversammlung verabschiedet werden könne. Der Ständerat stimmte der Motion am 16. Dezember 1993 ohne Gegenstimme zu, und der Nationalrat überwies sie am 16. Dezember 1994 mit 105 gegen 54 Stimmen. Auch weitere Vorstösse zielten in dieselbe Richtung. Die Debatten haben gezeigt, dass die Nachführung der Verfassung zwar nur als ein erster Schritt betrachtet wird in einem längerdauernden und umfassenden Reformprozess, dass aber zumindest die nachgeführte Verfassung als erneuerte Basis für weitere Reformen zum geforder-

ten Zeitpunkt entscheidungsreif sein sollte. Das Parlament hat sich damit gewissermassen selbst in Pflicht genommen, den eingeschlagenen ambitionösen Zeitplan in seinen Beratungen einzuhalten (vgl. das Amtliche Bulletin des Ständerats 1993 1101-1106 und dasjenige des Nationalrats 1994 1645-1647 und 2439-2447).

## 13 Verfassungsrevision als offener Prozess

### Koordinationsbedarf

Es besteht sicherlich ein Bedürfnis, die verschiedenartigen staatspolitischen Reformanliegen (Volksrechtsreform, Justizreform, Parlaments- und Regierungsreform, Finanzreform, Föderalismusreform) miteinander zu koordinieren. Dies könnte an sich für eine umfassende materielle Totalrevision der Bundesverfassung sprechen, wie sie in den 70er Jahren konzipiert worden ist. Der Bundesrat ist überzeugt, dass dieser Weg heute nicht erfolgreich wäre. Die Bundesversammlung hat mit ihrem nach wie vor massgeblichen Beschluss aus dem Jahre 1987 ein solches Vorgehen klar abgelehnt. Eine Totalrevision im klassischen Sinne mit einer vollständigen Überprüfung und Neuordnung des Verfassungsrechts in einem einmaligen Reformakt ist heute auch nicht notwendig; sie würde uns überfordern. Für eine derart grundlegende Staatsreform fehlen uns die Zeit, aber auch die politische Kraft und der notwendige Wille. Mit der Verfassungsreform können und sollen heute "nicht gleichsam in einem einzigen Aufwisch alle Probleme der nächsten Jahrzehnte gelöst werden" (K. Eichenberger).

### Verfassungsreform im "Baukastensystem"

Sinnvoller und erfolgversprechender erachtet der Bundesrat eine Verfassungsrevision in überblickbaren Etappen. Er hat sich deshalb entschieden, die Verfassungsreform als *offenen Prozess* auszugestalten. Basis aller materiellen Reformbemühungen ist dabei die neue, nachgeführte Verfassung. Darauf aufbauend können, gewissermassen im "Baukastensystem", materielle Reformen in einzelnen Punkten und in ganzen Sachbereichen dann realisiert werden, wenn sie reif sind. Die Nachführung erhält dadurch einen besonderen Stellenwert, weil sie einen günstigen rechtlichen und politischen Rahmen schafft für weitergehende Reformen. Die so verstandene Nachführung der Verfassung im Sinn des Parlamentsbeschlusses aus dem Jahre 1987 ist deshalb nicht nur eine anspruchsvolle und sensible juristische Aufgabe. Dies sicher auch! Darüber hinaus gewinnt sie durch das Konzept der Verfassungsreform als offenen Prozess eine besondere politische Bedeutung.

Eine gut verständliche, lesbare und das Wesentliche des Staates wiedergebende Verfassung zu haben, hat zweifellos ihren Eigenwert. Dennoch würde die so verstandene Nachführung für sich allein genommen nicht befriedigen. Wir können uns heute nicht mehr begnügen mit der Darstellung des geltenden Verfassungsrechts. Zu deutlich ist der Reformbedarf auf den verschiedenen Gebieten geworden. Ein Serie von Teilrevisionen der Verfassung könnte dafür keine befriedigende Lösung bringen, weil die einzelnen Reformpunkte unter einander vernetzt sind und nur in einem grösseren



Sachzusammenhang gelöst werden können. Zudem würden weitere Teilrevisionen das heutige Flickwerk der Verfassung nur noch vergrössern.

## 14 Nachführung des geltenden Verfassungsrechts

### Leitideen

Das Hauptziel der Nachführung ist es, das geltende geschriebene und ungeschriebene Verfassungsrecht verständlich und lesbar darzustellen. Dieses Vorgehen schafft Transparenz, weil es die grundlegenden Normen unseres Staates für die Bürgerinnen und Bürger sichtbar und zugänglich macht. Die neue Verfassung soll also ein zeitgemässes Bild unseres Staates vermitteln. Dies ist heute über grosse Strecken nicht mehr der Fall: an vielen Orten schweigt die Verfassung, wo sie sprechen sollte, und an manchen Orten ist der Verfassungswortlaut missverständlich oder bedeutungslos geworden. Wir erkennen darin unsere Staatswirklichkeit nicht wieder.

Bei der Nachführung ist allerdings grosser Wert darauf gelegt worden, dass das uns Vertraute und Bewährte auch in der Sprache des neuen Textes zum Ausdruck kommt. Wo möglich und sinnvoll, werden wichtige begriffliche und inhaltliche "Traditionsanschlüsse" hergestellt. Auf blossen Modernismus wird bewusst verzichtet. Dies erleichtert die Identifikation der Bürgerinnen und Bürger mit dem Grundgesetz ihrer politischen Gemeinschaft.

### Schwierigkeiten

Nachführung ist weit mehr als eine juristisch-technische Aufgabe oder eine "Schönschreibeübung". Es stellen sich heikle Abwägungs- und Ermessensfragen, insbesondere bei der Identifizierung und Beurteilung des ungeschriebenen Verfassungsrechts, bei der Herabstufung von bisherigem Verfassungsrecht auf Gesetzesstufe oder umgekehrt bei der Heraufstufung von bisherigem Gesetzesrecht auf Verfassungsebene. Diese Aufgaben sind mit grosser Sorgfalt und Zurückhaltung erfüllt worden. Leitendes Kriterium dabei war die unbestrittene Behördenpraxis von Bundesversammlung, Bundesrat und Bundesgericht. Lehrmeinungen sind berücksichtigt worden, soweit sie als wirklich allgemein anerkannt und gefestigt bezeichnet werden können.

### Politische Relevanz

Die Darstellung des geltenden Verfassungsrechts hebt bisher ungeschriebenes Verfassungsrecht ins politische Bewusstsein, indem es ihm einen positivrechtlichen Normgehalt verschafft. Die Nachführung schafft so eine Gelegenheit für die ausdrückliche demokratische Legitimation und Verankerung des Verfassungsrechts. Dieses hat sich beispielsweise im Bereich der Grundrechte und beim internationalen Recht – sei es durch die Rechtsprechung oder durch den Abschluss internationaler Verträge – zum Teil ohne ausdrückliche Zustimmung des Souveräns entwickelt. Zum Teil sind auch die Kriterien für die Unterstellung von Staatsverträgen unter das Referendum nicht befriedigend (s. z.B. Pakt II und Europäische Sozialcharta).

Die Verankerung der Fortentwicklung des Verfassungsrechts kommt deshalb auch unter dem demokratischem Aspekt eine hohe politische Bedeutung zu. Eine Volksabstimmung über das gesamte geltende Verfassungsrecht wird so zur willkommenen Gelegenheit, den "Bund der Eidgenossen zu befestigen" (heutige Präambel) und zu erneuern. Dies ist zweifellos eine sinnvolle Aufgabe im Blick auf das 150-Jahr-Jubiläum unseres Bundesstaates.

Auch das Bewährte bedarf von Zeit zu Zeit der Erneuerung, wenn es seine Substanz nicht verlieren soll. Dabei wird der materielle Gehalt der Verfassung nicht verändert. Durch die Nachführung wird jedoch die Substanz der Verfassung wieder sichtbarer zum Ausdruck gebracht und dadurch aufgewertet. Auf diese Weise dient auch die Nachführung der Stärkung der institutionellen Rahmenbedingungen und der Handlungsfähigkeit der staatlichen Organe und damit der Erhöhung der Glaubwürdigkeit des staatlichen Handelns.

### **Nachführung und Reformbereiche**

Verfassungsreform als offener Prozess bedeutet, dass heute nicht endgültig entschieden werden muss, wann welche Reformen realisiert werden sollen. Nicht alle Reformvorhaben sind gleich weit gediehen. Spruchreife Reformprojekte können parallel zur Nachführung realisiert werden, andere können später folgen. Für den Bundesrat stehen im jetzigen Zeitpunkt die Erneuerung der Volksrechte sowie die Reform der Bundesrechtspflege im Vordergrund. Der Reformbedarf ist hier dringend und sichtbar. Also unterbreitet der Bundesrat auf diesen beiden Gebieten der Öffentlichkeit je ein Paket mit Reformvorschlägen. Er hat sich damit auch für eine Konzentration auf vordringliche Reformbereiche ausgesprochen. Nach Abschluss des Vernehmlassungsverfahrens wird er die Lage aufgrund der Ergebnisse neu beurteilen und entscheiden, ob er den Eidgenössischen Räten den Nachführungsentwurf für sich allein oder ergänzt mit materiellen Reformen unterbreiten will. Offen kann heute auch noch bleiben, ob und wie der Bundesrat die Reformvorschläge auf dem Gebiet "Volksrechte" und "Justiz" mit Vorschlägen aus dem Regierungs-, Parlaments- oder Föderalismusreformbereich erweitern wird. Der Entscheid darüber wird wesentlich davon abhängen, ob im Zeitpunkt der Verabschiedung der Botschaft an das Parlament diskussionsreife Vorschläge zu diesen Gebieten vorliegen. Denkbar ist auch, dass während der parlamentarischen Beratung der Vorlage neue Reformbereiche in die Diskussion hineingetragen werden.

### **Finanzausgleichs- und Föderalismusreform**

Mit Ausnahme der Bereiche "Volksrechte" und "Justizreform" beabsichtigt der Bundesrat mit der jetzigen Vorlage einzig eine Nachführung des geltenden Verfassungsrechts. Deshalb sind im vorliegenden Verfassungsentwurf bei Artikel 114 (Finanzausgleich) keine materiellen Neuerungen enthalten. Dies, obschon der Bundesrat Mitte des letzten Jahres angesichts der vorhandenen Mängel des geltenden Finanzausgleichs eine Projektorganisation (Bund und Kantone) mit der Erarbeitung einer grundlegenden Neuordnung beauftragt hat. Die Grundzüge dieser Neuordnung sind dem

Bundesrat Ende 1995 vorzulegen. Anfangs 1996 sind erste politische Konsultationen vorgesehen.

Hauptziel der Neuordnung des Finanzausgleichs ist eine eigentliche Revitalisierung des Föderalismus im Sinne einer Stärkung der Verantwortung und Eigenfinanzierungskraft der Kantone. Dementsprechend wird die Neuordnung die Verfassung in zweierlei Hinsicht tangieren: Sie wird einmal den Finanzausgleich im engeren Sinn zwischen Bund und Kantonen und jenen unter den Kantonen auf eine neue Grundlage stellen. In gewissen Bereichen wird die Finanzausgleichsreform aber auch eine Neuverteilung der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen postulieren. Es ist folglich bereits abzusehen, dass die Neuordnung des Finanzausgleichs mittelfristig gewisse Verfassungsänderungen bedingen wird. Diese können in Form einer gesonderten Vorlage oder im Rahmen der ebenfalls anstehenden Föderalismusreform erarbeitet werden. Mit der Föderalismusreform befasst sich eine Arbeitsgruppe der Kantone, in der auch der Bund vertreten sein wird.

## 15 Punktuelle Neuerungen («Varianten»)

### Variantenvorschläge zur nachgeführten Bundesverfassung

Bei der Verabschiedung des Parlamentsbeschlusses zur Verfassungsrevision im Jahr 1987 ist deutlich die Auffassung vertreten worden, dass der Bundesrat ermächtigt sei, neben dem nachgeführten Verfassungstext punktuelle materielle Änderungen vorzuschlagen. Das Parlament hat den Bundesrat dazu ermuntert. Aus Transparenzgründen soll dies jedoch in Form von Varianten geschehen. Wir machen im Rahmen der Verfassungsreform von dieser Möglichkeit Gebrauch und unterbreiten der Öffentlichkeit vier Varianten zur Diskussion. Wir haben uns dabei bewusst auf einige wenige, "politische" Varianten beschränkt, die eine Antwort auf ein wichtiges, anerkanntes staatspolitisches Reformpostulat geben sollen.

Die vorgeschlagenen Varianten sollen integrierend wirken und in erster Linie darauf abzielen, die institutionellen Rahmenbedingungen des Bundesstaates zu verbessern und die staatlichen Strukturen zu festigen, wobei an den Zuständigkeiten von Bund und Kantonen nicht gerüttelt wird. Sie stehen somit unter dem gleichen Leitmotiv wie die gesamte Verfassungsreform und sind ein integraler Bestandteil davon. Die Varianten stellen – neben den beiden grossen Reformbereichen – eine notwendige Ergänzung der Nachführung des geltenden Verfassungsrechts dar. Auf diese Weise machen wir deutlich, dass wir den Nachführungsauftrag und das damit verbundene Transparenzgebot ernstnehmen. Die Varianten haben aber auch den Zweck, die Erneuerungsfähigkeit unseres Verfassungsrechts im Rahmen eines erweiterten Nachführungsbegriffs und im Hinblick auf den weiten Prozess der Verfassungsreform aufzuzeigen.

### Vier Variantenvorschläge

Die unterbreiteten Varianten betreffen folgende Punkte (zu den Normtexten mit entsprechenden Kommentaren siehe die Ziff. 3) :

- die Mitwirkung der Kantone in der Aussenpolitik des Bundes,

- die erleichterte **Gebietsveränderung** zwischen den Kantonen,
- den Grundsatz der **Öffentlichkeit der Bundesverwaltung**,
- den **Schutz des Redaktionsgeheimnisses**.

Von weiteren Varianten, die verwaltungsintern ebenfalls diskutiert worden sind, haben wir im jetzigen Zeitpunkt abgesehen. Sie betrafen unter anderem die Streichung des Bistumsartikels, die Schaffung eines Städteartikels, die Einführung eines Jugendartikels, eine Bestimmung über die Integration der Ausländer sowie einen Parteienartikel. Mit dem Verzicht auf mehr als die vier erwähnten Varianten schliesst der Bundesrat nicht aus, dass zu einem späteren Zeitpunkt des Revisionsverfahrens, beispielsweise in der Botschaft an die Bundesversammlung, weitere punktuelle Neuerungen Aufnahme in den Verfassungsentwurf finden werden. Dies wird auch vom Ergebnis der Vernehmlassung abhängen.

#### **Verhältnis zur Vorlage für eine Partialrevision der Verfassungsbestimmungen über die Bundesversammlung**

Die Staatspolitische Kommission des Nationalrates hat den Eidgenössischen Räten am 21. Oktober 1994 eine Vorlage für eine Partialrevision der Verfassungsbestimmungen über die Bundesversammlung unterbreitet (BB 1995 I 1133). Diese Vorschläge sind in der bereits im Sommer 1994 durchgeführten Vernehmlassung bei Kantonen und Parteien fast durchwegs auf ein positives Echo gestossen. Sie betreffen u.a. die Unvereinbarkeitsregelung (z.B. Verbot der Wahl der Geistlichen in den Nationalrat), die Wahl des Ratspräsidiums, die Entschädigung der Ständeräte durch den Bund anstatt durch die Kantone, das Kommissionswesen und die Unterstellung der Parlamentsdienste unter die Leitung der Bundesversammlung. Soweit diese Vorschläge über eine reine Nachführung hinausgehen, konnten sie aus Gründen der Transparenz und Konsequenz nicht in den Nachführungstext aufgenommen werden. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass sie in einer späteren Phase in die Totalrevision integriert werden.

## **16 Reform der Volksrechte**

### **Umgestaltung, Verstärkung und Erneuerung der Volksrechte: Über das Wesentliche mitbestimmen, die Substanz erhalten**

Die Volksrechte stellen einen wesentlichen Bestandteil der schweizerischen Identität dar. Sie sind das zentrale Markenzeichen der Schweiz und prägen auch unser Bild im Ausland. Ohne sie hätte die Geschichte unseres Landes möglicherweise oder sogar wahrscheinlich einen andern Verlauf genommen. Sie haben in jüngerer Zeit sogar eine Neubelebung erfahren, stammen doch die Hälfte aller Volksvorlagen seit Bestehen des Bundesstaates aus den letzten 30 Jahren. Parallel dazu hat auch das Interesse der Bürgerinnen und Bürger an einer unmittelbaren Beteiligung am öffentlichen Geschehen und an einer direkten Mitwirkung bei den entscheidenden politischen Fragen zugenommen. Die Stimmbeteiligung ist in den letzten Jahren gegenüber früher wieder deutlich im Wachsen begriffen (in der laufenden Legislatur ca. 50%). Gleichzeitig ist aber auch klar geworden, dass die Volksrechte in gewissem Ausmass einer Reform bedürfen.



Einerseits sieht unsere Verfassung in bestimmten wichtigen Fragen keine Mitwirkung des Volkes vor. Andererseits ist unverkennbar, dass unsere Volksrechte, die im letzten Jahrhundert den damaligen Bedürfnissen und Gegebenheiten gemäss konzipiert worden sind, mit den heutigen Anforderungen an ein modernes, handlungsfähiges und funktionsfähiges Staatswesen nicht mehr ganz im Einklang stehen. Die Glaubwürdigkeit und Berechenbarkeit unserer Politik – die grossen Trümpfe unseres Landes im internationalen Verkehr – haben abgenommen. Es ist deshalb unsere Pflicht und Aufgabe zu prüfen, wie die Substanz der Volksrechte erhalten und erneuert werden kann und wie wir gleichzeitig die Volksrechte so ausgestalten können, dass sie den Anforderungen an unser heutiges Staatswesen am Ende des 20. Jahrhunderts genügen. Selbstredend wird jede Reform in diesem Bereich erhebliche Rückwirkungen politischer Natur zeitigen.

### **Ausgewogenes Gesamtpaket**

Diese Reformen müssen daher umsichtig und mit Blick auf den politischen Gesamtzusammenhang angegangen werden. Es kann keinesfalls darum gehen, die Mitwirkungsrechte des Volkes einseitig abzubauen noch sie grundlegend auszubauen. Vielmehr zielen die Reformvorschläge auf eine organische Umgestaltung, Verstärkung und Verfeinerung. Das Ziel der Reform ist somit, im Rahmen eines Gesamtpakets eine Neugewichtung und eine grössere Differenzierung des demokratischen Instrumentariums vorzunehmen. Dabei soll die Gesamtheit der Reformen ein ausgewogenes, für die Bürgerinnen und Bürger verständliches Ganzes darstellen. Es soll insgesamt wieder ein neues Gleichgewicht zwischen repräsentativen und direkt-demokratischen Mitwirkungselementen unseres Regierungssystems erreicht werden. Ziel ist es letztlich, die Funktionsfähigkeit und Glaubwürdigkeit unserer direkten Demokratie für die Zukunft zu sichern.

### **Expertenkommission "Volksrechte"**

Grundlage der Reformvorschläge auf dem Gebiete der Volksrechte war die Arbeit einer Expertenkommission unter der Leitung des Neuenburger Staatsrechtsprofessors Jean-François Aubert. Diese Kommission hat in einer ausserordentlich intensiven Arbeit eine Gesamtüberprüfung und Bewertung unseres Systems der Volksrechte vorgenommen und ihre Analyse sowie die Schlussfolgerungen mit den entsprechenden Vorschlägen in einem Bericht festgehalten. Dieser Bericht diente dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) und dem Bundesrat als entscheidende Diskussionsgrundlage. Es versteht sich von selbst, dass sich der Vorsteher des EJPD das Recht vorbehalten hat, in einzelnen Teilen eine andere politische Wertung der Vorschläge vorzunehmen als dies die Expertenkommission getan hat, wobei er den Kommissionsanträgen in den meisten wichtigen Punkten gefolgt ist.

### Neuerungen auf dem Gebiet der Volksrechte

Die wichtigsten Reformvorschläge des EJPD auf dem Gebiet der Volksrechte, die der Bundesrat der Öffentlichkeit zur Diskussion unterbreitet, sind die folgenden:

- **Einführung einer allgemeinen Volksinitiative.** Danach können 100'000 Stimmberechtigte in der Form einer allgemeinen Anregung die Annahme oder Aufhebung von Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen verlangen. Damit wird die Volksinitiative in der Form der allgemeinen Anregung auch für die Gesetzesstufe ermöglicht.
- **Möglichkeit der Bundesversammlung, zwei alternative Vorschläge dem Referendum zu unterbreiten.** Das ermöglicht den Stimmbürgerinnen und -bürgern eine Auswahlmöglichkeit in heiklen Fragen, falls die Bundesversammlung dieses Vorgehen beschliesst. Auf die Einführung des sogenannten "konstruktiven Referendums" wurde dagegen verzichtet, weil eine solche Neuregelung zu viele ungelöste Fragen aufwerfen würde.
- **Einführung eines fakultativen Verwaltungs- und Finanzreferendums.** Danach können auf Antrag eines Drittels der Mitglieder beider Räte bestimmte wichtige Sach- und Finanzbeschlüsse wie beispielsweise Konzessionen für Grossanlagen oder Ausgabenbeschlüsse von erheblicher Bedeutung, die nicht in Form eines Gesetzes, respektive im Rahmen des Budgets beschlossen werden können, der Volksabstimmung unterstellt werden. Dieser Vorschlag bringt eine wichtige materielle Erweiterung der demokratischen Mitsprache gegenüber heute. Die Verfassung sieht bestimmte ausdrückliche Ausnahmen vor.
- **Ausbau des fakultativen Staatsvertragsreferendums.** Die Mitsprache des Volkes in internationalen Angelegenheit wird verstärkt. Diese Neuerung dient deshalb einer stärkeren Verankerung der Aussenpolitik im Volk. Künftig sollen auch internationale Verträge, die uns direkt oder indirekt zu gesetzgeberischem Handeln verpflichten, dem Referendum unterstellt sein. Das Volk soll mitreden können, bevor die völkerrechtliche Bindung eingegangen wird, nicht erst dann - wie dies heute der Fall ist -, wenn wir diese Verpflichtung ins Landesrecht umsetzen müssen. Wird die demokratische Mitsprache auf diese Weise vorverlagert, so kann umgekehrt auf ein Referendum bei der landesrechtlichen Umsetzung verzichtet werden, falls es sich dabei nur um eine notwendige Gesetzesanpassung handelt. Über den Weg der allgemeinen Volksinitiative ist allerdings eine nachträgliche Volksabstimmung möglich.
- **Möglichkeit der Bundesversammlung, gleichzeitig mehrere Initiativen zum selben Gegenstand der Abstimmung von Volk und Ständen zu unterbreiten.** Diese Neuerung ist die Antwort auf die in den letzten Jahren festgestellte Zunahme verschiedener, meist gegensätzlicher Volksinitiativen zum gleichen Gegenstand, so beispielsweise im Drogenbereich, in der Europapolitik, in der Landwirtschaftspolitik oder bei der AHV. Aus der Sicht von Bundesrat und Bundesversammlung, aber auch aus der Sicht des Souveräns wäre es wichtig, dass solche Initiativen am gleichen Tag zur Abstimmung gelangen können, weil damit widersprüchliche Ergebnisse vermieden werden können.
- **Erhöhung der Unterschriftenzahlen für das fakultative Referendum (100'000 Unterschriften) und für Verfassungsinitiative und Initiativen**

auf Totalrevision der Bundesverfassung (200'000 Unterschriften). Die neu eingeführte allgemeine Volksinitiative würde die gleiche Unterschriftenzahl wie das Gesetzesreferendum erfordern, da sie in vielen Fällen auch die Gesetzesmaterie betreffen wird und sie faktisch auch die durchaus erwünschte Möglichkeit eines nachträglichen Gesetzesreferendums bietet. Die Erhöhung der Unterschriftenzahlen drängt sich aufgrund der Bevölkerungsentwicklung auf. Insbesondere die Ergreifung des Gesetzesreferendums ist heute zu leicht möglich und beeinträchtigt die Handlungsfähigkeit des Staates in erheblichem Ausmass. Es ist ein Gebot der Verhältnismässigkeit, dass bei über 4,6 Millionen Stimmbürgerinnen und -bürgern mindestens 100'000 Unterschriften verlangt werden, um für ein vom Parlament beschlossenes Gesetz den Entscheid des Volkes anrufen zu können. Das gleiche gilt analog für das Begehren um eine Änderung der Bundesverfassung, wo eine Erhöhung auf 200'000 als angemessen betrachtet werden kann, was dem heutigen Verhältnis von Initiative und Referendum entspricht.

- **Ausdrückliche verfassungsrechtliche Verankerung des – bereits heute anerkannten – Grundsatzes, dass Völkerrecht dem entgegenstehenden Landesrecht vorgeht.** Bundesrat, Bundesversammlung und das Bundesgericht und die weit überwiegende Lehre anerkennen diesen Grundsatz seit langem; er ist Voraussetzung der aussenpolitischen Glaubwürdigkeit unseres Landes und der Vertragstreue unserer Vertragspartner. Der Grundsatz schliesst nicht aus, dass es bei der Rechtsanwendung Situationen geben kann, in denen es ausnahmsweise nach sorgfältiger Abwägung der auf dem Spiel stehenden landes- und völkerrechtlichen Interessen Gründe geben kann, das Landesinteresse vorgehen zu lassen. Auch enthält die vorgeschlagene Vorrangsklausel keine Sanktionsbestimmung. Für das Bundesgericht wird vorgesehen, dass es im konkreten Anwendungsfall einer völkerrechtswidrigen Bestimmung der schweizerischen Gesetzgebung die Anwendung versagen kann.
- **Verankerung des Grundsatzes, dass Volksinitiativen, die dem zwingenden Völkerrecht widersprechen, ungültig sind.** Dieser Grundsatz orientiert sich an der Praxis von Bundesrat und Bundesversammlung, wonach in diesen seltenen Ausnahmefällen, wo beispielsweise das Folterverbot auf dem Spiele steht, eine Volksinitiative dann als ungültig zu erklären ist, wenn kein anderer Ausweg wie beispielsweise eine Teilungültigkeit möglich ist. Gegenüber der heute geltenden Regelung soll neu jedoch das Bundesgericht über eine allfällige Ungültigkeit einer Volksinitiative befinden, da es sich bei dieser Entscheid um eine rechtliche und nicht um eine politische Frage handelt oder handeln muss. Das Bundesgericht ist für die Beurteilung dieser Rechtsfrage weit besser geeignet als die Bundesversammlung. Es hat diese Kompetenz auch heute schon bei kantonalen Volksbegehren. Diese Erfahrung zeigt, dass die teilweise gehegte Befürchtung einer Politisierung des Bundesgerichtes unberechtigt ist. Zudem dürfte es sich in der Praxis bei dieser Neuerung auf Bundesebene um seltende Fälle handeln.

## 17 Justizreform

### Bundesgerichtsbarkeit, Rechtsschutz, Prozessrecht

Auf dem Gebiet der "Justiz" – im breiten Sinne der Bundesrechtspflege verstanden – besteht ebenso dringender Reformbedarf. Angesichts der chronischen Überlastung des Bundesgerichtes sind strukturelle Änderungen nötig, wenn wir nicht gezwungen sein wollen, mit der Erhöhung der Zahl der Bundesrichter eine nur kurzfristig wirksame Scheinlösung der vorhandenen Probleme zu erreichen. Zentrales Anliegen ist dabei die Sicherung der Funktionsfähigkeit und der Qualität der Rechtsprechung des Bundesgerichtes. Als oberstes Gericht hat das Bundesgericht vor allem drei Aufgaben zu erfüllen: es hat wirksamen Rechtsschutz zu gewähren, die Rechtseinheit zu gewährleisten und zur Rechtsfortbildung beizutragen. Diese Aufgaben kann das Bundesgericht bei einer fortdauernden Überlastung nicht mehr befriedigend erfüllen. Die Funktionsfähigkeit unseres obersten Gerichts ist zunehmend beeinträchtigt. Es drängen sich somit wirksame Entlastungsmassnahmen auf.

Es kann zudem heute nicht mehr übersehen werden, dass Lücken im Rechtsschutz bestehen. Angesichts der bedeutenden Zunahme der Bundeskompetenzen in den vergangenen Jahrzehnten vermag es nicht mehr zu überzeugen, dass die wichtigsten Erlasse des Bundes einer richterlichen Überprüfung gänzlich entzogen sind. Es besteht heute die paradoxe Situation, dass in einem schweizerischen Streitfall die EMRK-Richter in Strassburg grössere Entscheidungskompetenzen haben als unsere Bundesrichter in Lausanne. Ferner fehlt ein gerichtlicher Rechtsschutz im Bereich der politischen Rechte des Bundes fast vollständig.

Schliesslich besteht ein immer offensichtlicherer Harmonisierungsbedarf im Bereich des Prozessrechts. 26 (mit dem Bund 27, beziehungsweise im Strafrecht 29) verschiedene schweizerische Prozessordnungen entsprechen nicht mehr den Anforderungen unserer Zeit. Die Nachteile kommen mit Blick auf die immer enger werdende Verflechtung der Gesellschaft deutlicher zum Vorschein. Besonders bei der wirksamen Bekämpfung des organisierten Verbrechens und der Wirtschaftskriminalität ist die bestehende Rechtszersplitterung ein echtes Hindernis. Verschiedene Kantone haben deshalb bereits eine Vereinheitlichung der Strafprozessordnungen verlangt.

### Expertenkommission "Justiz"

Zur eingehenden Überprüfung des gesamten Systems der Bundesgerichtsbarkeit aus verfassungsmässiger Sicht hat der Vorsteher des EJPD eine Expertenkommission unter der Leitung von Prof. Walter Kälin aus Bern eingesetzt. Diese Expertenkommission hat die sich stellenden Fragen sehr eingehend geprüft und dem Vorsteher EJPD einen umfassenden Bericht mit ausformulierten Reformvorschlägen unterbreitet. Dieser Bericht diente auch dem Bundesrat als Diskussionsgrundlage. Wie beim Bericht der Expertengruppe "Volksrechte" hat der Vorsteher des EJPD auch im Reformbereich "Justiz" den Kommissionsbericht im Grundsatz gutgeheissen, in Teilen jedoch eine andere politische Wertung und Gewichtung der Reformvorschläge vorgenommen.



### Neuerungen auf dem Gebiet der Bundesrechtspflege

Die wichtigsten Reformvorschläge und Neuerungen auf dem Gebiet der "Justiz" sind die folgenden:

- **Schaffung richterlicher Vorinstanzen, soweit solche nicht schon bestehen.** Grundsätzlich soll das Bundesgericht nicht mehr als erste richterliche Instanz entscheiden. Dies bedingt den Ausbau der verwaltungsgerichtlichen Behörden des Bundes und die Schaffung eines erstinstanzlichen Bundesstrafgerichtes. Die Kantone sollen verpflichtet werden, auch im Bereich des kantonalen Verwaltungsrechts richterliche Behörden zu errichten.
- **Schaffung einer verfassungsrechtlichen Grundlage für Zugangsbeschränkungen und – im Gegenzug – Verankerung einer Rechtsweggarantie.** Vorgeschlagen wird ein relativ offener Verfassungstext, der es dem Gesetzgeber überlässt, ob und welche Zugangsbeschränkungen (z.B. Annahmeverfahren oder Vorprüfungsverfahren) er einführen will. Das Bundesgericht als oberstes Gericht soll sich vor allem mit Streitigkeiten von grundlegender Bedeutung befassen. Dabei stellt die Formulierung sicher, dass in jedem Fall Streitigkeiten, in denen einer Partei objektiv oder subjektiv ein gewichtiger Nachteil droht, weiterhin vom Bundesgericht beurteilt werden müssen. Begründete Ausnahmen von der Rechtsweggarantie sollen möglich sein (z.B. nicht justiziable Regierungs- und Parlamentsakte).
- **Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit in konkreten Anwendungsfällen.** Das Bundesgericht soll befugt sein, eine Gesetzesnorm im Anwendungsfall auf ihre Vereinbarkeit mit den verfassungsmässigen Rechten und dem internationalen Recht zu überprüfen. Es kann ihr im konkreten Fall die Anwendung versagen. Von einer abstrakten Normenkontrolle ist abgesehen worden, weil sie mit unserem politischen System schwer in Einklang zu bringen ist. Vorgeschlagen wird ein konzentriertes System, bei dem ausschliesslich das Bundesgericht zur Überprüfung und Nichtanwendung von Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen befugt ist. Die Schaffung eines vom Bundesgericht lösgelösten, übergeordneten Verfassungsgerichts – wie beispielsweise in Deutschland oder in Österreich – wird abgelehnt. Ein solches System hätte eine unerwünschte Komplizierung und Verlängerung der Verfahren zur Folge und würde auch grundsätzliche politische Bedenken im Rahmen unseres politischen Systems wecken.
- **Vereinheitlichung des Strafprozessrechts; Harmonisierung des Zivilprozessrechts.** Der Bund soll die Kompetenz erhalten, ganz oder teilweise eine einheitliche schweizerische Strafprozessordnung zu erlassen. Beim Zivilrecht dagegen besteht vor allem Bedarf nach Harmonisierung der Verfahrensvorschriften, beispielsweise durch Rahmenvorschriften. Die Gerichtsorganisation verbleibt im Straf- wie im Zivilrecht bei den Kantonen.

## 18 Vorgehen und Verfahren

Die öffentliche Diskussion über den Entwurf einer neuen Bundesverfassung, über die Varianten sowie über die Reformvorschläge auf den Gebie-

ten der "Volksrechte" und der "Justiz" dauert bis Februar 1996. Danach wird das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) die Eingaben zusammenstellen und zu Händen des Bundesrates eine erste Beurteilung des Ergebnisses vornehmen. Der Bundesrat wird sich demnach im Frühjahr 1996 über das weitere Vorgehen bei der Verfassungsreform aussprechen und das EJPD beauftragen, einen entsprechenden Botschaftsentwurf an die Eidgenössischen Räte auszuarbeiten. Erst bei der Verabschiedung dieser Botschaft, voraussichtlich im Herbst 1996, wird der Bundesrat zu entscheiden haben, wie er den Nachführungsentwurf ausgestalten will und ob und wie er den Verfassungsentwurf mit punktuellen Varianten, den vorgeschlagenen und allenfalls weiteren Reformbereichen ergänzen will.

Offen ist im jetzigen Zeitpunkt auch, wie dereinst über eine neue Bundesverfassung abgestimmt werden soll. Die heutige Verfassung geht davon aus, dass eine neue Bundesverfassung als Ganzes Volk und Ständen zur Annahme oder Verwerfung unterbreitet wird. Der Bundesrat vertritt die Ansicht, dass für die laufende Verfassungsreform die heute geltenden verfassungsmässigen "Spielregeln" nicht geändert werden sollten. Diese Haltung wird auch von den Staatspolitischen Kommissionen der Bundesversammlung geteilt. Der Bundesrat hat deshalb darauf verzichtet, eine Änderung der Revisionsbestimmungen der geltenden Bundesverfassung zu beantragen.

Denkbar ist, dass im Rahmen des heutigen Verfassungsrechts auf Gesetzesstufe gewisse Änderungen vorgenommen werden, um die Modalitäten des Abstimmungsverfahrens zu präzisieren. Diese Frage wird der Bundesrat im Zusammenhang mit der Botschaft an die Bundesversammlung näher prüfen und, je nach der Art und Umfang der vorgeschlagenen materiellen Änderungen, einen entsprechenden Antrag stellen.

Der Verzicht auf die grundsätzliche Änderung der "Abstimmungs-Spielregeln" für die laufende Reform schliesst nicht aus, dass der Bundesrat in der Botschaft an die Bundesversammlung für künftige Verfassungsrevisionen eine Änderung der Revisionsbestimmungen vorschlagen wird - ähnlich wie dies in mehreren neueren Kantonsverfassungen vorgesehen ist. So können in einzelnen Kantonen Pakete gebildet werden, die gleichzeitig oder gestaffelt zur Abstimmung unterbreitet werden. Auch können zu bestimmten Fragen Grundsatzentscheide oder Variantenabstimmungen vorgesehen werden. Ob für künftige Revisionen solche flexiblere Abstimmungsmodalitäten auf Bundesebene einzuführen sind, wird in der Botschaft an das Parlament näher geprüft werden.

In einzelnen Kantonen sieht die Verfassung auch vor, dass vor der Einleitung einer Verfassungsrevision dem Volk vorerst die Grundsatzfrage unterbreitet wird, ob es eine Totalrevision der Verfassung wünsche. Eine solches Vorgehen auf Bundesebene bedürfte einer vorgängigen Verfassungsänderung, worauf der Bundesrat ebenfalls verzichtet. Er betrachtet dies für die laufende Verfassungsreform als unnötige Verzögerung und nach dem einschlägigen Grundsatzbeschluss der Bundesversammlung aus dem Jahre 1987 auch als verfehlt. Vielmehr ist dem Bundesrat daran gelegen, alles daran zu setzen, nach den 30jährigen Vorarbeiten die Verfassungsreform-

vorlage noch in diesem Jahrhundert Volk und Ständen zum Entscheid zu unterbreiten.

Dies ist denn auch der Hauptgrund, der nach Ansicht des Bundesrates und der beiden Staatspolitischen Kommissionen gegen die Einsetzung eines Verfassungsrates spricht. Voraussetzung dafür wäre auch hier eine vorgängige Verfassungsrevision, weil die geltende Bundesverfassung den Verfassungsrat als Revisionsorgan nicht vorsieht. Dabei müssten zuerst schwierige Fragen der Ausgestaltung eines solchen Rates, beispielsweise Ein- oder Zweikammersystem, Zahl der Mitglieder, Unvereinbarkeitsregelungen etc., geregelt werden. Zudem würden sich Probleme eines mehrjährigen Nebeneinanderbestehens von Bundesversammlung und Verfassungsrat stellen. Auch kann die Bundesversammlung dank ihrer grösseren Kontinuität mehr Sachkenntnis und Erfahrung einbringen. Diese Gründe legen es nahe, von der Einsetzung eines Verfassungsrates abzusehen. Es wird an der Bundesversammlung liegen, die geeignete Organisation für die Bewältigung der zusätzlichen Arbeiten zu treffen, damit im Sinne der Motion von Frau Josi Meier im Jubiläumsjahr 1998 eine abstimmungsreife Vorlage verabschiedet werden kann.

# Erläuterungen

1	Einleitung	weiss
2	Nachführung des Verfassungsrechts	weiss
3	Varianten	weiss
4	Reformvorschläge Volksrechte	blau
5	Reformvorschläge Justiz	grün
6	Abkürzungen	weiss
7	Anhang: Fragen zur Verfassungsreform	weiss

# Erläuterungen zum Verfassungsentwurf

<b>1</b>	<b>Einleitung</b>	<b>weiss</b>
<b>2</b>	<b>Nachführung des Verfassungsrechts</b>	<b>weiss</b>
<b>3</b>	<b>Varianten</b>	<b>weiss</b>
<b>4</b>	<b>Reformvorschläge Volksrechte</b>	<b>blau</b>
<b>5</b>	<b>Reformvorschläge Justiz</b>	<b>grün</b>
<b>6</b>	<b>Abkürzungen</b>	<b>weiss</b>
<b>7</b>	<b>Anhang: Fragen zur Verfassungsreform</b>	<b>weiss</b>

## 21 Beschränktes Leistungsvermögen

Im Unterschied zu den früheren Bemühungen um eine Totalrevision der Bundesverfassung, die zum Ziele hatten, das Bundesverfassungsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft grundlegend neu zu gestalten, zeichnet der vorliegende Entwurf - dem parlamentarischen Auftrag aus dem Jahre 1987 entsprechend - das geltende geschriebene und ungeschriebene Verfassungsrecht nur getreu nach. Die Kommissionen der Bundesräte Wahlen und Furgler, welche dem Verfassungsentwurf 1977 das Gepräge gaben, hatten demgegenüber - nach den Motionen von Ständerat Karl Obrecht und Nationalrat Peter Dürrenmatt von 1965 - aktuelle politische Anliegen mitzubersichtigen; dies in der Ueberzeugung, "dass die ideellen und organisatorischen Grundlagen unseres Bundesstaates nicht mehr genügen, sondern einer grundlegenden Ueberprüfung und einer grosszügigen Anpassung bedürfen, um einer veränderten Zukunft gewachsen zu sein" (vgl. Bericht des Bundesrates vom 30. Oktober 1985, S. 50f.). Der hier vorgestellte Verfassungsentwurf knüpft zwar an diese Vorarbeiten an, darf aber auf Grund anderer Umstände gerade nicht an solchen politischen Forderungen gemessen werden.

## 22 Tragweite des Nachführungsauftrages

Nach Art. 3 des Bundesbeschlusses vom 3. Juni 1987 soll der Verfassungsentwurf "das geltende geschriebene und ungeschriebene Verfassungsrecht nachführen, es verständlich darstellen, systematisch ordnen sowie Dichte und Sprache vereinheitlichen." Das ist mehr als eine bloss formale Revision der Bundesverfassung, die sich auf eine sprachliche und systematische Ueberarbeitung des Textes beschränken würde. Neben einer Neuredaktion sämtlicher Artikel sollen veraltete Bestimmungen ausgemerzt, verfassungsunwürdige Details nicht mehr aufgenommen und Lücken geschlossen werden. Das geltende materielle Verfassungsrecht, das durch die Praxis der Bundesbehörden (namentlich des Bundesgerichts) sowie durch die rechtswissenschaftliche Lehre und die internationale Rechtsentwicklung fortgebildet worden ist, soll Eingang in die geschriebene Verfassung finden. So jedenfalls wollten es die Eidgenössischen Räte (vgl. Amtl. Bull. S 1986 783 ff. und N 1987 626 ff.).

Die Entstehungsgeschichte und die Debatten in der Kommission und im Plenum des Ständerates (als Erstrat) lassen Bedeutung und Tragweite von Art. 3 genau eingrenzen: Der Entwurf des Bundesrates soll die Mängel der geltenden Bundesverfassung beheben mit einer nachführenden, "realitätsbezogenen Verfassungsreform" (vgl. dazu den gleichnamigen Artikel von Kurt Eichenberger in der NZZ vom 12. Mai 1986). Das Verfassungsrecht soll umfassend, zeitgerecht, einheitlich, systematisch, klar und verständlich kodifiziert werden. Dabei sollen die Grundstrukturen der heutigen Verfassungsordnung gewahrt und der Entwurf möglichst nahe am geltenden Rechtszustand bleiben.



### 23 Behebung der formalen und inhaltlichen Mängel

Es ist satzsaam bekannt, dass die geltende Bundesverfassung erhebliche Mängel aufweist. Daran hat man sich gewöhnt; die Rechtspraxis ist damit vertraut und lebt mit diesen Unvollkommenheiten. Dennoch, die Neuordnung des Verfassungsrechts drängt sich auf, weil sich damit wesentliche Verbesserungen erzielen lassen:

- veraltete Ausdrücke und Redewendungen können im Sinne der Verständlichkeit durch zeitgemässe ersetzt werden;
- die sprachliche Einheitlichkeit, die durch die vielen Partialrevisionen und die Uebersetzungen in die drei Amtssprachen gelitten hat, kann hergestellt werden;
- es lässt sich eine durchgehende Numerierung der Artikel der Bundesverfassung verwirklichen;
- die Struktur der Bundesverfassung, die heute einen klaren Aufbau und eine systematische Ordnung zusammenhängender Materien vermissen lässt, kann bereinigt und verfeinert werden;
- gegenstandslose und überholte Bestimmungen können ohne Schaden gestrichen, veraltete aktualisiert werden;
- Bestimmungen von untergeordneter Bedeutung können aus der Verfassung entfernt und auf Gesetzesstufe weitergeführt werden;
- Lücken können geschlossen (z.B. im Grundrechtsteil), Fehlendes kann ergänzt (z.B. Bestimmungen über das Zusammenwirken von Bund und Kantonen), Bestehendes angereichert werden (z.B. Zielnormen und Organisationsvorschriften);
- die Regelungsdichte kann vereinheitlicht und die föderative Kompetenzordnung systematisch geordnet werden;
- das Verfassungsrecht kann wieder mit der Verfassungswirklichkeit in Einklang gebracht werden (z.B. in bezug auf Sozialstaatlichkeit, Entwicklungshilfe, Kulturpolitik, Delegationspraxis und den Abschluss völkerrechtlicher Verträge).

### 24 Rechtliche Relevanz

Nach den Intentionen der Urheber soll die "realitätsbezogene Verfassungsreform" anknüpfen an Vertrautem, Gewohntem, Bewährtem und in Inhalt, Wort und Stil "Identifikations- und Traditionsanschlüsse" erlauben. Aber auch wenn es letztlich bei der "Nachführung" nur darum geht, das geltende Verfassungsrecht - so wie es von Lehre und Praxis verstanden, angewendet und weiterentwickelt worden ist - neu aufbereitet zu vermitteln, darf doch nicht verkannt werden, dass damit bedeutsame rechtliche Auswirkungen und inhaltliche Akzentverschiebungen verbunden sein können :

- Was für verfassungswürdig erachtet wird - welche Verfassungsbestimmungen also herabgestuft und welche Bestimmungen neu in die Verfassung aufgenommen werden sollen -, lässt sich nicht allgemeingültig feststellen. Es hängt ab vom Verfassungsverständnis (Umfang, Dichte, Stil) und von der jeweiligen Beurteilung des geltenden Rechtszustandes (Geltungskraft, Verfassungswürde). Bereits die Identifizierung des geltenden Verfassungsrechts bereitet also Mühe. Der vorliegende Verfas-

sungsentwurf versucht, den geltenden Rechtszustand sorgfältig und umfassend wiederzugeben; den Verfassungsstoff abschliessend festzulegen wird Aufgabe des Verfassungsgeber sein.

- Werden Verfassungsbestimmungen auf die Gesetzesebene herabgestuft, dann verlieren sie ihre verfassungsrechtliche Geltungskraft und ihre Anerkennung unterliegt fortan nicht mehr dem qualifizierten Verfahren der Verfassungsrevision. Dasselbe gilt - mit umgekehrten Vorzeichen -, wenn geltendes Recht neu in die Verfassung aufgenommen wird.
- Wenn das Verfassungsrecht umfassend und systematisch geordnet sowie in Dichte und Sprache vereinheitlicht wird, dann können sich neue Möglichkeiten der Auslegung und Fortentwicklung eröffnen. Neue (ungewollte) Akzentverschiebungen können sich sodann aus der Aktualisierung bestehender Normen (z.B. des Zweckartikels) oder aus der Aufnahme neuer Bestimmungen (z.B. über den Datenschutz oder die Entwicklungshilfe) ergeben.
- Schliesslich wird der Entscheid des Verfassungsgebers über offene Fragen materielle Auswirkungen haben. Bereits die Aufnahme bisher ungeschriebener, aber unbestrittener Verfassungsprinzipien (z.B. des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit) oder die Verankerung einer allgemein anerkannten Verfassungspraxis (z.B. der Schranken der Gesetzesdelegation) hat Folgen. Erst recht gilt dies, wenn bislang offene und strittige Fragen auf Verfassungsebene geklärt werden. Letzteres ist dem Verfassungsgeber vorbehalten und kann nicht Aufgabe der "Nachführung" sein. Bundesrat und Verwaltung waren daher bemüht, sich nicht von rechtspolitischem Wunschenken leiten zu lassen, keine "Abrundungen" und "Bereinigungen" vorzunehmen, sondern den Rechtszustand wirklichkeitsgetreu wiederzugeben und in den Anmerkungen oder im Kommentar kenntlich zu machen, wenn über den Verfassungsrang oder die Tragweite eines Grundsatzes oder einer Norm Zweifel bestand.

## 25 Merkmale der nachgeführten Verfassung

Der Verfassungsentwurf gibt das materielle Verfassungsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft erstmals vollständig, klar strukturiert und verständlich wieder. Damit kann sich der Bürger ohne weitere Fachkenntnisse über den Stand des gegenwärtig geltenden Verfassungsrechts informieren. Zugleich ist damit für eine offene und transparente Ausgangslage bei den parlamentarischen Beratungen gesorgt. Die nachgeführte Bundesverfassung stellt deshalb eine ideale Grundlage dar für weitergehende innovatorische Neuerungen.

Im einzelnen kann das Ergebnis der Nachführung wie folgt gekennzeichnet werden :

- Die Gliederung des Verfassungsentwurfes ist übersichtlich; sie ordnet den Verfassungsstoff nach sachlichen Kriterien und ermöglicht durch Zwischen- und Randtitel ein müheloses Zurechtfinden im Text. Die Sprache ist zeitgemäss; die verständnishindernden Begriffe und Wendungen des 19. Jahrhunderts sind modernisiert. Die Normierungsdichte ist ausgewogener.



- Die **Grundsätze des staatlichen Handelns** sind neu ausdrücklich in der Verfassung genannt (Art. 4); dazu gehören das Legalitätsprinzip, die Wahrung des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit sowie das Gebot von Treu und Glauben. Diese und andere, der Verfassung implizit zugrundeliegende Prinzipien (z.B. die Gewaltenteilung) dienen der umfassenden rechtlichen Absicherung der Rechtsstaatlichkeit.
- Die **Grundrechte** sind erstmals vollständig im Verfassungstext enthalten (Art. 6ff.); darin eingeschlossen sind die Rechtsschutz- und Verfahrensgarantien (Art. 23ff.), die umfassend verankert werden. Ein Katalog von Sozialzielen (Art. 31) fasst die bisher verstreuten programmatischen Sozialrechte zusammen.
- Das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen wird von verschiedenen Bestimmungen zu einem zusammenhängenden Bild der schweizerischen **Bundesstaatlichkeit** gefügt (Art. 1, 3 und 32ff.). Der erfolgreiche Föderalismus schweizerischer Prägung kommt damit plastischer als bis anhin zur Geltung. Der Entwurf stellt so eine ideale Grundlage dar für eine künftige Reform des Zusammenwirkens von Bund und Kantonen.
- Die **politischen Rechte** (Stimm- und Wahlrecht) und die **Volksrechte** (Referendum und Initiative) sind in einem Katalog zusammengefasst und vermitteln so ein abgeschlossenes Bild von den aktiven Rechten des Bürgers (Art. 115ff.).
- Funktionen, Aufgaben und **Zuständigkeiten der Organe des Bundes** sind im Organisationsteil der Verfassung (Art. 121ff.) wesentlich verständlicher und übersichtlicher dargestellt und ermöglichen so einen leichten Ueberblick.

## 26 Kommentar des Verfassungsentwurfs

### Präambel

Die Präambel ist eine feierliche Einleitungsformel, die symbolischen und nicht normativen Wert hat. Sie ist traditionellerweise vor allem in Verträgen üblich. In Verfassungen wird sie verwendet, um deren Charakter als staatsbegründende Urkunde zu unterstreichen und um die Staatenbildung zu legitimieren.

Die Anrufung Gottes ist eine Tradition, die seit den ersten Bündnissen der alten Eidgenossen gepflegt wird. Sie verweist daneben auf die Existenz einer dem Staat und den Menschen übergeordneten transzendentalen Macht, die jedoch nach den unterschiedlichen Religionen und Weltanschauungen nicht für alle Personen christlich geprägt sein muss; jede Person kann "Gott dem Allmächtigen" einen persönlichen, individuellen Sinn geben.

Der Hinweis auf die verfassungsgebende Gewalt, in der geltenden Verfassung als "Erzählung" bezeichnet, wird im VE kurz und ohne Pathos gehalten. Der Hinweis, dass mit der Bundesverfassung auch der Bund geschlossen wird, entfällt, weil er - im Gegensatz zu 1848 - heute nicht mehr gilt. Wenn eine ausführliche Erzählung vorgezogen wird, könnte auch die Präambel aus dem Entwurf 1977 übernommen werden, die wie folgt lautet:

*"Im Namen Gottes des Allmächtigen !  
Im Willen, den Bund der Eidgenossen zu erneuern;  
gewiss, dass frei nur bleibe, wer seine Freiheit gebraucht,  
und dass die Stärke des Volkes sich misst am Wohl des  
Schwachen;  
eingedenk der Grenzen der staatlichen Macht  
und der Pflicht, mitzuwirken am Frieden der Welt,  
haben Volk und Kantone der Schweiz die folgende Verfassung  
beschlossen:"*

## 1. Titel **Allgemeine Bestimmungen**

### Art. 1 **Bestand**

Artikel 1 VE entspricht dem geltenden Artikel 1 BV.

Er hält fest, aus welchen Gliedstaaten die Schweizerische Eidgenossenschaft gebildet wird. Mit der Aufzählung der Kantone werden ihre Zahl und ihr Bestand verbindlich festgelegt. Auch künftig kann eine Änderung im Bestand der Kantone nur im Verfahren der Verfassungsrevision erfolgen.

Die aus dem geltenden Artikel 1 BV abgeleiteten weiteren Grundsätze über Veränderungen im Bestand und im Gebiet der Kantone werden nicht in Artikel 1 VE geregelt, sondern werden im Artikel 39 VE konkretisierend ausgeführt.

Obwohl die Reihenfolge der Kantone keine rechtliche Bedeutung mehr hat, wird die Aufzählung der geltenden BV übernommen. Zuerst werden die drei Vororte nach dem Bundesvertrag von 1815 genannt, anschliessend die üb-

rigen Kantone in der Reihenfolge ihres Eintrittes in den Bund. Eine andere Reihenfolge drängt sich nicht auf.

Nicht mehr übernommen wird die Aufzählung der Halbkantone in einer Klammer. Nach geltendem Verfassungsrecht sind auch die Halbkantone gleichberechtigte Bundesglieder. Soweit für die Halbkantone anderes Recht gilt als für die anderen Kantone, wird dies ausdrücklich in den betreffenden Bestimmungen festgehalten (Standesstimme in Art. 120 Abs. 4 VE, Ständeratssitz in Art. 128 Abs. 2 VE).

## Art. 2 Zweck

Artikel 2 VE übernimmt in einer aktualisierten Form den geltenden Artikel 2 BV.

Grundsätzlich haben alle Bundeszwecke das gleiche Gewicht. Ihre Umschreibung ist wie bisher weder kompetenzbegründend (für den Bund oder eine bestimmte Bundesbehörde) noch unmittelbar anwendbar. Artikel 2 VE dient dem besseren Verständnis der Bundesverfassung und kann als Auslegungshilfe für andere Bestimmungen herangezogen werden.

Die zwei erstgenannten Zwecke nach der geltenden Bundesverfassung (Behauptung der Unabhängigkeit des Vaterlandes gegen aussen, Handhabung von Ruhe und Ordnung im Innern) werden zusammengefasst zu "Unabhängigkeit und Sicherheit des Landes", weil sich heute bei den aktuellen Bedrohungen die innere und die äussere Sicherheit nur schwer auseinanderhalten lassen.

Der Schutz der Grundrechte und Freiheiten ist als Aufgabe grundsätzlich gleich wichtig wie im 19. Jahrhundert, hat aber wegen der gewachsenen Staatsaufgaben heute eine geänderte Ausrichtung erhalten, indem einerseits der Staat die Ausübung der Grundrechte durch positive Massnahmen unterstützen muss und indem andererseits die Freiheiten der Menschen nicht nur vom Staat, sondern auch von privaten Machtfaktoren beschränkt werden.

Die "Beförderung der gemeinsamen Wohlfahrt" ist für den Grossteil der Bevölkerung auch heute noch ein elementarer Staatszweck. Eine ausdrückliche Erwähnung sollen ferner zwei grundlegende Staatsaufgaben erhalten, die sich in den letzten 150 Jahren kontinuierlich entwickelt haben und sich heute als Bestandteile des Bundeszweckes aufdrängen:

Die Schweiz wird zukünftig nur bestehen können, wenn sie ihre natürlichen Lebensgrundlagen schützt oder wiederherstellt. Umweltschutz ist bisher in der Bundesverfassung als Aufgabe des Bundes aufgeführt (Art. 24 septies BV, Art. 51 VE), heute rechtfertigt es sich, ihn auch im Zweckartikel ausdrücklich zu erwähnen.

Als letzten Bundeszweck erwähnt Artikel 2 VE den notwendigen schweizerischen Einsatz für eine friedliche und gerechte internationale Ordnung. Anders als im 19. Jahrhundert, als die Existenzsicherung der Schweiz noch stark in der Abgrenzung von den umliegenden Ländern bestand, ist die internationale Verflechtung und gemeinsame Verantwortung für den Frieden kontinuierlich gewachsen (siehe z.B. die Rolle der Schweiz beim Aufbau des humanitären Völkerrechts, insbesondere des Roten Kreuzes und der

gleichgestellten Organisationen). Dieser Zweck soll in der Bundesverfassung nun auch ausdrücklich erwähnt werden. Er bedeutet jedoch in keiner Weise eine bestimmte Form der internationalen Zusammenarbeit; die Schweiz legt auch künftig autonom die Form und die konkreten Ziele dieser Zusammenarbeit fest und entscheidet insbesondere frei, ob sie einer internationalen oder supranationalen Organisation beitreten will.

### Art. 3 Bundesstaatlichkeit

Artikel 3 VE übernimmt wörtlich den geltenden Artikel 3 BV. In diesem sehr sensiblen Bereich soll der Traditionsanschluss ermöglicht werden, auch wenn dadurch gewisse Begriffe verwendet werden, die seit 1848 einen Wandel mitgemacht haben.

Die Bezeichnung der Kantone als "souveräne" Staaten entspricht nicht mehr der heutigen Verfassungsrechtslehre. Sie sind Staaten in dem Sinn, dass sie alle nicht dem Bund zugewiesenen Kompetenzen haben, dass sie eine Gebietshoheit ausüben und eine sehr weitgehende Organisationsautonomie wahrnehmen (die BV setzt ihnen nur sehr lockere Schranken, z.B. in den Art. 32 - 39 VE). Als souveräne Staaten im völkerrechtlichen Sinn könnten sie einseitig aus dem Bundesstaat austreten, was ihnen nach schweizerischem Recht jedoch nicht zusteht. Die Bezeichnung als Gliedstaaten im Bundesstaat, wie sie der heutigen Rechtssprache entspricht, scheint jedoch für die Nachführung des geltenden Verfassungsrechts zu schwach.

Unter die "Rechte, welche nicht der Bundesgewalt übertragen sind", fällt beispielsweise die aus der Gebietshoheit fließende Polizeihochheit der Kantone. Die Kantone haben das Recht, von den Personen, die sich auf ihrem Gebiet befinden, die Einhaltung der Gesetze zu verlangen, haben aber auch die damit verbundene Pflicht, den Einwohnern Sicherheit zu gewährleisten. Nur subsidiär tritt neben die kantonale Polizeihochheit eine Kompetenz des Bundes zur Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung (siehe Art. 37 und 159 VE). Weitere solche grundlegende Bereiche, in denen der Bund wenige Aufgaben für sich beansprucht, sind die Schule oder das Gesundheitswesen.

### Art. 4 Grundsätze des staatlichen Handelns

Artikel 4 des Entwurfs enthält ungeschriebenes Verfassungsrecht.

*Absatz 1* enthält die beiden Aspekte des Legalitätsprinzips im weiten Sinn, d.h. dem Vorrang und dem Vorbehalt des Rechts.

Der Begriff "Recht" deckt alle Rechtsnormen ab, unabhängig von ihrem Rang (internationales, nationales Recht, Verfassungs-, Gesetzes-, Verordnungsrecht). Zur Lösung von Konflikten zwischen verschieden- oder gleichrangigen Rechtsnormen haben Lehre und Rechtsprechung einige Regeln entwickelt, wie beispielsweise jene des Vorrangs höherrangigen Rechts, jene des Vorrangs neueren Rechts vor älterem Recht oder jene des Vorrangs einer Spezialbestimmung vor einer allgemeinen Bestimmung. Absatz 1 verweist implizit auf alle diese Konfliktregeln.



*Der Vorrang des Rechts* verlangt, dass die gültig erlassenen Rechtsnormen nicht nur vom Einzelnen, sondern auch von staatlichen Organen einschliesslich jener, die die Normen erlassen haben, beachtet werden.

*Der Vorbehalt des Rechts* oder das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage verlangt, dass grundsätzlich jede staatliche Tätigkeit (eingreifend oder fördernd) auf einer generellen und abstrakten Norm beruht. Von diesem Grundsatz einer generellen und abstrakten Norm gibt es immerhin einige Ausnahmen; der Staat handelt manchmal direkt gestützt auf implizite Ermächtigungen oder teilweise impliziter Ermächtigungen der Bundesverfassung (Notrecht, Polizeigeneralklausel, Regierungsakte, Ausrichtung bestimmter Finanzhilfen, insbesondere im Bereich der Aussenpolitik). Der Vorbehalt des Rechts schliesst ferner nicht aus, dass namentlich im Bereich der Aussenpolitik gewisse Staatsakte unmittelbar auf die Verfassung abgestützt werden können.

Absatz 1 präzisiert die Voraussetzungen, denen der Grundsatz einer generellen und abstrakten Norm genügen muss, nicht. Aufgrund der Rechtsprechung muss sie grundsätzlich in einem formellen Gesetz enthalten sein (BGE 103 Ia 369 ff.; 118 Ia 245 ff.; 305 ff.; 120 Ia 1 ff.; Entscheid der 2. Öffentlichrechtliche Abteilung des Bundesgerichts vom 27. Januar 1995 betreffend Numerus clausus für Medizinstudenten an der Universität Zürich, NZZ vom 28./29.1.1995, Nr. 23, S. 56). Sehr oft ist die unmittelbare rechtliche Grundlage einer behördlichen oder gerichtlichen Behörde des Bundes oder der Kantone allerdings eine Verordnung der Regierung. Um das Legalitätsprinzip im engen Sinn zu beachten, muss sich eine solche Verordnung auf ein Gesetz im formellen Sinn stützen, sofern ihr nicht die Bundesverfassung oder eine kantonale Verfassung als Grundlage dient. Zudem muss das entsprechende formelle Gesetz die Grundzüge der delegierten Rechtsetzung regeln (Problem der Delegation im Rechtsetzungsbereich; BGE 103 Ia 369, 374-377; 118 Ia 245, 247-248; 305, 310-311). Bei der Leistungsverwaltung relativiert die Rechtsprechung diesen Grundsatz allerdings, indem sie weite Delegationsnormen zulässt, um einer Exekutivbehörde zu ermöglichen, die Verordnungen leicht anzupassen (insbesondere in Bereichen, die wenig bekannt sind und in denen die Behörde versuchsweise vorgehen muss; BGE 103 Ia 388-392). Die Artikel 141 Absatz 2 und 156 Absatz 1 VE regeln diese Frage auf eidgenössischer Ebene. Für den kantonalen Bereich ist die Rechtsprechung des Bundesgerichts massgebend. Im übrigen regelt der VE in Artikel 30 (Schranken der Grundrechte) das Problem der gesetzlichen Grundlage bei Grundrechtsbeschränkungen.

Erwähnt sei im übrigen, dass Artikel 4 Absatz 1 VE Grundsätze enthält, nicht verfassungsmässige Rechte, die selbständig angerufen werden können. Sie können aber in einem ordentlichen Beschwerdeverfahren (Berufung, Nichtigkeitsbeschwerde, Verwaltungsgerichtsbeschwerde) und in öffentlichrechtlichen Beschwerdeverfahren wegen Verletzung der politischen Rechte, der Gewaltenteilung oder eines Grundrechtes geltend gemacht werden.

*Absatz 2* enthält ungeschriebenes Verfassungsrecht, welches das Bundesgericht aus Artikel 4 BV ableitet. Es handelt sich um den Grundsatz des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit. Diese Grundsätze sollen die staatliche Macht begrenzen, indem sie sagen, wann, in welchem Masse

und auf welche Art und Weise der Staat seine Rechte ausüben und seine Aufgaben erfüllen darf.

Das *öffentliche Interesse* enthält polizeiliche Interessen, d.h. öffentliche Ruhe und Ordnung, Sicherheit, Gesundheit, Sittlichkeit sowie Treu und Glauben im Geschäftsverkehr (BGE 116 Ia 355, 356; 118 Ia 175, 177; 119 Ia 41, 43). Das öffentliche Interesse erstreckt sich ferner auf Anliegen sozialer, kultureller, historischer und wissenschaftlicher Art sowie Anliegen des Umweltschutzes, des häuslichen Umgangs mit dem Boden, des sparsamen Umgangs mit Energie usw. Es schliesst zudem das staatliche Interesse des Staates an seiner Unabhängigkeit, seinem Ruf, seiner Glaubwürdigkeit usw. ein. Das öffentliche Interesse kann sich im Verlauf der Zeit ändern; es kann auch in räumlicher Hinsicht variieren (BGE 108 Ia 41, 45-46; 106 Ia 267, 271-272).

Das *Verhältnismässigkeitsprinzip* enthält drei Elemente: eine Einschränkung muss geeignet sein, das angestrebte Ziel zu erreichen (Geeignetheit); es darf in materieller, räumlicher, zeitlicher und persönlicher Hinsicht nicht schärfer einschränken als für die Erreichung des Ziels nötig ist (Erforderlichkeit, "geringstmöglicher Eingriff"); schliesslich muss die geeignete und erforderliche Einschränkung in einem vernünftigen Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen (Verhältnismässigkeit im engeren Sinn oder Verhältnismässigkeit des geforderten Opfers). Das Verhältnismässigkeitsprinzip findet sowohl in der Leistungsverwaltung als auch in der Eingriffsverwaltung Anwendung. In beiden Bereichen richtet sich der Grundsatz sowohl an die rechtsanwendenden Behörden als auch an den Gesetzgeber (BGE 96 I 234, 242, E. 5).

*Absatz 3* enthält den Grundsatz des guten Glaubens. Seine ausdrückliche Erwähnung unter den Grundsätzen staatlichen Handelns erscheint angezeigt, auch wenn er gemäss Rechtsprechung vor allem als verfassungsmässiges Individualrecht angesehen wird (BGE 119 Ia 117; 118 Ia 245) und er als solches auch im Grundrechtskatalog aufgeführt wird (Art. 8 VE). Der Inhalt des Grundsatzes des guten Glaubens und jener der Grundrechte überschneidet sich weitgehend; er wird deshalb im Kommentar zu Artikel 8 VE erläutert.

## Art. 5

### Landessprachen

Artikel 5 VE übernimmt den bisherigen Artikel 116 Absatz 1 BV.

Die Landessprachen sind ein bedeutsames konstituierendes Element des schweizerischen Bundesstaates. Als Landessprachen sind alle vier Sprachen gleichberechtigt, im Unterschied zu ihrer Bedeutung als Amtssprachen des Bundes (Art. 124 VE); als solche ist Rätoromanisch den anderen Amtssprachen nicht völlig gleichgestellt. Die Bestimmung wird in ihrer Bedeutung als "politische Erklärung" (Malinverni in Kommentar BV, Art. 116, Rz. 1 f) im Einleitungsteil zutreffender plaziert als in der geltenden Verfassung in den Organisationsbestimmungen.

In Abweichung von der Terminologie des geltenden Artikels 116 BV wird nicht mehr von Nationalsprachen gesprochen, sondern es wird im deutschen Text der heute gängige Begriff der Landessprachen verwendet.

Die Bestimmung über die Landessprachen steht auch in einem engen Bezug zur Regelung der Amtssprachen. Sie verlangt weder vom Bund noch von den Kantonen, dass die gleichen Sprachen als Landes- und als Amtssprachen gelten. Der Bund dokumentiert dies, indem er in Artikel 124 VE dem Rätoromanischen einen Sonderstatus zuweist; die Kantone können von den Landessprachen eine oder mehrere als ihre Amtssprachen bezeichnen und damit der sprachlichen Zusammensetzung der Bevölkerung Rechnung tragen.

Für das gesamte Sprachenrecht der Schweiz dürfen nicht nur die Artikel 5 und 124 VE herangezogen werden, sondern es sind zusätzlich weitere Bestimmungen zu berücksichtigen: Artikel 14 VE (Sprachenfreiheit) für den privaten Gebrauch anderer Sprachen, 25/26 VE (Freiheitsentzug, Strafverfahren) für den Anspruch auf einen Dolmetscher bei Freiheitsentzug und Strafverfahren sowie 73 VE (Kultur) für die Förderung der schweizerischen sprachlichen Minderheiten. Diese Förderungsmassnahmen sind zur Verwirklichung einer effektiven Gleichwertigkeit des Italienischen und Rätoromanischen auch in Zukunft durch den Bund zu treffen.

## **2. Titel Grundrechte und Sozialziele**

### **1. Kapitel Grundrechte**

#### **Art. 6 Menschenwürde**

Artikel 6 VE entspricht dem geltenden, ungeschriebenen Verfassungsrecht der persönlichen Freiheit (BGE 90 I 36) und schliesst im übrigen das Recht auf ein schickliches Begräbnis ein, das in Artikel 53 Absatz 2 BV enthalten ist.

Der Artikel enthält den Grundsatz der Unantastbarkeit und den Schutz der menschlichen Würde, der jedem Menschen das Recht garantiert, menschlich und nicht entwürdigend behandelt zu werden. Der Grundsatz der Menschenwürde kann sowohl bei Folter geltend gemacht werden als auch bloss dann, wenn jemand aufgrund seiner Zugehörigkeit zu einer Minderheit lächerlich gemacht wird oder in seiner Identität angegriffen wird. Ein Angriff auf die physische oder psychische Integrität ist nicht nötig. Laut Artikel 15 EMRK, Artikel 4 des Paktes II und Artikel 3 des Genfer Abkommens über die Behandlung der Kriegsgefangenen (SR 0.518.42) rechtfertigen selbst Krieg oder andere öffentliche Gefahren für das Überleben des Staates eine Einschränkung dieses Rechts nicht. Die Menschenwürde ist eines der wichtigsten Rechte unserer Rechtsordnung, weil es den Gehalt anderer Grundrechte mitbestimmt und Richtschnur für deren Auslegung und Konkretisierung ist. Das Problem der Verletzung der Menschenwürde stellt sich vor allem in den Bereichen Haft, Verhör, Auslieferung, Ausweisung, Medizin, Umwelt und Ausländerpolitik.

Artikel 53 Absatz 2 BV verfügen die zivilen Behörden über die Begräbnisplätze. Soll diese Selbstverständlichkeit im VE aufgenommen werden, müsste dies im 3. Titel des VE bei den Zuständigkeiten von Bund und Kantonen geschehen.

**Art. 7            Rechtsgleichheit**

Artikel 7 VE entspricht Artikel 4 BV. Artikel 26 des Paktes II garantiert die Rechtsgleichheit. Bei der Ratifizierung des Paktes hat die Schweiz einen Vorbehalt angebracht, der diese Garantie auf die anderen im Pakt gewährleisteten Rechte beschränkt (AS 1993 750, 797).

*Absatz 1* garantiert das Recht auf rechtliche Gleichstellung (Art. 4 Abs. 1 BV). Dieses Recht schützt eine rechtliche Gleichheit, im Unterschied zur wirtschaftlichen oder sozialen Gleichstellung, die nur Gegenstand eines politischen Programms sein können. Der Grundsatz der Rechtsgleichheit richtet sich an jene, die Gesetze erlassen und an jene, die das Recht anwenden. Die rechtsetzende Behörde muss Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandeln (insbesondere BGE 116 Ia 323; 117 Ia 101). Wenn zwei Sachverhalte sowohl gleiches wie auch ungleiches enthalten, so dass sowohl eine Gleichbehandlung als auch eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt erscheint, steht der erlassenden Behörde ein Entscheidungsspielraum offen (BGE 109 Ia 327-328). Ob eine juristische Unterscheidung gerechtfertigt ist oder nicht kann zu verschiedenen Zeiten sowie aufgrund verschiedener Konzeptionen, Ideologien und momentanen Situationen unterschiedlich beurteilt werden (BGE 118 Ia 3 und Zitate). Gleichermassen müssen die rechtsanwendenden Behörden gleiche Sachverhalte gleich und ungleiche Sachverhalte ungleich behandeln (vgl. insbesondere BGE 104 Ia 377; 113 Ia 304).

*Absatz 2*, der den Gehalt von Artikel 4 Absatz 1 2. Satz BV in anderer Form wiedergibt, enthält das Diskriminierungsverbot. Nach diesem Grundsatz rechtfertigt keine Tatsache eine unterschiedliche Behandlung einer Personengruppe, wenn diese Tatsache als Beweggrund für eine Diskriminierung dieser Gruppe dient. Absatz 2 zählt einige Kriterien beispielhaft auf, die als rechtliches Unterscheidungskriterium unzulässig sind. Genannt werden vor allem solche, von denen die jüngste Vergangenheit zeigt, dass sie häufig Diskriminierungen zugrunde liegen (Geschlecht; Sprache; religiöse, philosophische oder politische Überzeugung) und solche, deren Unzulässigkeit aus keinem anderen Grundrecht des VE ausdrücklich abgeleitet werden können (Rasse, Hautfarbe, soziale Herkunft). Andererseits wurden in der Aufzählung Kriterien nicht berücksichtigt, die seit 1848 an Aktualität einbüsst haben ("Untertanenverhältnisse, Vorrechte des Orts, der Geburt, der Familie"). Allgemein ist jedoch jedes Kriterium zu vermeiden, das der Diskriminierung einer Personengruppe dient (z.B. Nationalität oder sexuelle Ausrichtung). Ferner sei daran erinnert, dass nicht jede Massnahme, die einen Nachteil für bestimmte Personengruppen mit sich bringt, notwendigerweise eine Diskriminierung oder eine Benachteiligung im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 VE ist. So ist beispielsweise eine Förderungsmassnahme zugunsten einer Gruppe, die lange diskriminiert wurde, nicht allein aus dem Grunde nichtig, weil sie gleichzeitig andere Gruppen benachteiligt, denn die sich daraus ergebenden Nachteile sind nicht in diskriminierenden Absichten begründet.

*Absatz 3* entspricht Artikel 4 Absatz 2 BV, der einen besonderen Aspekt der Rechtsgleichheit, nämlich die Gleichberechtigung von Mann und Frau, enthält. Im ersten Satz wird der Grundsatz der Rechtsgleichheit von Absatz



1 präzisiert; der zweite enthält einen Gesetzgebungsauftrag zur Gleichstellung von Mann und Frau und gibt einige Bereiche beispielhaft an, in denen dieser Grundsatz von besonderer Bedeutung ist; dieser Auftrag unterscheidet sich von jenem im ersten Absatz, indem er vom Gesetzgeber verlangt, soweit möglich die tatsächliche Gleichstellung in der sozialen Wirklichkeit herbeizuführen (BGE 116 Ib 282-283; 297; ZBl 1994, S. 380); der dritte Satz enthält eine besondere Regel zum Arbeitsrecht, nämlich den Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit: diese Regel ist direkt anwendbar gegenüber öffentlichen und privaten Arbeitgebern. Der erste und der dritte Satz beziehen sich auf ein unmittelbar anwendbares Grundrecht, der zweite erteilt dem Gesetzgeber einen Auftrag (BGE 114 Ia 331; 117 Ia 265).

Auf die Rechtsgleichheit kann sich jeder berufen (natürliche oder juristische, in- oder ausländische Person usw.), was aber nicht heisst, dass die unterschiedliche Qualität der Person oder die Nationalität nicht eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Dabei geht es um eine materielle Frage, nicht um eine formale.

## Art. 8

### Willkürverbot und Treu und Glauben

Artikel 8 VE enthält zwei Verfassungsrechte, die das Bundesgericht aus Artikel 4 Absatz 1 BV ableitet, nämlich das Willkürverbot (BGE 101 Ia 392; 102 Ia 288; 109 Ia 19; 111 Ia 12; 116 Ia 83; 119 Ia 117) und den Schutz von Treu und Glauben (94 I 520 ff.; 99 Ib 94 ff.; 101 Ia 328 ff.; 108 Ib 377, 385 ff.; 116 Ib 185 ff.; V 298 ff; 117 Ia 285 ff. 118 Ia 245 ff.).

Das Willkürverbot und der Schutz von Treu und Glauben sind zwei Grundsätze staatlichen Handelns (vgl. bezüglich Treu und Glauben Art. 4 Abs. 3 VE), denen das Bundesgericht auch die Qualität eines selbständigen verfassungsmässigen Rechts zumisst, d.h. dass sie der einzelne in einem Verfahren direkt geltend machen kann. Aus diesem Grund werden sie im Grundrechtskatalog aufgeführt.

Laut Rechtsprechung soll das *Willkürverbot* dem einzelnen im Verkehr mit Behörden ein Minimum an Gerechtigkeit sichern. Aufgrund dieser Eigenschaft erscheint dieses Verfassungsrecht wie ein subsidiäres Grundrecht, das dann angerufen wird, wenn kein anderes Grundrecht oder kein anderes spezifisches Recht geltend gemacht werden kann (BGE 102 Ia 321). Für den Gesetzgeber bedeutet das Willkürverbot, dass "un acte législatif viole l'interdiction de l'arbitraire lorsqu'on ne peut pas le fonder sur des motifs sérieux ou lorsqu'il est dépourvu de sens et de but" (BGE 116 Ia 83). In der Tat hat das Willkürverbot selten eine eigenständige Bedeutung, die sich von jener eines anderen Grundrechts unterscheidet; ein Gesetz, das willkürlich ist, verletzt meist auch die Rechtsgleichheit oder ein anderes Grundrecht (BGE 101 Ia 392; 102 Ia 288). Eigenständige Bedeutung erreicht das Grundrecht dort, wo es sich an rechtsanwendende Behörden wendet. Die Rechtsprechung umschreibt das Willkürverbot in dieser Hinsicht wie folgt: "Il n'y a pas encore d'arbitraire lorsqu'une autre solution aurait été possible ou même préférable; le Tribunal fédéral ne s'écartera de la décision des autorités cantonales que lorsque cette décision est manifestement insoutenable, qu'elle est clairement contraire à la situation de fait,

qu'elle viole grossièrement une règle de droit ou un principe juridique incontesté ou qu'elle contredit de manière choquante le sentiment de la justice" (BGE 119 Ia 117). Da die Anwendung des Bundesrechts im allgemeinen vom Bundesgericht im Rahmen von gewöhnlichen Beschwerden (Berufungsverfahren, Nichtigkeitsbeschwerde, Verwaltungsgerichtsbeschwerde) frei geprüft wird, ist die Anerkennung eines eigenständigen Verfassungsrechts zum Schutz vor Willkür vor allem bei der Anwendung kantonalen Rechts von Bedeutung. Die Bundesverfassung garantiert eigentlich nicht die richtige Anwendung kantonalen Rechts. Es ist deshalb nützlich, wenn sie wenigstens garantiert, dass das kantonale Recht nicht grob unrichtig, d.h. seine Auslegung nicht völlig unhaltbar ist.

Bei aller Anerkennung eines verfassungsmässigen Schutzes gegen Willkür hat das Bundesgericht seinen praktischen Nutzen begrenzt, indem es die Berufung auf Willkür nur für Personen zulässt, die sich auf einen Rechtsanspruch berufen können. Wenn also ein Gesetz Anwendung findet, das nur den Schutz des öffentlichen Interesses zum Ziel hat, so hat eine betroffene Person höchstens ein faktisches Interesse an der Aufhebung eines Anwendungsaktes und ist deshalb gemäss ständiger Rechtsprechung nicht beschwerdelegitimiert. Dabei handelt es sich allerdings um eine Frage allein des Beschwerderechts, nicht der Grundrechtsträgerschaft. Die Verankerung des Willkürverbots als eigenständiges Grundrecht berührt die erwähnte Rechtsprechung somit in keiner Weise.

*hätte*  
Laut Rechtsprechung erlaubt der Schutz von *Treu und Glauben* dem einzelnen von den Behörden zu verlangen, dass sie sich an ihre Zusicherungen ~~hält~~ <sup>hält</sup> und sich auf ihrem Verhalten behaften lässt, dass sie widerspruchsfrei ~~handelt~~ <sup>handelt</sup> oder mit anderen Worten das berechtigterweise in sie gesetzte Vertrauen nicht missbraucht. Der Schutz von *Treu und Glauben* gilt für das gesamte Handeln staatlicher Organe (Art. 4 Abs. 3 VE). Nicht jede Verletzung des Grundsatzes gibt jedoch Anspruch darauf, dass ein Organ seinen Entscheid ändert oder einen Entscheid fällt; ein solcher Anspruch besteht nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur unter besonderen Voraussetzungen: die Behörde muss in bezug auf eine bestimmte Situation und mit Blick auf eine bestimmte Person handeln, sie muss "avoir agi ou être censée avoir agi dans les limites de sa compétence", der Rechtsunterworfenen muss "eu de sérieuses raisons de croire à la validité de l'acte suivant lequel il a réglé sa conduite", er muss sich "fondé sur les assurances et le comportement dont il se prévaut pour prendre des dispositions qu'il ne saurait modifier sans subir un préjudice"; schliesslich darf die Gesetzgebung, sofern sie von einer anderen Behörde abhängt, nicht zwischen dem Augenblick des Entscheides der Behörde und dem Zeitpunkt, in dem der Rechtsunterworfenen seine Anordnungen getroffen hat, geändert werden (zum ganzen vgl. BGE 108 Ib 385). Unter diesen Umständen kann sich der Betroffene auf *Treu und Glauben* berufen. Immerhin kann der Grundsatz mit öffentlichen Interessen kollidieren, die ebenfalls Schutz verdienen, wie zum Beispiel das Legalitätsprinzip oder der Rechtsgleichheit. In diesem Fall ist durch Abwägen der Interessen herauszufinden, welche juristischen Folgen der Schutz von *Treu und Glauben* haben.

**Art. 9      Recht auf Leben, persönliche Freiheit und menschenwürdiges Dasein**

Artikel 9 VE entspricht dem geltenden, ungeschriebenen Verfassungsrecht der persönlichen Freiheit (BGE 115 Ia 234, 117 Ia 69, 119 Ia 28). Er enthält zudem das Verbot der Todesstrafe gemäss Artikel 65 BV und das Recht auf Existenzminimum; letzteres wird heute von der Lehre einstimmig bejaht, allerdings mit unterschiedlichen Anknüpfungspunkten im geltenden Recht: Artikel 4 BV, Artikel 48 BV, Menschenwürde, Recht auf Leben, persönliche Freiheit oder eigenständiges Recht. Das Bundesgericht hat sich dazu noch nicht geäussert. Artikel 9 enthält schliesslich auch das Verbot der Körperstrafe von Artikel 59 Absatz 3 BV.

*Absatz 1, erster Satz* garantiert das Recht auf Leben, das Teil des unantastbaren Kerngehalts der persönlichen Freiheit darstellt. Dieses Recht schützt den Beginn und das Ende des Lebens jedes Menschen. Es beschränkt sich jedoch nicht auf die physische Existenz. Es garantiert auch die Gesamtheit der körperlichen und geistigen Funktionen, die von lebenswichtiger Bedeutung sind. Der Schutz des Rechts auf Leben gegen vorsätzliche Angriffe ist absolut ausser in folgenden Fällen: eine rechtmässige Kriegshandlung kann auf den Tod eines Feindes abzielen; in Ausnahmefällen kann die Polizei, um eine drohende Gefahr abzuwenden, Massnahmen ergreifen, die zum Tod einer Person führen können, beispielsweise zur Befreiung von Geiseln, die sich in Lebensgefahr befinden; schliesslich rechtfertigen ein unrechtmässiger Angriff oder eine Bedrohung den Angegriffenen zur Verteidigung (Notwehr, Art. 33 StGB). *Absatz 1, zweiter Satz* untersagt die Todesstrafe in Friedens- und Kriegszeiten. Dieser Grundsatz erlaubt keine Ausnahme. Die Wiedereinführung der Todesstrafe ist laut Zusatzprotokoll Nr. 6 zur EMRK und dem Fakultativprotokoll Nr. 2 zum Pakt II ausgeschlossen (BBl 1993 I 995; VPB 56.64).

*Absatz 2, erster Satz* enthält die traditionellen Elemente des Rechts auf persönliche Freiheit (BGE 115 Ia 234, 117 Ia 69, 119 Ia 28). Es garantiert zunächst die physische und psychische Integrität, die eine Säule unserer Rechtsordnung darstellt und die eine Voraussetzung für die Ausübung anderer verfassungsmässiger Rechte darstellt. Das Recht auf physische Integrität verbietet Folter, Körperstrafen oder Strafen, die das Leben oder die Gesundheit des Verurteilten gefährden. Dieses Recht kann auch angerufen werden gegen alle anderen Eingriffe in den menschlichen Körper, wie beispielsweise Blutentnahme für Gutachten, obligatorische Impfungen, Rasierpflicht für Gefangene in Präventivhaft. Das Recht auf physische Integrität garantiert jedem Menschen die Möglichkeit, eine bestimmte Situation zu würdigen und sein Handeln danach auszurichten. Es schützt die grundsätzlichen Handlungs- und Entscheidungsmöglichkeiten, die für der Persönlichkeitsentfaltung wichtig sind und die jeder Mensch besitzen sollte (BGE 101 Ia 336). Das Recht auf physische und psychische Integrität wird vor allem angerufen im Bereich der Rechte Inhaftierter und des Persönlichkeitsschutzes. Aufgrund des persönlichen Charakters dieses Rechts können sich juristische Personen nicht darauf berufen, ausser in bezug auf den Schutz ihrer Ehre. Im weiteren ist auch die Bewegungsfreiheit garantiert. Im weitesten Sinn ist damit das Recht garantiert, sich frei zu bewegen. Es schützt allerdings nur die Freiheiten, die einen wesentlichen Bestandteil der Persönlichkeitsentwicklung bilden. Im engeren Sinn be-



deutet die Bewegungsfreiheit vor allem, Schutz gegen den Entzug der Freiheit (Präventivhaft, Verhaftung, Freiheitsentzug als Strafsanktion, administrativer Freiheitsentzug, Inhaftierung von Personen mit ausländischer Staatsbürgerschaft, wenn die Rückschaffung nicht möglich ist). Um zu entscheiden, ob ein Freiheitsentzug rechtmässig ist, sind die Garantien nach Artikel 5 EMRK (BGE 105 Ia 29) zu beachten. Ausländische Staatsangehörige ohne Niederlassungsbewilligung, können in ihrer Bewegungsfreiheit eingeschränkt werden, indem sie zum Verlassen der Schweiz angehalten werden können (Art. 12 BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, SR 142.20). Ihre Bewegungsfreiheit kann ferner durch das Bundesgesetz vom 18.3.1994 über Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht (AS 1995 146) eingeschränkt werden. *Absatz 2, 2. Satz* untersagt in Übereinstimmung mit der EMRK und dem Pakt II jede Folter und alle grausamen, unmenschlichen oder entwürdigenden Behandlungen.

Die unterschiedliche Formulierung des Rechts auf Leben und des Rechts auf persönliche Freiheit gibt im Einklang mit der EMRK und den Pakten den verschiedenen Aspekten der beiden Rechte einen eigenständigen Gehalt.

*Absatz 3* gibt allen Bedürftigen einen individuellen Anspruch auf minimale soziale Hilfe in materieller Hinsicht (die für ein menschenwürdiges Dasein notwendigen Mittel) und in persönlicher Hinsicht (Beratung und Beistand). Das Erfordernis der Notlage unterstreicht den subsidiären und individuellen Charakter der Hilfe. Die Unterstützung muss vor allem auf die soziale Wiedereingliederung der Betroffenen zielen ("Hilfe zur Selbsthilfe"). Der Anspruch eines justiziablen Grundrechts erlaubt der Rechtsprechung, einen für die ganze Schweiz anwendbaren einheitlichen Mindeststandard herauszubilden. Gegenwärtig verlangt eine Parlamentarische Initiative der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates die Aufnahme eines entsprechenden Verfassungsartikels. Im Unterschied zu dieser Initiative berührt *Absatz 3* die Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen hinsichtlich der Gesetzgebungskompetenzen im Bereich der Unterstützung nicht. Diese Aufteilung wird in Artikel 95 VE vorgenommen, der sich an Artikel 48 BV orientiert: die materielle Kompetenz liegt bei den Kantonen, während der Bund die Zuständigkeitsfragen und die Kompetenzkonflikte unter den Kantonen regelt (eine Variante der erwähnten Initiative geht weiter, indem sie dem Bund eine Gesetzgebungskompetenz einräumt, wonach er Bestimmungen über Mindestleistungen und über das Beschwerdeverfahren vorschreiben und Verfahrensgrundsätze erlassen kann).

Im VE nicht aufgenommen wurden Artikel 65 Absatz 1 (Verbot der Todesstrafe für politische Verbrechen), der als obsolet betrachtet wird, ferner Artikel 65 Absatz 2 (Verbot der Körperstrafen), ein Verbot, das auf Gesetzesstufe konkretisiert ist und das schon durch das Recht auf persönliche Freiheit abgedeckt wird, sowie Artikel 59 Absatz 3 BV (Verbot des Schuldverhaft), einer weiteren Bestimmung, die durch die Bundesgesetzgebung konkretisiert ist.

**Art. 10 Schutz des Privat- und Familienlebens**

Die Unverletzlichkeit des Privat- und Familienlebens ist als ungeschriebenes Verfassungsrecht anerkannt, weil sie eine unabdingbare Voraussetzung zur Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit und zur Ausübung zahlreicher Grundrechte ist.

Die verschiedenen Aspekte des Artikels 10 VE werden in Lehre und Praxis teils auch als gesonderte Grundrechte behandelt. In Anlehnung an die Europäische Menschenrechtskonvention (Art. 8) sind sie jedoch zusammengefasst, um Überschneidungen zu vermeiden und die Anpassung an die gesellschaftliche Entwicklung zu ermöglichen.

Privatleben bedeutet den Anspruch jeder Person, vom Staat nicht in der freien Gestaltung ihres Lebens und ihres Verkehrs mit andern Personen gehindert zu werden, sowie die Respektierung eines persönlichen Geheimbereichs. Das Privatleben ist nicht nur innerhalb privater und geschlossener Räume geschützt, sondern auch im Freien oder in öffentlichen Räumen. Tritt eine Person in die Öffentlichkeit, gibt sie sich Auge und Ohr anderer Personen preis, aber sie erteilt damit kein Einverständnis, dass ihr Erscheinen und ihre Äusserungen von staatlichen Organen in Schrift, Bild oder Ton festgehalten werden. Die Gesetzgebung dehnt diesen Schutz in einer reduzierten Form auch auf die Beziehungen unter Privatpersonen aus (z.B. durch den Persönlichkeitsschutz des Privatrechts oder den strafrechtlichen Geheimnis- und Ehrenschtz). Staatliche Organe sind dagegen umfassend verpflichtet, keine Angriffe auf die Würde, die Ehre und den guten Ruf von Personen vorzunehmen (BGE 107 Ia 52). Die Schutzbereiche der Menschenwürde, der persönlichen Freiheit und des Rechts auf Privatleben sind hier sehr eng verbunden (Art. 17 Pakt II erwähnt ausdrücklich das Verbot "rechtswidriger Beeinträchtigungen der Ehre und des Rufes").

Unter die "Beziehungen zu andern Menschen" fallen sowohl gelegentliche als auch regelmässige und feste Beziehungen, insbesondere auch das Sexualleben. Der Schutz der Beziehungen unter Einzelpersonen deckt sich zu einem grossen Teil mit dem Schutz des Familienlebens; für die gefestigte Beziehung "Familie" ergeben sich jedoch zusätzliche Garantien. Die Praxis zur Frage, wieweit der Schutz der Familie auch neue Formen des Zusammenlebens erfasst, insbesondere unverheiratete Paare und Partnerschaften des gleichen Geschlechts, befindet sich in einer Entwicklung, an welcher der Richter und der Gesetzgeber beteiligt sind.

Die Achtung der Wohnung, das Geheimnis von Briefen und von Post- und Fernmeldeverbindungen sowie der Datenschutz werden in Artikel 10 VE ausdrücklich erwähnt, weil besondere Schutzbedürfnisse, aber auch besondere Schrankenprobleme bestehen.

Der Anspruch auf Achtung des Briefverkehrs geht über den Schutz des Postgeheimnisses hinaus. Er steht insbesondere Personen zu, die ihre Briefe nicht direkt der Post übergeben, sondern ganz oder teilweise von andern Personen befördern lassen: Strafgefangene, Patientinnen und Patienten in Spitälern und Heimen, Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sowie Angehörige der Armee.

Die Unverletzlichkeit der Wohnung wird in zahlreichen Kantonsverfassungen als gesondertes Grundrecht aufgeführt. Der Schutz erfasst nach der



Praxis des Bundesgerichts auch Geschäftsräume, umzäunte Aussenräume und vorübergehend bewohnte Räume wie Hotelzimmer, Wohnwagen und Zelte. Umstritten ist, ob auch Autos darunter fallen (J. P. Müller, Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, 2. Aufl., S. 46).

*Absatz 2* gewährleistet das Post- und Fernmeldegeheimnis. Dazu gehören auch Informationsübermittlungen in neuen Beförderungsformen, z.B. informatisierte Datenspeicherungen oder -übermittlungen. Bei einer allfälligen Umgestaltung oder Aufhebung der bestehenden Monopole wird der Gesetzgeber die besonderen Geheimhaltungspflichten auch andern Dienstleistungserbringern auferlegen müssen. Das Post- und Fernmeldegeheimnis erfasst auch die Informationen über die beanspruchten Dienstleistungen.

Der in *Absatz 3* gewährleistete Anspruch auf Datenschutz gegenüber dem Staat ist in der geltenden Verfassung nicht als Grundrecht ausgestaltet. Es rechtfertigt sich jedoch, die Anforderungen an die Notwendigkeit, Zweckgebundenheit und Verhältnismässigkeit der Datenbearbeitung durch staatliche Organe und die Rechte der betroffenen Personen im Grundsatz dem Schutz der Privatsphäre zuzuordnen. Das Datenschutzrecht unter Privaten wird wie bisher eine auf die Privatrechtskompetenz (Art. 101 VE) abgestützte gesetzliche Konkretisierung des Grundrechts darstellen. Zum Datenschutz im staatlichen und privaten Bereich gehören neben den Einsichtsrechten in die Datensammlungen auch der Anspruch auf Berichtigung oder Bestreitung, wenn die betroffene Person die über sie bearbeiteten Daten als nicht richtig erachtet.

## Art. 11

### Recht auf Ehe

Artikel 11 VE entspricht - neuredigiert - Artikel 54 Absatz 1 BV, welcher das Recht auf Ehe unter den Schutz des Bundes stellt. Das Recht auf Ehe (oder: die Freiheit zu heiraten) ist auch durch die Artikel 12 EMRK und 23 Absatz 2 des Paktes II garantiert, die auch das Recht der Familiengründung einschliessen.

Die Garantie des Rechts auf Ehe stellt ein Individualrecht dar, das unmittelbar justiziabel ist. Sie schützt die Freiheit, im heiratsfähigen Alter gemäss nationalem Recht zu heiraten. Dieses kann das Mindestalter sowie Ehehindernisse festlegen, doch darf das Recht auf Ehe dabei nicht seiner Substanz beraubt werden. Das Grundrecht schützt die klassische, monogame Eheschliessung zwischen Mann und Frau; es erfasst nicht die Eheschliessung mit transsexuellen oder unter gleichgeschlechtlichen Personen. Das Recht auf Familie enthält das Recht Kinder zu zeugen, im Rahmen der nationalen Gesetzgebung zu adoptieren und aufzuziehen; dieses Recht steht aufgrund dieses Artikels nur verheirateten Personen zu; von Konsensualpaaren oder Einzelpersonen kann es nicht geltend gemacht werden. Die Organe der Europäischen Menschenrechtskonvention haben sich bisher nicht zur Frage geäussert, ob Artikel 12 auch das Recht auf Anwendung der künstlichen Fortpflanzungstechniken umfasse; das Bundesgericht hat die Frage offen gelassen (aber es hat dieses Recht unter dem Aspekt der persönlichen Freiheit zugelassen; BGE 115 Ib 234, 248 und 249).

Das Recht auf Eheschliessung umfasst auch den Schutz der Ehe als Institution, die dem Gesetzgeber erlaubt, ja ihn dazu verpflichtet, die Eheschlies-

sung besonders zu schützen, namentlich im Vergleich zu andern Formen des Zusammenlebens.

Die Absätze 2, 3 und 5 des Artikels 54 BV sind obsolet geworden und werden im VE nicht aufgenommen, nachdem die Regelung der Eehindernisse durch das Bundeszivilrecht vereinheitlicht worden sind.

## Art. 12 Glaubens- und Gewissensfreiheit

Art. 12 VE führt die Artikel 27 Absatz 3, 49 und 50 BV fort, die die konfessionelle Neutralität der öffentlichen Schulen, die Glaubens- und Gewissensfreiheit und die Kultusfreiheit garantieren. Die neue Formulierung berücksichtigt die Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf dem Gebiet der Religionsfreiheit.

Art. 12 VE legt das Schwergewicht zudem auf die individualrechtlichen Aspekte der Religionsfreiheit, zuungunsten der Garantie des religiösen Friedens, welcher heute nicht mehr in gleichem Mass gefährdet erscheint wie früher.

*Absatz 1* verbürgt in grundsätzlicher Weise die Glaubens- und Gewissensfreiheit.

In Konkretisierung des Grundsatzes schützt *Absatz 2* das Recht aller Personen, eine persönliche religiöse Überzeugung zu haben, d.h. an Gott zu glauben, an mehrere Götter oder nicht an Gott zu glauben, sich zu einem bestimmten Glauben zu bekennen, diese Überzeugung kundzutun (mittels Wort, Schrift, Bild, Musik, Film oder mittels jedes anderen Mediums), allein oder in Gemeinschaft religiöse Kulte zu üben und frei Religionsgemeinschaften zu bilden. Religion ist dabei in einem weiten Sinn zu verstehen, der jede Bezugnahme des Menschen auf das Göttliche oder auf transzendente Ideen umfasst. Alle Religionen und alle Sekten sind also unabhängig von ihrer zahlenmässigen Bedeutung geschützt, soweit sie eine gewisse grundsätzliche Bedeutung haben und soweit sie einer weltumspannenden Vision folgen. Unter den persönlichen Kultushandlungen sind allgemein zu verstehen: das Gebet, das Bekenntnis, die Meditation, das Fasten und die rituelle Waschung. Unter den gemeinschaftlichen Kultushandlungen sind insbesondere zu verstehen: der Gottesdienst, die Predigt, die Messe, rituelle Tänze, Prozessionen, die Erteilung der Sakramente, die Taufe, die Hochzeit, die religiösen Gesänge, das Glockengeläute und das Freitagsgebet der Moslems. Auch kann die Bestimmung ein Anrecht auf eine positive Leistung beinhalten (beispielsweise haben inhaftierte Moslems einen Anspruch darauf, dass ein gemeinschaftliches Freitagsgebet für sie organisiert werde). Im weiteren gewährleistet *Absatz 2* allen Personen und ohne jede Einschränkung das Recht, eine religiöse Handlung vorzunehmen oder sich davon zu enthalten, einer Religionsgemeinschaft zuzugehören und jederzeit aus dieser wieder auszutreten sowie einen religiösen Unterricht zu besuchen oder auch nicht. Die Bestimmung verbietet somit den obligatorischen Religionsunterricht an öffentlichen Schulen. Er garantiert allen Personen ein Recht auf die eigenen philosophischen Überzeugungen. Doch kann sich niemand auf diese Bestimmung berufen, um seine Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft aufrechtzuerhalten, die den Ausschluss von Mitgliedern zulässt.

Die Religionsfreiheit kommt allen natürlichen Personen zu, sowie denjenigen juristischen Personen, die religiöse oder kirchliche Zwecke verfolgen (BGE 97 I 227; 118 Ia 52). Die Frage, ob Minderjährigen die Religionsfreiheit zukomme, wird von Artikel 303 ZGB ausgeführt.

Die Religionsfreiheit schliesst die konfessionelle Neutralität des Staates mit ein, d.h. die Offenheit allen religiösen und philosophischen Überzeugungen gegenüber. Dagegen fordert dieser Grundsatz vom Staat nicht, eine Haltung ohne Bezugnahme auf religiöse oder philosophische Aspekte einzunehmen. Der Staat darf also gewisse Religionsgemeinschaften in begrenztem Mass bevorzugen, ohne die Religionsfreiheit zu verletzen (BGE 103 Ia 245; beispielsweise, indem er Landeskirchen anerkennt).

*Absatz 3* konkretisiert den Grundsatz der konfessionellen Neutralität des Staates für das Gebiet des Unterrichts. Die Bestimmung bezweckt, Angehörigen aller Glaubensgemeinschaften den Besuch der öffentlichen Schulen zu garantieren, ohne Beeinträchtigungen ihrer religiösen Freiheit dulden zu müssen. Der Unterricht an öffentlichen Schulen muss demnach das Prinzip der konfessionellen Neutralität respektieren. Unter öffentlichen Schulen sind alle unter die Aufsicht der öffentlichen Behörden gestellten Anstalten zu verstehen (Bund, Kantone, Bezirke, Gemeinden, Gemeindeverbände). Die Bestimmung verhindert also die Entstehung konfessioneller öffentlicher Schulen. Dennoch ist nicht jede Bezugnahme auf religiöse Grundlagen ausgeschlossen. Kantonale Vorschriften, die bestimmen, der Unterricht solle auf christliche Grundsätze gestützt werden, sind verfassungsmässig, da sie Bezug nehmen auf Sätze der Moral, die der westlichen christlichen Tradition entstammen und die im wesentlichen anerkannt werden als Grundlage der Gesellschaft.

*Absatz 4* unterwirft die Gründung von Bistümern der Genehmigung der Eidgenossenschaft. Dabei handelt es sich um eine explizite Schranke der Glaubens- und Gewissensfreiheit. Die Genehmigung des Bundes ist nach Lehre und Gerichtspraxis nicht nur bei der Errichtung von Bistümern, sondern auch bei jeder Gebietsveränderung erforderlich. Die Genehmigung erfolgt in einem Verwaltungsakt und gehört so prinzipiell zu den Befugnissen des Bundesrats. Die territorialen Veränderungen eines Bistums hingegen erfolgen in der Regel auf dem Umweg eines völkerrechtlichen Vertrags und machen so die Genehmigung der Bundesversammlung erforderlich. Immerhin sind in der Praxis solche Verträge oft vom Bundesrat geschlossen worden, weil sie weder neue Verpflichtungen noch einen Verzicht auf Rechte der Schweiz beinhalten.

Im Sinn einer Neuerung könnte dieser Absatz 4 gestrichen werden, gemäss einer Motion einer nationalrätlichen Kommission vom 14. Dezember 1972, die die Aufhebung von Artikel 50 Absatz 4 BV verlangt und die von beiden Räten einstimmig überwiesen wurde (vgl. Amtl. Bull. NR 1972, 1420; SR 1972, 900). In die gleiche Richtung stösst die parlamentarische Initiative von Ständerat Huber (94.433) vom 13. Dezember 1994, die am 12. Juni 1995 vom Ständerat angenommen wurde.

Nicht weitergeführt werden die folgenden Bestimmungen: Artikel 49 Absatz 3 BV, der von Artikel 303 ZGB ausgeführt wird; Artikel 49 Absätze 4, 5 und 6 BV, die aus Artikel 12 Absatz 2 VE abgeleitet werden können; Ar-

Artikel 50 Absatz 1 BV, der sich aus Artikel 207 Absatz 1 VE ergibt; und Artikel 50 Absatz 2 BV, der im grossen und ganzen durch das Strafgesetzbuch ausgeführt wird. Artikel 50 Absatz 3 BV kann auf Gesetzesebene weitergeführt werden und muss nicht unbedingt in die neue Verfassung übernommen werden. Art. 49 Abs. 5 BV schliesslich, wonach die Glaubensansichten nicht von der Erfüllung der bürgerlichen Pflichten entbinden, gilt nach wie vor; dieser Vorbehalt muss aber nicht ausdrücklich in der Verfassungsurkunde verankert sein, genausowenig wie alle übrigen Grundrechtsbeschränkungen.

#### Art. 13 Meinungs-, Informations- und Medienfreiheit

Art. 13 VE fasst zunächst mehrere Bestandteile des geltenden Verfassungsrechts in einer Bestimmung zusammen: er beinhaltet die Meinungs- und Informationsfreiheit, die als ungeschriebenes Verfassungsrecht gilt (BGE 91 I 480; 101 Ia 252, 255; 104 Ia 88, 94; 105 Ia 181, 182) und in den Art. 19 des Pakts II und 10 der EMRK verbürgt ist; weiter führt er Art. 55 BV weiter, der die Pressefreiheit garantiert, welche einer der Aspekte der Meinungsfreiheit ausmacht; schliesslich führt der Entwurf Radio und Fernsehen in den Kontext der Meinungs- und Informationsfreiheit ein, gemäss der Rechtsprechung zu Art. 10 EMRK.

Der von Artikel 208 VE geschützte Bereich umfasst die Produkte oder Äusserungen des menschlichen Geistes, ob es sich dabei nun um ein Gefühl, eine Reflexion, eine Meinung, eine Tatsachenfeststellung, eine Information oder auch eine kommerzielle Reklame handelt (gemäss der neuesten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte: Urteil Casado Coca vom 24. Februar 1994, Serie A, Bd. 285, § 35-37). Was die Kommunikationsform betrifft, sind alle Medien geschützt, die geeignet sind, die genannten Inhalte zu verbreiten: Sprache, Schrift, künstlerischer Ausdruck, Tonträger, Film, Transparente, Megaphone, Badges, Fahnen (BGE 117 Ia 472, 478) sowie Radio und Fernsehen (vgl. die Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Groppera Radio AG u.a. vom 28 März 1990, Serie A, Bd. 173; § 55; Autronic AG, Serie A, Bd. 178, § 47; und Informationsverein Lentia u.a., Serie A, Bd. 276, § 27 ff.). Die Meinungs- und Informationsfreiheit kommt allen, natürlichen und juristischen Personen zu, auch ausländischen, minderjährigen, usw.

*Absatz 1* gewährleistet die Meinungs- und Informationsfreiheit. Die *Absätze 2 und 3* führen diese aus, indem sie die zwei hauptsächlichsten Grundrechte nennen, die diese ausmacht: einerseits das Individualrecht, seine Meinung frei zu bilden, sie zu äussern und zu verbreiten, andererseits der Anspruch, sich frei zu informieren aus öffentlich zugänglichen Informationsquellen und diese Information zu verbreiten.

*Absatz 4* garantiert die Medienfreiheit, welche sich heute auf die Art. 55 und 55bis verteilt.

Die Pressefreiheit (Art. 55 BV) bezieht sich auf die – periodischen oder nicht periodischen – Druckmedien. Obschon das Bundesgericht die positiviert Pressefreiheit als einen besonderen Aspekte der Meinungsfreiheit erachtet (BGE 113 Ia 309, 316), rechtfertigt die grundlegende und quasi in-



stitutionelle Funktion, die dieser in einem demokratischen politischen System zukommt sicher eine ausdrückliche Nennung im Verfassungstext.

Auch die Freiheit von Radio und Fernsehen stellt einen Aspekt der durch Art. 10 EMRK verbürgten Meinungsfreiheit dar (vgl. die oben vermerkten Urteile). Mit Blick auf die Rechtsprechung der Strassburger Organe verankert Absatz 4 diesen Teilgehalt der Meinungsfreiheit nunmehr ausdrücklich. Damit wird klargestellt, dass die Unabhängigkeit der elektronischen Medien und ihre Programmautonomie (Art. 55bis Abs. 3 BV; Art. 68 Abs. 3 VE) sich nicht auf einen organisationsrechtlichen Grundsatz im Rahmen der verfassungsmässigen Ordnung von Radio und Fernsehen reduzieren lassen. Sie weisen im Gegenteil auch Grundrechtsqualität auf und binden in dieser Eigenschaft alle Behörden mit Einschluss des Gesetzgebers. Wenn Art. 68 Abs. 3 VE die "Unabhängigkeit von Radio und Fernsehen sowie die Autonomie in der Programmgestaltung" weiterhin erwähnt, so geschieht dies vorab aus Gründen der normativen Kontinuität (vgl. Art. 55bis BV); im übrigen ist diese Unabhängigkeit in der Medienfreiheit gemäss Art. 13 Abs. 4 vollumfänglich erhalten.

Die Garantie der Radio- und Fernsehfreiheit beinhaltet ein Verbot eines staatlichen Monopols in diesem Bereich (Urteil des Bundesgerichts vom 17. Oktober 1980, ZBl 1982, S. 219 ff., 222; Bericht betreffend den Verfassungsartikel über Radio und Fernsehen, BBl 1987 II 885 ff., 949), und ein Verbot, eine Radio- und Fernsehordnung zu errichten, die ein Hindernis für jede Vielfalt der verbreiteten Informationsquellen darstellen könnte (vgl. den Bericht betreffend das Bundesgesetz über Radio und Fernsehen, BBl 1987 III 689 ff., 737 f.; vgl. auch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Informationsverein Lentia u.a. vom 24. November 1993, Serie A, Bd. 276, § 39 ff.). Dennoch hindert die gewährleistete Radio und Fernsehfreiheit nicht, aufgrund der technischen Besonderheiten, die aus der beträchtlichen Vervielfachung der verbreiteten Informationsquellen erwachsen, eine besondere Ordnung für Radio und Fernsehen aufzustellen (Konzessionsordnung oder Sendeerlaubnis) und das Ausstrahlen von Programmen bestimmten materiellen Anforderungen zu unterwerfen (Programmauftrag), um die Informationsfreiheit der Öffentlichkeit zu schützen (Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Informationsverein Lentia u.a. vom 24. November 1993, Serie A, Bd. 276, § 32, 39). Solchen besondere Schranken der Radio- und Fernsehfreiheit ist Art. 68 VE gewidmet (Radio und Fernsehen).

*Absatz 4 in fine* umgrenzt den unumstösslichen Kerngehalt der Presse- und Medienfreiheit, indem die Vorzensur verboten wird. Das Verbot der vorgängigen Zensur wird an dieser Stelle genannt, weil hier der hauptsächlichste Anwendungsfall liegt. Offensichtlich ist jedoch, dass das Verbot für alle durch die Meinungsfreiheit garantierten Gebiete gilt.

#### Art. 14 Sprachenfreiheit

Die in Art. 14 VE verankerte Sprachenfreiheit wurde vom Bundesgericht 1965 als ungeschriebenes Grundrecht anerkannt (BGE 91 I 480). Sie ist ebenfalls im internationalen Recht verbürgt durch den Artikel 27 des Pakts



II, welcher gemäss der Praxis des Komitees für die Menschenrechte und gemäss der Lehre ein Individualrecht darstellt.

Die Sprachenfreiheit garantiert den Gebrauch der Muttersprache (BGE 116 Ia 346 f.). Darunter ist sowohl die gesprochene als auch die geschriebene Sprache zu verstehen sowie die Dialekte; darüber hinaus nicht nur die erste, während der Kindheit erlernte Sprache, sondern auch eine zweite oder dritte Sprache, die gut beherrscht wird (ZBI 1982, 361). Nach der Lehre gewährleistet dieses Grundrecht gar den Gebrauch einer Sprache nach freier Wahl (Malinverni im Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, Sprachenfreiheit, Rn. 6; Morand, Liberté de la langue et principe de territorialité, in: RDS, Bd. 112 [1993], S. 20 ff.). Diese Ausdehnung ist vom Bundesrat angenommen worden (BBI 1991 II 335). Der Umfang der Sprachenfreiheit unterscheidet sich danach, ob es sich um Beziehungen zwischen einzelnen Personen oder ob es sich um das Verhältnis des Einzelnen zum Staat handelt. Im ersten Fall handelt es sich um das Recht, sich in der Sprache seiner Wahl auszudrücken. Im zweiten Fall geht es um eine Mindestanforderung, die im wesentlichen den Gebrauch einer Minderheitensprache unter bestimmten Umständen garantiert. Es geht, anders ausgedrückt, darum, dass den historischen nationalen Minderheiten nicht eine Amtssprache oder eine einzige Unterrichtssprache auferlegt wird. Das Bundesgericht anerkennt Einschränkungen der Sprachenfreiheit im Verhältnis des Einzelnen zum Staat, die auf das Territorialitätsprinzip zurückzuführen sind (BGE 91 I 486; 100 Ia 465; 106 Ia 302). Diese Rechtsprechung wird von der Lehre oft kritisiert, die annimmt, dass das Prinzip der Territorialität die Massnahmen zum Schutz einer Minderheitensprache umschreibe, dass es aber nicht angehe, im Namen der sprachlichen Homogenität sprachliche Minderheiten zu diskriminieren (Malinverni, a.a.O., Rn. 42; Morand, a.a.O., S. 35). Dieser Meinung ist auch der Bundesrat (BBI 1991 II 336 f.). Das ist der Grund, warum eine generelle Formulierung bevorzugt wird, die nicht auf das Territorialitätsprinzip Bezug nimmt, die dem Bundesgericht die derzeitige Rechtsprechung weiterzuführen einräumt und die zugleich eine Entwicklung der Rechtsprechung in die von der oben zitierten Lehre vorgezeichneten Richtung zulässt.

Eine alternative Formulierung könnte die Sprachenfreiheit lediglich in den Grenzen des Territorialitätsprinzips gewährleisten. Damit wäre die Rechtsprechung des Bundesgerichts getreulich wiedergegeben. Eine solche Lösung hätte allerdings den Nachteil, jede Entwicklung des Territorialitätsprinzips in die Richtung der oben vermerkten Lehre zu unterbinden. Sie würde aber den Debatten der Eidgenössischen Räte betreffend die Revision von Art. 116 BV Rechnung tragen. Im Ergebnis hat es das Parlament verweigert, die Sprachenfreiheit ohne das Korrektiv des Territorialitätsprinzips zu gewährleisten (Amtl. Bull. SR 1992 1057 ff. und NR 1993, 1559 ff.). Zur Zeit sieht die Revisionsvorlage zu Art. 116 BV lediglich Förderungskompetenzen vor.

#### Art. 15 Freiheit der Kunst und der Wissenschaft

Art. 15 VE vereinigt zwei kulturelle Grundrechte, nämlich die Freiheit der Kunst sowie die Freiheit von Lehre und Forschung.

Das Bundesgericht anerkennt die Unterrichts- und Forschungsfreiheit wie auch die Kunstfreiheit nicht als ungeschriebenes Verfassungsrecht. Es erachtet sie aber als von der Meinungsfreiheit mitgewährleistet (ZBI 1965, 365). Immerhin vertreten der Bundesrat und die Bundesversammlung die Auffassung, die Unterrichtsfreiheit und die Lehrfreiheit seien ungeschriebene Grundrechte (BBI 1981 III 1068; 1988 I 769; Amtl. Bull. NR 1982 II 1745). Der Bundesgesetzgeber hat die Wissenschaftsfreiheit ausdrücklich anerkannt im Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über die Wissenschaft (Art. 3; SR 420.1) und im ETH-Gesetz vom 3. Oktober 1991 (Art. 5 Abs. 3; SR 414.110). Sie ist auch vom internationalen Recht gewährleistet, durch den Artikel 15 § 3 des Pakts I. Als integrale Bestandteile der Meinungsäusserungsfreiheit sind die beiden Freiheiten zudem gewährleistet durch die Artikel 19 § 2 des Pakts II und 10 der EMRK.

Die Kunstfreiheit schützt auf der einen Seite die künstlerische Produktion, auf der anderen Seite deren Präsentation (ZBI 1963, S. 365) sowie das Produkt (ZBI 1986, S. 129). Sie nimmt nicht nur den Künstler selber in Schutz, sondern auch die Mittler, d.h. diejenigen Personen, die partizipieren an der Vermittlung des Kunstwerks, insbesondere den Galerieinhaber, den Impresario eines Künstlers, den Herausgeber eines Buchs oder den Kinobesitzer. Die Kunstfreiheit erfordert auch ein Handeln des Staates, der eine geeignete, für die Ausübung der Freiheit unverzichtbare Infrastruktur zur Verfügung stellen muss. Der Bund fördert die schweizerische Filmproduktion und die kulturellen Aktivitäten auf dem Gebiet des Kinos (vgl. Art. 27ter BV, bzw. Art. 73 VE). Die Kunstfreiheit beinhaltet jedoch nicht das Individualrecht auf eine positive Leistung des Staates.

Die Wissenschaftsfreiheit gewährleistet dem Lehrkörper und den öffentlichen Hochschulen eine Autonomie und einen freien Handlungsspielraum betreffend der Unterrichtsmethoden und der vermittelten Inhalte. Als Lehr- und Unterrichtsfreiheit gewährleistet sie dem Studierenden, die Fachrichtung frei zu wählen und den Studiengang wie seine wissenschaftliche Arbeit frei zu organisieren sowie auch das Recht, seinen Beruf frei zu wählen. Die Forschungsfreiheit schützt die geistige und methodische Unabhängigkeit des Forschers gegen Interventionen des Staates (BBI 1981 III 1068 f.; 1988 I 769 f.). Die Unterrichts- und Lehrfreiheit verlangt ein Handeln des Staates (beispielsweise eine entsprechende, für die Grundlagenforschung unabdingbare, Infrastruktur bereitzustellen, eine Hochschule zu gründen, usw.), beinhaltet jedoch kein Individualrecht auf positive Leistungen des Staates. So umfasst das Grundrecht nicht auch die Freiheit, Studiengänge, Unterrichtsprogramme und die Durchführung von Examen zu planen (BBI 1988 I 770). Was die Forschungsfreiheit anbetrifft, beinhaltet diese nicht auch ein Anrecht auf bestimmte Fondsmittel (W. Haller, Die Forschungsfreiheit, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef, S. 133).

## Art. 16

### Versammlungsfreiheit

Die Versammlungsfreiheit, ein ungeschriebenes Grundrecht des Bundes, macht einen unverzichtbaren Bestandteil unseres demokratischen politischen Systems aus und gilt seit der Anerkennung 1970 durch das Bun-

desgericht als Voraussetzung der Ausübung der politischen Rechte (BGE 96 I 218).

Da es sich bei der Versammlungsfreiheit um ein ideelles Grundrecht handelt, ist es ihr Zweck, den Austausch von Ideen und die Meinungsbildung zu ermöglichen. *Absatz 1* gewährleistet die Versammlungsfreiheit in genereller Form. Diese gewährt allen Personen das Recht, sich mit anderen Menschen zu versammeln, um ein gemeinsames Ziel zu verfolgen oder zu erreichen, um Meinungen auszutauschen oder mit Dritten zu kommunizieren. Unter Versammlung ist dabei eine Ansammlung von Personen zu verstehen, die sich für eine gewisse Dauer versammeln, um ein gemeinsames Ziel zu verfolgen. Lange Zeit glaubten Rechtsprechung und Lehre zwischen einer Versammlung und einer Demonstration unterscheiden zu können mit der Begründung, letztere zeichne sich dadurch aus, dass sie an die Öffentlichkeit appelliere (BGE 100 Ia 392; Malinverni im Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, Artikel "Versammlungsfreiheit", Rn 18). Diese Unterscheidung hat ihre Bedeutung in dem Moment verloren, als das Bundesgericht die Anerkennung einer Demonstrationsfreiheit als ungeschriebenes Grundrecht verweigert und argumentiert hat, Demonstrationen und Umzüge seien von der Meinungs- und der Versammlungsfreiheit geschützt (BGE 107 Ia 226, 230). Über die demokratische Begründung hinaus schützt die Versammlungsfreiheit nicht nur politische Versammlungen, sondern auch freundschaftliche, wissenschaftliche, künstlerische Zusammenkünfte sowie Sport- und Erholungsveranstaltungen. Demnach ist die Natur der ausgetauschten Meinungen ohne Belang für den Schutz einer Zusammenkunft durch die Versammlungsfreiheit. Auf diese können sich aber nur friedliche Versammlungen und Demonstrationen berufen (BGE 111 Ia 322; Art. 11 § 1 EMRK und Art. 21 des Pakts II).

*Absatz 2* führt die Versammlungsfreiheit weiter aus, ohne aber die Materie erschöpfen zu wollen, und ermöglicht so eine der Rechtsprechung und dem internationalen Recht folgende Entwicklung. Jedermann hat das Recht, eine Versammlung einzuberufen und sie gemäss den gesetzten Zielen zu organisieren. Niemand kann zudem gezwungen werden, daran teilzunehmen; niemand darf an der Teilnahme gehindert werden.

Die Versammlungsfreiheit kommt allen Menschen zu. Doch kann sie in einigen Fällen auch von juristischen Personen angerufen werden, insbesondere wenn eine Gesellschaft eine frei zugängliche Versammlung veranstaltet (Malinverni, a.a.O., Rn. 44).

*Absatz 3* regelt Versammlungen auf öffentlichem Grund. Solche Versammlungen stellen einen gesteigerten Gemeingebrauch an öffentlichem Bodens dar. Deshalb dürfen sie einer behördlichen Genehmigung unterworfen werden. Entgegen der Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 107 Ia 66; vgl. auch 119 Ia 445, 449, wo das Bundesgericht eine Änderung der Rechtsprechung anzukündigen scheint) ist ein Teil der Lehre der Ansicht, eine solche Einschränkung sei heute ohne gesetzliche Grundlage nicht mehr zulässig. So machen auch Art. 11 § 2 EMRK und Art. 21 des Pakts II allfällige Schranken der Versammlungsfreiheit vom Bestehen einer genügenden gesetzlichen Grundlage abhängig. Gemäss der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist eine materiell-gesetzliche Grundlage dann genügend, wenn sie ihre Grundlage im formellen Ge-

setz hat (vgl. M. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, Zürich 1993, S. 312). Ein Gesetz im materiellen Sinn genügt also, um Versammlungen und Demonstrationen auf öffentlichem Boden einer Bewilligungspflicht zu unterstellen. Selbstverständlich bleibt die allgemeine Polizeiklausel vorbehalten.

Weil die Bewilligungspflicht geeignet ist, die Substanz der Versammlungsfreiheit zu beeinträchtigen, rechtfertigt es sich, diese Grundrechtsschranke im Verfassungstext ausdrücklich zu erwähnen.

## Art. 17

### Vereinsfreiheit

Art. 17 VE gewährleistet die Vereinsfreiheit. Der Entwurf entspricht Art. 56 BV; er gibt ihm jedoch eine modernere und aussagekräftigere Fassung. Die Vereinsfreiheit findet sich zudem in den Art. 11 EMRK und 22 des Pakts II (zusammen mit der Versammlungsfreiheit).

Obschon der Artikel 56 BV sich auf das "Recht, Vereine zu bilden" beschränkt, wird diesem Grundrecht eine grössere Tragweite zuerkannt. In ihrem positiven Aspekt beinhaltet die Vereinsfreiheit das Recht, frei Vereine zu gründen, ihnen als Mitglied anzugehören, in ihrem Namen interne wie externe Aktivitäten zu entfalten sowie das Recht, sie wieder aufzulösen (es ist anzunehmen, dass Versammlungen, die von einem Verein organisiert werden, aber der Öffentlichkeit offenstehen, unter den Schutz der Versammlungsfreiheit fallen). In ihrem negativen Aspekt beinhaltet das Grundrecht die Freiheit, keinem Verein angehören zu müssen und aus dem Verein jederzeit austreten zu dürfen. Während *Absatz 1* die Vereinsfreiheit gewährleistet, normiert *Absatz 2* die wichtigsten Aspekte und führt so den Grundsatz des Absatz 1 weiter aus. Absatz 2 könnte vervollständigt werden durch einen Satz, der das Recht nennt, nicht einem Verein angehören zu müssen und jederzeit austreten zu dürfen und so die negative Seite der Vereinsfreiheit auszuführen.

Der Begriff des Vereins muss weit ausgelegt werden und darf nicht verwechselt werden mit demjenigen der Artikel 60 ff. ZGB. Historisch konzipiert, um die freie Bildung von Parteien zu garantieren, schützt die Vereinsfreiheit alle dauernden Vereinigungen von Personen, die einen gemeinsamen ideellen Zweck verfolgen (politische, wissenschaftliche, literarische, kulturelle, sportliche u.ä. Vereinigungen). Die Frage, ob der Schutz auf Vereinigungen ohne juristische Persönlichkeit mit diffuser oder vorübergehender Zielsetzung ausgedehnt werden sollte (Gemeinschaften, Hausbesetzer, Aktions- und Unterstützungskomitees usw.), wird von der Lehre diskutiert. Jedenfalls können Vereinigungen nicht geschützt werden, die, wegen ihrer Zielsetzungen oder der verwendeten Mittel, unsittlich oder gefährlich sind, insbesondere diejenigen die den staatsgefährdend sind; solche Vereinigungen können verboten werden (vgl. Art. 275ter StGB sowie Art. 17 EMRK). Die Gründung eines Vereins ist weder bewilligungs- noch anzeigepflichtig.

Die Vereinsfreiheit schützt die Einzelnen gegen den Staat und gewährleistet ihnen den Schutz, nicht zur Mitgliedschaft in einem Verein gezwungen zu werden und nicht daran gehindert zu werden, jederzeit austreten zu dürfen. Demgegenüber hat sie keine Horizontalwirkungen und räumt insbesondere



nicht das Anrecht auf Mitgliedschaft in einem bestimmten Verein ein: letzterer hat die Befugnis, frei über den Kreis seiner Mitglieder zu bestimmen (es sei denn, die Vereinigung erfülle staatliche Aufgaben und es bestehe ein entsprechender Beitrittszwang).

Die Freiheit politischer Vereine von Ausländern kann besonderen Schranken unterworfen sein (Art. 16 EMRK). Andererseits scheint das Bundesgericht die Vereinsfreiheit auf natürliche Personen zu beschränken (BGE 100 Ia 277, 286; 97 I 116, 121), aber die Lehre räumt auch juristischen Personen (des Privatrechts) das Recht ein, sich auf sie zu berufen. Auch der negative Aspekt dieses Grundrechts kann in einigen Fällen und unter gewissen Voraussetzungen beschränkt werden mit einer Verpflichtung zur Mitgliedschaft, insbesondere im Rahmen einer öffentlichrechtlichen Körperschaft (beispielsweise die obligatorische Mitgliedschaft in einem Schützenverein [Art. 124 MO und Art. 5 der Verordnung über die aussermilitärische Schiesspflicht vom 27. Februar 1991, SR 512.31]; der Entwurf betreffend das Bundesgesetz über die Armee und die Militärverwaltung vom 8. September 1993 jedoch gibt diese Pflicht auf [BBl 1993 IV 1 ff., 73 und 181]; zu einer Berufskorporation [BGE 78 I 409 ff.]; zu einer Studentenvereinigung [BGE 110 Ia 36 ff.: die Zwangsmitgliedschaft ist nur zulässig, wenn die Vereinigung politisch neutral ist]). Die Vereinsfreiheit kann weitergehende Einschränkungen erfahren für Personen, die in einem besonderen Gewaltverhältnis stehen (BGE 99 Ib 129 ff.; Art. 11 § 2 in fine EMRK, der nicht verbietet, "dass die Ausübung [...] durch Mitglieder der Streitkräfte, der Polizei oder der Staatsverwaltung gesetzlichen einschränkungen unterworfen" werden). Der Pakt II ist hier restriktiver, indem er entsprechende Einschränkungen nur für Angehörige der Armee und der Polizei duldet (Art. 22 § 2).

#### Art. 18 Niederlassungsfreiheit

Artikel 18 VE entspricht Artikel 45 Absatz 1 BV.

*Absatz 1* garantiert jedem Schweizer und jeder Schweizerin das Recht, sich an einem beliebigen Ort in der Schweiz niederzulassen, sei es in der Absicht, dort Wohnsitz zu begründen, oder bloss zum Aufenthalt. Daraus folgt die Pflicht der Kantone und Gemeinden, jeder Person mit Schweizerischer Staatsangehörigkeit zu erlauben, sich auf ihrem Gebiet niederzulassen und andererseits das Verbot, den Wegzug in eine andere Gemeinde oder einen anderen Kanton zu erschweren. Die Niederlassungsfreiheit darf weder aus polizeilichen, fürsorgerischen noch fiskalischen Gründen beschränkt werden. Dagegen sind unter bestimmten Voraussetzungen Beschränkungen erlaubt, die sich aus einem besonderen Gewaltverhältnis ergeben, wie beispielsweise die Residenzpflicht, die Beamte verpflichtet, auf dem Gebiet jener Gemeinde Wohnsitz zu nehmen, für die sie tätig sind. Ausländerinnen und Ausländer sowie juristische Personen können sich nicht auf Artikel 18 berufen. Die Voraussetzungen der Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern sind im Bundesgesetz über den Aufenthalt und die Niederlassung der Ausländer (SR 142.20) festgelegt. Die juristischen Personen unterstehen den Regeln des Zivilrechts.



*Absatz 2* enthält das Recht jeder Schweizerin und jedes Schweizers, die Schweiz zu verlassen und jederzeit wieder zurückzukehren. Dieses Recht, das die Niederlassungsfreiheit konkretisiert, enthält auch das Recht auszuwandern (vgl. Dicke in Kommentar BV, Art. 45, Rz. 14; U. Haefelin / W. Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 3. Aufl., Rz. 1537).

#### **Art. 19 Schutz vor Ausweisung, Auslieferung und Ausschaffung**

*Absatz 1* übernimmt das Ausweisungsverbot für Personen mit Schweizer Bürgerrecht, das bisher in Artikel 45 Absatz 2 BV verankert ist. *Absatz 2* führt den völkerrechtlich verbindlichen Grundsatz der Nichtrückschiebung bedrohter Personen aus.

Das Verbot der Ausweisung von Schweizer Bürgerinnen und Bürgern ist ein Grundsatz, der sich zwingend aus dem Staatsangehörigkeitsrecht und aus der Niederlassungsfreiheit ergibt. Die Ausweisung wäre insbesondere mit dem jederzeitigen Rückkehrrecht jeder Person mit Schweizer Bürgerrecht nicht zu vereinbaren (Art. 18 Abs. 2 VE).

Ausweisung bedeutet, dass der Staat eine bestimmte Person verbindlich verpflichtet, das Staatsgebiet zu verlassen; sie ist regelmässig mit einem Rückkehrverbot verbunden. Ausschaffung ist der zwangsweise Vollzug einer Ausweisung. Bei Ausschaffung in den Staat, aus dem die Person in die Schweiz eingereist ist, spricht man von Rückschaffung. Die Auslieferung erfolgt auf Ersuchen einer ausländischen Behörde im Rahmen von Strafverfolgung und Strafvollzug.

Im Gegensatz zur Ausweisung ist die Auslieferung straffälliger Personen mit Schweizer Bürgerrecht kein Widerspruch zum jederzeitigen Rückkehrrecht in den Heimatstaat. Das Auslieferungsgesetz aus dem Jahre 1892 bzw. das geltende Rechtshilfegesetz (Art. 7, IRSG, SR 351.1) haben jedoch die Bundesverfassung so interpretiert, dass die Auslieferung nur mit dem Einverständnis der betroffenen Person erfolgen dürfe. Wird ein schweizerischer Straftäter in der Schweiz für eine Auslandtat verfolgt, wird er in der Schweiz abgeurteilt und verbüsst hier eine allfällige Strafe (Art. 6 StGB). Diese Haltung hat die Schweiz auch mit ihren Vorbehalten zum Europäischen Auslieferungsübereinkommen (SR 0.353.1) und zum Europäischen Übereinkommen zur Bekämpfung des Terrorismus (SR 0.353.3) eingenommen. Wenn jetzt dieser Grundsatz in die Verfassung aufgenommen wird, sollte er so abgefasst werden, dass er Entwicklungen des künftigen Völkerrechts nicht ausschliesst. In Verträgen über die Ahndung von Kriegsverbrechen oder anderen schweren Verbrechen gegen die Menschlichkeit (siehe die Aufzählung dieser unverjährbaren Verbrechen in Art. 75bis StGB) sind allenfalls Ausnahmen vom Auslieferungsverbot möglich. Mit dem vorgeschlagenen Text vereinbar erachten wir eine zeitlich beschränkte Auslieferung für die Dauer und die Erfordernisse eines Verfahrens, wenn die Schweiz die Garantie erhält, dass die Betroffenen nach Abschluss des Verfahrens wieder in die Schweiz rückgeführt werden. Dies könnte im Sinne einer Neuerung im Verfassungstext ausdrücklich präzisiert werden.

Gegenüber Ausländerinnen und Ausländern gilt grundsätzlich kein Auslieferungsverbot (vgl. Art. 100 Abs. 3 VE betreffend Ausweisung von Auslän-

derinnen und Ausländern). Nach Artikel 2 und 3 EMRK sowie Artikel 3 der UNO-Folterkonvention (SR 0.105) darf die Schweiz jedoch niemand an einen Staat ausliefern, in dem die betroffene Person gefoltert, unmenschlich behandelt oder ohne rechtsstaatlich korrektes Urteil hingerichtet werden könnte. Artikel 37 Rechtshilfegesetz hat das näher präzisiert, indem die Auslieferung nur erfolgen darf, wenn Gewähr besteht, dass ein allfälliges Todesurteil nicht vollstreckt wird. Flüchtlinge dürfen gestützt auf Artikel 33 Flüchtlingsübereinkommen (SR 0.142.30) grundsätzlich nicht in ein Land zurückgeschafft werden, in welchem sie anschliessend verfolgt (Grundsatz des non refoulement) oder in einem menschenrechtsverletzenden Verfahren abgeurteilt würden (Art. 5 und 6 EMRK, Art. 37 Abs. 2 IRSG).

*Absatz 2* fasst die Pflichten aus der Menschenrechtskonvention, aus dem Flüchtlingsübereinkommen und aus Artikel 2 des Rechtshilfegesetzes (SR 351.1) in einer Bestimmung zusammen, weil das Nichtrückschickungsgebot zweifelsfrei eine Verpflichtung mit Verfassungsrang ist.

## Art. 20

### Eigentumsgarantie

Die Bestimmung über die Eigentumsgarantie entspricht Artikel 22ter der geltenden Bundesverfassung.

*Absatz 1* gewährleistet die Existenz der Einrichtung "Eigentum" (*Institutsgarantie*), die konkreten Vermögensrechte des einzelnen (*Bestandesgarantie*) sowie unter bestimmten Voraussetzungen die Entschädigung rechtmässiger Eingriffe in das Eigentum (*Wertgarantie*). In *sachlicher* Hinsicht erfasst sie das Eigentum im sachenrechtlichen Sinne, die beschränkten dinglichen Rechte und den Besitz, obligatorische Rechte (wie Lohn- und Sozialversicherungsansprüche) sowie Immaterialgüterrechte. Der Schutz wohlerworbener Rechte folgt primär aus Art. 4 BV. Der *persönliche* Geltungsbereich erstreckt sich auf natürliche und juristische Personen sowie auf das Gemeinwesen, soweit es wie eine Privatperson betroffen wird. Die Nationalität des Eigentümers spielt grundsätzlich keine Rolle.

Gemäss *Absatz 2* werden zulässige Eigentumseingriffe nach Massgabe der *Wertgarantie* entschädigt. Entschädigungspflichtig sind die Entziehung des Eigentums (formelle Enteignung) sowie Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen (materielle Enteignung; zum Begriff statt vieler BGE 118 Ib 41 E. 2 a). Die Verfassung schreibt "volle" Entschädigung vor: Der Enteignete soll durch den entschädigten Eingriff weder einen Verlust erleiden noch einen Gewinn erzielen; er soll wirtschaftlich gleich gestellt sein wie vorher.

Artikel 22ter Absatz 2 BV, wonach Bund und Kantone im Rahmen ihrer verfassungsmässigen Befugnisse die Enteignung und Eigentumsbeschränkungen vorsehen können, ist ohne selbständige Bedeutung, da allgemeine Fragen der Grundrechtsbeschränkung nunmehr in Art. 30 VE (Schranken der Grundrechte) geregelt sind.

## Art. 21

### Wirtschaftsfreiheit

Art. 21 VE führt Art. 31 BV fort.

Art. 21 Abs. 1 VE gewährleistet in allgemeiner Weise die Freiheit der privatwirtschaftlichen Tätigkeit. Der Wortlaut des Entwurfs übernimmt den sachlich zu eng gewordenen Begriff der Handels- und Gewerbebefreiheit nicht mehr. Eine inhaltliche Änderung ist nicht beabsichtigt. Das Grundrecht schützt nach wie vor die Freiheit jeder privaten Erwerbstätigkeit, sei es im Bereich von Handel und Gewerbe, sei es in irgendeinem anderen Bereich.

*Absatz 2* hebt drei zentrale individuelle Teilgehalte des Grundrechts hervor, die Freiheit der Berufswahl, des Berufszugangs und der Berufsausübung (RHINOW in Kommentar BV, Art. 31, Rz. 68 ff.). Der Entwurf will damit die anerkannte menschenrechtliche Dimension des Grundrechts unterstreichen (freie Entfaltung der Persönlichkeit im wirtschaftlichen Bereich; vgl. BGE 116 Ia 240, im weiteren auch Art. 4 EMRK sowie Art. 8 des Paktes II). Die Person des Grundrechtsträgers wird in Art. 21 VE - anders als in den weiteren Freiheitsgarantien des Entwurfs - nicht direkt angesprochen. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die Handels- und Gewerbebefreiheit nach der neuesten, erst wenig gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht nur Personen mit Schweizer Bürgerrecht zugute kommt, sondern auch gewissen Kategorien ausländischer Staatsangehöriger (BGE 119 Ia 38). Die "unpersönliche" Formulierung, die dem Vorbild des geltenden Art. 31 BV folgt, stellt den Charakter der Wirtschaftsfreiheit als *verfassungsmässiges Individualrecht* (Art. 113 BV, Art. 163 VE) nicht in Frage.

Die Wirtschaftsfreiheit schützt vor staatlichen Eingriffen. Das Grundrecht vermittelt jedoch keinen Anspruch auf staatliche Leistungen (BGE 117 Ib 394; vgl. immerhin BGE 113 V 22 ff.) oder auf Vergabe öffentlicher Aufträge (BGE 102 Ia 542). Indessen kann sich auf das Grundrecht im Prinzip auch berufen, wer für die Ausübung seiner Erwerbstätigkeit den öffentlichen Grund und Boden beanspruchen will (BGE 101 Ia 480). Die Erhebung besonderer Gewerbesteuern oder -abgaben ist zulässig; diese dürfen jedoch weder prohibitiv noch protektionistisch sein (Rhinow in Kommentar BV, Art. 31, Rz. 216 ff., m.H.).

Anders als im geltenden Verfassungstext wird die *bundesstaatliche* Dimension des Grundrechts in Art. 21 VE nicht ausdrücklich hervorgehoben. Dass das Grundrecht "im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft" gewährleistet ist (wie Art. 31 Abs. 1 BV unterstreicht), d.h. den interkantonalen Wirtschaftsverkehr schützt, ist heute selbstverständlich (auch wenn die praktische Verwirklichung dieses Grundrechtsgehalts heute gewisse Schwierigkeiten bereitet). Eine besondere Erwähnung im Wortlaut des Art. 21 VE erscheint daher entbehrlich; dies um so mehr, als der Entwurf sich an anderer Stelle eingehend mit der Sicherung eines einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraums befasst (Art. 76 VE). Im übrigen ist heute anerkannt, dass das Grundrecht auch im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr gilt. Eine besondere Erwähnung dieses Aspekts im Verfassungswortlaut erübrigt sich.

Die Wirtschaftsfreiheit soll weiterhin keine unmittelbare Wirkung zwischen den Subjekten des privaten Rechts entfalten. Es wird vielmehr, wie bislang, Sache der zivil-, straf- und verwaltungsrechtlichen Gesetzgebung sein, den einzelnen gegen Beeinträchtigungen der freien wirtschaftlichen Betätigung



zu schützen, die von Privaten ausgehen (vgl. insb. Art. 28 ZGB; Kartellgesetzgebung).

**Absatz 3:** Nach Rechtspraxis und Rechtslehre kommt dem Grundrecht der Handels- und Gewerbefreiheit bekanntlich auch eine zentrale Bedeutung für die nähere Ausgestaltung des *Wirtschaftssystems* zu. Art. 31 BV gewährleistet eine grundsätzlich *staatsfreie* Wirtschaft und enthält insbesondere die Absage an eine zentral gelenkte Planwirtschaft (zum Grundsatz der *Staatsfreiheit* der Wirtschaft vgl. Leo Schürmann, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 3. Aufl., Bern 1994, 16 ff.). Umgekehrt spricht sich allerdings Art. 31 BV nicht positiv für ein bestimmtes ordnungspolitisches Modell zur Ausgestaltung der Wirtschaftsordnung aus. Bei der Formulierung des Absatz 3 waren folgende Gesichtspunkte wegleitend:

Nach der Praxis des Bundesgerichts und der übrigen Bundesbehörden vermag *nicht jedes öffentliche Interesse* einen Eingriff in die Handels- und Gewerbefreiheit zu rechtfertigen. Als grundsätzlich zulässig gelten wirtschaftspolizeiliche sowie sozialpolitische Massnahmen (letzteres seit BGE 97 I 506). Unzulässig sind dagegen sog. *wirtschaftspolitische* Massnahmen, d.h. Massnahmen, "mit denen in den freien Wettbewerb eingegriffen wird, um einzelne Gewerbetreibende oder Unternehmensformen zu bevorzugen und das Wirtschaftsleben nach einem festen Plan zu lenken" (BGE 111 Ia 186; ähnlich z.B. BGE 118 Ia 176; 117 Ia 445). Gewerbetreibende sind grundsätzlich gleich zu behandeln (BGE 112 Ia 34; vgl. auch BGE 116 Ia 348). Insoweit gewährleistet das geltende Verfassungsrecht - im Grundsatz - einen freien Wettbewerb, der nicht durch *staatliche* Massnahmen verfälscht wird (BGE 118 Ia 176; 111 Ia 186). Die Formel des Bundesgerichts hat ihre Wurzeln in Art. 31 Abs. 2 BV. Nach dieser Bestimmung ist es den Kantonen gestattet, Vorschriften über die *Ausübung* von Handel und Gewerbe sowie über deren Besteuerung zu erlassen; die kantonale Gesetzgebung darf jedoch "den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit nicht beeinträchtigen", sofern die Bundesverfassung nichts anderes vorsieht. Eine entsprechende Einschränkung besteht auch für die Bundesebene: Der Bund ist "an den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit gebunden" (Art. 31bis Abs. 2 BV), ausser die Verfassung ermächtigt ihn dazu, von jenem Grundsatz abzuweichen (Verfassungsvorbehalt für Massnahmen, die dem Grundsatz zuwiderlaufen, d.h. "systemabweichend" sind; vgl. z.B. Art. 31bis Abs. 3, Art. 31ter Abs. 1, Art. 31quinquies, Art. 32bis BV).

Der Rechtsprechungsformel des Bundesgerichts liegt ein spezifischer Begriff der *Wirtschaftspolitik* zugrunde, der vom allgemeinen wie vom ökonomischen Sprachgebrauch abweicht und zunehmend als problematisch erkannt wird. Die neuere Lehre und Praxis ist daher dazu übergegangen, statt von einem (prinzipiellen) Verbot wirtschaftspolitischer Massnahmen von der Bindung des Gemeinwesens an den *Grundsatz der Wettbewerbsneutralität* zu sprechen (vgl. z.B. BGE 118 Ia 177; Rhinow in Kommentar BV, Art. 31, Rz.166, 183; TOBIAS JAAG, Wettbewerbsneutralität bei der Gewährung von Privilegien im Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994, Zürich 1994, 477 ff., m.H.; vgl. jetzt auch Art. 8 Abs. 2 und 4 ÜB BV, je am Ende). Der Entwurf knüpft nicht an diese begriffliche Neuorientierung an, mit der im übrigen keine

Bedeutungsverschiebung verbunden ist, sondern übernimmt die bewährte Begrifflichkeit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ("freier Wettbewerb").

Der Grundsatz des freien Wettbewerbs ist nicht zu verwechseln mit einer staatlichen *Garantie* des funktionierenden wirtschaftlichen Wettbewerbs. Weder Art. 21 Abs. 3 VE noch Art. 75 VE bieten eine Grundlage für aktive Wettbewerbspolitik. Diese hat sich vielmehr auf Art. 78 VE zu stützen und muss die dort statuierten Rahmenbedingungen beachten. Der Grundsatz des freien Wettbewerbs richtet sich mit anderen Worten nicht gegen wettbewerbsbeschränkende Abreden Privater; er beinhaltet nur, aber immerhin, eine gegen den Staat gerichtete "negative" Wettbewerbsgarantie. Es bleibt zu unterstreichen, dass Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit aus wirtschaftspolizeilichen, sozialpolitischen, umweltpolitischen und anderen nicht-ökonomischen Motiven auch unter Art. 21 Abs. 3 VE weiterhin grundsätzlich zulässig sein werden.

Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit unterliegen denselben Anforderungen wie die Grundrechtsbeschränkung im allgemeinen. Sie sind nunmehr zusammenfassend in Art. 30 VE geregelt. Eine spezielle Regelung in unmittelbarem Anschluss an die Grundrechtsgewährleistung, wie sie in Art. 31 Abs. 1 a.E. sowie in Art. 31 Abs. 2 BV vorgesehen ist, erübrigt sich deshalb. Weitere Rahmenbedingungen für die Wirtschaftsgesetzgebung leiten sich aus Art. 75 ff. VE ab. Auch eine spezielle Vorschrift, welche nach dem Muster des heutigen Art. 31 Abs. 2 BV ausdrücklich die wirtschaftsrechtlichen Regelungsbefugnisse der *Kantone* umschreibt, ist entbehrlich: Grundlage für die kantonale Rechtsetzung im Wirtschaftsbe- reich ist Art. 3 BV beziehungsweise künftig Art. 32 VE; die prinzipielle Bin- dung an den "Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit" (Art. 31 Abs. 2 BV) ergibt sich aus Absatz 3 sowie aus Art. 75 VE. Es bleibt im übrigen darauf hinzuweisen, dass die in der Rechtsprechung des Bundes- gerichts zu Art. 31 Abs. 2 BV entwickelte Unterscheidung von wirt- schaftspolizeilichen und sozialpolitischen Massnahmen einerseits, die grundsätzlich zulässig sind, sowie von sog. wirtschaftspolitischen Mass- nahmen andererseits, die "systemabweichend" und daher im Prinzip unzu- lässig sind (vgl. z.B. BGE 118 Ia 176), sehr problematisch ist (vgl. RHINOW in Kommentar BV, Art. 31, Rz.164 ff.). Auf eine ausdrückliche Erwähnung dieser drei Kategorien von Massnahmen im Verfassungstext wird daher verzichtet.

Die Formulierung des Art. 21 VE knüpft an Begriffe an, die sich in der neueren Verfassungsrechtspraxis und -lehre eingebürgert haben (für den Begriff Wirtschaftsfreiheit vgl. z.B. § 20 KV AG; Art. 23 KV BE; HANS MARTI, Die Wirtschaftsfreiheit der schweizerischen Bundesverfassung, Ba- sel/Stuttgart 1976; KLAUS A.VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, 2. Aufl., Bern 1991; für den Begriff des "freien Wettbewerbs" vgl. z.B. BGE 118 Ia 176).

Im Sinne einer redaktionellen Alternative wäre die Fortführung des ge- wohnten, allerdings weniger präzisen Begriffs "Handels- und Gewerbefrei- heit" im Sachtitel und/oder im Wortlaut von Art. 21 VE denkbar. Statt der Bezeichnung "Grundsatz des freien Wettbewerbs" (vgl. BGE 111 Ia 186;



BGE 118 Ia 176) könnte entweder der Begriff "Grundsatz der Wettbewerbsneutralität" gewählt werden, der sich in der Verfassungspraxis (BGE 116 Ia 351, 118 Ia 176, 120 Ia 238; Art. 8 Abs. 2 sowie Abs. 4 ÜB BV, je am Ende) sowie in der Lehre inzwischen eingebürgert hat, oder auch der Begriff "Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit", der sich an die Begrifflichkeit des geltenden Verfassungsrechts (vgl. Art. 31 Abs. 2 BV: "Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit") anlehnt.

## Art. 22 Koalitionsfreiheit

Art. 22 VE nennt ausdrücklich und in einer eigenen Bestimmung die Koalitionsfreiheit (oder gewerkschaftliche Freiheit), die heute im Rahmen der Vereinsfreiheit von Art. 56 BV garantiert ist. Das Recht zur Bildung von Gewerkschaften wird auch garantiert von den Art. 11 EMRK und 22 des Pakts II sowie präzisiert und detailliert in Art. 8 des Pakts I. Schliesslich sind das Recht auf Bildung von Gewerkschaften und die Koalitionsfreiheit auch gewährleistet von der Konvention Nr. 87 der ILO (International Labour Organisation) von 1948, die die Schweiz 1976 ratifiziert hat.

Nach der herrschenden Lehre umfasst die Garantie der gewerkschaftlichen Freiheit das Streikrecht und die Aussperrung (welche manchmal auch an anderen Bestimmungen der Verfassung aufgehängt werden: Art. 31 ff. und 34ter BV). In einem Urteil von 1985 hat das Bundesgericht die Frage offengelassen, ob das Streikrecht als Grundrecht gewährleistet sei (BGE 111 II 245, 253). Heute ist das Streikrecht in der Schweiz durch zwei völkerrechtliche Verträge gewährleistet: von Art. 8 § 1 Bst. d des Pakts I, der das Streikrecht ausdrücklich nennt, und durch die ILO-Konvention Nr. 87 nach der Praxis der Organe der ILO, für welche das Streikrecht einen unverzichtbaren Bestandteil der gewerkschaftlichen Vereinsfreiheit im Sinne der Konvention darstellt.

*Absatz 1* entfaltet die verschiedenen Aspekte des Bedeutungsgehalts der Koalitionsfreiheit. Diese macht ein besonderer Aspekt der Vereinsfreiheit aus. Eigens zugeschnitten auf das Umfeld der (kollektiven) Arbeitsbeziehungen gewährleistet sie in gleicher Weise für Arbeiter und für Angestellte, Gewerkschaften zu gründen und sich in ihnen zusammenzuschliessen, das sind Vereinigungen zur Wahrnehmung der jeweiligen Interessen und zum Schutz der jeweiligen Arbeitsbedingungen. Die Koalitionsfreiheit umfasst zudem das Individualrecht, sich einer Gewerkschaft anzuschliessen (positiver Aspekt), die Freiheit, nicht beitreten zu müssen oder jederzeit austreten zu können (negativer Aspekt) sowie die Freiheit der Gewerkschaften, ihre Aktivitäten frei zu entfalten und sich zusammenzuschliessen (Art. 8 § 1 Bst. b und c Pakt I; Art. 3 und 5 ILO-Konvention Nr. 87). Die Koalitionsfreiheit verbietet die behördliche Auflösung oder die Suspendierung gewerkschaftlicher Organisationen.

*Absatz 2* gewährleistet das Streikrecht und die Aussperrung als Bestandteile der Koalitionfreiheit. Immerhin können die Ausübung des Streikrechts und die Aussperrung gesetzlich normiert und auch beschränkt werden, wie es der zweite Satz des Absatz 2 präzisiert; der Streik kann sogar für gewisse Kategorien von Personen verboten werden. Die zwei obengenannten internationalen Verträge, die Koalitionsfreiheit und Streikrecht garantieren

lassen es zu, dass die nationale Rechtsordnung diese besonderen gesetzlichen Schranken unterwirft für Angehörige der Armee, der Polizei und für die öffentliche Verwaltung (Art. 8 § 2 Pakt I). Solche Schranken können darin bestehen, dass die Freiheiten einer generellen Beschränkung – nicht aber einem Verbot – unterliegen (d.h. die Gesamtheit der öffentlichen Verwaltung ausnehmen), oder in einem umfassenden Verbot für bestimmte Gruppen von Beamten, oder auch in einer Kombination beider Massnahmen. Ein generelles Verbot des Streiks für die Gesamtheit der öffentlichen Verwaltung, wie das schweizerische Recht für die Bundesbeamten (Art. 23 BeamtenG) sowie verschiedene Kantone kennen, scheint aber nicht mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen vereinbar zu sein. Gesetzliche Bestimmungen betreffend die Modalitäten der Ausübung des Streikrechts und betreffend dessen Einschränkung für die öffentliche Verwaltung können sich auf den Zweck des Streiks beziehen ("politische" Streiks), ferner auf die Mittel (Zwang, Gewalt, usw.), auf die Garantie der Erhaltung der wichtigsten Funktionen der Verwaltung oder auf ein verhandeltes Minimum an Diensten. Einschränkungen in der öffentlichen Verwaltung müssen zudem kompensiert werden (beispielsweise durch Verhandlungszwang).

Auf die Koalitionsfreiheit berufen können sich einzelne Arbeiter und Angestellte (Recht, einer Gewerkschaft anzugehören oder nicht anzugehören zu müssen) sowie die Organe der Gewerkschaften selber (Freiheit, die Aktivitäten frei zu entfalten und sich zusammenzuschliessen). Die Koalitionsfreiheit der Ausländer kann zusätzliche spezifische Einschränkungen erfahren.

#### Art. 23 Allgemeine Verfahrensgarantien

Art. 23 VE fasst verschiedene, durch die Rechtsprechung zu Art. 4 BV konkretisierte Teilaspekte des Verbots der formellen Rechtsverweigerung in einem Verfassungsartikel zusammen. Die Bestimmung übernimmt die in Praxis und Doktrin übliche Systematik (vgl. Sachregister der Amtlichen Sammlung der BGE, Titel "Verbot der formellen Rechtsverweigerung"; Häfelin/Haller, Bundesstaatsrecht, S. 496 ff., G. Müller, Kommentar BV, N 85 ff. zu Art. 4).

Anders als die in den Artikeln Art. 24-26 VE enthaltenen Garantien gewährt Art. 23 VE allgemeine Verfahrensrechte, die in Gerichts- und Verwaltungsverfahren zur Anwendung kommen. *Absatz 1* stellt das Gebot der gleichen und gerechten Behandlung im Verfahren auf. Daraus folgt insbesondere das Verbot der (formellen) Rechtsverweigerung i.e.S., der Rechtsverzögerung und des überspitzten Formalismus. Rechtsverzögerung erscheint als abgeschwächte Form der Rechtsverweigerung: hier bleibt die zuständige Gerichts- oder Verwaltungsbehörde gänzlich untätig oder prüft das Rechtsbegehren nur unzureichend, dort trifft sie ihren Entscheid nicht innert angemessener Frist (BGE 107 Ib 160, 164). Überspitzter Formalismus bildet insofern eine besondere Form der Rechtsverweigerung, als der rechtssuchenden Person durch übertriebene formelle Anforderungen der Rechtsweg versperrt wird (BGE 119 Ia 4, 6). Aus dem Verbot der Rechtsverweigerung lässt sich schliesslich auch der - für gerichtliche Verfahren in Art. 24 VE verselbständigte - Anspruch auf rechtmässige Zusammensetzung der entscheidenden Behörde ableiten (BGE 117 Ia 408 ff.). Der in *Absatz 2* umschriebene Anspruch auf rechtliches Gehör garantiert den Einzel-

nen, in einem sie betreffenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren mitzuwirken. Die Garantie dient nicht nur der Sachaufklärung, sondern stellt auch ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar (BGE 112 Ia 1, 3). Wichtige Teilgehalte des Anspruchs sind das Recht auf vorgängige Orientierung und Äusserung, auf Akteneinsicht sowie auf Anhörung, Prüfung und Begründung. Das Recht, am Verfahren mitzuwirken, kann u.U. bedingen, der betroffenen Person die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Dieser Teilaspekt des rechtlichen Gehörs ist in *Absatz 3* erfasst. Die Bestimmung nennt die allgemeinen, für alle Verfahrensarten gültigen Voraussetzungen (Bedürftigkeit, Nichtaussichtslosigkeit und - für die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes - sachliche Notwendigkeit); sie stellt damit klar, dass der Anspruch grundsätzlich auch in nichtgerichtlichen Verfahren bestehen kann. - Das Bundesgericht hat sämtliche der in Art. 23 VE erfassten Einzelaspekte des Verbots der formellen Rechtsverweigerung aus Art. 4 BV abgeleitet. Grundlage der Konkretisierung auch der allgemeinen Verfahrensgarantien i.S. von Art. 23 VE bilden neben Art. 4 BV weitere, internationalrechtliche Quellen. Dazu gehört v.a. Art. 6 EMRK (Grundsatz des "fair trial", "procès équitable") und die diesbezügliche Rechtsprechung.

#### Art. 24 Gerichtliche Verfahren

Art. 24 VE fasst verschiedene Verfahrensgarantien zusammen, die heute teilweise in der BV (Garantie des verfassungsmässigen Richters und des Wohnsitzrichters: Art. 58 und Art. 59 Absatz 1 und 2 BV), teilweise nur im kantonalen Recht oder aber in internationalen Instrumenten (Öffentlichkeitsprinzip: kantonale Verfassungen und Verfahrensgesetze; Art. 6 EMRK) verankert sind. Anders als Art. 23 VE betrifft Art. 24 VE ausschliesslich *gerichtliche* Verfahren.

*Absatz 1* soll die Rechtsfindung durch das ordnungsgemäss bestellte und zusammengesetzte, örtlich und sachlich zuständige, unabhängige und unparteiische Gericht sicherstellen. Die Garantie ist einerseits als Konkretisierung des Grundsatzes der Gewaltenteilung zu verstehen, andererseits soll sie ein korrektes und faires Verfahren und damit letztlich ein gerechtes Urteil ermöglichen (BGE 114 Ia 50, 55). Im Vergleich zum geltenden Verfassungstext (Art. 58 Abs. 1 BV) verzichtet Art. 24 VE einerseits darauf, das Verbot von Ausnahmerichtern ausdrücklich zu erwähnen. Dieses Verbot ergibt sich bereits aus dem Anspruch auf Beurteilung durch das auf Gesetz beruhende Gericht: dessen Zuständigkeit darf nicht ad hoc oder ad personam, sondern muss durch generell-abstrakte Normen (also nicht zwingend durch die Verfassung selbst) bestimmt oder bestimmbar sein. Andererseits enthält Art. 24 VE ausdrücklich auch die vom Bundesgericht schon früh aus Art. 58 BV abgeleitete, vom kantonalen Recht nicht entziehbare Garantie des unabhängigen und unparteiischen Richters, wie sie auch in Art. 6 Ziff. 1 EMRK verankert ist. Wie frühere Verfassungsentwürfe verzichtet auch Art. 24 VE schliesslich auf eine Art. 58 Abs. 2 BV entsprechende Bestimmung (Abschaffung der geistlichen Gerichtsbarkeit). Eine solche Bestimmung kann heute als obsolet betrachtet werden.

Mit der Formulierung "Jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss", wird angedeutet, dass es Fälle gibt, in

denen die Beteiligten einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung haben. Gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK ist dies bei "Streitigkeiten über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen" sowie bei "strafrechtlichen Anklagen" der Fall. Diese Begriffe sind gemäss der Strassburger Rechtsprechung autonom, d.h. unabhängig vom nationalen Recht auszulegen (so der EGMR erstmals im Urteil i.S. Ringeisen c/A, Série A vol. 13, Ziff. 94); sie sind insbesondere nicht mit den Begriffen "Zivilrecht" und "Strafrecht" im Sinne von Art. 101 und 102 VE identisch. Aus Gründen einer einheitlichen Verfassungsterminologie erschien es nicht angezeigt, die internationale Terminologie in die Verfassung zu übernehmen. Auch vom Versuch, die in Art. 6 Ziff. 1 EMRK verwendeten Begriffe zutreffend und in der für einen Verfassungstext nötigen Kürze zu umschreiben, wurde Abstand genommen. Art. 24 VE weist nun immerhin noch darauf hin, dass es Fälle gibt, in denen die Parteien eine gerichtliche Beurteilung verlangen können; welche Fälle dies sind, ergibt sich nach wie vor aus dem Völkerrecht, insbesondere aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK und der darauf abgestützten Rechtsprechung.

*Absatz 2* hält im Grundsatz an der Garantie des Wohnsitzrichters (Art. 59 Abs. 1 BV) fest. Im Vergleich zur geltenden Verfassungsbestimmung lässt Art. 24 VE jedoch verschiedene Einschränkungen fallen (insbesondere keine Beschränkung auf "persönliche Ansprachen" und auf "aufrechtstehende Schuldner"). Dabei könnte die Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf "Zivilklagen" den Eindruck erwecken, als gehe die vorgeschlagene Bestimmung über eine blosser Nachführung hinaus. Die Formulierung ist jedoch im Zusammenhang mit Satz 2 zu sehen. Danach kann "das Gesetz" (gemeint sind Gesetze von Bund und Kantonen sowie Staatsverträge) abweichende Gerichtsstände bestimmen. Die Erweiterung in Satz 1 kann also von vornherein nur in dem Umfang wirksam werden, als "das Gesetz" keinen anderen als den Wohnsitzgerichtsstand bestimmt. Ziel von Satz 2 ist es im übrigen, die gegenwärtige (in bezug auf die persönlichen Ansprachen "verfassungswidrige") Situation bereinigen. Diese Situation ist durch die zahlreichen Ausnahmen von der geltenden Verfassungsbestimmung infolge der besonderen Gerichtsstände in der Bundesgesetzgebung entstanden. Hinzu kommt, dass die Schweiz bei der Ratifizierung des Lugano-Übereinkommens mit Rücksicht auf Art. 59 Abs. 1 BV einen Vorbehalt anbringen musste. Dieser ist bis 1999 befristet; die Aufnahme von Art. 24 Abs. 2 VE würde deshalb die Verpflichtung zur Verfassungsänderung, wie sie sich aus dem Lugano-Übereinkommen ergibt, einlösen. Die konkrete Formulierung der Bestimmung lehnt sich im übrigen an einen Formulierungsvorschlag der Kommission des Schweiz. Anwaltsverbands an, welche sich mit der Vereinheitlichung der Gerichtsstände sowie Vorschriften über die Anerkennung und Vollstreckung ausserkantonaler Zivilurteile befasst.

*Absatz 3* nimmt den in der heutigen BV nicht enthaltenen Grundsatz der Öffentlichkeit gerichtlicher Verfahren in den Verfassungsentwurf auf. Dieser Grundsatz ist in den letzten Jahren unter dem Einfluss der Rechtsprechung zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK vermehrt ins Zentrum des Interesses gerückt. Die Formulierung im VE stellt klar, dass der Öffentlichkeitsgrundsatz die Verhandlung und die Urteilsverkündung, nicht aber die Beratung erfasst. Einschränkungen der Öffentlichkeit bleiben unter Umständen, zum Schutz privater oder öffentlicher Interessen, möglich (vgl. den Katalog in Art. 6



Ziff. 1 EMRK; BGE 119 Ia 99, 100 f., EGMR i.S. Schuler-Zgraggen c/CH, Série A 263).

## Art. 25

### Freiheitsentzug

Art. 25 VE fasst die Verfahrensgarantien zusammen, die einer Person zustehen, welcher die Freiheit entzogen wird. Die einzelnen Garantien können als Konkretisierungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör sowie des ungeschriebenen Grundrechts der persönlichen Freiheit (letzteres offengelassen in BGE 119 Ia 221, 233 f.) verstanden werden. Während bei Absatz 1 nur die Garantie von Art. 5 Ziff. 1 EMRK Pate stand, lehnt sich Absatz 2 der vorgeschlagenen Bestimmung auch an frühere Vorentwürfe an, nämlich Art. 22 des VE 1985 (Rechtsschutz bei Freiheitsentzug) sowie Art. 15 des VE Müller/Kölz (Rechtsschutz für Inhaftierte und Internierte), welcher seinerseits dem VE 1977 (Art. 21) entspricht.

*Absatz 1* erinnert zunächst daran, dass ein Freiheitsentzug nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen zulässig ist (vgl. Art. 9 Abs. 2 VE i.V.m. Art. 30 Abs. 1 und 2 VE). Die Bestimmung hält ausserdem fest, dass dies nur auf die vom Gesetz vorgesehene Weise geschehen darf. Die Verfassung verweist damit auf das im konkreten Fall anwendbare kantonale oder eidgenössische Recht, dessen Verletzung somit gleichzeitig auch eine Verletzung der Verfassungsgarantie darstellt.

*Absatz 2* ist in drei Unterabsätze gegliedert. *Bst. a* gilt für alle Arten des Freiheitsentzugs, also insbesondere auch für den fürsorgerischen Freiheitsentzug im Sinne von Art. 397 ff. ZGB. Die Garantie stellt eine Konkretisierung des Anspruchs auf rechtliches Gehör dar (vgl. Art. 23 Abs. 2 und 3 VE). Die Schwere des Eingriffs rechtfertigt es, sie an dieser Stelle besonders hervorzuheben, ohne dass daraus jedoch Umkehrschlüsse für andere Verfahren (insb. Strafverfahren, vgl. Art. 26 VE) gezogen werden könnten. *Bst. b* betrifft ausschliesslich den Fall der Untersuchungshaft. Die Garantie der unverzüglichen Vorführung vor den Richter soll eine erste, unabhängige und unparteiische Kontrolle der Haft sicherstellen. Nach der Praxis zu Art. 5 Ziff. 3 EMRK muss diese Kontrolle nicht zwingend durch ein Gericht (i.S. von *Bst. c* oder von Art. 24 VE) erfolgen; es kann sich auch etwa um einen Untersuchungsrichter handeln, solange dieser nicht im späteren Verlauf des Verfahrens als Anklagevertreter in Frage kommt (BGE 117 Ia 199 ff. im Anschluss an EGMR i.S. Huber c/CH, Série A 188). Über diese Garantie hinaus enthält *Bst. b*, als Konkretisierung des Grundrechts der persönlichen Freiheit, in einem zweiten Teil auch den Anspruch des Untersuchungsgefangenen, dass seine Strafsache innert angemessener Frist beurteilt wird. Die darin liegende Begrenzung der zulässigen Dauer der Untersuchungshaft stellt zwar keine eigentliche Verfahrensgarantie dar; sie kann wegen des engen Sachzusammenhangs aber gleichwohl an dieser Stelle erwähnt werden. Die Garantie von *Bst. c* gilt wiederum für alle Arten des Freiheitsentzugs, also nicht nur für die Untersuchungshaft. Jede Person, der die Freiheit entzogen wurde, soll das Recht haben, die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs durch ein Gericht überprüfen zu lassen. Eine Ausnahme bildet insofern lediglich der Fall, dass der Freiheitsentzug bereits durch ein Gericht angeordnet wurde (also insbesondere bei Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe). Die Bestimmung hält ausdrücklich fest, dass die betroffene

Person jederzeit das Gericht anrufen kann. Daraus leitet sich auch das Recht ab, je nach dem Motiv des Freiheitsentzugs mehrmals, in vernünftigen Abständen, eine richterliche Überprüfung zu verlangen (vgl. EGMR i.S. Winterwerp c/NL, Série A 33).

## Art. 26

### Strafverfahren

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat aus Art. 4 BV verschiedene spezifische Minimalrechte der angeschuldigten Person abgeleitet und, insbesondere mit Blick auf Art. 6 EMRK, weiterentwickelt. Ein Teil dieser Garantien stellt sich als Konkretisierung von Verfahrensrechten dar, die bereits an anderer Stelle in allgemeingültiger Weise geregelt sind (vgl. Art. 23 VE: Anspruch auf ein faires Verfahren, auf rechtliches Gehör, auf unentgeltliche Rechtspflege). Der Umstand, dass das Strafverfahren besonders empfindlich in die Rechte der betroffenen Person eingreifen kann, rechtfertigt es, solche allgemeingültigen Verfahrensrechte hier besonders hervorzuheben (vgl. Abs. 2).

*Absatz 1* verankert den Grundsatz der Unschuldsvermutung ausdrücklich in der Verfassung, also den Anspruch der angeschuldigten bzw. angeklagten Person, bis zum gesetzlichen Nachweis ihrer Schuld als unschuldig zu gelten. Die Garantie enthält nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in erster Linie eine Beweislast- und eine Beweiswürdigungsregel (BGE 120 Ia 31, 35 ff.). Es ist Sache der Strafverfolgungsbehörden, die Schuld nachzuweisen und nicht Sache der angeschuldigten oder angeklagten Person, ihre Unschuld zu beweisen (Beweislast). Ausserdem ist die angeklagte Person freizusprechen, wenn trotz objektiver Würdigung des gesamten Beweisergebnisses "schlechterdings nicht zu unterdrückende Zweifel" fortbestehen (Beweiswürdigung, in dubio pro reo). Aus dem letztgenannten Grundsatz folgen weitere Garantien, namentlich das Verbot von Äusserungen, die auf eine Vorverurteilung hinauslaufen (BGE 116 Ia 14 ff., 116 IV 31, 39 ff.), oder die Zweifel an der Unschuld einer freigesprochenen Person aufkommen lassen (EGMR i.S. Sekanina c/A, Série A 266-A), sowie das grundsätzliche Verbot der Kostenaufgabe bei Freispruch oder Einstellung des Verfahrens (BGE 116 Ia 162 ff.).

*Absatz 2* stellt eine Konkretisierung des Anspruchs auf rechtliches Gehör dar. Die Bestimmung umschreibt zunächst die Grundvoraussetzung, die erfüllt sein muss, damit die Verteidigungsrechte wirksam ausgeübt werden können (Anspruch auf rechtzeitige und umfassende Orientierung über die erhobenen Beschuldigungen). Zu den der betroffenen Person "zustehenden Verteidigungsrechten" gehören insbesondere das Recht auf ausreichende Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung der Verteidigung, das Recht, sich selbst zu verteidigen, einen Wahlverteidiger zu bestellen oder gegebenenfalls einen Officialverteidiger zu erhalten, das Recht, Fragen an die Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen, sowie unter Umständen das Recht, unentgeltlich einem Dolmetscher zu erhalten.

*Absatz 3* hält als Grundsatz fest, dass jede strafrechtlich verurteilte Person das Recht hat, das Urteil durch eine höhere Instanz nachprüfen zu lassen. Diese Rechtsmittelgarantie ergibt sich heute bereits aus Art. 2 des Siebten Zusatzprotokolls zur EMRK und aus Art. 15 Ziff. 5 des Paktes II. Im Un-

terschied zu Art. 2 des Siebten Zusatzprotokolls nennt Art. 26 Abs. 3 VE nur die Ausnahme der Entscheidung durch das höchste Gericht. Die beiden anderen nach der EMRK zulässigen Ausnahmen (Bagatellsachen und Verurteilung durch die Rechtsmittelinstanz nach erstinstanzlichem Freispruch) sind - soweit sie für unsere Rechtsordnung überhaupt eine Rolle spielen - mit Inkrafttreten von Pakt II gegenstandslos geworden: Nach Art. 15 Ziff. 5 Pakt II gilt die Rechtsmittelgarantie absolut. Dies ist der Grund, weshalb die Schweiz zu Art. 15 Ziff. 5 für die Fälle den Vorbehalt angebracht hat, in denen das Bundesgericht als erste und einzige Instanz urteilt.

Im Sinne einer Neuerung käme im Rahmen von Absatz 3 auch eine Bestimmung in Betracht, in der der 2. Satz ersatzlos gestrichen würde. Ein Verzicht auf die Ausnahme wäre in der Tat wohl möglich, würde aber auf Bundesebene ein erstinstanzliches, dem Kassationshof des Bundesgericht vorgelagertes, Bundesstrafgericht voraussetzen.

## Art. 27 Petitionsfreiheit

Art. 27 VE führt Art. 57 BV nach, der das Petitionsrecht gewährleistet.

In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts definiert *Satz 1* die Petitionsfreiheit als das Recht, jederzeit der zuständigen Behörde, Bittschriften, Vorschläge, Kritik und Beschwerden einzureichen, ohne Nachteile oder rechtlich bedeutende Konsequenzen jedwelcher Natur befürchten zu müssen (BGE 104 Ia 434, 437).

*Satz 2* hält die Pflicht der Behörden fest, von Petitionen Kenntnis zu nehmen und gegebenenfalls der zuständigen Stelle weiterzuleiten (BGE 98 Ia 484, 488f.; 119 Ia 53, 55).

Das Petitionsrecht kommt allen natürlichen und juristischen Personen zu, auch ausländischen, minderjährigen usw. Petitionen unterliegen keinen bestimmten Formerfordernissen.

Im Sinne einer Neuerung könnte das Petitionsrecht ausgedehnt werden. Das Bundesgericht hat es abgelehnt, aus der Petitionsfreiheit die Pflicht der Behörden abzuleiten, die Eingabe materiell zu behandeln und darauf zu antworten; es komme dem Gesetzgeber zu, eine solche Pflicht zu begründen (BGE 119 Ia 55). Diese Rechtsprechung ist namentlich von der Lehre grundsätzlich kritisiert worden mit der Begründung, eine Petition könne nicht eigentlich ihre Funktion erfüllen, wenn die Behörde diese nicht materiell prüfe und auch darauf antworte und so die Ernsthaftigkeit der Eingabe des Petenten anerkenne. In der Praxis kann generell festgestellt werden, dass die Behörden weiter gehen, als die Petition bloss zur Kenntnis zu nehmen. So sehen etwa die politischen Behörden des Bundes für die ans Parlament gerichteten Petitionen die Pflicht vor, diese materiell zu behandeln (vgl. Art. 45 des Geschäftsreglements des Nationalrats [SR 171.13] und Art. 37 des Geschäftsreglements des Ständerats [SR 171.14]). Gleiches gilt für die Praxis des Bundesrats und der Bundesverwaltung (VPB 39.43 mit weiteren Nachweisen; 48.25). Was die Kantone betrifft, so sehen diejenigen, die ihre Verfassungen in den letzten Jahren revidiert haben, ausdrücklich die Pflicht vor, auf Petitionen zu antworten, d.h. materiell auf

sie einzutreten (Art. 20 KV/BE; Art. 21 KV/OW; Art. 60 KV/GL; Art. 26 KV/SO; § 10 KV/BL; § 19 KV/AG; § 12 KV/TG; Art. 80 KV/JU).

## Art. 28 Wahl- und Abstimmungsfreiheit

Art. 28 VE gewährt ein ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht, das das Bundesgericht aus dem von der Bundesverfassung garantierten Stimmrecht ableitet (BGE 75 I 224, 245; 89 I 442, 443; 90 I 69, 73; 98 Ia 602, 610; 104 Ia 215, 223; 106 Ia 20, 22; 113 Ia 291, 294; 114 Ia 427, 432; 117 Ia 41, 46; 452, 455; 118 Ia 259, 261; 119 Ia 271, 272). Art. 25 Pakt II garantiert unter anderem das Stimmgeheimnis. Mit Blick auf die offene Stimmabgabe an Landsgemeinden hat die Schweiz einen entsprechenden Vorbehalt angebracht (AS 1993 750, 797).

Nach dem Bundesgericht ist das Stimm- und Wahlrecht ein von der Bundesverfassung garantiertes Recht. Insbesondere räumt es dem Bürger die Garantie ein, dass ein Abstimmungs- oder Wahlresultat nur dann anerkannt werde, wenn es Ausdruck der freien und unverfälschten Willensäusserung der Stimmberechtigten ist. Es gewährleistet dem Bürger insbesondere auch das Recht, seine Meinung vollständig frei zu bilden, d.h. nicht nur geheim, sondern auch frei von jeder äusseren Beeinflussung abstimmen und wählen zu können, weiter aber auch das Recht, seinen Abstimmungs- oder Wahlzettel gemäss seiner tatsächlichen Überzeugung auszufüllen (vgl. BGE 90 I 69, 73). Dieses verfassungsmässige Recht erscheint also als die Gewährleistung eines minimalen Individualrechts für ein freiheitliches Funktionieren der Demokratie, welches auch immer die Ebene sei, auf der dieses Recht ausgeübt wird (eidgenössische, kantonale oder kommunale).

Aus der zahlreichen Praxis des Bundesgerichts folgt für die Wahl- und Abstimmungsfreiheit, dass sie insbesondere die Garantie der geheimen Stimmabgabe enthält (BGE 98 Ia 602, 610), weiter die Verpflichtungen der Behörden, Abstimmungsfragen korrekt zu formulieren (in der Sache und in der Form; BGE 106 Ia 20, 27) und das Gebot der Einheit der Materie zu respektieren (BGE 104 Ia 215, 223), zudem die behördliche Pflicht, den Bürger über den Gegenstand einer Abstimmung wahrheitsgemäss zu informieren, ein absolutes Verbot, in Wahlkämpfen zu intervenieren (BGE 113 Ia 291, 296), ein Gebot, in Abstimmungskampagnen Zurückhaltung zu üben (BGE 114 Ia 427), schliesslich die Pflicht aller (besonders aber der Presse), bei Wahlen und Abstimmungen nicht eine lügenhafte Propaganda zu betreiben (vgl. Knapp, Kommentar zu Art. 5 BV Rz. 62 ff.).

*Absatz 1* verankert den Grundsatz. *Absatz 2 Satz 1* nimmt die zwei Säulen der Definition des Bundesgerichts auf: die freie Willensbildung des Bürgers und die unverfälschte Stimmabgabe. *Satz 2* erlaubt es den Kantonen, vom Grundsatz der geheimen Stimmabgabe abzuweichen in den Fällen der Landsgemeinde und der Gemeindeversammlung.

Die Bestimmungen betreffend die kantonale Kompetenz auf dem Gebiet des Stimm- und Wahlrechts finden sich in Art. 42 VE (Ausübung des Stimm- und Wahlrechts); die Regeln für eidgenössische Abstimmungen sind in Art. 115 VE enthalten (Stimm- und Wahlrecht). Auf diese Ausführungen ist hier nur zu verweisen.



**Art. 29 Wirkungen der Grundrechte**

Art. 29 VE normiert Prinzipien des ungeschriebenen Verfassungsrechts.

Grundrechte sind Rechte, die den Einzelnen zugesprochen werden, weil sie eine grundlegende Bedeutung haben für die Ausgestaltung der Beziehungen mit der Gesellschaft und mit den öffentlichen Gewalten. Ihre Funktion ist eine defensive, d.h. dass sie dazu dienen, den Zugriff des Staates auf die Einzelnen zu beschränken, und zugleich eine positive, d.h. dass sie den Staat zum Handeln veranlassen oder ihm gar eine Pflicht auferlegen. In beiden Fällen ist das verfolgte Ziel dasselbe: die wirksame Realisierung der Grundrechte und Grundfreiheiten.

*Absatz 1* trägt dieser doppelten Funktion Rechnung: er stellt den verfassungsrechtlichen Auftrag dar, für eine effektive Verwirklichung der Grundrechte mit allen juristischen Möglichkeiten zu sorgen, die für ein Erreichen des verfolgten Zwecks dienlich sind. In ihrer positiven Funktion wenden sich die Grundrechte v.a. an den Gesetzgeber: die Wahl der geeigneten Massnahmen zur Durchführung der Grundrechte kommt grundsätzlich den politischen Behörden zu (vgl. beispielsweise den vom Bundesgericht vorgebrachten Vorbehalt im Urteil vom 18. Januar 1985, ZBI 1986, S. 492, 496).

*Absatz 2* gibt an, welches die Destinatäre oder Pflichtträger der Grundrechte sind, d.h. wer an diese gebunden ist, sei es dadurch, dass ein Handeln unterlassen wird, sei es dass gehandelt wird, um die Grundrechte zu schützen und sie zu verwirklichen: es sind dies die Behörden aller öffentlichen Gemeinwesen (Eidgenossenschaft, Kantone, Gemeinden) und wer sonst eine staatliche Aufgabe wahrnimmt. Demgegenüber sind alle Privatpersonen, die als Einzelne unter Individuen handeln, nicht gehalten, die Grundrechte in derselben Weise zu respektieren (Problem der Horizontalwirkung der Grundrechte). Grundsätzlich sind die Beziehungen unter den Individuen geregelt durch das Privatrecht (Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kartellrecht, Unlauterer Wettbewerb, usw.), die wichtigsten Beeinträchtigungen sind vom Strafrecht verboten (Schutz von Leib und Leben, Ehre, Eigentum, usw.). In allen diesen Fällen kann sich ein Einzelner nicht direkt auf ein verfassungsmässiges Grundrechte stützen, um sich gegen den Eingriff eines anderen Individuums zu verteidigen; er hat sich auf die Gesetze zu berufen, die die Grundrechte ins Werk setzen. Nur ausnahmsweise, d.h. da, wo die Verfassung es vorsieht, kann eine Vorschrift direkt auch auf Beziehungen zwischen Individuen angewendet werden. Das bekannteste Beispiel dafür ist die Bestimmung über gleichen Lohn für Männer und Frauen (Art. 4 Abs. 2 Satz 3 BV bzw. Art. 7 Abs. 3 VE).

**Art. 30 Schranken der Grundrechte**

Art. 30 VE normiert Regeln des ungeschriebenen Verfassungsrechts.

Es ist anerkannt, dass die von der Verfassung garantierten Grundrechte nicht absolut zu verstehen sind, und dass sie beschränkt werden können. Solche Beschränkungen dürfen die Grundrechte allerdings nicht ihres Gehalts entleeren; daher müssen die Bedingungen, unter denen die Ein-

schränkung von Grundrechten zulässig ist, ihrerseits verfassungsrechtlich festgelegt werden. Ein Grundrechtseingriff ist dann zulässig, wenn er vier Bedingungen erfüllt: er darf den Kerngehalt des Grundrechts nicht tangieren, muss eine gesetzliche Grundlage haben, im öffentlichen Interesse erfolgen und verhältnismässig sein (BGE 109 Ia 244, 247; 115 IA 247; 118 Ia 73; 436; 119 Ia 353; 478). Anstatt diese Eingriffsordnung bei jedem der vom Verfassungsentwurf garantierten Grundrechte eigens zu nennen – wie es die die EMRK tut –, schien es angebracht, ihr eine eigene Bestimmung zu widmen. Es ist hinzuzufügen, dass dort, wo ein Grundrecht gewissen bestimmten Schranken unterworfen ist – d.h. Schranken, die über das gemäss der allgemeinen Eingriffsordnung Zulässige hinausgehen –, der Text des Verfassungsentwurfs dies ausdrücklich nennt (vgl. z.B. Art. 12 Abs. 4, Art. 13 i.V. mit Art. 68 Abs. 2, Art. 16 Abs. 3, Art. 20 Abs. 2, Art. 21 Abs. 3, Art. 22 Abs. 2 Satz 2 VE).

*Absatz 1* zählt die allgemeinen Voraussetzungen auf, unter denen ein Grundrechtseingriff zulässig ist. Zunächst muss der Eingriff eine gesetzliche Grundlage haben, d.h. auf einer generell-abstrakten Rechtsregel gründen; diese kann in einem formellen Gesetz bestehen oder auch in einer Verordnung, angesichts einer Delegation der Gesetzgebungskompetenz (vgl. den Kommentar zu Art. 4 Abs. 1 und Art. 141 Abs. 2 VE). Der Eingriff muss weiter im öffentlichen Interesse erfolgen; der Begriff des öffentlichen Interesse ist örtlich und zeitlich variabel und umfasst eine Reihe von sogenannten Polizeigütern (Ordnung, Sicherheit, Gesundheit, Moral, öffentlich Ruhe, usw.) oder auch soziale, kulturell, geschichtliche und wissenschaftliche Werte (vgl. den Kommentar zu Art. 4 Abs. 2 VE). Grundrechtseingriffe können auch mit dem Schutz entgegenstehender Grundrechte Dritter begründet werden. Dies ist Ausdruck des klassischen Gedankens, wonach die eigene Freiheit ihre Schranke in der Freiheit des anderen findet. Schranken dieser Art müssen in erster Linie durch das Gesetz gezogen werden. So wird z. B. die Meinungsfreiheit im Interesse des Persönlichkeitsschutzes durch Bestimmungen zivilrechtlicher und strafrechtlicher Natur beschränkt. Damit wird zugleich die Horizontalwirkung der Grundrechte ausgedrückt (vgl. den Kommentar zu Art. 29 Abs. 2 VE). Schliesslich muss der Eingriff verhältnismässig zum verfolgten Zweck sein, d.h. tauglich und erforderlich sein und in einem vernünftigen Verhältnis zum zu erreichenden Ziel stehen (vgl. den Kommentar zu Art. 4 Abs. 2 VE).

*Absatz 2* präzisiert die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage, die im Bereich der Grundrechte strengeren Regeln gehorcht als in der Leistungsverwaltung: wenn ein Eingriff schwer ist, muss er zwingend im formellen Gesetz enthalten sein und der Gesetzgeber hat nicht die Freiheit, seine Kompetenz einem anderen Organ zu delegieren – wie es in den anderen Bereichen staatlicher Tätigkeit zulässig ist (vgl. den Kommentar zu Art. 4 Abs. 1 und Art. 141 Abs. 2 VE). Satz 2 behält die polizeiliche Generalklausel vor, die vom Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage entbindet, nicht jedoch von den anderen Bedingungen für die Einschränkung eines Grundrechts.

*Absatz 3* sieht vor, dass ein Grundrecht nicht in seinem Kerngehalt tangiert werden darf. Der Grundgehalt eines Grundrechts (Kerngehalt) ist derjenige

Bereich, wo die Freiheit keine Eingriffe duldet; z.B. bilden die Menschenwürde und das Recht auf Leben gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts den Kerngehalt der persönlichen Freiheit (BGE 109 Ia 244, 247; 273, 289-290). Im allgemeinen nennt der Verfassungsentwurf bei den einzelnen Grundrechte deren Kerngehalt nicht und überlässt diese Aufgabe der Rechtsprechung (vgl. aber Art. 9 Abs. 1 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2, Art. 13 Abs. 4 zweiter Teilsatz, Art. 19 Abs. 2 Satz 2 VE). Dieses System hat den Vorteil, dass es offen ist und angepasst werden kann an die Problemstellungen unter geänderten Umständen.

Das Problem von besonderen Beschränkungen für einzelne Personengruppen (Minderjährige, Ausländer, Beamten, Angehörige der Armee, Häftlinge, usw.) endlich ist unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit anzugehen; eine ausdrückliche Regelung dieses Fragenkomplexes scheint daher entbehrlich. So können die Grundrechte der Minderjährigen z.B. nur in dem Masse zusätzlich beschränkt werden, wie diese noch nicht die Urteilsfähigkeit besitzen; sie können sich also auf die ihre Persönlichkeit betreffenden Grundrechte erst berufen, sobald sie urteilsfähig sind; oder allgemein dürfen die Grundrechte von in einem besonderen Gewaltverhältnis zum Staat stehenden Personen nur in dem Masse zusätzlich beschränkt werden, wie das öffentliche Interesse die Errichtung des besonderen Gewaltverhältnisses überhaupt zulässt (BGE 101 Ia 175, 181; Urteil des Bundesgerichts vom 22. Dezember 1983, ZBI 1984, S. 308, 311).

## 2. Kapitel: Sozialziele

### Art. 31

Artikel 31 VE stellt formell eine Neuerung dar, da die geltende Verfassung keine Sozialziele als solche nennt. Sie sind aber zum Teil in der Form von Kompetenznormen und Gesetzgebungsaufträgen konkretisiert, so in den Art. 24novies, 27 Abs. 2, 31quinquies, 34 bis 34novies und 69 BV. Darüberhinaus hat sich die Schweiz mit der Ratifikation des Pakts I verpflichtet, die Rechte auf Arbeit, auf soziale Sicherheit und Unterstützung, auf Gesundheit und auf Bildung anzuerkennen und ihre Gewährleistung voranzutreiben. Diese Rechte jedoch nicht direkt anwendbar (BGE 120 Ia 1, 10 ff., betreffend das Recht auf Bildung); zudem schlägt der Pakt I keine Lösung bei den Modalitäten der Anerkennung dieser Rechte vor, auch nicht betreffend die Aufgabenteilung im innerstaatlichen Recht.

Angesichts dieser Umstände trifft Art. 31 VE eine der möglichen Lösungen, nämlich die Ergänzung der traditionellen Grundrechten durch bestimmte Sozialziele, wobei aber diese beiden Kategorien sorgfältig auseinandergehalten werden. Der Wortlaut von Art. 31 VE zeigt an, dass die Eidgenossenschaft und die Kantone je innerhalb ihrer Kompetenzen die nötigen Massnahmen treffen, um die genannten Ziele zu verfolgen (Ingress zu Absatz 1). Gemäss Absatz 2 verfolgen sie diese Ziele in Ergänzung zur privaten Initiative und Verantwortung und im Rahmen der verfügbaren Mittel. Der Entwurf stellt weiter klar, dass die Sozialziele in keinem Fall Ansprüche entstehen lassen, auf die sich die Individuen vor der Justiz berufen könnten, dass sie vielmehr nur Impulse an die Adresse des

(eidgenössischen oder kantonalen) Gesetzgebers darstellen. Justiziable Ansprüche können nur aufgrund von Gesetzen entstehen, welche die verfassungsrechtlichen Ziele konkretisieren.

Art. 31 VE sagt nichts zur Frage der Aufgabenteilung zwischen den Kantonen und der Eidgenossenschaft, was die Konkretisierung der Ziele anbelangt. Diese Frage ist im 3. Titel des Entwurfs normiert (insbesondere im 7. Abschnitt des 2. Kapitels über die Aufgabenteilung im Bereich der sozialstaatlichen Aufgaben, Art. 88 ff. VE).

Erwähnt sei, dass die neueren kantonalen Verfassungen vergleichbare Bestimmungen enthalten (z.B. Bern und Appenzell Ausserrhoden).



### 3. Titel: Bund und Kantone

#### 1. Kapitel: Verhältnis von Bund und Kantonen

##### 1. Abschnitt: Stellung der Kantone

##### Art. 32 Aufgaben

Artikel 32 VE führt einen Teil der bis anhin in Artikel 3 BV verankerten Normbestandteile sowie die Bundestreue als ungeschriebenes Verfassungsrecht nach.

Artikel 3 BV, der bestimmt, die Kantone seien souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist, wird von Art. 3 VE wörtlich sowie von Art. 32 VE in einer zweigliedrigen Bestimmung weitergeführt: *Absatz 1* schreibt die subsidiäre Zuständigkeit der Kantone auf allen Gebieten vor, die nicht dem Bund übertragen sind und *Absatz 3* verankert den Grundsatz, dass die Kantone das Bundesrecht unter der Aufsicht des Bundes vollziehen. Beide Teilaspekte zusammen - die subsidiäre Aufgabenerfüllung und der Vollzugsföderalismus - sind das Bekenntnis zur Staatlichkeit der Kantone und führen insofern den heute nicht mehr ganz adäquaten Begriff der Souveränität unter den Bedingungen der Bundesstaatlichkeit aus. Die Bestimmung führt vom Normprogramm des Art. 3 BV allerdings nur jene Bestandteile weiter, welche die Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen betreffen. Artikel 32 VE enthält also zusammen mit Art. 3 VE, der die Eigenstaatlichkeit der Kantone bekräftigt, die staatsausgestaltende Grundentscheidung für den Föderalismus als konkretes politisches Prinzip in moderner Ausgestaltung und im Sinne des Subsidiaritätsprinzips. Als Folgewirkung kann sich die Bundesverfassung damit begnügen, einseitig die Kompetenzen des Bundes festzulegen; die Kantone bleiben automatisch zuständig auf allen übrigen Gebieten und zudem in den meisten Fällen auch ergänzend zur Tätigkeit des Bundes (in dieser Hinsicht anders der Art. 51 des VE 1977, der den Kantonen auf verschiedenen Gebieten die Hauptverantwortung überträgt; vgl. aber die Bestimmung des Art. 52 Abs. 1 VE 1977). Trotzdem kommt der Bestimmung nicht der Rang einer generellen Vermutung der kantonalen Kompetenz in Fällen des Zweifels zu; vielmehr sind die Bundeskompetenzen der Bundesverfassung sinngemäss auszulegen. Sollen dem Bund neue Aufgaben zugewiesen werden, ist es Sache des Verfassungsgebers zu entscheiden, wie (sachlich) umfassend die Kompetenz ausgestaltet werden und welche rechtliche Wirkung der Kompetenzordnung im Verhältnis zum kantonalen Recht zukommen soll. Eine Zuständigkeit des Bundes wie der Kantone bedeutet in gewisser Hinsicht stets Befugnis und Verpflichtung zugleich, eine bestimmte Aufgabe zu erfüllen.

*Absatz 2* charakterisiert die Stellung der Kantone als Organe des Bundesstaates und bezieht sie in die Willensbildung des Bundes mit ein. Die Bestimmung nimmt u.a. Bezug auf die Anhörungspflicht, das Ständemehr für Verfassungsänderungen und auch auf die Institution des Ständerats.

*Absatz 3* statuiert den Grundsatz, dass die Kantone das Bundesrecht vollziehen. Freilich kann dieses etwas anderes bestimmen, und so ist die vor-

geschlagene Vollzugsordnung gewissermassen nur subsidiär. Auch hier kann jedoch davon ausgegangen werden, dass eine substantielle Beteiligung der Kantone an der Ausgestaltung des Vollzugs und eine Anpassung an die jeweiligen Gegebenheiten und kulturellen Besonderheiten gemeint ist. Der Bund darf aber keine Aufgabe oder Teile davon an die Kantone weitergeben. Er hat vielmehr den Vollzug durch die Kantone zu beaufsichtigen und durch seine Rechtspflegeorgane Fehler in der Anwendung von Bundesrecht zu überprüfen, wobei in der Regel eine Ermessenskontrolle eingeschlossen ist und nicht bloss eine Verbandsaufsicht stattfindet. Solches gilt - über den Genehmigungsvorbehalt - grundsätzlich auch bei einer Delegation rechtsetzender Befugnisse an die Kantone. Umgekehrt können die Kantone grundsätzlich keine eigenen Aufgaben an den Bund übertragen (vgl. den Kommentar zu Art. 34 VE).

*Absatz 4* begründet eine wechselseitige Verpflichtung von Bund und Kantonen, einander beizustehen und in der Erfüllung ihrer Aufgaben zusammenzuarbeiten. Das Gebot der Bundestreue liegt im Rechtsprinzip von Treu und Glauben (bzw. im Rechtsmissbrauchsverbot) oder in einem allgemeinen Vertrauensprinzip begründet und bezweckt die politische Integration des föderalistisch organisierten Bundesstaates. Aus der Grundnorm des Föderalismus fliessen die Verpflichtungen der gegenseitigen Rücksichtnahme, der Respektierung der Kompetenzsphären, des loyalen Verhaltens in Ausnahmesituationen ein allgemeines Gebot der einvernehmlichen Zusammenarbeit sowie eine Pflicht zu positiver Hilfeleistung (nur) in Krisensituationen und unter der Voraussetzung, dass Hilfe ohne beträchtlichen finanziellen Aufwand und ohne andere erhebliche Belastungen für den Unterstützenden möglich ist.

## Art. 33

### Eigenständigkeit

Artikel 33 VE umfasst Teile des Artikel 3 BV und der Gemeindeautonomie als ungeschriebenes Verfassungsrecht.

Artikel 33 *Absatz 1* VE schreibt die Eigenständigkeit (Selbstbestimmung) der Kantone fest. Diese besteht auf den Gebieten der Aufgabenwahrnehmung, der Finanzen und der Organisation des politischen Gemeinwesens, was zusammen einen wesentlichen Bestandteil der originären Staatlichkeit der Kantone ausmacht. Auch wenn der Bund in den Formen der bundesstaatlichen Willensbildung seine Kompetenzen grundsätzlich frei festsetzen kann, so kommt in Artikel 33 *Absatz 1* VE doch deutlich zum Ausdruck, dass ein Eingriff in den Kern der Autonomie der Kantone grundsätzlich gegen die Verfassung verstiesse. Mithin garantiert die Bestimmung einen substantiellen Föderalismus.

*Absatz 2* drückt aus, dass der Bund die Gebietskörperschaften der Kantone - dies sind in den meisten Fällen die Gemeinden - in ihrer Autonomie in dem Masse schützt, wie diese vom kantonalen Recht gewährleistet wird (sogenannte Gemeindeautonomie).

Artikel 40 VE 1977 und Artikel 47 der Modell-Studie des EJPD (je die Absätze 1 und 2) haben die Aufgaben- und Organisationsautonomie der Kantone je textlich gefasst.

Im Sinn einer Neuerung könnte man allenfalls vorgeschlagen, die Gemeindeautonomie nicht bloss nach Massgabe des kantonalen Rechts schützen, sondern eine substantielle Autonomie von Bundesrechts wegen vorschreiben.

#### Art. 34 Zusammenarbeit

Artikel 34 VE führt Artikel 7 BV sowie ungeschriebenes Verfassungsrecht nach.

Der Artikel 34 VE geht von einer umfassenden Ermächtigung der Kantone aus, untereinander Verträge und Vereinbarungen abzuschliessen, welche Gegenstände aller drei Gewalten betreffen können (Gesetzgebung, Verwaltung und Regierung, Gerichtswesen). Solche Verträge können selbstverständlich auch gemeinsame Organe konstituieren (*Absatz 1*). In Analogie zum Völkerrecht gilt der Grundsatz, dass interkantonale Verträge Vorrang haben vor dem kantonalen Recht; hingegen derogiert Bundesrecht selbstverständlich auch Konkordaten.

*Absatz 2* nennt als Schranken der Vertragsschlusskompetenz der Kantone zum einen das Bundesrecht insbesondere die Kompetenzordnung der Bundesverfassung, zum anderen die Interessen des Bundes in einem weiteren Sinn, besonders die Aufrechterhaltung der demokratischen Kontrolle durch die kantonalen Parlamente und zum dritten die Rechte anderer Kantone. Selbstverständlich ist der Beitritt zu einem Vertragswerk ins Ermessen der Kantone gestellt; eine Allgemeinverbindlicherklärung des Bundes widerspräche klar der Rechtsnatur der Konkordate und ist nicht vorgesehen. Der Bund selber kann an Vereinbarungen nur im Fall einer parallelen Kompetenz teilhaben. Für rechtsetzende Verträge ist grundsätzlich kein Platz: es muss der Weg der Bundesgesetzgebung beschritten werden.

Die Genehmigungspflicht des *Absatzes 3* soll den bundesrechtlichen Schranken Beachtung verschaffen und eine Harmonisierung des Konkordatsrechts ermöglichen, hat jedoch nur deklaratorische Wirkung. Die Kenntnissgabe aller Verträge ist unabdingbare Voraussetzung dafür, dass der Bund den Vollzug von Verträgen verhindern kann, die Bundesrecht, die Interessen des Bundes oder Rechte anderer Kantone verletzen (Art. 34 Abs. 2 VE). Die Praxis bleibt aber offensichtlich schon heute hinter dem geltenden Wortlaut von Art. 7 BV Absatz 2 Teilsatz 2 zurück; eine Beschränkung der Genehmigungspflicht auf rechtsetzende Verträge aber bedeutete keine Nachführung im strengen Sinn.

Soweit Artikel 7 Abs. 1 BV Sonderbündnisse betrifft, ist er obsolet, da solche heute undenkbar geworden sind. Zudem verstiesse der Abschluss von Verträgen politischen Inhalts zwischen Kantonen gegen die Bundestreuepflicht.

#### Art. 35 Beachtung des Bundesrechts

Artikel 35 VE führt Teile des Artikels 3 BV, den Artikel 14 BV sowie den Artikel 2 der Übergangsbestimmungen weiter.

Artikel 35 *Absatz 1* VE normiert die bundesstaatliche Kollisionsnorm, wonach zuständigkeitsgerechtes Bundesrecht entgegenstehendem kantonalem Recht vorgeht. Dieser Grundsatz ist impliziter Bestandteil des Normprogramms von Artikel 3 BV, wird jedoch von der Lehre an Artikel 2 der Übergangsbestimmungen aufgehängt. Die derogatorische Wirkung von Bundesrecht ist von allen Behörden von Amtes wegen zu beachten, ist verfassungsmässiges Recht und kann in allen Verfahren gerügt werden, subsidiär mit staatsrechtlicher Beschwerde beim Bundesgericht. Die Folge der Derogation ist sofortige und unmittelbare Ungültigkeit gegenüber allen Rechtsakten, d.h. Nichtigkeit des betreffenden Aktes und nicht bloss Suspension.

*Absatz 2* verankert eine allgemeine Aufsicht des Bundes über den Vollzug des Bundesrechts durch die Kantone (vgl. Art. 32 Abs. 3 VE). In der Durchsetzung des Bundesrechts kann der Bund gemäss *Absatz 2 Satz 2* nötigenfalls alle geeigneten Massnahmen ergreifen: Er kann Weisungen erlassen, Berichterstattung einfordern, eine Genehmigungspflicht statuieren, Klage beim Bundesgericht erheben, eine Ersatzvornahme anordnen, Kommissare entsenden und schliesslich, als äusserstes Mittel der Bundesexekution, militärisch eingreifen. Diese Mittel nennt jedoch der VE infolge deren Vielfalt und des Differenzierungsbedarfs nicht.

Artikel 14 BV fordert von den Kantonen einen umfassenden Verzicht auf unerlaubte Selbsthilfe in der Durchsetzung ihrer Ansprüche (auch Retorsion) gegen andere Kantone und verweist sie auf die Entscheidungsverfahren des Bundes bzw. auf den Rechtsweg. Diese Verpflichtung geht offensichtlich in der weitergehenden Bundestreuepflicht von Artikel 32 Absatz 4 VE auf. Die Normbestandteile des Artikels 2 der Übergangsbestimmungen müssen in eine entsprechende Übergangsbestimmung der neuen BV Eingang finden, wonach Normen der Bundesgesetzgebung, der Verträge der Kantone und der kantonalen Verfassungen und Gesetze, welche mit dieser Verfassung im Widerspruch stehen, mit der Annahme dieser Verfassung ausser Kraft treten. Falls der VE effektiv nur das geltende Verfassungsrecht nachführt und keine Reformen enthält, könnte auf eine entsprechende Bestimmung allenfalls auch verzichtet werden, da keine Kollisionsfälle auftreten können.

#### Art. 36      **Amts- und Rechtshilfe**

Artikel 36 VE führt die Artikel 61 und 67 BV weiter und kodifiziert das aus den allgemeinen Zivil- und Strafrechtskompetenzen des Bundes fliessende Gewohnheitsrecht.

Die bundesweite Anerkennung von Zivilurteilen korrespondiert mit der Garantie des Wohnsitzrichters gemäss Art. 59 BV: Die Rechtswohltat des ordentlichen Gerichtsstandes des Wohnsitzes ist nur dadurch vor Missbräuchen zu schützen, dass formell-rechtskräftige Zivilurteile bundesweit anerkannt werden. Das Anwendungsgebiet des Artikels 36 VE ist durch das SchKG, welches als *lex specialis* die Vollstreckung von Zivilurteilen auf eine Geldzahlung abschliessend regelt (Art. 81 Abs. 1 und 2), sehr eingeschränkt worden, behält aber seine Bedeutung als verfassungsrechtlicher Gläubigerschutz. Die Anerkennung kennt jedoch Grenzen: Das Zivil-



urteil muss vom beschlussfähigen und zuständigen Gericht erkannt sein, es muss formell rechtskräftig sein, es muss sich um ein sogenanntes Endurteil handeln und es darf weder in die Rechte anderer Kantone eingreifen, noch einen der aus Artikel 4 BV fliessenden prozessualen Grundsätze (insbesondere das rechtliche Gehör) verletzen. Die vorgeschlagene Bestimmung statuiert die Rechtshilfe zwischen Kantonen und umfasst die Hilfe bei Ermittlungen (Rechtshilfe i.e.S.) und beim Vollzug rechtskräftiger Verfügungen und Entscheide; gleiches normiert sie betreffend die Rechtshilfe der Kantone gegenüber dem Bund. Die ganze Bestimmung greift grundsätzlich nicht in die kantonale Befugnis zur eigenständigen Regelung des Zivilprozessrechts ein, sondern ist lediglich bundesrechtliche Kollisionsnorm. Satz 2 bestimmt, dass rechtskräftige Zivilurteile in der ganzen Schweiz ohne weiteres vollstreckbar sind und hebt damit die Regel des Artikel 81 Absätze 1 und 2 SchKG auf Verfassungsstufe.

Die Auslieferungspflicht des Artikels 67 BV ist mitsamt deren Einschränkungen im zweiten Teilsatz obsolet geworden, da Artikel 352 StGB die Auslieferungspflicht im Rahmen von Strafsachen regelt, auf die das Strafgesetzbuch oder ein anderes Bundesgesetz Anwendung findet. Der zweite Teilsatz der geltenden Verfassungsbestimmung ist überdies ausgeführt durch Absatz 2 von Artikel 352 StGB; er ist jedoch seit 1942 nur in einem einzigen Fall angewendet worden und wird als anachronistisch bezeichnet. Die Arbeitsgruppe zur Revision des Dritten Buches des Strafgesetzbuches ist darüber hinaus zum Ergebnis gekommen, dass Artikel 67 BV und die Ausführungsgesetzgebung in den Absätzen 2 und 3 von Artikel 352 StGB aufgehoben werden sollten.

Würde im Rahmen der Justizreform der Bund die Kompetenz erhalten, das kantonale Zivil- und Strafprozessrecht zu vereinheitlichen, so könnte der Artikel 36 VE allenfalls gestrichen werden oder müsste solange als Übergangsrecht angesehen werden, bis die Vereinheitlichung der kantonalen Prozessrechte auf den Gebieten des Zivil- und des Strafrechts durch den Bund erfolgt ist.

## 2. Abschnitt: Bundesgarantien

### Art. 37 Verfassungsmässige Ordnung und Gebiet

Artikel 37 VE führt die Artikel 5 und 16 BV nach.

Gegenstand der Gewährleistung des Artikels 37 VE sind das Gebiet im geographischen Sinn (siehe dazu den Kommentar zu Art. 38 VE), der öffentliche Geltungsbereich des kantonalen Rechts (Souveränität i.S.v. Hoheitsgewalt) sowie namentlich die Freiheit und die Rechte des Volks, wie sie in den Kantonsverfassungen verankert sind. Ziel der Verfassungsbestimmung ist es, die Anforderungen des Artikels 6 BV (Art. 38 VE) durchzusetzen, also die im kantonalen Recht verankerten Individualrechte gegenüber dem Staat zu schützen.

Zweck der von Absatz 2 normierten Intervention des Bundes ist es, die gestörte öffentliche Ordnung in einem Kanton wiederherzustellen. Im Vordergrund steht dabei der Ersatz der handlungsunfähigen kantonalen Regierungsorgane durch die Bundesbehörden, meist durch einen im Namen des Bundes die Regierungsgeschäfte des Kantons führenden, mit entsprechen-

den Vollmachten und Instruktionen der Bundesbehörden ausgestatteten Zivilkommissär. Der Einsatz von polizeilichen und militärischen Ordnungsorganen hingegen ist zweitrangig. Praxis und Lehre gehen davon aus, der Bund sei von sich aus zu einer Intervention berechtigt, vorausgesetzt die Ordnung im Innern eines Kantons sei gestört oder unmittelbar bedroht (vgl. schon BBl 1889 I 317 und 1094), weshalb auf das zu Missverständnissen Anlass gebende Instrument einer Mahnung durch andere Kantone verzichtet wird. Dass die von der Bundesverfassung verbürgten Grundrechte sowie die Individualrechte der vom Bund gewährleisteten Kantonsverfassung so weit wie irgend möglich auch im Interventionsfall zu beachten sind (Art. 16 Abs. 3 BV), braucht nicht eigens hervorgehoben zu werden. Dieses Gebot gilt als in Artikel 38 VE und in den Grundrechtsbestimmungen enthalten.

*Absatz 2 Satz 1* (Voraussetzung der Bundesintervention) nimmt die Einleitung von Artikel 16 BV zum Vorbild.

Im Sinn einer Neuerung könnte *Absatz 2 Satz 2* (Kostentragung) der Praxis der Bundesversammlung angepasst werden und die Kosten grundsätzlich dem Bund auferlegen, sofern die Bundesversammlung nichts anderes beschliesst. Allenfalls könnte die Regelung der Kostentragung im Fall einer Bundesintervention (Art. 16 Abs. 4 BV) überhaupt nicht mehr weitergeführt werden; damit würde die Entscheidung betreffend die Kostentragung bei einer Bundesintervention von Fall zu Fall ins Ermessen der Bundesversammlung gestellt.

## Art. 38 Kantonsverfassungen

Artikel 38 VE entspricht Artikel 6 BV.

In *Absatz 1* werden die materiellen Voraussetzungen umschrieben, welche die kantonalen Verfassungen für die Erteilung der Gewährleistung erfüllen müssen. Die kantonalen Verfassungen genügen den Anforderungen an demokratische Grundsätze, wenn sie ein gewähltes Parlament vorsehen und - wenigstens in einem gewissen Umfang - den Grundsatz der Gewaltenteilung beachten (s. BBl 1995 I 977 mit Literaturhinweisen). Ausserdem müssen die Verfassungen und deren Revisionen der obligatorischen Volksabstimmung unterstellt sein und eine Verfassungsinitiative auf Änderung der Verfassung muss jederzeit möglich sein.

*Absatz 2* verpflichtet die Kantone, für ihre Verfassungen die Gewährleistung des Bundes nachzusuchen. Die Wirkung der Gewährleistung ist deklaratorisch, weshalb die kantonalen Verfassungen bereits in Kraft gesetzt werden können, bevor die Gewährleistung erteilt wird. Im Falle der Nichtgewährleistung fällt die Bestimmung mit Wirkung ex tunc dahin. Mit der Erteilung der Gewährleistung wird lediglich festgestellt, dass die Voraussetzungen zur Zeit erfüllt sind. Der Beschluss, eine kantonale Verfassungsbestimmung zu gewährleisten, bindet weder das Bundesgericht noch andere Behörden. Die Gewährleistung kann auch unter Vorbehalt erteilt werden. Damit kann beispielsweise darauf hingewiesen werden, dass der kantonalen Verfassungsbestimmung neben dem Bundesrecht nur noch ein beschränkter Anwendungsspielraum verbleibt oder dass für die Realisierung

des Ziels der kantonalen Verfassungsbestimmung noch eine Änderung der Bundesverfassung erforderlich ist.

Die Kantonsverfassungen dürfen nach Absatz 2 nichts enthalten, was dem Bundesrecht widerspricht. Als im Bundesrecht eingeschlossen gilt auch das gesamte für die Schweiz verbindliche Völkerrecht. Die Prüfung auf Übereinstimmung mit dem Bundesrecht ist auf eine Rechtskontrolle beschränkt. Die Gewährleistung wird erteilt, wenn ein praktischer Anwendungsfall denkbar ist, der das Bundesrecht nicht verletzt; die Gewährleistung wird nur verweigert, wenn sich die kantonale Verfassungsnorm jeder bundesrechtskonformen Auslegung entzieht.

Im Sinne einer redaktionellen Alternative könnte Absatz 2 wie folgt formuliert werden: "Der Bund gewährleistet die Verfassungen der Kantone".

### Art. 39 Änderungen im Bestand und im Gebiet der Kantone

Artikel 39 VE kodifiziert weitgehend ungeschriebenes Verfassungsrecht mit Beziehungen zu den Artikeln 1 und 5 BV.

Artikel 1 BV (Bestandesgarantie) garantiert einerseits die Zugehörigkeit der aufgelisteten Kantone zum Bund, andererseits den Bestand der Kantone und das durch die bundesstaatliche Struktur der Eidgenossenschaft erlangte kulturelle und politische Gleichgewicht. Artikel 5 BV garantiert den Kantonen u.a. deren Gebiet und fordert gegenseitige Respektierung der territorialen Integrität durch die Kantone (vgl. die Nichtgewährleistung des Wiedervereinigungsartikels 138 der Jurassischen Kantonsverfassung, BBl 1977 II 273 ff.; III 256). Die Schaffung oder Aufhebung von Kantonen bedingt zwingend eine Verfassungsänderung (BBl 1947 III 281; 1970 II 555; 1979 III 793; 1137), es besteht dafür also ein Zustimmungserfordernis von Volk und Ständen, was auch im Rahmen bisheriger Revisionsbestrebungen unumstritten war (vgl. die Standesinitiativen von Bern und Neuchâtel, Amtl. Bull. 1980 N 55 ff. und 791 ff. und die Botschaft des Bundesrats vom 27. Januar 1993, BBl 1993 I 1035 ff.). Der Verzicht auf die Qualifikation von "Halbkantonen" in Artikel 1 VE schafft etwas Flexibilität in der Aufwertung, die indes durch Art. 120 Abs. 4 VE wieder eingeschränkt wird. Die Gebietsveränderungen sind zunächst zu unterscheiden von blossen Grenzkorrekturen, bei denen die Grenzlinienführung im Vordergrund steht, und die nach wie vor durch Vertrag zwischen den beteiligten Kantonen möglich sein sollen (Art. 7 Abs. 2 i.V.m. 102 Ziff. 7 und 85 Ziff. 5 BV). Artikel 39 VE schlägt vor, dieses materielle Verfassungsrecht zu kodifizieren und für Veränderungen in Bestand und Gebiet der Kantone die Zustimmung der betroffenen stimmberechtigten Bevölkerung, der betroffenen Kantone sowie von Volk und Ständen zu verlangen.

Die *Variante* unterscheidet zwischen Veränderungen im Bestand der Kantone und Gebietsveränderungen. Sie fordert für letztere nurmehr die Zustimmung der Bundesversammlung (unter Vorbehalt des fakultativen Referendums), für erstere nach wie vor auch jene von Volk und Ständen. Voraussetzung in beiden Fällen bleiben aber die Zustimmungen der betroffenen stimmberechtigten Bevölkerung und der betroffenen Kantone. Die Motion Gross vom 17. März 1993 (93.3132) forderte ein Absehen vom Erfordernis der Zustimmung von Volk und Ständen bei einem Kantonswech-

sel einzelner Gemeinden, die Motion Bonny vom 16. Juni 1993 (93.3318; zuvor schon 90.949) ein qualifiziertes Mehr von 2/3 für die Zustimmung der betroffenen Bevölkerung zu Gebietsveränderungen, um Zufallsmehrheiten zu verhindern. Beide Motionen versprach der Bundesrat im Rahmen der Totalrevision der Bundesverfassung zu behandeln.

### 3. Abschnitt: Bürgerrecht und Stimmrecht

#### Art. 40 Bürgerrechte und Staatsangehörigkeit

Artikel 40 VE entspricht den Artikeln 43 Absätze 1 und 4, 44 Absatz 3, 46 Absatz 1, 47 und 60 BV.

In *Absatz 1* wird festgehalten, dass sich die schweizerische Staatsangehörigkeit aus dem Schweizer Bürgerrecht und mindestens je einem Kantonsbürgerrecht und einem Gemeindebürgerrecht zusammensetzt. Es ist daher nicht möglich, nur eines oder zwei dieser Bürgerrechte innezuhaben (Art. 43 Abs. 1 BV). Der Inhalt der Rechte und Pflichten, die mit dem Bürgerrecht verbunden sind, ergibt sich unter Vorbehalt von Absatz 2 nicht aus dieser Verfassungsbestimmung, sondern aus der Regelung der entsprechenden Materie (beispielsweise der politischen Rechte, der Militärdienstpflicht, der Niederlassungsfreiheit, usw.).

*Absatz 2* verbietet es den Kantonen und Gemeinden, niedergelassene Bürgerinnen und Bürger anderer Kantone und Gemeinden oder Eingebürgerte anders zu behandeln als die eigenen Bürger (Art. 43 Abs. 4, 44 Abs. 3 und Art. 60 BV). Das bedeutet beispielsweise, dass die Kantone und Gemeinden das Kantons- und Gemeindebürgerrecht nicht als Kriterium für eine unterschiedliche Behandlung von Personen mit Schweizer Bürgerrecht heranziehen dürfen, wenn diese in ihrem Kanton oder in ihrer Gemeinde Wohnsitz haben. Eine Ausnahme von diesem absoluten Gleichbehandlungsgebot ist nur dann zulässig, wenn es um die Stimmberechtigung in Bürger- und Korporationsgemeinden oder den Anteil an deren Vermögen geht.

Artikel 46 Absatz 1 BV ist obsolet, da sich seit der Vereinheitlichung des Zivilrechts in der Schweiz kaum mehr Bereiche denken lassen, für welche die Kompetenzbestimmung eine Bedeutung hätte.

Artikel 47 BV ist ebenfalls obsolet. Der Bund ist dem Gesetzgebungsauftrag seit 1874 nie nachgekommen; dies zeigt, dass kein Bedarf für den Erlass entsprechender Bestimmungen besteht.

Die in Artikel 43 Absatz 6 BV vorgesehene Genehmigung kantonaler Gesetze über die Niederlassung hat durch die Revision des Artikel 45 BV im Jahre 1975 stark an Bedeutung verloren; auf eine ausdrückliche Erwähnung im Verfassungstext wird verzichtet. Zudem sieht der VE in Art. 160 eine allgemeine Regelung betreffend die Genehmigungspflicht vor.

#### Art. 41 Erwerb und Verlust des Bürgerrechts

Artikel 41 VE nimmt die Artikel 44 und 68 BV auf.

Nach *Absatz 1*, der wörtlich Artikel 44 Absatz 1 BV entspricht, obliegt es dem Bund, den Erwerb und den Verlust des Bürgerrechts durch Abstam-



mung, Heirat und Adoption sowie den Verlust des Bürgerrechts und die Wiedereinbürgerung zu regeln. Der Bund normiert somit umfassend und abschliessend die Auswirkungen der genannten familienrechtlichen Vorgänge auf das Bürgerrecht. Die Wirkungen erstrecken sich nicht nur auf das Schweizer Bürgerrecht, sondern auch auf das Kantons- und Gemeindebürgerrecht.

*Absatz 2* handelt von der Einbürgerung. Die Verfassung anerkennt, dass das Schweizer Bürgerrecht auch anders als durch familienrechtliche Vorgänge erworben werden kann. Dem Bund werden im Zusammenhang mit der Einbürgerung zwei Aufgaben zugewiesen. Zunächst hat er Mindestvorschriften zu erlassen, die eine minimale Gleichbehandlung garantieren sollen, zugleich aber den Kantonen weitergehende Gesetzgebungskompetenzen belassen. Dem Bund obliegt aufgrund des Verfassungstextes im weiteren, die Einbürgerungsbewilligung zu erteilen. Erst wenn die Einbürgerungsbewilligung des Bundes vorliegt, können der Kanton und die Gemeinde das Gesuch um Einbürgerung bewilligen beziehungsweise verweigern. Die Voraussetzungen für die Einbürgerungsbewilligung des Bundes werden in der Bundesgesetzgebung umschrieben. Kantone und Gemeinden können weitere Voraussetzungen festlegen und insbesondere auch Gebühren verlangen, deren Höhe sie selbst festlegen.

Die Verfassungsbestimmung gibt dem Bund auch die Kompetenz, eine erleichterte Einbürgerung vorzusehen, wenn ein Anknüpfungspunkt nach Absatz 1 vorhanden ist.

Die Ausmittlung von Bürgerrechten für Heimatlose stellt ein übergangsrechtliches Problem dar. Artikel 68 BV ist insoweit obsolet geworden. Für die Verhinderung künftiger Fälle von Staatenlosigkeit - als dem Restgehalt von Artikel 68 BV - genügt die hier umschriebene Bundeskompetenz.

## **Art. 42      Ausübung des Stimm- und Wahlrechts**

Artikel 42 VE entspricht Artikel 43 Absätze 2, 3, 5 und 6 sowie Artikel 74 Absatz 4 BV.

*Absatz 1* führt aus, dass das Stimm- und Wahlrecht auf allen staatlichen Ebenen grundsätzlich am Wohnsitz ausgeübt wird. Damit ist auch gesagt, dass die politischen Rechte auf eidgenössischer, kantonaler und kommunaler Ebene nicht mehr als in einem Kanton ausgeübt werden (Art. 43 Abs. 3 BV). Der VE verzichtet auf eine ausdrückliche Erwähnung dieser Selbstverständlichkeit. Nur in gesetzlich geregelten Ausnahmefällen kann vom Wohnsitzprinzip abgewichen werden.

*Absatz 2* hält fest, dass der Bund das Stimm- und Wahlrecht in eidgenössischen Angelegenheiten regelt. In kantonalen und Gemeindeangelegenheiten sind dagegen (entsprechend Art. 74 Abs. 4 BV) die Kantone zuständig. Die grundrechtlichen Aspekte des Stimm- und Wahlrechts sind im 2. Titel (Grundrechte und Sozialziele) als eigenständiger Artikel über die Wahl- und Abstimmungsfreiheit geregelt.

*Absatz 3* garantiert einerseits unausgesprochen die Gleichbehandlung der niedergelassenen Schweizer Bürgerinnen und Bürger bezüglich der politischen Rechte (Stimm- und Wahlrecht). Zudem erlaubt er den Kantonen

ausdrücklich, für die Ausübung der politischen Rechte auf kantonaler und kommunaler Ebene den Personen mit Heimatberechtigung eines Drittkantons eine Wartefrist von maximal drei Monaten aufzuerlegen (vgl. Art. 43 Abs. 5 BV). Die Kantone können indes auf die Festlegung einer solchen Wartefrist verzichten und tun es in der Mehrzahl auch.

Artikel 43 Absatz 6 unterstellt die kantonalen Gesetze über die Niederlassung sowie über die politischen Rechte der niedergelassenen Schweizer Bürgerinnen und Bürger in Gemeindeangelegenheiten der Genehmigungspflicht des Bundesrates. Die Genehmigung hat konstitutive Wirkung (Art. 7a Abs. 1 VwOG [SR 172.010]; anderer Meinung Grisel in Kommentar BV, Art. 43, Rz. 76). Absatz 3 sieht ebenfalls eine Genehmigungspflicht vor. Allerdings ist eine Herabstufung dieses besonderen Genehmigungserfordernisses auf die Gesetzesebene zu erwägen (vgl. die allgemeine Regelung betreffend die Genehmigungspflicht in Art. 160 VE).

### Art. 43 Stellung der Auslandschweizerinnen und -schweizer

Dieser Artikel entspricht Artikel 45bis BV.

Die Verfassungsbestimmung bezweckt, die Beziehungen zwischen Auslandschweizerinnen und -schweizern unter sich und mit der Schweiz so eng wie möglich zu halten. Sie erteilt dem Bund einen Förderungsauftrag sowie den Gesetzgebungsauftrag, insbesondere Bestimmungen über die Ausübung politischer Rechte, die Erfüllung der Wehrpflicht und die Unterstützung zu erlassen.

In persönlicher Hinsicht betrifft Artikel 43 VE ausschliesslich Auslandschweizerinnen und -schweizer. Es sind dies Personen, die nach dem Bürgerrechtsgesetz (SR 141.0) das Schweizer Bürgerrecht besitzen, jedoch im Ausland Wohnsitz haben. Der Begriff "Wohnsitz" wird von der Gesetzgebung je nach konkreten Bedürfnissen unterschiedlich definiert (Grisel in Kommentar BV, Art. 45bis, Rz. 5). Es bedarf jedoch regelmässig einer ziemlich dauerhaften und engen Beziehung zum Drittland, damit von einem Wohnsitz im Ausland gesprochen werden kann. Grundsätzlich sind Doppelbürgerinnen und -bürger auch eingeschlossen. Doch ist es Sache der Gesetzgebung, in jedem Einzelfall festzulegen, ob eine Regelung auch für sie gilt.

Die Bestimmung enthält in *Absatz 1* (wie schon Artikel 45bis BV) eine Generalklausel ohne Begrenzung sachlicher Art. Die Verfassungsbestimmung lässt somit die Förderung von Beziehungen jeglicher Art zu. Das Völkerrecht setzt jedoch Schranken, da nach dem Grundsatz der Territorialhoheit der Staaten auch ausländische Personen in der Regel dem Recht des Staates unterstehen, in dem sie sich aufhalten.

Laut *Absatz 2* kann der Bund insbesondere in drei Bereichen gesetzgeberisch tätig werden: Er kann Bestimmungen über die Ausübung der politischen Rechte der Auslandschweizerinnen und -schweizer erlassen. Allerdings beschränkt sich diese Kompetenz nur auf die Ausübung der politischen Rechte auf Bundesebene (Grisel in Kommentar BV, Art. 45bis, Rz.10). Durch die Erwähnung der Militärdienstpflicht wird die Entbindung von Auslandschweizern von der Militärflicht und dem Militärflichtersatz verfassungsmässig abgesichert. Schliesslich regelt der Bund die Fürsorge

für die Auslandschweizerinnen und -schweizer. Laut Artikel 3 des BG über Fürsorgeleistungen an Auslandschweizer (SR 852.1) trägt der Bund diese Kosten.

Nach Artikel 45bis Absatz 2 (zweiter Satz) BV sind beim Erlass der Ausführungsbestimmungen die Kantone anzuhören. Der VE regelt das Anhörungsrecht der Kantone in allgemeiner Weise, so dass hier auf eine entsprechende Bestimmung verzichtet wird.

## 2. Kapitel: Zuständigkeiten

### 1. Abschnitt: Beziehungen zum Ausland

#### Art. 44 Auswärtige Angelegenheiten

Artikel 44 VE entspricht Artikel 8 BV.

*Absatz 1* überträgt dem Bund eine umfassende Befugnis im ausserpolitischen Bereich.

Als bedeutendster Bereich dieser Befugnis ist die umfassende Vertragsschlusskompetenz zu nennen. Der Bund kann auch Verträge über Bereiche abschliessen, die innerstaatlich in den Zuständigkeitsbereich der Kantone fallen. Völkerrechtliche Verträge binden grundsätzlich nur den Bund. Soweit zur Durchführung völkerrechtlicher Verträge landesrechtliche Ausführungsbestimmungen erlassen werden müssen, geschieht dies in den Bereichen, in denen sie innerstaatlich zuständig sind, grundsätzlich durch die Kantone. Der Bund kann aber die Umsetzung auch selbst vornehmen, wenn dies für die Erfüllung der internationalen Verpflichtungen notwendig ist. Insbesondere sind die Kantone verpflichtet, vom Bund abgeschlossene Verträge durchzuführen wie die übrige Bundesgesetzgebung. Im Rahmen der Bundesaufsicht ist er daher berechtigt und verpflichtet, die Kantone zur zeit- und sachgerechten Durchführung völkerrechtlicher Verträge anzuhalten.

Neben dem völkerrechtlichen Vertrag gibt es aber zahlreiche andere Instrumente ausserpolitischen Handelns, deren Handhabung gestützt auf die ausserpolitische Kompetenz dem Bund obliegt. Ausserpolitische Aktivitäten können auch die Gestalt verfassungsunmittelbarer Staatsakte annehmen oder als vertragsunabhängiger landesrechtlicher Erlass erscheinen. Hierbei ist der Bund aber - anders als beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge - an die innerstaatliche Aufgabenteilung gebunden. Das bedeutet, dass diese Akte und Erlasse nur im Bereich der auswärtigen Beziehungen zulässig sind.

Dieser Bereich lässt sich nicht abschliessend bestimmen. Es zählen dazu aber beispielsweise Massnahmen der traditionellen Aussenpolitik, wie die Anerkennung von Staaten und Regierungen, die Pflege diplomatischer und konsularischer Beziehungen und die Vertretung der Schweiz in internationalen Organisationen, der diplomatische Schutz von Schweizerinnen und Schweizern im Ausland sowie die Gewährung internationaler Rechtshilfe. Es gehören dazu auch Massnahmen der internationalen Solidarität, wie die Leistung guter Dienste, die Entwicklungszusammenarbeit, die Mitwirkung im Rahmen der internationalen Katastrophenhilfe oder die Teilnahme an friedenserhaltenden Operationen.

*Absatz 2* nennt im Sinne einer nicht abschliessenden Aufzählung einige wichtige Ziele der schweizerischen Aussenpolitik. Der Bereich der Aussenpolitik soll damit gegenüber anderen Sachbereichen ohne Zielbestimmung nicht privilegiert werden. *Absatz 2* schafft insbesondere auch eine ausdrückliche Grundlage für die schweizerische Entwicklungszusammenarbeit und -hilfe.

#### Art. 45      Verkehr der Kantone mit dem Ausland

Artikel 45 VE entspricht den Artikeln 9 und 10 BV.

Die Kantone können nach herrschender Lehre über alle Gegenstände in ihrem Zuständigkeitsbereich völkerrechtliche Verträge abschliessen (vgl. BBl 1994 II 624 ff.). Dies gilt jedoch nur soweit, als der Bund selbst in diesem Bereich keinen Vertrag geschlossen hat. Die Vertragsschlusskompetenz der Kantone ist daher subsidiär und hat einen Ausnahmecharakter (*Abs. 1*).

Die Verträge bedürfen laut *Absatz 2* der Genehmigung des Bundes. Das Bundesrecht bildet eine materielle Schranke der völkerrechtlichen Verträge der Kantone. Widerspricht ein völkerrechtlicher Vertrag eines Kantons dem Bundesrecht, so wird die Genehmigung verweigert. Darüber hinaus wird die Genehmigung verweigert, wenn die Verträge den Interessen des Bundes und damit der aussenpolitischen Opportunität zuwiderlaufen. Einzuräumen ist allerdings, dass in der Praxis in vielen Fällen nicht um die Genehmigung ersucht wird.

Gemäss *Absatz 3* geschieht der Abschluss der Verträge sowie der übrige amtliche Verkehr der Kantone mit dem Ausland durch die Vermittlung des Bundes. Das bedeutet, dass grundsätzlich der Bund die Verhandlungen für die völkerrechtlichen Verträge der Kantone führt und diese auch unterzeichnet, allerdings nur mit Zustimmung der Kantone. Soweit Vertragsverhandlungen, aber auch der übrige amtliche Verkehr, mit untergeordneten ausländischen Behörden erfolgt, können jedoch auch die Kantone selber in direkten Kontakt mit diesen Behörden treten.

#### Art. 46      Zuwendungen und Auszeichnungen ausländischer Regierungen

Artikel 46 VE führt Artikel 12 BV weiter.

Der Artikel will für Amtsträger des Bundes, für Mitglieder kantonaler Regierungen und Parlamente sowie für die Angehörigen der Armee alle von einem fremden Staat gewährten geldwerten Vorteile und Auszeichnungen ausschliessen, da diese die Unabhängigkeit der Schweiz nachteilig beeinflussen könnten. Dem Verbot der Annahme ausländischer Geschenke liegt der Gedanke zugrunde, dass die im Dienste des Bundes und der Kantone stehenden Personen nur das Interesse des Bundes bzw. der Kantone im Auge haben und anderen Staaten gegenüber in keinem Abhängigkeitsverhältnis stehen sollen, auch in keiner moralischen Verpflichtung. Zugleich soll das Verbot der Dekoration mit Orden die demokratische Gleichheit der Schweizer Bürger wahren und Militärpersonen undemokratische Selbstüberhebung verunmöglichen (Bericht des BR, BBl 1929 II 736).



Für die in *Absatz 1* genannten Amtsträger stellt der Artikel eine Unvereinbarkeitsbestimmung dar: Erfolgt nicht ein ausdrücklicher Verzicht auf die Leistung oder Zuwendung oder eine Rückgabe der Auszeichnung, so hat die gewählte Person vom Amt zurückzutreten bzw. darf das angetragene Amt gar nicht erst annehmen. Widrigenfalls hat die vorgesetzte Behörde das Ausscheiden festzustellen. Die Bestimmung erfasst Pensionen, Gehälter, Titel, Geschenke und Orden. Betroffen sind Pensionen und Gehälter ausländischer Regierungen ohne Rücksicht auf die Gegenleistungspflicht des Empfängers. Orden müssen aufgrund eines staatlichen Erlasses verliehen worden sein, der Orden muss im staatlichen Recht verankert sein (d.h. es muss sich um eine feste Einrichtung oder um eine dauernde Institution handeln) und der Orden muss in der Gestalt eines tragbaren Abzeichens verliehen worden sein. Nicht massgeblich ist hingegen die Benennung. Wesentlich ist, dass es sich um Leistungen oder Auszeichnungen eines Staates handelt, wobei der Begriff der Regierung in einem weiten Sinne verstanden wird. Dem Ordensverbot unterliegen alle Mitglieder der Bundesbehörden, alle zivilen und militärischen Beamten des Bundes eingeschlossen der mit einer dauernden öffentlichrechtlichen Aufgabe betrauten Personen, die Repräsentanten des Bundes im Ausland und die vom Bund im Inland eingesetzten Kommissare, sowie die Mitglieder kantonaler Regierungen und Parlamente. Das kantonale Recht kann weitergehende Ordensverbote vorsehen.

Die Absätze 3 und 4 des Artikels 12 BV (Ordensverbot für die Angehörigen der Schweizer Armee) sind im Bundesratsbeschluss über das Ordensverbot für die Armee (SR 514.118) konkretisiert worden. Danach ist die Annahme von Ämtern zu verweigern, bzw. die Auszeichnungen und Urkunden an die ausländische verleihende Behörde unverzüglich zurückzugeben; bei Annahme erfolgt eine disziplinarische Bestrafung unter Aufrechterhaltung der Verpflichtung zur Rückgabe. *Absatz 2* von Artikel 46 VE schreibt diese Verbote als formelles Verfassungsrecht fort.

## 2. Abschnitt: Landesverteidigung und Zivilschutz

### Art. 47 Wehrpflicht

Artikel 47 führt Teilgehalte der Artikel 18 und 34ter Absatz 1 Buchstabe d BV und Artikel 6 der Übergangsbestimmungen nach.

Auch wenn der Verfassungstext es nicht ausdrücklich erwähnt, ist die Kompetenz des Bundes in Angelegenheiten der Landesverteidigung umfassend und ausschliesslich. Der Militärföderalismus hat sich seit der Hauptzuständigkeit der Kantone noch in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts bis auf ein paar faktische Restkompetenzen überlebt: Im wesentlichen sind die Kantone heute Vollzugsorgane des Bundes. Der geltende Verfassungstext trägt aber dieser Situation kaum Rechnung und die Bestimmungen der geltenden Verfassung haben unter den gewandelten Umständen an Aktualitätswert eingebüsst.

*Absatz 1* umschreibt die allgemeine Wehrpflicht für Männer des Artikels 18 Absatz 1 BV und konkretisiert das Milizprinzip des Artikels 48 Absatz 1 Satz 1 VE. Die allgemeine Wehrpflicht liegt in der politischen Überlegung begründet, die Last des Militärdienstes möglichst gleichmässig zu verteilen

und zu verbreiten, um so das allgemeine Interesse das Militärwesen in der Bevölkerung zu verankern. Artikel 18 BV ist kein verfassungsmässiges Recht; das Gesetz kann die Gründe für den Ausschluss von der Dienstpflicht nach Zweckmässigkeitsgesichtspunkten regeln (vgl. Art. 21-24 des neuen Militärgesetzes), freilich unter Vorbehalt der Nicht-Diskriminierung sozialer Schichten. Die Verfassungsbestimmung normiert nicht eine absolute, unbedingte, sondern eine bloss relative Geltung der allgemeinen Wehrpflicht. Vorgegeben ist demnach nur, dass die Dienstpflicht eine persönliche, nicht delegierbare Leistung ist. Der Regelungsgegenstand der Verfassungsbestimmung erstreckt sich nicht nur auf den Aktivdienst, sondern auch auf alle Dienstleistungen zu Ausbildungszwecken und zudem auf die sogenannten militärischen Pflichten ausser Dienst. Auslandschweizer und Doppelbürger sind an sich der allgemeinen Wehrpflicht genauso unterworfen, die Kollisionen werden jedoch im innerstaatlichen Recht (SR 519.3) wie in verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen aufgefangen. Mit dem Begriff der Wehrpflicht werden auch Grenzen der Dienstleistungspflicht in materieller Hinsicht errichtet: Der Dienst muss in irgendeiner Form der militärischen Landesverteidigung dienen (vgl. Art. 48 Abs. 1 Satz 2 VE). Die nähere Umschreibung der Dienstpflicht kann aber der Gesetzgebung und der Rechtsprechung überlassen bleiben (vgl. das 2. Kapitel des Militärgesetzes). Satz 2 führt den 1992 in die Verfassung aufgenommenen Gesetzgebungsauftrag für einen zivilen Ersatzdienst fort.

Als echte Ersatzabgabe für nicht geleisteten Militärdienst fordert Absatz 2 eine Militärpflichtersatzabgabe, von der das Gesetz Ausnahmen vorsehen können muss (Absatz 3). Die Ersatzpflicht ist Ausfluss der Nichterfüllung der persönlichen Dienstpflicht und ist eine Ersatzabgabe. Voraussetzung ist demnach die Wehrpflicht. Nicht geleisteter Militärdienst (gemäss dem Entwurf zu einem Zivildienstgesetz auch nicht geleisteter Zivildienst) löst die Pflicht zur Leistung von Militärpflichtersatz aus. Dabei müssen gesetzliche Ausnahmen von der Ersatzpflicht zulässig sein. Gegenstand, Berechnung und Höhe der Abgabe dürfen nicht nach fiskalischen Gesichtspunkten bestimmt werden, sondern müssen auf einen angemessenen Lastenausgleich zwischen den Dienstleistenden und den Nichtdienstleistenden ausgerichtet sein (vgl. Botschaft des BR, BBl 1958 II 340). Die Erhebung des Militärpflichtersatzes erfolgt gemäss Artikel 18 Absatz 4 BV durch die Kantone, aber auf Rechnung des Bundes; die Kantone haben nach Artikel 6 der Übergangsbestimmungen einen Anspruch auf 20% des Rohertrages als Vergütung ihrer Aufwendungen bei der Erhebung der Ersatzabgabe.

Zudem kann das Gesetz Ausnahmen von der Wehrpflicht und von der Dienstpflicht vorsehen (Absatz 3), die jedoch nach dem Rechtsgleichheitsgebot sachlich begründet sein müssen.

Absatz 4 führt den Gesetzgebungsauftrag und individualrechtlichen Anspruch des Artikels 18 Absatz 2 BV weiter: der Bund hat eine Militärversicherung zu betreiben, die den Anspruchsberechtigten nach Massgabe des Gesetzes Leistungen zukommen lässt, wenn Armeeangehörige im Dienst gesundheitliche Schäden erleiden oder ihr Leben verlieren (vgl. das BG über die Militärversicherung, SR 833.1).

Absatz 5 normiert den Anspruch des Dienstleistenden auf Erwerbsausfallentschädigung unter den Voraussetzungen und nach Massgabe des Geset-

zes (vgl. das BG über den Militärflichtersatz, SR 661; BBl 1994 III 296 ff.).

Der Vollzug (Art. 20 Abs. 1 BV) entspricht der allgemeinen, eigens normierten Regel von Artikel 32 Abs. 3 VE.

## Art. 48

### Armee

Artikel 48 entspricht den Artikeln 11, 13, 17, 18, 19, 20, 21 und 22 BV.

*Absatz 1* von Artikel 48 VE nennt das Milizprinzip als Grundsatz der Schweizer Armee und setzt die Landesverteidigung und die Aufrechterhaltung der inneren Ordnung als Zwecke der Armee fest. Das Verbot einer Berufsarmee folgt in geltungszeitlicher Auslegung aus dem Verbot stehender Truppen (Art. 13 Abs. 1 BV). Die Aufnahme des Verbots stehender Truppen in die BV von 1848 (wie auch schon in den Entwurf von 1833) richtete sich insbesondere gegen die sog. Standestruppe von Basel-Stadt, eine angeworbene Berufstruppe. Beweggründe waren die Befürchtungen, die Kantone könnten eine dauernd bewaffnete Berufstruppe gegen andere Kantone einsetzen, oder - wohl noch bestimmender -, die kantonale oder eidgenössische Regierung würde die militärische Macht gegen die Bevölkerung einsetzen, etwa zum Zwecke der Unterdrückung der politischen Opposition. Damals stand der Begriff der stehenden Truppe für ein angeworbenes Söldnerheer, zusammengesetzt aus Berufssoldaten, und damit im Gegensatz zum Prinzip der allgemeinen Wehrpflicht. In zeitgemässer Lesart versteht man unter einem stehenden Heer nun aber auch Armeen, die auf der allgemeinen Wehrpflicht beruhen, aus organisatorischen Gründen aber als Berufsheere ausgestaltet sind. Die zum Zweck der Ausbildung freiwillig engagierten Berufsmilitärs des Bundes, die Heereseinheitskommandanten, das Festungswachkorps und das Überwachungsgeschwader gehören nicht den Kadern der Truppenkörper an und durchbrechen das Milizprinzip nicht. Die *Sätze 2 und 3* verankern den Hauptauftrag der Armee auf Verfassungsebene und überlassen die Regelung weiterer Einsatzarten (z.B. Assistenzdienste, vgl. Art. 67 ff. MG) der Gesetzgebung. Diese Bestimmung orientiert sich am Zweckartikel im 1. Titel des Militärgesetzes.

*Absatz 2* erklärt die Militärgesetzgebung, Ordnung, Ausbildung und Bewaffnung der Armee in Nachführung der Absätze 2 und 3 von Artikel 20 BV zur Bundessache. Die vollständige Vereinheitlichung und Zentralisierung des Militärwesens wurde am 27. Juni 1895 von der Bundesversammlung beschlossen, von Volk und Ständen aber am 3. November 1895 verworfen (BBl 1895 III 553). So ist die Militärkompetenz trotz Bundesgesetzgebung und Bundesaufsicht über den kantonalen Vollzug bis heute eine geteilte geblieben. Der Entwurf nennt nebst der umfassenden Kompetenz auf dem Gebiet des Militärs einige Kompetenzen des Bundes gesondert und zudem einige kantonale Restkompetenzen (*Absätze 2 und 3*). Als Grundsatz erklärt die Bestimmung des *Absatz 2* die Militärgesetzgebung zur Bundessache und normiert die umfassende und ausschliessliche Zuständigkeit des Bundes für den ganzen Bereich des Militärwesens. Mit dem von den Räten verabschiedeten Bundesgesetz über die Armee und die Militärverwaltung und dem Bundesbeschluss über die Organisation der Armee beansprucht der Bund diese Kompetenz (in Fortführung der Militäror-

ganisation von 1907). Artikel 20 Absatz 1 Satz 2 BV, der den Vollzugsföderalismus auf dem Gebiet des Militärs regelt, geht vollumfänglich in Artikel 32 Abs. 3 VE auf. Die Bundeskompetenzen des Militärunterrichts und der Bewaffnung sowie die Unentgeltlichkeit von Ausrüstung und Bewaffnung sind auf Gesetzesebene an sich genügend verankert (vgl. den 7. Titel des Militärgesetzes); Absatz 2 könnte diesbezüglich also relegiert werden.

Die einstige kantonale Militärhoheit hat sich bis auf die Befugnisse des *Absatz 3* reduziert: die Bildung kantonaler Formationen (vgl. Art. 119 MG), die Ernennung und Beförderung von nach Bundesrecht (VMBA, SR 512.51) qualifizierten Offizieren kantonaler Formationen, ferner die Ernennung von Kreiskommandanten und Sektionschefs und die Entlassungsinspektion (Art. 121 f. MG). Die kantonalen Formationen sind hier nicht etwa selbständige Truppen, sondern Einheiten des Bundesheers. Artikel 19 Absatz 1 BV ist nurmehr eine Reminiszenz an das frühere Kontingentierungssystem, wonach der Kanton dem Bund zur Stellung einer bestimmten Truppenzahl verpflichtet ist und es Sache der Kantone ist, die Pflichtigen zum Militärdienst heranzuziehen und als Truppe zu organisieren. Heute ist der Kanton nicht mehr Kontingentsherr, sondern Vollzugsorgan des Bundes. Der Bestand kantonaler Formationen ist von der geltenden Verfassung nicht etwa garantiert; vielmehr geht die herrschende Lehre dahin, dass der Bund die kantonalen Truppeneinheiten sogar aufheben dürfte, wenn militärische Gründe dies nahelegen würden. Die Zuständigkeit der Kantone für Bekleidung und Ausrüstung grenzte bereits bis anhin an einen Vollzug von Bundesrecht durch die Kantone: Der Bund legt die Bekleidung und persönliche Ausrüstung fest (Art. 158 MO), welche von den Kantonen beschafft werden (Art. 20 Abs. 3 BV); die Bundesversammlung bestimmt die Entschädigung der Kantone (Art. 158 Abs. 4 MO, durchgeführt im BB vom 12.6.1946 betreffend Festsetzung der an die Kantone für den Unterhalt und die Instandstellung der Bekleidung und persönlichen Ausrüstung zu leistenden Entschädigung, SR 514.104). Ein Bundesbeschluss über die Aufhebung der kantonalen Zuständigkeit im Bereich der persönlichen Ausrüstung der Armeeangehörigen ist denn auch im Rahmen des Sparprogramms bereits vom Nationalrat gutgeheissen worden.

Artikel 22 BV will dem Bund in Ergänzung seiner Militärkompetenz aus Artikel 20 BV Zugriff auf die bestehenden kantonalen militärischen Einrichtungen verschaffen und statuiert zu diesem Zweck ein Übernahmerecht des Bundes. Die Bestimmung sieht nicht etwa eine ordentliche Enteignung vor, welche volle Entschädigung voraussetzt, sondern bezieht sich ausschliesslich auf die Kantone und lässt billige Entschädigung genügen. *Absatz 1* ist noch nie zur Anwendung gekommen und die Bundesgesetzgebung nach *Absatz 2* wurde nie ausgeführt; die Verfassungsbestimmung stärkt jedoch die Verhandlungsposition des Bundes bei Kaufverhandlungen mit den Kantonen. In der Praxis wurden die kantonalen militärischen Einrichtungen ausnahmslos mittels Verwaltungsvereinbarungen gemietet oder gekauft. Im Rahmen der Nachführung ist eine verkürzte Bestimmung einstweilen beizubehalten. Artikel 22 BV könnte aber ersatzlos gestrichen werden, zumal notfalls - wenn auch nur gegen volle Entschädigung - eine Enteignung gestützt auf Artikel 22<sup>ter</sup> möglich wäre. Wenn hingegen diese Bestimmung als *lex specialis* zu Artikel 7 des Enteignungsgesetzes (SR



711) beibehalten werden soll, dann könnte sie allenfalls auch in das Militärgesetz herabgestuft werden.

Aus nachfolgenden Gründen führen die Militärartikel die Bestimmungen der Artikel 11 und 21 BV nicht weiter:

- Das kategorische Verbot, Militärkapitulationen abzuschliessen (*Art. 11 BV*), richtet sich originär an die Kantone, gilt aber auch für den Bund und bezweckte die Verhinderung der Abwanderung wehrfähiger Männer in den Solddienst zu Lasten der kantonalen Truppenkontingente. Militärkapitulationen im Sinne von Art. 11 BV sind Verträge, durch die ein Staat einem anderen das Recht einräumt, auf seinem Gebiet eine bestimmte Anzahl von Söldnern zu werben. Der Vertrag beinhaltet an sich kein politisches Bündnis, sondern betrifft nur die "Lieferung" von Soldaten und Offizieren aus dem Staatsgebiet, läuft aber in der Regel auf eine politische Abhängigkeit hinaus. Artikel 11 würde ein ausservertragliches Anwerben von Söldnern nicht ausschliessen; dies wurde aber bereits 1849 (BBl 1849 II 80 ff.) verboten, anschliessend durch Artikel 98 des BG von 1851 über die Strafrechtspflege für die eidgenössischen Truppen erstmals sanktioniert und ist heute laut Artikel 94 MStG zusammen mit dem Eintritt in fremden Militärdienst unter Strafe gestellt. Da Militärkapitulationen laut Haager Abkommen und fremder Militärdienst laut Artikel 94 MStG untersagt sind, hat Artikel 11 BV heute keine eigenständige Bedeutung mehr.
- Der *Artikel 21 BV* bezweckt, eine gewisse Homogenität der Truppenkörper und Heereseinheiten zu sichern und den Einfluss der kantonalen Politik bei der Bildung der Einheiten und bei der Wahl der Offiziere zu gewährleisten. Der Vorbehalt der militärischen Gründe überlässt aber dem Bundesgesetzgeber die Befugnis, gemäss den Bedürfnissen der Zeit über die Beibehaltung der kantonalen Truppenkörper zu entscheiden. Die Kompetenz zur Aushebung der Rekruten fällt ausschliesslich dem Bund zu und ist bundesrechtlich geregelt in der Verordnung über die Aushebung der Wehrpflichtigen (VAW, SR 511.11). Bei der Ausbildung und der Erhaltung des Bestandes der kantonalen Truppenkörper haben die Kantone nur quasi formelle oder organisatorische Kompetenzen. Dem Postulat, dass die grossen Verbände die Kantonsgrenzen nicht unnötig überschreiten sollen, wird in der geltenden Militärorganisation wie im entworfenen Militärgesetz Rechnung getragen. Der Regelungsgegenstand von Absatz 1 stellt gemäss geltendem Verfassungsrecht keine Garantie des Fortbestands kantonalen Truppenkörper dar, wird von der (noch) geltenden Militärgesetzgebung ausgeführt und vom Entwurf eines Militärgesetzes fortgeführt, so dass sich eine Relegation aufdrängt. Die Bestimmung des *Absatz 2* korrespondiert keinesfalls mit der Wirklichkeit. Die Regelung ist von der Militärgesetzgebung ausgeführt und verdient keinen Verfassungsrang.

#### Art. 49      Einsatz der Armee

Artikel 49 führt Artikel 15 BV und Artikel 19 Absätze 2-4 BV nach.

*Absatz 1* von Artikel 49 VE statuiert den Grundsatz, dass der Bund die Armee einsetzt und darüber verfügt. Artikel 15 BV entstammt der Zeit, als

in erster Linie die Kantone über das Heer verfügten; er regelt, dass die Kantone bei ausländischer Bedrohung andere Kantone zur Hilfe mahnen können und unter welchen Voraussetzungen diese verpflichtet sind, der Mahnung Folge zu leisten. Heute könnte der Bestimmung, die schon bei der Beratung der Totalrevision von 1874 als Altertümlichkeit bezeichnet wurde, höchstens noch notrechtlicher Auffangcharakter zukommen ("Fortbestehen der Führung"), in jeder anderen Hinsicht ist sie obsolet. Ein diese Bestimmung nachführender Artikel hat lediglich den unbestreitbaren Grundsatz zu normieren, dass die Schweizerische Armee eine Bundesarmee ist.

*Absatz 2* regelt diejenigen Fälle, in denen die kantonalen Regierungen kantonale Truppenkörper auf ihrem Gebiet einsetzen können: zur Unterstützung des Zivilschutzes bei Katastrophen und zur Unterstützung der Polizei bei schwerwiegenden Bedrohungen der inneren Sicherheit. Das Recht der Kantone, über die Wehrkraft ihres Gebietes zu verfügen (Art. 19 Abs. 4), ist durch zahlreiche Vorschriften beschränkt (Art. 19 Abs. 2 und 3, Art. 20 Abs. 2, Art. 85 Ziff. 7 und 8, Art. 102 Ziff. 10 BV). Der Anspruch der Kantone, ihre Truppen auf ihrem eigenen Hoheitsgebiet aufzubieten, besteht beispielsweise noch für die Ordnung im Innern. Weiter können die Kantone den Bundesrat ersuchen, ihnen Truppen zur Verfügung zu stellen, etwa für die Katastrophenhilfe und für andere zivile Einsätze (Art. 67 ff. MG, Art. 5 der V des EMD vom 20.9.1976 über den Einsatz militärischer Mittel für die Katastrophenhilfe im Inland, SR 510.213; Art. 3 der V des EMD vom 20.9.1976 über den Einsatz militärischer Mittel für zivile Aufgaben und ausserdienstliche Veranstaltungen, SR 510.212).

## Art. 50

### Zivilschutz

Artikel 50 führt Artikel 22bis BV weiter.

Der Zivilschutz hat den Auftrag, Personen im Fall von bewaffneten Konflikten, in Katastrophenfällen und in anderen Notlagen zu retten und zu betreuen. In Ausführung des Haager Abkommens (SR 0.520.3) schützt er zudem die Kulturgüter bei bewaffneten Konflikten. Obwohl der Zivilschutz Bestandteil der Gesamtverteidigung ist, hat er zivilen Charakter; er erfüllt keine Kampfaufgaben und ist in der Regel unbewaffnet.

Artikel 50 *Absatz 1* VE fasst die Zuschreibung einer ausschliesslichen und umfassenden Kompetenz des Artikels 22bis Absatz 1 BV (im Sinne der Zweckartikel des neuen Zivilschutzgesetzes) neu.

*Absatz 2* berücksichtigt die Einsatzmöglichkeiten im Fall von Katastrophen und anderen Notlagen. Die zeitgemässe Gleichrangigkeit des Zivilschutzes in bewaffneten Konflikten und in Katastrophenfällen und anderen Notlagen (Art. 2 ZSG) wird dadurch nicht in Frage gestellt. Die Aufzählung orientiert sich vielmehr an der geschichtlichen Herausbildung der Aufgaben des Zivilschutzes und stellt insbesondere keine Wertung dar.

*Absatz 3* führt die Absätze 4 und 5 des Artikels 22bis BV nach und normiert die Befugnis des Bundes, ein Obligatorium für Männer einzuführen; Frauen sollen freiwillig Schutzdienst leisten können.

*Absatz 4* verweist für die Versicherung und den Erwerbssersatz von Schutzdienst Leistenden auf die Gesetzgebung. In Ausführung von Artikel 22bis Absatz 6 BV regelt das Zivilschutzgesetz beide Fragen gleich wie für den Militärdienst.

Absatz 2 des Artikels 22bis BV (Anhörungspflicht der Kantone und Vollzug durch die Kantone) wird fortgeführt durch die Artikel 32 Absatz 3 bzw. Art. 155 Abs. 1 VE. Absatz 3 des gleichen Artikels der BV (Beiträge des Bundes an den Zivilschutz) wird vom Gesetz ausgeführt und garantiert den Kantonen keine Beiträge in einer bestimmten Grössenordnung.

### 3. Abschnitt: Umwelt und Raumplanung

#### Art. 51 Umweltschutz

Artikel 51 entspricht Artikel 24septies BV. Wie bisher tritt der Umweltschutzartikel als umweltpolitischer Hauptauftrag zu einer Reihe besonderer Schutzaufträge (wie Walderhaltung, Gewässerschutz, Natur- und Heimatschutz, Tierschutz) hinzu. Die Bestimmung vermittelt dem Bund eine umfassende Zuständigkeit mit nachträglich derogatorischer Wirkung.

Der VE folgt dem Wortlaut von Artikel 24septies Absatz 1 BV. Der Begriff der "Umwelt" versteht sich in einem weiten Sinne und umfasst:

- Tiere und Pflanzen sowie deren Lebensgemeinschaften;
- Luft, Klima, Boden, Wasser;
- Lebensräume als Beziehungssysteme der genannten Elemente.

Ansatzpunkt des Umweltschutzes sind schädliche oder lästige Einwirkungen auf Mensch und Umwelt; dabei ist der Bund gehalten, Luftverunreinigung und Lärm prioritär zu bekämpfen. Er kann Lenkungsabgaben erheben, wenn sich dadurch ein umweltpolitisch erwünschtes Verhalten der Wirtschaftssubjekte herbeiführen lässt (BBl 1993 II 1538 f. mit Hinweisen auf die teils uneinheitliche Lehre).

Der Vollzugsvorbehalt zugunsten der Kantone (Art. 24septies Abs. 2 BV) wird durch Artikel 32 Absatz 3 weitergeführt.

Denkbar wäre allenfalls auch eine explizite Nennung der heute im Umweltschutzgesetz aufgeführten allgemeinen Grundsätze (Vorsorge-, Nachhaltigkeits- und Verursacherprinzip). Im Sinne einer Neuerung könnte zudem erwogen werden, den Artikel um eine allgemeine Grundpflicht zum Schutz und zur Pflege der Umwelt zu erweitern.

#### Art. 52 Wasser

Artikel 52 entspricht Art. 24bis BV über die Wasserwirtschaft. Die Bestimmung vereinigt die klassischen Bereiche des Wasserrechts: *Nutzung der Wasserkräfte, Schutz der Wasservorkommen, Wasserbau.*

Mit Artikel 24bis BV sollten die früher verstreuten Bundesbefugnisse, die das Wasser betreffen, zusammengefasst, in eine einheitliche Ordnung gebracht und wo nötig erweitert werden (BBl 1972 II 1149, 1157). Das Regelungskonzept des Bundesrates erfuhr allerdings im Zuge der parlamentarischen Beratungen wesentliche Änderungen; die Vorlage war im Parla-

ment ungewöhnlich umstritten (vgl. Amtl. Bull. N 1974 1539: 21 Differenzen). Dementsprechend erscheinen die Bundeszuständigkeiten zum Wasserrecht uneinheitlich und wenig übersichtlich:

- Die Nutzung der Wasserkräfte ist mit gewissen Einschränkungen Sache der Kantone.
- Der Schutz der Wasservorkommen bildet Gegenstand teils einer umfassenden, teils einer auf Grundsätze beschränkten Bundeskompetenz.
- Im Bereich des Wasserbaus verfügt der Bund über eine umfassende Zuständigkeit.

Alle Rechtsetzungskompetenzen derogieren nachträglich.

Angesichts dieser Ausgangslage lässt sich am Prinzip der ins Einzelne gehenden Kompetenzenumeration auch im Rahmen der Verfassungsnachführung wenig ändern; die Räte haben den Versuch, dem Bund eine Generalkompetenz einzuräumen, zurückgewiesen (Amtl. Bull. N 1973 1324-1331, N 1974 1539). Namentlich geht die Differenzierung in Grundsatzkompetenz einerseits und umfassende Zuständigkeit andererseits auf einen bewussten Entscheid des Parlaments zurück (Amtl. Bull. S 1974 319, 322; N 1974 1539).

Der Entwurf behandelt in den *Absätzen 1 und 2* den Wasserbau sowie die Nutzung und den Schutz der Wasservorkommen. Sie sind nach Kompetenztypen gegliedert:

- *Absatz 1* enthält die umfassenden Rechtsetzungszuständigkeiten des Bundes, entsprechend dem heutigen Art. 24bis Absatz 2 BV. Das Recht des Bundes, für seine Verkehrsbetriebe die Benutzung von Wasservorkommen zu beanspruchen (Art. 24bis Abs. 2 Bst. e BV), erscheint neu in Absatz 3. Bei der Abwehr schädigender Einwirkungen geht es vor allem um den Hochwasserschutz und um die Sicherheit der Stauanlagen.
- *Absatz 2* vereinigt die Grundsatzgesetzgebungszuständigkeiten, entsprechend dem heutigen Art. 24bis Absatz 1 BV.

Die *Absätze 3 und 4* fassen die Bestimmungen über die Nutzung der Wasserkräfte zusammen, entsprechend den heutigen Absätzen 3 und 4. In diesen Zusammenhang gehört auch das Recht des Bundes, für seine Verkehrsbetriebe die Benutzung von Wasservorkommen zu beanspruchen (Art. 24bis Abs. 2 Bst. e BV).

*Absatz 5* nimmt Artikel 24bis Absatz 6 auf.

Der Vollzugsvorbehalt zugunsten der Kantone (Art. 24bis Abs. 5 BV) kann wegen der allgemeinen Regelung in Artikel 32 Absatz 3 VE fallengelassen werden.

## Art. 53

### Wald

Artikel 53 Absatz 1 VE entspricht Artikel 24 BV, soweit diese Bestimmung die Zuständigkeit des Bundes im Bereich der Waldgesetzgebung regelt. Die *Rechtsetzungszuständigkeit* des Bundes ist auf den Erlass von *Grundsätzen* beschränkt, was bisher im Begriff der "Oberaufsicht" zum Ausdruck kam.



Die *Absätze 1 und 2* führen in redaktionell überarbeiteter Form Normelemente von Artikel 24 BV weiter, die den Wald betreffen.

Mit *Absatz 3* werden die grundlegenden Waldfunktionen, wie sie heute in Artikel 1 des Waldgesetzes (SR 921.0) verankert sind, auf Verfassungsebene gehoben. Dies rechtfertigt sich vorab deshalb, weil die Ziele der Walderhaltung sich im Verlauf der letzten Jahrzehnte erheblich verändert und erweitert haben: So ist der Wald nicht allein vor schädlichen Naturereignissen (wie Lawinen, Rutschungen, Erosion und Steinschlag) zu schützen. Es kommt ihm darüber hinaus eine bedeutende Regulierungsfunktion für Atmosphäre, Klima und Wasserhaushalt zu. Ferner wirkt er als Lebensraum für Pflanzen und Tiere, als Erholungsraum für Menschen sowie als Produktionsgrundlage der Holzwirtschaft. Entsprechend ist zum *quantitativen* Waldschutz (Erhaltung der Waldfläche, Schutz vor Kahlschlag, Nachhaltigkeit der Waldnutzung) der *qualitative* Waldschutz (Bekämpfung der Waldschäden) hinzugekommen (BBI 1988 III 179 ff.).

#### Art. 54

#### Natur- und Heimatschutz

Artikel 54 führt Artikel 24sexies BV weiter. Danach ist Natur- und Heimatschutz an sich Sache der Kantone. Der ausdrückliche Hinweis in Artikel 24sexies Absatz 1 BV wird gestrichen. In allgemeiner Weise ergibt sich die Kompetenz der Kantone aus Artikel 32 Absatz 1. Überdies ist festzustellen, dass die Aufgaben des Bundes zentrale Bereiche des Natur- und Heimatschutzes beschlagen, so dass die Bedeutung der ausdrücklichen Kompetenzzuweisung an die Kantone durch die Verfassung selbst erheblich relativiert erscheint.

Die Kompetenz des Bundes umschliesst allgemeine Förderungskompetenzen und Berücksichtigungspflichten sowie für den Bereich des botanischen und zoologischen Naturschutzes eine umfassende, nachträglich derogierende Rechtsetzungsbefugnis. Naturschutz meint alle Vorkehren zur Erhaltung bestimmter Güter der natürlich vorhandenen Umwelt um ihrer selbst willen, wie Pflanzen, Tiere, Naturdenkmäler. Heimatschutz meint alle Vorkehren zur Erhaltung bestimmter Güter der menschlich gestalteten Umwelt, soweit sie Identifikationswert aufweisen, wie Ortsbilder, Kulturlandschaften und Kulturdenkmäler. Artikel 24sexies BV zielt somit weitgehend auf Konservierung, nicht auf Gestaltung. Er ist vorab ideell motiviert, stützt mit seinen Massnahmen aber auch gewisse Wirtschaftszweige, vor allem den Fremdenverkehr.

*Absatz 1* hält die allgemeine Verpflichtung des Bundes fest, in Erfüllung seiner Aufgaben die Anliegen des Natur- und Heimatschutzes zu berücksichtigen (Art. 24sexies Abs. 1 bis 4 BV). Die Schutzpflicht schliesst dabei im Sinne des geltenden Artikels 24sexies Absatz 2 BV die Verpflichtung zur Schonung und allenfalls zur ungeschmälernten Erhaltung ein. *Absatz 2* nennt die Möglichkeiten des Bundes, Natur- und Heimatschutzanliegen zu unterstützen. *Absatz 3* umschreibt die Verantwortung des Bundes zum Schutze der Tier- und Pflanzenwelt.

*Absatz 4* folgt dem Wortlaut der Rothenthurm-Initiative (Art. 24sexies Abs. 5 BV). Die Übergangsbestimmung zu Artikel 24sexies Absatz 5 BV wird als

verfassungsfremd gestrichen; sie ist, soweit noch nötig, auf Gesetzesstufe weiterzuführen.

#### Art. 55 Fischerei und Jagd

Artikel 55 führt Artikel 25 BV weiter.

Die Rechtsetzungszuständigkeit des Bundes ist auf den Erlass von Grundsätzen beschränkt (Fleiner-Gerster, Kommentar BV, Art. 25 Rz. 6-9), was im neuen Verfassungswortlaut nunmehr unmittelbar zum Ausdruck kommt. Schutzobjekt bildet nicht das *einzelne* Tier; vielmehr geht es um Regulierung und Pflege der für Jagd und Fischerei notwendigen *Tierbestände*. Die Bestimmung unterstellt, dass Jagd und Fischerei weiterhin bestehen und von der Regalhoheit der Kantone erfasst bleiben sollen, dass sie aber zu gewissen Teilen - vor allem was Jagdberechtigung, jagdbare Arten, Schonzeiten, Schutzgebiete und Schutz der Lebensräume betrifft - durch Bundesrecht mitgeregelt werden müssen (BBl 1983 II 1200 f., 1988 II 1392 f.). Auch gegenüber jagdbaren Tieren greift im übrigen der *allgemeine* Tierschutz gemäss Artikel 56 VE (bisher Art. 25bis BV). Der Schutz des Jagdgutes vor *Ausrottung* (Artenschutz) fällt unter den weiter ausgreifenden Artikel 54 Absatz 3 (bisher Art. 24sexies Absatz 4; BBl 1961 I 1105).

#### Art. 56 Tierschutz

Artikel 56 entspricht Artikel 25bis BV.

*Absatz 1* verankert die Tierschutzkompetenz des Bundes gemäss bisherigem Artikel 25bis BV. Die Bestimmung überträgt dem Bund eine *umfassende* Rechtsetzungszuständigkeit. Sie zielt auf den "Schutz des [einzelnen] Tieres vor ungerechtfertigten Verhaltensweisen des Menschen, durch die dem Tier Schmerzen, Leiden und körperliche Schäden zugefügt werden oder durch die es Angstzuständen ausgesetzt wird" (BBl 1972 II 1479). In diesem Sinne spricht Artikel 1 Absatz 1 des Tierschutzgesetzes (TSchG) vom "Wohlbefinden" des Tieres. Schutzobjekt sind somit Tiere, "die Schmerzen empfinden können"; dabei geht die Verfassung davon aus, dass der Mensch über solche Tiere "nicht frei verfügen kann" (Fleiner-Gerster, Kommentar BV, Art. 25bis Rz. 7, 9). Artikel 25bis BV ist an die Stelle des früheren Schächtartikels getreten (Art. 25bis in der Fassung von 1893); das Schächtverbot wurde zuerst in die Übergangsbestimmungen verwiesen (Art. 12 UeB BV) und später - 1978 - ins Tierschutzgesetz übernommen (Art. 20 Abs. 1 TSchG).

*Absatz 2* führt die Rechtsetzungsdirektiven des bisherigen Tierschutzartikels (Art. 25bis Abs. 2 BV) in redaktionell verkürzter Form weiter. Der Vollzugsvorbehalt zugunsten der Kantone (Art. 25bis Abs. 3 BV) ist durch Artikel 32 Absatz 3 VE abgedeckt.

#### Art. 57 Raumplanung

Artikel 57 entspricht dem bisherigen Artikel 22quater BV. Im Bereich der Raumplanung (Abs. 1) ist die Rechtsetzungszuständigkeit des Bundes auf den Erlass von "Grundsätzen" beschränkt.

Raumplanung im Sinne von *Absatz 1* umfasst die Ordnung der Bodennutzung (Flächennutzungsplanung) und die Koordination raumwirksamer Aufgaben (koordinative Raumplanung, Querschnittplanung). Die Verfassungsziele der Raumplanung – zweckmässige Nutzung des Bodens und geordnete Besiedlung des Landes – werden von der geltenden Verfassung übernommen, ebenso der Förderungsauftrag und die Pflicht des Bundes, in Erfüllung seiner Aufgaben die Anliegen der Raumplanung zu berücksichtigen. Gestützt auf Artikel 57 darf der Bund keine Bodennutzungsplanung vornehmen; Plansetzungsbefugnisse ergeben sich allenfalls aus einzelnen Sachkompetenzen des Bundes. Die "Schaffung" der Raumplanung (Art. 22quater Abs. 1 BV) verbleibt wie bisher den Kantonen.

*Absatz 2* hält (entsprechend Art. 22quater Abs. 2 und 3) die Förderungs- und Koordinierungskompetenz des Bundes fest, ebenso seine Pflicht, in Erfüllung seiner Aufgaben die Anliegen der Raumplanung zu berücksichtigen.

Wegbleiben kann die Direktive an den Bund, mit den Kantonen "zusammenzuarbeiten"; diese Verpflichtung ergibt sich in allgemeiner Weise aus dem Wesen des Bundesstaates.

## Art. 58

### Öffentliche Werke

Artikel 58 führt die Bestimmung über die öffentlichen Werke (Art. 23 BV) fort. Die Werkkompetenz berechtigt den Bund, unmittelbar gestützt auf die Verfassung, d.h. ohne vorgängige Regelung durch Bundesgesetz, Leistungen zu erbringen. Weil auch die Kantone befugt sind, nötigenfalls unter Einsatz des Enteignungsrechts öffentliche Werke zu errichten, liegt eine insofern parallele Kompetenz vor.

Artikel 58 ermächtigt den Bund, öffentliche Werke im Landesinteresse selber zu errichten oder die Errichtung solcher Werke zu unterstützen. Es liegt im politischen Ermessen der Behörden, ob sie Werke überhaupt errichten oder unterstützen; welche Werke sie errichten oder unterstützen und in welchem Masse sie eine Unterstützung ausrichten. Errichtet der Bund das Werk selbst, so obliegen ihm grundsätzlich auch Betrieb und Unterhalt. Hingegen ist der Bund gestützt auf die allgemeine Werkkompetenz nicht befugt, Betriebs- und Unterhaltsbeiträge an die Werke Dritter zu sprechen. Daneben kann der Bund weiterhin gestützt auf verschiedene besondere Sachzuständigkeiten bestimmte Werke errichten. Diese besonderen Ermächtigungen gehen der generellen Werkkompetenz vor. Artikel 58 darf also nicht herangezogen werden, um die Voraussetzungen und Grenzen der Bundesleistungen nach den besonderen Sachzuständigkeiten zu überspielen.

Wo aber eine Rechtsetzungszuständigkeit des Bundes überhaupt fehlt, kann die allgemeine Werkkompetenz als Auffangnorm wirken: Das Recht zur Enteignung im Rahmen seiner verfassungsmässigen Befugnisse (Art. 23 Abs. 2 BV) kommt dem Bund schon aufgrund der jeweiligen Sachkompetenzen zu; es braucht in der allgemeinen Werkkompetenz nicht mehr erwähnt zu werden. Der bisherige Vorbehalt zugunsten der Landesverteidigung (Art. 23 Abs. 3 BV) folgt bereits aus der Militäruzuständigkeit des Bundes, indem in verschiedenen Sachgesetzen die Pflicht festgehalten wird, bei der Projektierung öffentlicher Werke die Bedürfnisse der Landes-

verteidigung zu berücksichtigen (z. B. Art. 42 EBG; Art. 5 Abs. 2 NSG). Das Recht der Bundesversammlung, selbständig gegen die Errichtung öffentlicher Werke einzuschreiten, war bisher ohne praktische Bedeutung (Jagmetti, Kommentar BV, Art. 23 Rz. 47).

#### 4. Abschnitt: Verkehr, Energie und elektronische Medien

##### Art. 59 Strassenverkehr

Artikel 59 vereinigt in redaktionell verdichteter Form die Artikel 37 und 37bis BV.

*Absatz 1* verankert die Kompetenz des Bundes auf dem Gebiete des Strassenverkehrsrechts gemäss bisherigem Artikel 37bis Absatz 1 BV; er vermittelt dem Bund eine umfassende Rechtsetzungszuständigkeit. Die bisherige *Rechtsetzungsbefugnis* ist mit Blick auf die praktischen Notwendigkeiten und die staatsvertraglichen Bindungen durch eine *Verpflichtung* zu ersetzen. Nach unbestrittener Auffassung bezieht sich die Kompetenz auf den Strassenverkehr insgesamt, also nicht nur auf "Automobile und Fahrräder". Im Rahmen dieser Kompetenz kann der Bund Vorschriften erlassen (BBl 1955 I 18; Lendi, Kommentar BV, Art. 37bis Rz. 7-9) über:

- polizeiliche Regeln für den Verkehr auf öffentlichen und privaten Strassen,
- Zulassung von Fahrzeugen und Fahrzeugführern,
- versicherungs- und haftpflichtrechtliche Fragen des Strassenverkehrs,
- Verkehrsstrafrecht.

Wie bisher verbleibt den Kantonen das Recht, den Fahrverkehr im Einzelfall zu beschränken oder zu verbieten (Art. 37bis Abs. 2 Satz 1 BV), was keiner besonderen Erwähnung bedarf. Solche Einschränkungen müssen aber mit der Wahrung öffentlicher Interessen begründet werden können. Dies kann beispielsweise zutreffen auf:

- Beschränkungen, die sich aus der Zweckwidmung der Strasse ergeben;
- Beschränkungen aus Gründen der Raumplanung oder des Umweltschutzes, etwa zur Schaffung verkehrsfreier Innenstädte, zur Verkehrsberuhigung von Wohnquartieren, zur Parkraumbewirtschaftung (Art. 3 SVG; Lendi, Kommentar BV, Art. 37bis Rz. 6, 10, 15, 21).

Das Recht des Bundes, die offen zu haltenden Durchgangsstrassen zu bezeichnen (Art. 37bis Abs. 2 Satz 2 BV), erscheint in Absatz 2 (vgl. Art. 2 SVG und die Durchgangsstrassenverordnung, SR 741.272). Der Benützungsvorbehalt zugunsten des Bundes (Art. 37bis Abs. 2 Satz 3 BV) ergibt sich aus den besonderen Sachkompetenzen namentlich im Bereich der Landesverteidigung und des Postverkehrs.

*Absatz 2* übernimmt Artikel 37 Absatz 1 BV. Die Bestimmung vermittelt dem Bund die Oberaufsicht über das Strassennetz, soweit es aus Gründen des nationalen Interesses (namentlich des interkantonalen und internationalen Durchgangsverkehrs, des Postregals und der Landesverteidigung) zu erhalten ist; sie bezieht sich somit auf Strassen, die Teil eines übergeordneten Netzes sind. Der Ausdruck "Strassen von nationaler Bedeutung" schliesst auch einzelne Bauwerke wie z.B. Brücken ein. "Oberaufsicht"



umschliesst kein Recht zur Grundsatzgesetzgebung; der Bund hat lediglich das Recht, den mangelhaften Unterhalt vorhandener Strassen und (ausnahmsweise) auch die Nichterstellung oder den Nichtausbau bestimmter Verbindungen zu beanstanden und die nötigen Massnahmen anzuordnen (Lendi, Kommentar BV, Art. 37 Rz. 1-6; Burckhardt, Kommentar, S. 316). Wesentliche Einflussmöglichkeiten eröffnet die Mitfinanzierung des Strassennetzes durch den Bund (Art. 62 Abs. 3 VE; bisher Art. 36ter BV): So bestimmt der Bundesrat nach Anhören der Kantone das Netz der beitragsberechtigten Hauptstrassen; zudem ist das Bundesamt für Strassenbau an der Projektierung der Hauptstrassen zu beteiligen (BBl 1984 I 1011; Art. 12 TZG, Art. 6 V über die Hauptstrassen und Anhang zur V). Im übrigen bleiben die Kantone Träger der Strassenhoheit. Als solche planen, bauen und unterhalten sie das Netz der öffentlichen Strassen und legen mittels Widmung die bestimmungsgemässe Nutzung der Strassen fest (BBl 1988 III 750 f.; Lendi, Kommentar BV, Art. 37 Rz. 7, Art. 37bis Rz. 13-16; vgl. auch Art. 3 SVG, Art. 17 TZG).

*Absatz 3* führt die Gebührenfreiheit gemäss bisherigem Artikel 37 Absatz 2 BV fort. Demzufolge dürfen für den Gemeingebrauch an öffentlichen Strassen keine Gebühren erhoben werden. Wieweit das Parkieren von Fahrzeugen zum gebührenfreien Gemeingebrauch gehört, ist örtlich differenziert zu würdigen. Die Gebührenfreiheit bezieht sich nur auf Wegegelder, nicht auch auf Fahrzeugsteuern; sie wird durch Artikel 62 VE über die Schwerverkehrs- und die Nationalstrassenabgabe durchbrochen. Darüber hinaus kann die Bundesversammlung wie bisher für einzelne besondere Fälle Gebühren beschliessen, wie dies mit Bezug auf den Strassentunnel durch den Grosse St. Bernhard geschehen ist (BBl 1957 II 852).

Im Sinne einer Neuerung und einer Annäherung an das Verursacherprinzip im Strassenverkehr könnte eine ersatzlose Streichung von Absatz 3 diskutiert werden. Dies würde Instrumente wie Road pricing oder Tunnelgebühren ermöglichen.

## Art. 60

### Nationalstrassen

Diese Bestimmung entspricht dem bisherigen Artikel 36bis BV. Sie dient der Errichtung und Erhaltung eines gesamtschweizerischen Netzes von Hochleistungsstrassen und vermittelt dem Bund eine auf diesen Zweck beschränkte, insofern fragmentarische Zuständigkeit. Weil die Kantone als Träger der Strassenhoheit weiterhin zuständig bleiben, eigene Hochleistungsstrassen zu erstellen, kann von einer *parallelen* Bundeskompetenz gesprochen werden.

*Absatz 1* übernimmt in verkürzter Form Artikel 36bis Absatz 1 BV. Die Definition der Nationalstrassen (Art. 36bis Abs. 1 Satz 2 BV) ist in der Bundesgesetzgebung ausreichend verankert und kann aus der Verfassung gestrichen werden.

*Absatz 2* führt - ebenfalls verkürzt - Artikel 36bis Absatz 2 BV fort. Dass der Bund "die einem Kanton obliegende Aufgabe übernehmen" kann (Art. 36bis Abs. 2 Satz 2), ist in der Verpflichtung des Bundes, die Errichtung und Benützung eines Nationalstrassennetzes sicherzustellen, enthalten.

*Absatz 3* entspricht dem bisherigen Artikel 36bis Absatz 4 BV. Der Wortlaut betont mehr als bisher den Gemeinsamkeitsaspekt. Damit wird der Tatsache Ausdruck gegeben, dass sich Errichtung und Erhaltung der Nationalstrassen praktisch als Gemeinschaftsaufgabe von Bund und Kantonen darstellen (vgl. BBl 1957 II 847-849, 1959 II 107 ff.; 1982 I 1357; 1984 I 1025; 1988 III 751, 1989 I 651; Lendi, Kommentar BV, Art. 36bis Rz. 2, 3 ff., 10 ff., 16 ff.). Im übrigen erwähnt der Normtext weiterhin die wichtigsten Kostenverteilungsgrundsätze wie namentlich die Belastung der einzelnen Kantone durch die Nationalstrassen sowie deren Interesse und Finanzkraft. Die Kosten schliessen die Aufwendungen für die Errichtung, den Unterhalt und den Betrieb ein.

Die Direktive, das Kulturland zu schonen (Art. 36bis Abs. 3 BV), ergibt sich grundsätzlich bereits aus Artikel 57 Absatz 1 VE, wonach der Bund in Erfüllung seiner Aufgaben die Anliegen der Raumplanung zu berücksichtigen hat. (Art. 58 VE).

Der Hinweis auf die Strassenhoheit der Kantone (Art. 36bis Abs. 6 BV) ist mit Blick auf deren subsidiäre Generalkompetenz (Art. 32 VE) entbehrlich.

## Art. 61

### Alpenquerender Transitverkehr

Artikel 61 übernimmt unverändert den Text der Alpen-Initiative (Art. 36sexies BV; Art. 22 UeB BV).

Artikel 61 will die Umweltbelastungen des Transitverkehrs im Alpenraum auf ein ökologisch vertretbares Mass reduzieren. Absatz 1 formuliert einen umfassenden Schutzauftrag; die Absätze 2 und 3 zählen zwei Massnahmen ausdrücklich auf (Verlagerung des Gütertransitverkehrs auf die Schiene; Verbot der Kapazitätsausweitung auf den Transitstrassen). Die Bestimmung vermittelt dem Bund eine umfassende, konkurrierende (nachträglich derogierende) Zuständigkeit in der Form eines verpflichtenden Auftrags.

*"Transit"* im Sinne von *Absatz 1* ist interpretationsbedürftig:

- Der Begriff umfasst alle Verkehrsträger, also den Strassenverkehr, den Schienenverkehr, den Luftverkehr. Dabei ist (besonders mit Blick auf Abs. 2) klar, dass dem Schienenverkehr als dem vergleichsweise umweltverträglichsten Verkehrsträger Vorrang gebührt.
- Umstritten ist, ob der Begriff neben dem alpenquerenden Verkehr von Grenze zu Grenze auch den grenzüberschreitenden alpenquerenden Verkehr von und nach der Schweiz (Export- bzw. Ausreiseverkehr und Import- bzw. Einreiseverkehr) sowie den alpenquerenden Binnenverkehr umfasst.

Zwar scheinen die Initianten und der Bundesrat in Übereinstimmung mit der Fachterminologie einem engen Verständnis zugeneigt zu haben (BBl 1992 II 883, 916, 919; 1994 II 1305; vgl. auch 1992 III 1064 f.). Für die weite Auslegung bei Absatz 1 sprechen dagegen eher der unterschiedliche Wortlaut der Absätze 1 und 2 sowie Äusserungen im Verlauf der parlamentarischen Beratungen (vgl. Amt. Bull. N 1992 2617, Votum Friderici). Zudem ist sie ein entscheidender Schlüssel zur staatsvertrags- und europarechtskonformen Anwendung des Verfassungsartikels, weil sie es erlaubt,

die Verlagerung des internationalen Strassengütertransits auf die Schiene in den Zusammenhang mit einer Verkehrspolitik zu stellen, die sich den gesamten alpenquerenden Verkehr gleichermassen zum Gegenstand nimmt. Die weite Auslegung harmoniert auch besser mit dem hinter der Verfassungsnorm stehenden allgemeinen Ziel, den alpenquerenden Strassenverkehr generell einzudämmen.

In den *Absätzen 2 und 3* ist von vornherein nur der *Transitverkehr im engen Sinne* gemeint: der Verkehr von Grenze zu Grenze, wobei Absatz 2 davon allein den Güterverkehr erfasst, Absatz 3 jedoch auch den Personenverkehr (vgl. BBl 1994 II 1305).

Das *Ausbauverbot* nach *Absatz 3* bedingt eine gesetzliche Definition der "Transitstrassen im Alpengebiet" (BG über den Strassentransitverkehr im Alpengebiet, STVG; AS 1994 2712).

*Übergangsbestimmung:* Die Verlagerung des Gütertransitverkehrs gemäss Absatz 2 muss grundsätzlich zehn Jahre nach Annahme von Art. 36sexies BV in der Volksabstimmung vom 20. Februar 1994 abgeschlossen sein (vgl. Art. 22 UeB BV). Da das Transitabkommen erst am 23. Januar 2005 ausläuft, könnten Probleme entstehen, für die völkerrechtlichskonforme Lösungen gesucht werden müssen.

## Art. 62

### Strassenverkehrsabgaben

Artikel 62 VE fasst die Artikel 36ter, 36quater und 36quinquies BV zusammen. Als Übergangsbestimmung übernimmt der VE ferner wörtlich Artikel 21 UeB BV.

Der Bund erhebt für die Teilnahme am privaten Verkehr drei Abgaben:

- eine *Mineralölsteuer* (einschliesslich Zuschlag);
- eine *Schwerverkehrsabgabe* (vorerst noch in pauschaler Form, später leistungsabhängig);
- eine *Nationalstrassenabgabe* (Autobahnvignette).

Diese Abgaben haben einen unterschiedlichen rechtlichen Charakter. Bei der leistungsabhängigen Schwerverkehrsabgabe und der Nationalstrassenabgabe handelt es sich um Gebühren mit teilweise fiskalischem Charakter. Die übrigen Abgaben sind als Steuern zu betrachten (pauschale Schwerverkehrssteuer [Besitzsteuer]; Mineralölsteuer [Verkehrssteuer]; Mineralölsteuerzuschlag [Kostenanlastungssteuer]). Die Abgaben dienen der Mittelbeschaffung für den allgemeinen Bundeshaushalt; gleichzeitig tragen sie auch zur Deckung der Kosten im Strassenverkehr bei.

Wir befinden uns im Bereich der Schwerverkehrsabgabe zur Zeit in einer Umbruchphase: Mit der 1994 in Kraft gesetzten Neuordnung wurden die Voraussetzungen für eine unbefristete Lösung geschaffen. In einem ersten Schritt wurde die Schwerverkehrsabgabe per Ende 1994 in Artikel 21 UeB BV, der den ebenfalls direkt anwendbaren Artikel 17 UeB BV abgelöst hat, als pauschale Abgabe verankert. In einem zweiten Schritt wird die Abgabe gestützt auf den neuen Artikel 36quater BV leistungsabhängig ausgestaltet. Dabei ist für das Erhebungssystem eine enge Koordination mit der

Gesetzgebung in der EU beabsichtigt. Zudem soll der Grundsatz der Kostenwahrheit wegleitend sein. Mit der Schwerverkehrsabgabe werden zudem auch energie- und umweltpolitische Ziele verfolgt. Die Strassenkosten können insbesondere aufgrund der gefahrenen Kilometer, des Fahrzeug-Gesamtgewichts, der Fahrzeugachsen und der Emissionen angelastet werden.

Auf dieser Lösung baut der Entwurf in *Absatz 1* auf. Er enthält eine Abgabe- und Sachkompetenz, die es dem Bund ermöglicht, eine leistungs- oder verbrauchsabhängige Schwerverkehrsabgabe zu erheben. Damit soll das Verursacherprinzip für die Kosten, die durch den Strassenverkehr entstehen, verwirklicht werden. Die Internalisierung der Kosten hat ferner ökologisch erwünschte Nebenwirkungen (Verhinderung von Leerfahrten, Umlagerung des Verkehrs auf die Schiene usw.). Bei der Schwerverkehrsabgabe handelt es sich um eine Kausalabgabe, die eine spezielle Verfassungsgrundlage benötigt, weil auf öffentlichen Strassen grundsätzlich keine Gebühren erhoben werden dürfen (Art. 59 Abs. 3 VE bzw. Art. 37 Abs. 2 BV). Es ist auch weiterhin vorgesehen, die Kantone am Reinertrag der Schwerverkehrsabgabe zu beteiligen.

*Absatz 2* entspricht Artikel 36quinquies BV und hat die Nationalstrassenabgabe (Autobahnvignette) zum Gegenstand. Es handelt sich dabei um eine Gebühr, der insofern auch fiskalischer Charakter zukommt, als ein pauschales Erhebungssystem vorgesehen wird. Die Abgabe wird für die Benützung der Nationalstrassen erster und zweiter Klasse durch Fahrzeuge von einem Gesamtgewicht unter 3,5 Tonnen erhoben. Erfasst wird damit jenes Fahrzeugsegment, das nicht der Schwerverkehrsabgabe unterliegt. Einzelne Teile des Artikels 36quinquies BV sind aus heutiger Sicht nicht mehr verfassungswürdig; es genügt, wenn sie auf Gesetzesstufe geregelt werden. Zu diesen Elementen gehören beispielsweise die Vollzugsmodalitäten.

*Absatz 3* entspricht Artikel 36ter BV. Er regelt die Verwendung der Erträge aus der Schwerverkehrsabgabe, der Nationalstrassenabgabe und der Mineralölsteuer. Bei den in Buchstabe a genannten Hauptstrassen handelt es sich um Hauptstrassen im Sinne des bisherigen Artikel 36ter Absatz 1 Buchstabe b BV. Wie im geltenden Recht ist vorgesehen, den gesamten Reinertrag der Schwerverkehrsabgabe und der Nationalstrassenabgabe, die Hälfte des Ertrags der Mineralölsteuer sowie den gesamten Mineralölsteuerzuschlag gemäss Absatz 4 zweckgebunden wie folgt zu verwenden:

- Vollendung des National- und Hauptstrassennetzes, Betrieb und Unterhalt dieses Strassennetzes, allgemeine Beiträge an die Strassenkosten der Kantone.
- Massnahmen an den Schnittstellen zum öffentlichen Verkehr (Verkehrstrennung, kombinierter Verkehr, Aufhebung von Niveauübergängen usw.); zu den Massnahmen zur Trennung von Schiene und Strasse gehört zum Beispiel auch die Aufhebung von Niveauübergängen.
- Schutz von Mensch und Umwelt; dazu gehören auch gewisse Schutzbauten gegen Naturgewalten.

Reicht der zweckgebundene Ertrag aus der Mineralölsteuer für die Erfüllung dieser Aufgaben nicht aus, erhebt der Bund laut *Absatz 4* einen Mineralöl-



steuerzuschlag, der ebenso zweckgebunden ausschliesslich für die soeben erwähnten Zwecke zu verwenden ist.

In der *Übergangsbestimmung* wird Artikel 21 UeB BV übernommen. Sie enthält direkt anwendbare Bestimmungen über eine pauschale Schwerverkehrsabgabe, die solange gelten, bis die Gesetzgebung über eine leistungsabhängige Abgabe in Kraft getreten ist, längstens aber bis Ende 2004.

#### Art. 63 Fuss- und Wanderwege

Dieser Artikel entspricht dem Artikel 37quater BV.

Der Artikel will Erhaltung und Ausbau von Fuss- und Wanderwegnetzen sicherstellen; Fussgänger sollen sich durchgehend frei vom motorisierten Verkehr auf Anlagen bewegen können, die ihren Bedürfnissen angepasst sind. Die Bestimmung verpflichtet primär die Kantone. Dem Bund schreibt sie eine auf *Grundsätze* beschränkte *konkurrierende* (nachträglich derogierende) Rechtsetzungszuständigkeit zu; sie ermächtigt ihn zur *Förderung* und *Koordinierung* und erlegt ihm eine *Pflicht zur Rücksichtnahme auf*.

Im Vergleich zum geltenden Recht ist Artikel 63 VE gestrafft worden. Verzichtet wird mit Blick auf Artikel 32 VE namentlich auf die Aufgabenzuweisung an die Kantone (Art. 37quater Abs. 2 Satz 1). Ferner kann auf Absatz 4 von 37quater (Zusammenarbeit mit privaten Organisationen) künftig verzichtet werden: sein Inhalt ist in Artikel 8 des Bundesgesetzes über Fuss- und Wanderwege ausreichend verankert.

#### Art. 64 Eisenbahnen, Schifffahrt, Luftfahrt

Artikel 64 führt die Artikel 24ter (Schifffahrt), 26 (Eisenbahnen) und 37ter BV (Luftfahrt) nach. Abgesehen von der redaktionellen Zusammenlegung der drei Artikel drängen sich keine Änderungen auf:

Unter den Begriff der "*Eisenbahn*" fallen die schienengebundenen öffentlichen (allgemein zugänglichen) Verkehrsmittel. Die Bundeskompetenz erstreckt sich auf

- den "Bau und Betrieb" der Eisenbahnen einschliesslich
- der Planung und
- der Bahnpolizei.

Der Gesetzgeber ist frei, Bau und Betrieb von Bahnen einem Monopolunternehmen zu übertragen oder - auch ergänzungsweise - Konzessionäre zuzulassen; allerdings wirken Bestimmungen des internationalen Rechts auf einen Abbau von Monopolen und monopolähnlichen Unternehmungen hin. Das Eisenbahngesetz (EBG) sieht ein Konzessionssystem vor (Art. 5 ff. EBG); die Bundesbahnen als Monopolbetrieb basieren auf dem SBBG. Die Bahngesetzgebung ist in ihrem örtlichen Geltungsbereich wie alles Landesrecht grundsätzlich auf das Staatsgebiet beschränkt. Der grenzüberschreitende und der internationale Bahnverkehr werden durch Staatsverträge geregelt.

Der Bund kann ferner die *Binnen- und Seeschifffahrt* regeln. Dazu gehören:

- die Binnen- und die Seeschifffahrt,

- die Personen- und die Güterschiffahrt,
- der Bau und der Betrieb von Wasserstrassen,
- die Schifffahrtspolizei.

Die individuelle, nicht-gewerbsmässige Kleinschiffahrt auf Seen und Flüssen ist dem Gemeingebrauch an öffentlichen Gewässern zuzurechnen und fällt daher unter kantonales Recht. Soweit die Binnenschiffahrt Grenzgewässer berührt, trifft der Bund gestützt auf seine Zuständigkeit zur Führung der auswärtigen Angelegenheiten die notwendigen staatsvertraglichen Regelungen. Für die Hochseeschiffahrt gilt in den Schranken des internationalen Rechts das BG über die Seeschiffahrt unter der Schweizer Flagge; in Territorialgewässern weicht dieses Gesetz dem zwingenden Recht der Uferstaaten.

Hinsichtlich der *Luftfahrt* kann der Bund namentlich folgende Bereiche regeln:

- Prüfung und Zulassung von Luftfahrzeugen und Luftfahrtpersonal,
- Flugbetrieb und Flugsicherung,
- Bau und Betrieb von Flugplätzen und Flugsicherungsanlagen.

Wie im Bereich des Eisenbahnverkehrs ist der Gesetzgeber frei, die Luftfahrt dem Staat vorzubehalten oder mit einem Konzessionssystem zu arbeiten. Das LFG sieht eine Konzessionspflicht (nur) für den gewerbsmässigen Linienverkehr vor (Art. 27 ff. LFG; Art. 101 ff. LFV; BBl 1945 I 344).

## Art. 65 Energiepolitik

Artikel 65 VE entspricht dem 1990 in die BV eingefügten Artikel 24<sup>octies</sup>.

Er normiert Grundsätze der Energiepolitik. Die im nachfolgenden Artikel 66 aufgezählten einzelnen Zuständigkeiten des Bundes erhalten damit eine übergreifende Dachbestimmung, die dem Querschnittscharakter der Energiepolitik gerecht wird. Diese beeinflusst mit ihrem Ziel insbesondere das Atom-, Wasserwirtschafts-, Umweltschutz-, Landesversorgungs-, Konsumentenschutz- und Forschungsrecht.

Artikel 65 regelt in *Absatz 1* energiepolitische Ziele, vorerst ohne die Zuständigkeiten von Bund und Kantonen zu berühren. Die energiepolitischen Ziele sind: eine ausreichende, breitgefächerte, sichere, wirtschaftliche und umweltverträgliche Energieversorgung und ein sparsamer und rationeller Energieverbrauch.

Nach *Absatz 2* kann der Bund Grundsätze über Energienutzung und -verbrauch aufstellen.

*Absatz 3* gibt dem Bund die Zuständigkeit, Vorschriften über den Energieverbrauch von Anlagen, Fahrzeugen und Geräten zu erlassen und die Entwicklung von umweltverträglichen Energietechniken zu fördern.

Nach den *Absätzen 4 und 5* hat der Bund die Anstrengungen der Kantone, der Gemeinden sowie der Wirtschaft zu berücksichtigen und das grundsätzlich kantonale Baurecht zu respektieren. Dabei ist den unterschiedlichen Verhältnissen der Landesregionen und den wirtschaftlichen Aspekten der Massnahmen Rechnung zu tragen

Artikel 65 VE lehnt sich eng an den Artikel 24<sup>octies</sup> BV an.

In Ergänzung zur nachgeführten Bestimmung könnte als *Neuerung* ein Absatz 6 angefügt werden, der den Bund generell berechtigt, besondere Verbrauchssteuern auf Energieträgern aller Art und Abgaben zur Lenkung des Energieverbrauchs zu erheben; damit würde diese umstrittene Frage geklärt. Die Variante würde an den 1978 von der Eidgenössischen Kommission für die Gesamtenergiekonzeption vorgeschlagenen Verfassungsartikel anschliessen (vgl. deren Schlussbericht, Bd. 2, S. 427).

## Art. 66

### Atomenergie, elektrische Energie und Rohrleitungen

Artikel 66 VE führt die Artikel 24<sup>quater</sup>, 24<sup>quinquies</sup>, 26<sup>bis</sup> BV sowie den Artikel 19 der Übergangsbestimmungen nach.

*Absatz 1* fasst die Zuständigkeiten des Bundes betreffend die verschiedenen Energieträger zusammen. Nur bei der Kernenergie ist die Bundeszuständigkeit eine umfassende, die dem Gesetzgeber angesichts der unabsehbaren Entwicklung der Atomtechnik sämtliche Möglichkeiten offenlässt. Bei der elektrischen Energie betrifft sie nur deren Fortleitung (Transport und Transformation) und Abgabe, bei den Ölen, Treibstoffen und Gasen nur deren Transport in Rohrleitungen. Das "Monopol" des Bundes auf dem Gebiet der Atomenergie sollte insbesondere der Rechtsunsicherheit bei der Nutzbarmachung vorbeugen, die Forschung fördern, die Beschaffung der Kernbrennstoffe und die Entsorgung der Abfälle unterstützen, die Unklarheiten des Gesundheitsschutzes beseitigen und versicherungstechnische Fragen regeln (vgl. BBI 1957 II 1154 ff.). Heute stehen vor allem die Sicherheit und Nutzung von Anlagen, die Beachtung internationaler Verträge (Non-Proliferation) sowie haftungsrechtliche Aspekte im Vordergrund. Hinter der Zuständigkeit des Bundes bei Fortleitung und Abgabe elektrischer Energie steht nach wie vor das Bestreben nach einer möglichst sicheren und gleichmässigen Versorgung des Landes mit elektrischer Energie auf der einen, dasjenige nach einheitlichen Abgabebedingungen des elektrischen Stroms auf der anderen Seite. Die Zuständigkeit bei Rohrleitungsanlagen erstrebt eine optimale Sicherheit der Einrichtungen in technischer Hinsicht; die Bundeskompetenz liegt ähnlich wie bei den Atomanlagen und den elektrischen Anlagen begründet in der grenzüberschreitenden Dimension der betreffenden Werke, in der Notwendigkeit einer einheitlichen Regelung in allen Kantonen, im grossen Gefahrenpotential, in der Wünschbarkeit einer verschärften Kausalhaftpflicht und in der abzusehenden Erforderlichkeit von Enteignungen (vgl. BBI 1960 II 751).

*Absatz 2* verbietet die Abgabe von Energie aus Wasserkraft ans Ausland ohne Bewilligung des Bundes und wurde 1908 unter dem Eindruck der Befürchtung erlassen, Energie aus den bedeutenden nutzbaren Wasservorkommen des Tessins könnten in grossem Stil nach Italien exportiert werden.

*Übergangsbestimmung:* Noch bis ins Jahr 2000 ist die Bewilligungspraxis des Bundes für Kernenergieanlagen - vorübergehend - gestoppt worden durch die Annahme der Moratoriums-Initiative 1990, die das faktisch-politische Moratorium der 80er Jahre in ein (verfassungs-)rechtlich verbindliches Verbot umwandelte. Die entsprechende Übergangsbestimmung stellt

im technischen Sinn nicht eigentlich Übergangsrecht dar, sondern eher befristetes Verfassungsrecht.

**Art. 67****Post- und Fernmeldewesen**

Artikel 67 entspricht Artikel 36 BV.

*Absatz 1:* Die Bestimmung dient der Bereitstellung eines umfassenden Leistungsangebotes auf dem Gebiete des Postwesens und der elektronischen Informationsübermittlung; sie vermittelt dem Bund eine umfassende und ausschliessliche Gesetzgebungskompetenz.

- Zum *Postwesen* gehören die üblichen Postleistungen (Brief- und Paketpost, Postzahlungsverkehr) und der regelmässige gewerbsmässige Personentransport, soweit er nicht unter andere Verfassungsbestimmungen fällt (Art. 24ter, 26, 37ter: Schifffahrt, Eisenbahnen, Luftfahrt). Der allgemeine Güterverkehr und das Bankgeschäft hingegen sind von Artikel 36 nicht erfasst. (Burckhardt, Kommentar, 310; Lendi, Kommentar BV, Art. 36 Rz. 1, 7, 8-10)
- Das *Fernmeldewesen* umfasst die elektrische, elektromagnetische und magnetische Übertragung von Nachrichten, die nicht an die Allgemeinheit gerichtet sind (vgl. Art. 2 FMG). Die fernmeldetechnischen Aspekte von Radio und Fernsehen fallen nicht unter das Fernmeldewesen, sondern gelten als notwendiges Element dieser Medien selbst (vgl. Art. 2 Satz 2 FMG und Art. 1 RTVG sowie BBI 1987 III 728 zu Art. 1 und 2 RTVG). Deshalb stützt sich auch die Regelung der Übertragungstechnik bei Radio und Fernsehen (Art. 8, 24, 28, 32, 34, 37 und 39 ff. RTVG) auf Artikel 55bis BV; diese Bestimmung erfasst die elektronische Massenkommunikation als einheitliches Phänomen mit ihren technischen und programmlichen Aspekten.
- Als *Leistungsträger* im Post- und Fernmeldebereich können der Bund, ein Monopolunternehmen oder Private wirken; Artikel 36 steht jedoch sowohl kantonalen Tätigkeiten als auch einer privatrechtlichen Trägerstruktur entgegen (Lendi, Kommentar BV, Art. 36, Rz. 3 f., 11, 13, 17 f.). Im übrigen ist es Sache des Gesetzgebers, Monopol- und Wettbewerbsbereich näher zu konkretisieren (BBI 1988 I 1329). Allerdings wirken Bestimmungen des internationalen Rechts auf einen Abbau der PTT-Monopole: So hat das geltende FMG das frühere Apparatemonopol für die Teilnehmeranlagen aufgegeben (Art. 32 ff. FMG; BBI 1988 I 1334 ff.); ausserdem ist das Personenbeförderungsmonopol für den grenzüberschreitenden Personenverkehr relativiert worden (Art. 2 und 6 des BG über die Personenbeförderung und die Zulassung als Strassen-transportunternehmung; AS 1993 3128).

Gemäss *Absatz 2* muss der Bund mindestens ein Grundleistungsangebot sicherstellen, das Gewähr für einen funktionstüchtigen Post- und Fernmeldeverkehr in allen Landesteilen bietet. Die Tarife sind landesweit für das Grundleistungsangebot nach gleichen Grundsätzen auszugestalten und dürfen dem Leistungsträger keine übermässigen Gewinne verschaffen (vgl. Art. 1, 4 ff., 19 ff. FMG; BBI 1988 I 1333 f.; Burckhardt, Kommentar, 313; Lendi, Kommentar BV, Art. 36 Rz. 5, 17, 23). Der VE formt die Ta-



rifgrundsätze (heutiger Abs. 3) nach dem Vorbild von Artikel 1 FMG zu allgemeinen Versorgungsgrundsätzen um.

*Absatz 3* hält entsprechend dem heutigen Artikel 36 Absatz 2 BV die Gewinnablieferungspflicht fest. Im Sinne einer Neuerung könnte diese Pflicht in das Ermessen des Gesetzgebers gestellt werden.

Das *Postgeheimnis* (heutiger Abs. 4) erscheint neu im Grundrechtsteil.

## Art. 68

### Radio und Fernsehen

Artikel 68 übernimmt Artikel 55bis BV nahezu unverändert.

*Absatz 1* hält den ausschliesslichen Charakter der Bundeskompetenz fest.

*Absatz 2:* Den elektronischen Medien kommen in einer demokratischen Gesellschaft Aufgaben zu, an deren Erfüllung ein öffentliches Interesse besteht. Aus diesem Grund und um die Informationsfreiheit des Publikums abzusichern, hält die Verfassung in Gestalt eines Leistungsauftrages fest, dass Radio und Fernsehen zur kulturellen Entfaltung, zur freien Meinungsbildung sowie zur Unterhaltung beitragen sollen (vgl. die Botschaft des Bundesrates zu Art. 55bis BV, BBl 1987 II 885, 944 ff.). Dieser Auftrag bezieht sich nicht auf den einzelnen Veranstalter oder auf das einzelne Programm, sondern auf das Programmangebot insgesamt. Am verfassungsrechtlichen Leistungsauftrag ist trotz der mittlerweile unübersehbaren Vielzahl von Veranstaltern und Programmen festzuhalten (Jörg Paul Müller, Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, 2. A., Bern 1991, 203; Botschaft des Bundesrates zum RTVG, BBl 1987 III 689). Zur Informationstätigkeit im besonderen hält Absatz 2 fest, dass Radio und Fernsehen die Ereignisse sachgerecht darstellen und die Vielfalt der Ansichten angemessen zum Ausdruck bringen sollen.

Gemäss *Absatz 3* sind die Veranstalter vom Staat unabhängig. Ein staatlicher Rundfunk wäre mit der Meinungsfreiheit nicht vereinbar (ZBl 1982 222; Botschaft des Bundesrates zu Art. 55bis, BBl 1987 II 949; vgl. ferner Art. 10 EMRK und den Entscheid Informationsverein Lentia und Mitbeteiligte, § 39 sowie Art. 19 des Paktes II und Manfred Nowak, UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Fakultativprotokoll (CCPR-Kommentar, Kehl 1989, S. 355 ff., Nr. 46). Absatz 3 verankert im weiteren die Programmautonomie der Veranstalter als Teilaspekt der Meinungsfreiheit (vgl. Art. 13 VE und Erläuterungen dazu). Konzessionen können auch ausländischen Veranstaltern erteilt werden (Art. 11 Abs. 3 und 35 Abs. 1 RTVG in der Fassung vom 18. Juni 1993). Ebenso wenig besteht ein Anspruch Privater auf Verbreitung bestimmter Darbietungen und Informationen durch einen Veranstalter (Art. 5 Abs. 3 RTVG; BGE 119 Ib 241, 249); immerhin bestehen besondere Regelungen für Sendungen im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen (BGE 119 Ib 250 ff.). Die Empfänger haben Anspruch auf Einhaltung der materiellen Informationsgrundsätze (Art. 4 und 57 ff. RTVG).

Die *Absätze 4 und 5* wiederholen die entsprechenden Absätze von Artikel 55bis BV.

## 5. Abschnitt: Bildung, Forschung, Kultur und Sport

### Art. 69 Bildung

Der Artikel entspricht den Artikeln 27 BV und 4 ÜB.

Die Schulen fallen prinzipiell in die alleinige Kompetenz der Kantone (Schulhoheit). Verfassungsrechtlich geregelt sind aber einige bundesrechtliche Mindestanforderungen, denen der Unterricht an Grundschulen zu genügen hat (*Abs. 1*, entsprechend Art. 27 Abs. 2 und 3bis BV). Die Kantone organisieren und finanzieren die öffentlichen Schulen selbständig. Sie haben folgende bundesrechtliche, auf Gesetzesstufe nicht näher bestimmte Anforderungen zu beachten:

- Der Unterricht muss qualitativ und räumlich/organisatorisch ausreichend sein.
- Der öffentliche Grundschulunterricht muss als Zweig der kantonalen Verwaltung ausschliesslich unter staatlicher Leitung stehen. Kirchliche oder private Aufsicht ist nicht zulässig. Neben diesen öffentlichen Schulen sind Privatschulen mit kantonaler Aufsicht jedoch zulässig; es besteht kein staatliches Schulmonopol.
- Nicht zuletzt mit Blick auf die Funktionstüchtigkeit der Demokratie ist eine flächendeckende Qualitätssicherung durch obligatorischen Unterricht (Grundpflicht) vorgeschrieben. Für Behinderte ist eine den Fähigkeiten angepasste Schulung vorzusehen.
- Der Schulbesuch ist für alle Einwohner (Schweizer und Ausländer) unentgeltlich. Mit diesem egalitären Element wird die Chancengleichheit in der grundlegenden Ausbildung sichergestellt. Dieses "kleine Sozialrecht" ist justizabel und verpflichtet das Gemeinwesen zu einer positiven Leistung.
- Der Schuljahresbeginn für die obligatorische Schulpflicht ist verbindlich auf den Herbst festgelegt.

Die Mittelschulen, d.h. Schulen, die zur Maturität führen oder ausserhalb der Primarschule darauf vorbereiten, fallen ebenfalls in die kantonale Zuständigkeit. Die Kantone haben jedoch auch hier die konfessionelle Neutralität aller öffentlichen Schulen und das Sportobligatorium an Schulen (Art. 27quinquies BV, Art. 74 Abs. 1 VE) sowie die harmonisierenden Zulassungsvoraussetzungen zu den Hochschulen in der Maturitäts-Anerkennungsverordnung (SR 413.11) zu beachten.

Der Bund verfügt ferner über die Kompetenz, polytechnische Schulen, Universitäten und andere höhere Unterrichtsanstalten zu errichten, zu übernehmen und zu unterstützen (*Abs. 2*, entsprechend Art. 27 Abs. 1 BV). Diese Institutionen können auch unter dem Oberbegriff "Hochschulen" zusammengefasst werden. Es handelt sich dabei grundsätzlich um eine parallele Kompetenz, die den Bund zum Handeln verpflichtet. Für die eigenen Anstalten verfügt der Bund über eine ausschliessliche Zuständigkeit. Welche Institutionen als Hochschulen gelten, entscheidet sich weniger nach dem Kriterium der Wissenschaftlichkeit, als vielmehr danach, ob die Ausbildung zu einer qualifizierten beruflichen Tätigkeit in leitender und verantwortlicher Stellung führt (BBl 1991 IV 553: höhere Fachschulen im Sozialbereich). Die Unterstützung des Bundes erfolgt mittels Subventionen (Betriebsbeiträge und Beiträge an Sachinvestitionen) und durch Dienst-

leistungen. Der Bund kann eine gewisse Koordination unter den Hochschulen sicherstellen, indem er seine Beiträge an Auflagen und Bedingungen knüpft. Eine eigentliche Regelungskompetenz steht ihm aber nicht zu.

Im Sinne einer Neuerung könnte ein zusätzlicher Absatz über die zweisprachige Bildung eingefügt werden ("Bund und Kantone fördern die zweisprachige Bildung"). Eine entsprechende Forderung enthält die Parlamentarische Initiative 92.455 Robert vom 18.12.1992, der am 16.3.1994 Folge gegeben wurde.

Auf Artikel 27 Absatz 4 BV kann im VE verzichtet werden: die Aufsichtskompetenz ist in allgemeiner Form genügend geregelt (Art. 32 VE). Artikel 4 UeB verpflichtet die Kantone, innert bestimmter Fristen zu handeln. Die entsprechenden Aufgaben wurden erfüllt und die Fristen sind abgelaufen; der Artikel ist deshalb obsolet geworden.

#### Art. 70 Ausbildungsbeihilfen

Artikel 70 VE entspricht in redaktionell verkürzter Form Artikel 27quater BV. Der Bund soll mit seinen Ausbildungsbeihilfen dazu beitragen, die Bildungsreserven auszuschöpfen und den qualifizierten Nachwuchs für Wirtschaft und Verwaltung sicherzustellen. Ferner enthält der Artikel einen Solidaritätsgedanken (Erleichterung der Ausbildung sozial Benachteiligter) sowie kulturelle Aspekte (Persönlichkeitsentfaltung). Die nach dieser subsidiären Förderungskompetenz ausgerichteten Beihilfen (Stipendien, Darlehen, Entschädigungen) sind als Ergänzung, nicht als Ersatz kantonalen Leistungen gedacht (*Abs. 1*). Es sind nur individuelle Beihilfen und keine Investitionsbeiträge zulässig. Die Bundeskompetenz ist freiwillig.

Der Bund kann nach *Absatz 2* wie bisher auch eigenständige Förderungsmaßnahmen ergreifen. Hier handelt es sich um eine parallele Kompetenz, die darauf abzielt, Lücken in den kantonalen Regelungen zu schliessen (z.B. Hilfen an Auslandschweizer für den Schulbesuch in der Schweiz, Unterstützung von Schülern aus finanzschwachen Kantonen, die trotz Bundessubventionen keine ausreichenden Ausbildungsbeiträge gewähren können).

Der Bund kann jedoch keine materielle Stipendienharmonisierung durchsetzen. Gewisse Anforderungen an die Stipendienordnungen kann der Bund als Beitragsvoraussetzungen aufstellen. In diesem Sinn hat er Minimalanforderungen (SR 416.0, Art. 5) sowie Limiten für die Subventionierung kantonalen Stipendien (SR 416.01, Art. 5) festgelegt. Die formelle Harmonisierung wird heute aber in erster Linie über eine freiwillige Zusammenarbeit angestrebt.

Der VE verzichtet auf die ausdrückliche Erwähnung der kantonalen Schulhoheit und des Anhörungsrechts der Kantone, da diese Punkte an anderer Stelle des VE geregelt werden. Auf die Erlassform der Ausführungsbestimmungen (Art. 27quater Abs. 4 1. Satz BV) braucht nicht besonders eingegangen werden; die diesbezüglichen allgemeinen Regeln des VE genügen.

**Art. 71      Berufsbildung**

Artikel 71 VE hat die Berufsbildung zum Gegenstand. Er entspricht Artikel 34ter Absatz 1 Buchstabe g BV und lehnt sich redaktionell stark an das geltende Recht an. Die Bestimmung ermächtigt den Bund zum Erlass von Normen über die berufliche Aus- und Weiterbildung in Industrie, Gewerbe, Handel, Landwirtschaft und Hausdienst.

Die Aufzählung der erfassten Berufsbereiche führt zu Abgrenzungsproblemen, insbesondere beim Begriff "Gewerbe". Zudem hat sich die Berufswelt in den vergangenen Jahrzehnten stark geändert. Die rechtsanwendenden Behörden stehen deshalb immer wieder vor schwierigen Auslegungsfragen. Der Versuch des Gesetzgebers, mit einem Negativkatalog für klarere Grenzlinien zwischen kantonaler und Bundeszuständigkeit zu sorgen, ist nur bedingt geglückt (vgl. Art. 1 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Berufsbildung [BBG], SR 412.10). So kam beispielsweise das Bundesamt für Justiz im Jahre 1974 zum Schluss, bei der Arztgehilfin handle es sich um einen Krankenpflegeberuf, weshalb eine Unterstellung unter das BBG ausgeschlossen sei (VPB 38.76). Zehn Jahre später hielt es demgegenüber dafür, die "kaufmännisch-organisatorischen" und "technischen" Verrichtungen der Arztgehilfinnen würden die "pflegerischen" Elemente überwiegen, sodass sich eine Unterstellung unter das BBG rechtfertige (VPB 50.12). Weitere Berufe, die der Praxis Kopfzerbrechen bereiten, sind etwa die Krankenkassenfachleute, die Tierpfleger, die Forstwarte, die Fitness-Trainer, die Tierarztgehilfinnen, die Zahnprothetiker (im Gegensatz zu den Zahntechnikern) usw. Verschiedene parlamentarische Vorstösse thematisieren diese Abgrenzungsschwierigkeiten, so zum Beispiel das am 2. März 1992 überwiesene Postulat der nationalrätlichen Kommission für Wissenschaft und Forschung: es beauftragt den Bundesrat zu prüfen, ob eine Änderung der Bundesverfassung notwendig sei, um Berufe, die weder unter das BBG noch unter ein anderes einschlägiges Gesetz fallen, anerkennen zu können, und welche gesetzlichen Regelungen für die Anerkennung solcher Berufe allenfalls heute schon möglich seien (Amtl. Bull. N 1992, 236).

Zur Vermeidung der erwähnten Abgrenzungsprobleme könnte dem Bund im Bereich der beruflichen Ausbildung eine umfassende Gesetzgebungskompetenz ("Die Berufsbildung ist Sache des Bundes") oder bloss die Möglichkeit eingeräumt werden, die Voraussetzungen für die Zulassung zu Bildungsanstalten (z.B. Maturitätsausweise) sowie die Anerkennung von Fähigkeitszeugnissen zu regeln ("Der Bund kann die Voraussetzungen regeln für die Zulassung zu Bildungseinrichtungen, insbesondere die Anerkennung von Maturitätsausweisen, und Bestimmungen erlassen über die Anerkennung von Fähigkeitszeugnissen"). Diese Zuständigkeit würde sich auf alle Berufe erstrecken und damit auch den materiellen Gehalt von Artikel 33 BV erfassen (vgl. auch 76 VE). Mit diesem Lenkungsinstrument wäre eine bessere Koordination und Harmonisierung im Berufsbildungswesen sowie die bundesweite Freizügigkeit der Berufe - zulasten kantonaler Entscheidungsspielräume - sichergestellt.



**Art. 72**      **Forschung**

Dieser Artikel entspricht Artikel 27sexies BV. Die Forschung ist für die Qualität der wissenschaftlichen Ausbildung von entscheidender Bedeutung; Lehre, Bildung und Forschung ergänzen sich funktionell als Elemente eines umfassenden Systems. Dabei kommt dem Bund die Hauptverantwortung für die Forschungsförderung zu; es handelt sich um eine umfassende und parallele Zuständigkeit, die den Bund zum Handeln verpflichtet (*Abs. 1*).

Die Forschungsförderung begründet keinen Individualanspruch auf Leistung. Der Bund ist aber gehalten, günstige Forschungsbedingungen zu schaffen. Die Forschungsförderung wird durch die Freiheit von Forschung und Lehre begrenzt: der Bund darf weder den Forschungsgegenstand noch die Methode beschränken. Der Bund fördert die Forschung insbesondere durch das Betreiben eigener Anstalten (z.B. ETH), durch Ausrichtung von Subventionen an die Institutionen der Forschungsförderung (z.B. Schweiz. Nationalfonds) und an die kantonalen Universitäten sowie durch das Erbringen von Dienstleistungen (Informationen, Rechenzentren etc.). Die praxisorientierte und auf die technische Entwicklung ausgerichtete Forschung der Privatwirtschaft unterstützt er aufgrund dieser Zuständigkeit nur subsidiär und indirekt.

Um eine gewisse Koordination zu gewährleisten, veröffentlicht der Bundesrat regelmässig seine Forschungspolitik (Ziele der Forschungspolitik des Bundes nach 1992, BBl 1990 II 879, Botschaft über die Förderung der Wissenschaft in den Jahren 1996-1999, BBl 1945 I 845). Zudem kann er die Ausrichtung seiner Beiträge an einen Koordinationsvorbehalt knüpfen (*Abs. 2*, entsprechend Art. 27sexies Abs. 1, 2. Satz BV). Allerdings hat diese Koordinationskompetenz subsidiären Charakter; die Koordination der Forschenden und der nichtstaatlichen Instanzen liegt primär in deren Verantwortung. Der Bund kann keine Vorschriften über die Forschungstätigkeit Dritter erlassen.

Nach *Absatz 3* kann der Bund ferner Forschungsstätten betreiben.

Die Statistik wird als Annexkompetenz zu den jeweiligen Sachkompetenzen verstanden. Soweit die Statistik Forschungszwecken dient, bildet der Forschungsartikel eine ausreichende Verfassungsgrundlage. Falls dennoch eine ausdrückliche Erwähnung der Bundesstatistik erwünscht ist, könnte beispielsweise ein zusätzlicher Artikel folgenden Inhalts eingefügt werden:

*Art. ... Statistik*

*1 Der Bund erhebt statistische Daten über den Zustand und die Entwicklung von Bevölkerung, Wirtschaft, Gesellschaft, Raum und Umwelt in der Schweiz.*

*2 Er erlässt gesetzliche Bestimmungen über die Sicherstellung der statistischen Grundlagen, die er für die Erfüllung seiner Aufgaben benötigt.*

**Art. 73**      **Kultur**

Der Bund kann sich für kulturpolitische Tätigkeiten zunächst auf die Zuständigkeiten der Bundesverfassung zur Filmförderung (Art. 27ter), zum Natur- und Heimatschutz (Art. 24sexies) und - für den Fall bewaffneter

Konflikte - zum Kulturgüterschutz (Art. 22bis) sowie auf eine Reihe weiterer Verfassungsbestimmungen stützen (Art. 8, 45bis, 55bis, 115, 116 BV). Die geltende Verfassung enthält jedoch keine geschriebene, umfassende Bundeskompetenz zur Kulturförderung. Die bisherigen Versuche, die Kulturförderung selbständig in der Verfassung zu verankern, sind 1986 (Kulturinitiative und Gegenvorschlag) und 1994 (Behördenvorlage) gescheitert.

Nach unbestrittener Praxis von Bundesrat und Bundesversammlung gehört die Kulturförderung in einem umfassenden Sinne zu den Staatsaufgaben; dem Bund kommt in den Bereichen, in denen seine Zuständigkeit nicht explizit verankert ist, im Rahmen seiner bisherigen Aktivitäten auch nach Ablehnung der erwähnten Vorlagen eine stillschweigende oder gewohnheitsrechtliche Kompetenz zu (BBI 1987 I 977, 1991 I 1513, 1992 I 540 f.; VPB 50.41, S. 265). Die Kompetenzen beschränken sich hier auf den Bereich der Leistungsverwaltung (VPB 50.47, S. 314 ff., BBI 1992 I 540).

Der Kulturartikel geht davon aus, dass die öffentliche Kulturförderung in erster Linie Aufgabe der Kantone ist. Die Förderung eines vielfältigen kulturellen Lebens umfasst die Pflege des kulturellen Erbes, das aktuelle Kulturschaffen sowie die Kulturvermittlung. *Absatz 1* hält dazu fest, dass der Bund diese Anliegen als Ausdruck der kulturellen Vielfalt bei der Erfüllung seiner Aufgaben berücksichtigen muss.

*Absatz 2* enthält eine Kulturförderungskompetenz des Bundes. Sie ist allerdings im Vergleich zum 1994 abgelehnten Kulturförderungsartikel deutlich eingeschränkt. Der Bund kann gestützt auf diesen Absatz kulturelle Bestrebungen von gesamtschweizerischem Charakter unterstützen. In Beachtung des Subsidiaritätsprinzips ist eine regional oder lokal anknüpfende eigene Kulturpolitik des Bundes nicht möglich.

In *Absatz 3* wird der Förderungsauftrag festgehalten, wonach der Bund die Kommunikation zwischen den Sprachgemeinschaften sowie Massnahmen zugunsten bedrohter Landessprachen zu unterstützen hat (Art. 116 BV). Die Formulierung entspricht weitgehend den Absätzen 2 und 3 des Sprachenartikels, wie er am 1. Februar 1995 vom Nationalrat als Erstrat beschlossen worden ist.

*Absatz 4* entspricht Artikel 27ter BV, der seinerzeit aus staatspolitischen und kulturellen Überlegungen eingeführt wurde. Er hat zum Zweck, die Unabhängigkeit und Ordnung des schweizerischen Filmgewerbes zu sichern, wirtschaftliche und ideologische Einflüsse des Auslandes einzuschränken und die unter einem ungenügenden Inlandmarkt leidende schweizerische Filmproduktion zu fördern. Der Bund verfügt über eine konkurrierende, nachträglich derogierende Kompetenz in ökonomischen und kulturellen Filmbelangen. Sie hat aber subsidiären Charakter; der Bund soll bloss eingreifen, soweit kantonale oder private Massnahmen nicht zum Ziel führen. Dem Bund stehen folgende Instrumente zur Verfügung:

- Förderung der Produktion einheimischer Filme und filmkultureller Bestrebungen. Heute stellt der Bund unter diesem Titel insbesondere Mittel zur Verfügung für die Produktion von Filmen und Drehbüchern, die Entwicklung von Filmprojekten, die Ausrichtung von Qualitätsprämien, die Ausbildung, die Archivierung sowie für Institutionen der Filmkultur (*Bst. a*).

- Regelung der Einfuhr und des Verleihs von Filmen (*Bst. b*): Hinsichtlich der Einfuhr und des Verleihs ausländischer Filme handelt es sich um eine ausschliessliche Bundeskompetenz. Damit kann der Bund namentlich unerwünschte Geschäftspraktiken (z.B. den Verleih "en bloc") bekämpfen. Das Filmgesetz unterwirft dementsprechend die Einfuhr von Spielfilmen der Kontrolle und der Kontingentierung.
- Regelung der Eröffnung und Umwandlung von Betrieben der Filmvorführung (ebenfalls *Bst. b*): Die Eröffnung und die Umwandlung von Kinos bedarf einer bundesrechtlichen Bewilligung. Artikel 27ter Absatz 3 BV behält die Erteilung der Bewilligung und die Ordnung des Verfahrens den Kantonen vor. Das Filmgesetz führt diesen Grundsatz in Artikel 18 ff. aus. Deshalb kann mit Blick auf die Normierungsdichte auf diesen Vorbehalt zugunsten der Kantone auf Verfassungsebene verzichtet werden.

Für die einschränkenden Regelungen nach Buchstabe b kann der Bund nötigenfalls auch von der Wirtschaftsfreiheit abweichen.

Nach Artikel 27ter Absatz 2 BV besteht ein Anhörungsrecht der Kantone und der interessierten Verbände für die gesetzgeberische Tätigkeit des Bundes in diesem Bereich. Der VE regelt die Anhörung allgemein (Art. 155 VE); an dieser Stelle kann auf eine entsprechende Bestimmung verzichtet werden.

Artikel 27ter Absatz 4 BV behält die übrige Gesetzgebung und deren Vollzug ausdrücklich den Kantonen vor. Auch hier wird im VE auf eine entsprechende Bestimmung zugunsten der allgemeinen Vollzugsregelung verzichtet.

#### Art. 74 Turnen und Sport

Artikel 74 VE führt Artikel 27quinquies BV nach. Die Bestimmung dient als Grundlage für die allgemeine Förderung von Turnen und Sport als Teil der Allgemeinbildung (Volksgesundheit, Freizeitgestaltung, Gesundheit des Einzelnen). Die historische Wurzel bildete die körperliche Ertüchtigung der jungen Männer im Hinblick auf den Militärdienst (Jugend und Sport); sie ist heute bloss ein Bestandteil eines wesentlich weiter gefassten Zielrahmens.

*Absatz 1* enthält eine konkurrierende, nachträglich derogierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Gestützt auf diese Bestimmung kann der Bund Vorschriften über Turnen und Sport der Jugend, über die Organisation des freiwilligen Schulsports oder über den Sport ausserhalb der Schule erlassen. Insbesondere kann er den Turn- und Sportunterricht an Schulen obligatorisch erklären. Ausserdem kann der Bund die Turn- und Sportlehrausbildung regeln.

Nach *Absatz 2* kann der Bund Turnen und Sport der Erwachsenen fördern. Es handelt sich dabei um eine parallele Kompetenz. Eine Regelungskompetenz steht dem Bund in diesem Bereich jedoch nicht zu. Schliesslich ist dem Bund aufgetragen, eine Sportschule zu unterhalten.

Das geltende Recht ermächtigt den Bund ausdrücklich, den Turn- und Sportunterricht an Schulen obligatorisch zu erklären (Art. 27quinquies Abs. 1 BV). Diese Kompetenz ist in der allgemeinen Gesetzgebungszuständigkeit

enthalten; sie wird nicht mehr ausdrücklich erwähnt. Artikel 27quinquies Absatz 1 BV behält den Kantonen den Vollzug mit Blick auf deren Schulhoheit ausdrücklich vor. Im VE kann aufgrund der allgemeinen Vollzugsregel in Artikel 301 auf eine solche Bestimmung verzichtet werden. Das Anhörungsrecht (Art. 27quinquies Abs. 4 BV) wird in Art. 155 VE allgemein geregelt; auf eine besondere Erwähnung kann hier verzichtet werden.

## 6. Abschnitt: Wirtschaft

### Art. 75 Grundsätze der Wirtschaftsordnung

Art. 75 VE führt die in Art. 31 Abs. 2 sowie in Art. 31bis Abs. 2 BV angelegten Richtlinien für das wirtschaftsrelevante Handeln von Bund und Kantonen fort.

Der Grundsatz des freien Wettbewerbs (vgl. die Erläuterungen zu Art. 21 Abs. 3 VE) untersagt es dem Staat, lenkend in das Wirtschaftsgeschehen einzugreifen. Nicht mit dem Grundsatz zu vereinbaren wäre es etwa, wenn das Gemeinwesen einzelne Marktteilnehmer privilegiert oder wenn es auf einem bestimmten Markt den Zutritt neuer Wettbewerber verhindert (z.B. durch eine Bedürfnisklausel). Das Gemeinwesen hat beim Erlass von Berufszugangs- und von Berufsausübungsvorschriften die Marktmechanismen zu respektieren (vgl. Etienne Grisel, *Liberté du commerce et de l'industrie*, Bern 1993, 123 ff.). Auch der prinzipielle oder teilweise Ausschluss Privater von einem bestimmten Markt durch Monopolisierung einer Erwerbstätigkeit oder durch Errichtung eines Konzessionssystems steht mit dem Grundsatz des freien Wettbewerbs in Widerspruch.

Ausnahmen vom Grundsatz des freien Wettbewerbs bedürfen einer Grundlage in der Bundesverfassung (vgl. auch Art. 21 VE). Diese verfassungsrechtliche Grundlage kann, wie bereits nach geltendem Verfassungsrecht (vgl. Rhinow in Kommentar BV, Art. 31, Rz.144), ausdrücklich (vgl. z.B. Art. 73 Abs. 4 Bst.b., Art. 77 Abs. 2 VE) oder implizit sein (vgl. z.B. Art. 84, Art. 86 Abs. 2 VE). Während der Entwurf (nach dem Vorbild des geltenden Verfassungsrechts) den Bund in einer Reihe von Bestimmungen dazu ermächtigt, vom Grundsatz des freien Wettbewerbs abzuweichen, sind die Kantone mit zwei Ausnahmen an den Grundsatz gebunden. Die eine Ausnahme betrifft das Gastwirtschaftsgewerbe (Art. 77 Abs. 3 VE). Die andere Ausnahme betrifft die kantonalen Regalrechte (Art. 75 Satz 2 VE). Der Umfang des Regal-Vorbehalts nach geltendem Verfassungsrecht ist umstritten (Rhinow in Kommentar BV, Art. 31, Rz.230 ff., m.H.); er umfasst jedenfalls die "historischen" Regale und Monopole wie etwa das Jagdregal (vgl. BGE 119 Ia 131) oder das Bergregal (BGE 119 Ia 405 f.). Die Praxis zu Art. 31 Abs. 2 BV hat die Bildung neuer kantonalen Monopole unter gewissen Voraussetzungen zugelassen (vgl. BGE 101 Ia 127 ff.).

Der Grundsatz des freien Wettbewerbs ist nicht zu verwechseln mit einer staatlichen Garantie des funktionierenden wirtschaftlichen Wettbewerbs. Weder Art. 21 Abs. 3 VE noch Art. 75 VE bieten eine Grundlage für aktive Wettbewerbspolitik. Diese hat sich vielmehr auf Art. 78 VE zu stützen und muss die in jener Bestimmung statuierten Rahmenbedingungen beachten. Der Grundsatz des freien Wettbewerbs richtet sich mit anderen Worten



nicht gegen wettbewerbsbeschränkende Abreden Privater; er hat nur, aber immerhin, eine gegen den Staat gerichtete "negative" Wettbewerbsgarantie zum Inhalt.

Der Wortlaut des Art. 75 VE lehnt sich an eine wiederkehrende Formulierung in der Rechtsprechung des Bundesgerichts an: "Nicht erlaubt sind aber Massnahmen, mit denen in den freien Wettbewerb eingegriffen wird, um einzelne Gewerbetreibenden oder Unternehmensformen zu bevorzugen und das Wirtschaftsleben nach einem festen Plan zu lenken." (BGE 111 Ia 186). Im übrigen wird die Ausdrucksweise des Art. 31 Abs. 2 BV ("Regale") sowie des Art. 31bis Abs. 3 BV und verwandter Bestimmungen ("Abweichungen") fortgeführt.

Im Kontext der "Wirtschaftsartikel" des Entwurfs nicht mehr speziell hervorgehoben werden die im heutigen Art. 32 BV verankerten Grundsätze für das wirtschaftsrelevante Staatshandeln. Diese Grundsätze gehen auf in verschiedenen allgemeinen Regelungen des Entwurfs (Gesetzmassigkeitsprinzip; Anhörung von Kantonen und Wirtschaftsverbänden, Art. 155 VE; Vollzug durch die Kantone, Art. 32 VE; Beizug von Wirtschaftsverbänden im Vollzug, Art. 152 VE). Die Ermächtigung des Bundes zur "Gesetzesdelegation" an die Kantone (Art. 31ter Abs. 2 BV) ist Ausdruck eines allgemein anerkannten Grundsatzes, der nicht ausdrücklich weitergeführt zu werden braucht.

Im Sinne einer redaktionellen Alternative könnte dem Art. 75 VE ein einleitender programmatischer Absatz vorangestellt werden, der nach dem Vorbild (und in Aktualisierung) des heutigen "Wohlfahrtsartikels" (Art. 31bis Abs. 1 BV) die Wirtschaftsordnung in einen gesamtgesellschaftlichen Kontext einbettet (z.B.: "Die Wirtschaftsordnung ist freiheitlich, sozial und umweltgerecht auszugestalten."). Für weitere redaktionelle Alternativen vgl. die Hinweise bei Art. 21 VE.

Eine alternative Formulierung für den ganzen Artikel (mit inhaltlichen Nuancen im Verhältnis zum geltenden Recht) könnte lauten: "Bund und Kantone wahren die Grundsätze einer freiheitlichen und sozialen Wirtschaftsordnung. Eingriffe in die marktwirtschaftliche Ordnung sind nur zulässig, soweit die Bundesverfassung und die auf ihr beruhende Gesetzgebung dies vorsehen. Vorbehalten bleiben die kantonalen Regalrechte."

Im Sinne einer Neuerung, die über das bisherige Verfassungsverständnis hinausgeht, könnte der Bund allenfalls dazu verpflichtet werden, sich künftig vermehrt aus eigenen wirtschaftlichen Aktivitäten zurückzuziehen ("Privatisierung") beziehungsweise seine eigene wirtschaftliche Tätigkeit auf das Notwendige zu beschränken. Eine entsprechende Formulierung für einen Abs. 2 könnte zum Beispiel lauten: "Der Bund beschränkt seine eigene wirtschaftliche Tätigkeit auf das Notwendige." Mit einer solchen Neuerung könnte dem in Art. 21 VE (bzw. heute in Art. 31 BV) verankerten objektiven Verfassungsgrundsatz der "Staatsfreiheit der Wirtschaft" eine festere Kontur verliehen werden. Eine solche "Privatisierungs"-Bestimmung stünde in einem gewissen Spannungsverhältnis zu neueren Bestrebungen, den Staat beziehungsweise bestimmte Verwaltungsträger vermehrt in Konkurrenz zu privaten Wirtschaftssubjekten treten zu lassen.

**Art. 76 Privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit**

Art. 76 VE führt Teile des Art. 31bis Abs.2 BV (Ausübung von Handel und Gewerbe) sowie Art. 33 BV und Art. 5 ÜB BV weiter.

Art. 76 Abs. 1 VE formuliert - nach dem Vorbild des Art. 31bis Art. 2 BV - eine Regelungskompetenz des Bundes betreffend die Ausübung privatwirtschaftlicher Erwerbstätigkeiten. An die Stelle des Begriffspaares Handel und Gewerbe tritt der Begriff der privatwirtschaftlichen Tätigkeit; eine inhaltliche Ausweitung der Bundeskompetenz ist damit nicht verbunden (Rhinow in Kommentar BV, Art. 31bis, Rz.40). Art. 76 Abs. 1 VE eröffnet dem Bund die Möglichkeit, bundesweit einheitliche Vorschriften oder auch blosse Harmonisierungsvorschriften zu erlassen.

Der Bund ist bei Wahrnehmung seiner Regelungskompetenz an den Grundsatz des freien Wettbewerbs gebunden (was angesichts von Art. 21 Abs. 3 VE sowie Art. 75 VE nicht mehr besonders erwähnt zu werden braucht). Für lenkende, "wirtschaftspolitische" Massnahmen bietet Art. 76 VE keine Grundlage. Wie Art. 31bis Abs. 2 BV begründet Art. 76 VE eine sog. nachträglich derogierende Bundeskompetenz: Die Kantone bleiben in der Masse zur Regelung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit zuständig, als der Bundesgesetzgeber von seiner Regelungsbefugnis keinen Gebrauch macht. Auch wenn das Erfordernis der Wahrung der allgemeinen Interessen der schweizerischen Gesamtwirtschaft (Rhinow in Kommentar BV, Art. 31bis., Rz.82 ff.) im Wortlaut des Entwurfs nicht mehr speziell genannt wird, ist diese Rahmenbedingung als selbstverständliche Voraussetzung staatlichen Handelns im Wirtschaftsbereich weiterhin zu beachten. Neben Art. 76 VE bietet eine ganze Reihe besonderer Bestimmungen des Entwurfs eine Grundlage, um die Ausübung privatwirtschaftlicher Tätigkeiten zu regeln (vgl. z.B. Art. 85, Art. 98 VE).

Art. 76 Abs. 2 Satz 1 VE setzt der "Globalkompetenz" des Abs. 1 einen gewissen Akzent auf: Dem Bund wird die Sorge für die Einheit des Wirtschaftsraums übertragen; dadurch wird die anerkannte "Binnenmarktdimension" der Handels- und Gewerbefreiheit verdeutlicht (BV-Artikel 31, Abs.1: "im ganzen Umfang der Eidgenossenschaft").

Art. 76 Abs. 2 Satz 2 VE verpflichtet den Bund, die bundesweite Freizügigkeit im Bereich der wissenschaftlichen Berufe sicherzustellen. Über die einzusetzenden Mittel spricht sich der Wortlaut des Entwurfs nicht aus. Neben dem Erlass einer einheitlichen Bundesregelung in bezug auf Fähigkeitsausweise (wie sie heute für die Medizinalpersonen besteht; vgl. BG vom 19.12.1877 mit Ergänzung vom 21.12.1886, SR 811.11) fallen auch andere Instrumente in Betracht (z.B. Vorschriften betreffend die gegenseitige Anerkennung von kantonalen Fähigkeitsausweisen; Rechtsprechung des Bundesgerichts). Im Rahmen des blossen Nachführungsauftrags kann der Bund keine Kompetenz zur abschliessenden Regelung des Rechts der wissenschaftlichen Berufe beanspruchen (vgl. Art. 33 Abs. 1 BV). Insofern ist Art. 76 Abs. 2 VE im Verhältnis zu Abs. 1 als Spezialbestimmung zu deuten, die dem Bund nur eine begrenzte Regelungsbefugnis verschafft. Soweit und solange die Freizügigkeitsgarantie nicht durch Vorschriften des Bundes konkretisiert ist, wird weiterhin die Rechtsprechung des Bundesgerichts in die Lücke springen und "Mindestanforderungen" festlegen, "denen der Fähigkeitsausweis eines Kantons genügen muss, um

in einem anderen Kanton anerkannt zu werden" (BGE 111 Ia 111; siehe auch Bois in Kommentar BV, Art. 33, Rz.26 ff./Art. 5 ÜB, Rz.1 ff.; für den Anwaltsberuf vgl. zuletzt etwa BGE 119 Ia 36, 375; Vorarbeiten für ein Rahmengesetz des Bundes sind hier im Gang). Das Bundesgericht kann sich dabei auf Art. 76 Abs. 2 VE sowie auf die Übergangsbestimmung dazu berufen. Aus der Sicht der Privaten vermittelt die nachführende Regelung des Entwurfs nach wie vor ein verfassungsmässiges Recht.

Die Formulierung lehnt sich im wesentlichen an den Text der geltenden Verfassung an.

Im Sinne einer redaktionellen Alternative könnte in Abs. 1 die Bindung des Bundesgesetzgebers an den Grundsatz des freien Wettbewerbs ausdrücklich erwähnt werden. Geprüft werden könnte auch eine explizite Ausdehnung des Grundsatzes der Freizügigkeit auf den internationalen Wirtschaftsverkehr.

## Art. 77

### Strukturpolitik

Art. 77 VE führt die Art. 31bis (Abs. 2, Abs. 3 Bst. a. und c.) sowie Art. 31ter Abs. 1 BV weiter.

Die Sicherstellung vorteilhafter Rahmenbedingungen für die Privatwirtschaft gehört in Zeiten des verschärften internationalen Standortwettbewerbs zu den zentralen Aufgaben des Staates im Wirtschaftsbereich. Art. 77 Abs. 1 VE erteilt dem Bund in seinem Zuständigkeitsbereich einen entsprechenden Handlungsauftrag und begründet - nach dem Vorbild des Art. 31bis BV (Abs. 2 sowie Abs. 3 Bst. a. und c.) - eine allgemeine Förderungs- und Unterstützungskompetenz des Bundes zugunsten einzelner Wirtschaftszweige (einschliesslich Berufe) sowie zugunsten wirtschaftlich benachteiligter Regionen. Diese Förderung und Unterstützung ist grundsätzlich wettbewerbsneutral auszugestalten (vgl. Art. 31bis Abs. 2 sowie Abs. 3, Ingress). Eine Abweichung vom Grundsatz des freien Wettbewerbs soll immerhin - wie bereits nach geltendem Verfassungsrecht - ausnahmsweise möglich sein (Abs. 2).

Art. 77 VE lässt weiterhin Raum für kantonale Massnahmen der Wirtschaftsförderung und -stützung. Die Kantone sind indessen - ausgenommen im Bereich des Gastgewerbes - stets an den Grundsatz des freien Wettbewerbs gebunden.

Die Formulierung des Art. 77 VE aktualisiert die Begriffe des geltenden Verfassungsrechts im Lichte des neueren allgemeinen Sprachgebrauchs.

Das Erfordernis der Rechtfertigung durch das "Gesamtinteresse" (Art. 31bis Abs. 3 Ingress BV) ist eine selbstverständliche Rahmenbedingung allen staatlichen Handelns im Wirtschaftsbereich und muss im Wortlaut des Entwurfs nicht speziell genannt werden. Die Subsidiarität der sektoriellen Strukturpolitik des Bundes (Vorrang der zumutbaren Selbsthilfemassnahmen; Art. 31bis Abs. 4 BV) und die Pflicht zur Berücksichtigung der Selbsthilfeorganisationen (Art. 31bis Abs. 5 BV) ergeben sich bereits aus allgemeinen Grundsätzen; auf eine besondere Erwähnung in Art. 77 VE kann verzichtet werden. Die Kantone sind auch ohne ausdrückliche Er-

wählung im Verfassungswortlaut befugt, die Führung einer Gastwirtschaft von der persönlichen Befähigung abhängig zu machen.

In den Kantonen zeigt sich eine deutliche Tendenz, die Bedürfnisklausel im Gastgewerbe abzuschwächen oder gar abzuschaffen. Es könnte daher geprüft werden, ob, im Sinne einer bundesrechtlich erzwungenen Liberalisierung, die strukturpolitisch motivierte Bedürfnisklausel künftig untersagt werden soll (mit grosszügig zu bemessender bundesrechtlicher Übergangsfrist) oder ob die - an sich strengen, aber bisher grosszügig interpretierten - Anforderungen, die das Bundesrecht an die Zulässigkeit kantonaler Schutzmassnahmen stellt, zu verschärfen sind.

## Art. 78

### Wettbewerbspolitik

Art. 78 VE führt die Art. 31bis Abs. 2 und 3, Art. 31sexies sowie Art. 31septies des geltenden Verfassungsrechts weiter.

Art. 78 VE fasst die verfassungsrechtlichen Grundlagen für die Wettbewerbsgesetzgebung (einschliesslich Preisüberwachung) und für den Konsumentenschutz in einer Bestimmung zusammen. Abs. 1 verpflichtet den Bundesgesetzgeber, Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen zu erlassen. Zu den Mitteln der Kartellpolitik äussert sich Abs. 1 nicht. Der Gestaltungsspielraum des Kartellgesetzgebers ist beträchtlich; unter Umständen kann er auch partiell das Mittel des Kartellverbotes einsetzen (vgl. z.B. Leo Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 1994, 469). Art. 78 Abs. 1 VE lässt es aber (wie Art. 31bis Abs. 3 Bst.d BV) nicht zu, dass Wettbewerbsabreden schon als solche generell untersagt werden.

Die von Art. 31septies BV geforderte wettbewerbspolitisch ausgerichtete Überwachung der Preise für Waren und Dienstleistungen findet an sich bereits im "Kartellartikel" (in seiner heutigen wie in der hier vorgeschlagenen Fassung) eine hinreichende Grundlage. Art. 78 Abs. 2 VE erteilt dem Bundesgesetzgeber den verbindlichen Auftrag, ein bestimmtes wettbewerbspolitisches Instrument einzusetzen.

Die bisher u.a. auf Art. 31bis Abs. 2 BV abgestützte Gesetzgebung über den unlauteren Wettbewerb erhält in Art. 78 Abs. 2 VE eine ausdrückliche Verfassungsgrundlage. Im weiteren überträgt Art. 78 Abs. 2 VE in Form eines allgemein gehaltenen Auftrags dem Bund die Aufgabe, die Interessen der Konsumenten zu schützen.

Die Formulierung lehnt sich an Elemente des geltenden Verfassungstextes an.

Der Wortlaut des geltenden "Kartellartikels" (Art. 31bis Abs. 3 Bst. d BV) sieht ausdrücklich vor, dass der Bund bei Erlass der Ausführungsgesetzgebung nötigenfalls vom Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit abweichen kann (Abs. 3 Ingress). Diese Klausel ist entbehrlich und braucht im Entwurf nicht weitergeführt zu werden, denn Ziel der Wettbewerbspolitik ist die Sicherung einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung; sie dient der Stützung und Stärkung des Grundsatzes der Handels- und Gewerbefreiheit und steht daher in Einklang mit dem Prinzip des freien Wettbewerbs (Art. 21 und Art. 75 VE). Die heutige Einreihung des "Kartellartikels" in



Art. 31bis Abs. 3 BV wird denn auch in der neueren Lehre mehrheitlich als fragwürdig eingestuft (vgl. z.B. Fritz Gygi, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, Bern 1981, 117 f.; Rhinow in *Kommentar BV*, Art. 31bis, Rz.109, m.H.). Das Erfordernis der Rechtfertigung durch das "Gesamtinteresse" (Art. 31bis Abs. 3 Ingress BV) ist eine selbstverständliche Rahmenbedingung allen staatlichen Handelns im Wirtschaftsbereich und muss im Wortlaut des Entwurfs nicht speziell genannt werden.

Auch ohne besondere Erwähnung im Text des Art. 78 Abs. 3 VE werden bei Wahrnehmung der Bundeskompetenz betreffend den Konsumentenschutz die "allgemeinen Interessen der schweizerischen Gesamtwirtschaft" sowie die Handels- und Gewerbefreiheit (Wirtschaftsfreiheit) zu respektieren sein. Die Gleichstellung der Konsumentenorganisationen mit den Berufs- und Wirtschaftsverbänden im Bereich des UWG (Art. 31sexies Abs. 2 BV) ist durch eine ausdrückliche gesetzliche Regelung sichergestellt (Art. 10 UWG). Art. 31sexies Abs. 3 BV (bundesrechtliche Anforderungen an das gerichtliche Verfahren in Konsumentenstreitigkeiten) kann auf die Ebene der Gesetzgebung herabgestuft werden.

Im Sinne einer Neuerung könnte der Handlungsspielraum des Kartellgesetzgebers durch folgende Formulierung erweitert werden: "Der Bund sorgt für die Erhaltung des wirtschaftlichen Wettbewerbs." (Formulierung in Anlehnung an Kötz/Müller, Art.18 Abs. 3); neu wäre es damit möglich, auf Gesetzesstufe ein allgemeines Kartellverbot mit Erlaubnisvorbehalt zu statuieren.

Statt "von Kartellen und ähnlichen Organisationen" könnte als redaktionelle Alternative - in Anlehnung an den vom Bundesrat vorgeschlagenen Titel für ein totalrevidiertes Kartellgesetz ("Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen"; vgl. BBl 1995 I 468 ff.) - "von Kartellen und andern Wettbewerbsbeschränkungen" gesprochen werden. Da der Gesetzgebungsauftrag betreffend Preisüberwachung heute erfüllt ist, könnte auch der Verzicht auf eine spezielle Erwähnung erwogen werden.

## Art.79

### Geld- und Währungspolitik

Art. 79 VE tritt an die Stelle von Art. 38 und Art. 39 BV.

Art. 79 VE übernimmt in stark gestraffter Form den Inhalt der beiden bisherigen Bestimmungen zu Geld und Währung. Die Frage der konkreten Rechtsform der Schweizerischen Nationalbank (SNB) kann auf Verfassungsstufe weiterhin offen bleiben. Es würde den Rahmen der blossen Nachführung sprengen, wenn - wie dies gelegentlich angeregt wird - die Geldwertstabilität auf Verfassungsstufe als prioritäres Ziel der SNB-Politik festgeschrieben würde.

Die Formulierung übernimmt Elemente des geltenden Verfassungsrechts.

Die Kreditpolitik ist Teil der Geldpolitik und braucht nicht speziell erwähnt zu werden (vgl. im übrigen Art. 80 Abs. 2 VE). Die Absätze 2 und 3 des Art. 38 BV sind auf Gesetzesstufe hinlänglich verankert (vgl. Art. 2 sowie Art. 4 des BG vom 18.12.1970 über das Münzwesen, SR 941.10). Die Übertragung des Banknotenmonopols vom Bund auf die SNB muss nicht bereits durch die Verfassung selbst erfolgen. Im Interesse der Verdichtung

des Verfassungstextes kann auf die Erwähnung selbstverständlicher Aufgaben der SNB im Verfassungstext verzichtet werden (Regelung des Geldumlaufs, Erleichterung des Zahlungsverkehrs). Die Steuerbefreiung der Nationalbank (Art. 39 Abs. 5 BV) kann auch erst auf Gesetzesstufe erfolgen und ist dort bereits hinlänglich verankert (Art. 12 NBG). Indem die Einlöschungspflicht und die Pflicht zur Golddeckung (Art. 39 Abs. 6 und 7 BV) fallengelassen werden, folgt der Entwurf der heutigen Verfassungspraxis, die annimmt, dass sich die Schweiz seit Jahren ständig "gestörten Währungsverhältnissen" ausgesetzt sieht. Auch dem gegenwärtigen Stand der internationalen Währungsordnung trägt der Verzicht auf die beiden Institute Rechnung (vgl. Art. IV des Übereinkommens über den Internationalen Währungsfonds, AS 1992 2571). Die einzelnen Modalitäten der Verteilung des SNB-Reingewinns sind auf Gesetzesstufe einlässlich geregelt (Art. 27 NBG); es dürfte genügen, auf Verfassungsstufe den Grundsatz - Beteiligung der Kantone zu wenigstens zwei Dritteln - festzuhalten.

## Art. 80 Konjunkturpolitik

Art. 80 VE führt Art. 31quinquies BV fort.

Art. 80 VE verpflichtet den Bund, Massnahmen zugunsten einer ausgeglichenen konjunkturellen Entwicklung zu treffen. Der Weg zum Stabilitätsziel ist in der wirtschaftspolitischen Praxis wie in der Wissenschaft umstritten. Der "Konjunkturartikel" des Entwurfs trägt diesem Umstand Rechnung, indem die zuständigen Entscheidungsorgane nicht auf eine bestimmte ökonomische Theorie verpflichtet werden. Abs. 1 beschränkt sich darauf, neben dem stabilitätspolitischen Hauptziel der ausgeglichenen konjunkturellen Entwicklung die zwei Teilziele der Verhütung und Bekämpfung der Arbeitslosigkeit sowie der Teuerung zu nennen. Im übrigen verzichtet Art. 80 VE - wie bereits Art. 31quinquies BV - darauf, das konjunkturpolitische Instrumentarium abschliessend festzulegen.

Besonders erwähnt sind einzig zwei fiskalpolitische Instrumente. Die ausdrückliche Erwähnung der konjunkturpolitisch motivierten Zuschläge und Rabatte auf bundesrechtlichen Abgaben ist erforderlich, weil die Höchstsätze verschiedener Abgaben des Bundes auf Verfassungsstufe festgelegt sind. Das beschäftigungspolitischen Zielen dienende Instrument der Arbeitsbeschaffungsreserven muss auf Verfassungsstufe verankert werden, weil der - im Fall eines Obligatoriums unausweichliche - Einbezug der Kantone in das Steuervergünstigungs-Dispositiv einen Eingriff in die kantonale Steuerhoheit bedeutet (nicht aber schon deshalb, weil mit dem Obligatorium zur Bildung von Arbeitsbeschaffungsreserven ein Eingriff in die Freiheit der Unternehmen verbunden ist; denn zur Rechtfertigung dieses Eingriffs reicht eine Rechtsgrundlage auf Gesetzesstufe aus; vgl. BBl 1984 I 1145; Rhinow in Kommentar BV, Art. 31quinquies, Rz. 64). Dies ist im Wortlaut der Bestimmung transparent zu machen. Im übrigen verpflichtet Abs. 3 Bund, Kantone und Gemeinden in allgemeiner Weise zu einem Finanzgebaren, das den Erfordernissen der Konjunkturlage Rechnung trägt. Der "Konjunkturartikel" richtet allerdings - aus Gründen der föderalistischen Rücksichtnahme - keine besonderen Kontroll- oder Sanktionsmechanismen ein. Für die Geldpolitik bildet im übrigen Art. 79 VE eine weitere verfassungsrechtliche Grundlage.

Die Konjunkturpolitik soll sich gemäss Art. 80 Abs. 2 VE vorab auf Massnahmen stützen, die mit dem Grundsatz des freien Wettbewerbs vereinbar sind. Abs. 2 listet - wie der geltende Art. 31quinquies Abs. 2 BV - drei Bereiche auf, in denen es ausnahmsweise zulässig ist, vom Grundsatz des freien Wettbewerbs abzuweichen (Geld- und Kreditwesen, öffentliche Finanzen, Aussenwirtschaft).

Die Formulierung lehnt sich an den geltenden Verfassungstext an.

Die in Art. 31quinquies Abs. 3 geregelten Modalitäten betreffend Zuschläge und Rabatte auf bundesrechtlichen Abgaben sind Ausdruck allgemeiner Prinzipien (Grundsatz der Verhältnismässigkeit) und können heute auf Gesetzesstufe geregelt werden. Wollte man die Grundsätze der Mittelverwendung bzw. -rückerstattung weiterhin im Verfassungstext ausdrücklich festhalten, so drängt sich eine Formulierung nach dem Vorbild der geltenden Verfassungsbestimmung auf.

Die Kompetenz zur Führung einer Konjunkturstatistik ist bereits implizit in Art. 80 Abs. 1 VE enthalten. Mit der Datenerhebung bei den einzelnen Unternehmen ist zwar unter Umständen ein Eingriff in verfassungsrechtlich geschützte Freiheitsrechte verbunden; zur Rechtfertigung eines solchen Eingriffs genügt indessen eine Grundlage im Gesetz.

#### Art. 81

##### Aussenwirtschaftspolitik

Art. 81 VE ist in verschiedenen Bestimmungen des geltenden Verfassungsrechts implizit enthalten (vgl. Art. 2, Art. 8, Art. 23bis, Art. 29, Art. 31bis, Art. 31quinquies BV).

Art. 81 Abs. 1 VE konkretisiert die allgemeine Staatszielbestimmung sowie die aussenpolitische Kompetenznorm des Entwurfs (Art. 2, Art. 44 VE) für den Bereich der Aussenwirtschaft. Die Wahrung der Interessen schliesst auch das Ergreifen von Förderungsmassnahmen ein. Die im geltenden Verfassungsrecht bisher einseitig unter dem Aspekt "Zölle" verankerte Aussenwirtschaftspolitik wird auf eine breitere Grundlage gestellt. Nicht explizit erwähnt werden die Mittel der Aussenwirtschaftspolitik (Abschluss völkerrechtlicher Verträge; Beitritt zu bzw. Mitwirkung in internationalen Organisationen u.a.m.). Ein verfassungsrechtliches Bekenntnis zu einer bestimmten Vertragsabschlusspolitik erscheint angesichts des aussenpolitischen Entscheidungsverfahrens (Staatsvertragsreferendum) nicht opportun.

Die Formulierung von Art. 81 Abs. 2 VE lehnt sich an Art. 61 des Verfassungsentwurfs der FDP Schweiz vom 22.6.1979 an.

Als redaktionelle Alternative (allenfalls als Neuerung) wäre denkbar, dass bestimmte Maximen der Aussenwirtschaftspolitik verfassungsrechtlich verankert werden.

#### Art. 82

##### Landesversorgung

Art. 82 VE führt Art. 31bis Abs. 3 Bst.e. sowie Art. 23bis BV nach.

Der "Landesversorgungsartikel" ermöglicht vorsorgliche Massnahmen der wirtschaftlichen Landesverteidigung (z.B. Vorratshaltung) und bietet eine Grundlage für Massnahmen zur Behebung schwerer Mangellagen bei le-

benswichtigen Gütern und Dienstleistungen. Der Staat ist zur Zusammenarbeit mit der Wirtschaft verpflichtet. Seine Massnahmen haben subsidiären Charakter. Angesichts ausgedehnter allgemeiner Kompetenzbestimmungen (Art. 82 Abs. 1, Art. 83 VE) erscheint heute ein ausführlicher "Getreideartikel" entbehrlich. Absatz 2 betrifft nicht ausschliesslich Aspekte der Landesversorgung, so dass auch eine andere systematische Stellung denkbar wäre.

Die Formulierung übernimmt Elemente des geltenden Verfassungstexts.

Das Erfordernis der Rechtfertigung durch das "Gesamtinteresse" (Art. 31bis Abs. 3 Ingress BV) ist eine selbstverständliche Rahmenbedingung allen staatlichen Handelns im Wirtschaftsbereich und muss im Wortlaut des Entwurfs nicht speziell genannt werden. Heute kann es weitgehend der Gesetzesstufe überlassen bleiben, wie die Versorgung des Landes mit Brotgetreide, Backmehl und Brot sicherzustellen ist. Art. 23bis BV wird daher auf die Gesetzesebene herabgestuft, soweit entsprechende Normen nicht bereits bestehen.

### **Art. 83      Landwirtschaft**

Art. 83 führt Art. 31bis Abs. 3 Bst.b. BV weiter.

Angesichts der Ablehnung eines neuen "Landwirtschaftsartikels" (Art. 31octies BV) in der Volksabstimmung vom 12. März 1995 wird die geltende Regelung in enger Anlehnung an den jetzigen Verfassungswortlaut fortgeführt.

Mit Ausnahme einer redaktionellen Anpassung an die Ausdrucksweise des Entwurfs ("Abweichung vom Grundsatz des freien Wettbewerbs" statt "Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit") übernimmt die Formulierung den Wortlaut des Art. 31bis Abs. 3 Bst. b BV.

Das Erfordernis der Rechtfertigung durch das "Gesamtinteresse" (Art. 31bis Abs. 3 Ingress BV) ist eine selbstverständliche Rahmenbedingung allen staatlichen Handelns im Wirtschaftsbereich und muss im Wortlaut des Entwurfs nicht speziell genannt werden. Die Subsidiarität der Landwirtschaftspolitik des Bundes (Vorrang der zumutbaren Selbsthilfemassnahmen; Art. 31bis Abs. 4 BV) und die Pflicht zur Berücksichtigung der Selbsthilfeorganisationen (Art. 31bis Abs. 5 BV) ergeben sich bereits aus allgemeinen Grundsätzen; auf eine besondere Erwähnung in Art. 77 VE kann verzichtet werden.

Im Sinne einer Neuerung ist zu erwägen, Elemente der am 12. März 1995 nur knapp abgelehnten Vorlage aufzunehmen (50,8 % Nein-Stimmen zu 49,2 % Ja-Stimmen; 13 3/2 zu 7 3/2 Stände; für den Text der Vorlage vgl. BBl 1994 III 1797).



**Art. 84 Alkohol**

Artikel 84 VE basiert auf den Artikeln 32bis, 32ter und 32quater BV.

Die Bestimmung regelt die Zuständigkeit des Bundes, Vorschriften über die Einfuhr, die Herstellung, die Reinigung sowie den Verkauf gebrannter Wasser zu erlassen (Art. 32bis Abs. 1 BV).

Ein Grossteil des geltenden Verfassungstextes kann gestrichen werden:

- Der fiskalische Aspekt erscheint neu in der Finanzverfassung (Art. 106 VE). Die Berechtigung des Alkoholzehntels (Art. 32bis Abs. 9 BV) ist im Rahmen des Finanzausgleichs zu überprüfen.
- Der Entwurf verzichtet auf eine Weiterführung von Artikel 32bis Absätze 2-8 BV. Diese Absätze enthalten Regelungen, die der Gesetzgeber bereits gestützt auf die allgemeine Kompetenznorm von Artikel 32bis Absatz 1 hätte erlassen können. Sie hatten lediglich kompetenzleitende, nicht kompetenzbegründende Funktion (vgl. Jean-François Aubert in Kommentar BV, Art. 32bis, Rz. 43); daher können sie ins Gesetz herabgestuft werden.
- Ähnliches gilt für das Absinthverbot (Art. 32ter BV), zumal der Bund laut Artikel 98 VE ohnehin die Kompetenz besitzt, den Verkehr mit gesundheitsgefährdenden Nahrungs- und Genussmitteln zu regeln.
- Verzichtet werden kann weiter auf die Absätze 1 und 2 von Artikel 32quater BV. Eine strukturpolitische Bedürfnisklausel analog Artikel 31ter Absatz 1 BV ist neu in Art. 77 Abs. 3 VE enthalten. Die Weiterführung einer gesundheitspolitisch motivierten Bedürfnisklausel könnte allenfalls erwogen werden, falls man es als Aufgabe des Verfassungsrechts ansieht, die Frage nach der Eignung der Bedürfnisklausel als Mittel zur Bekämpfung des Alkoholmissbrauchs abschliessend zu beantworten (vgl. Jean-François Aubert in Kommentar BV, Art. 32quater, Rz. 26, Anm. 15).
- Man könnte sich fragen, ob Artikel 32quater Absatz 3 BV in der Finanzordnung weiterzuführen sei. Allerdings haben die Kantone im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Finanzordnung hier keinen Gestaltungsspielraum mehr.
- Fallenzulassen ist ebenso Artikel 32quater Absatz 4 Satz 1: Die Regelung versteht sich heute von selbst. Satz 2 sowie Absatz 5 über den Handel mit nicht gebrannten geistigen Getränken in Mengen von zwei Litern und mehr ergeben sich bereits aus der globalen Zuständigkeit des Bundes, Vorschriften über die Ausübung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit zu erlassen (Art. 31bis Abs. 2 BV, bzw. Art. 76 Abs. 1 VE).
- Artikel 32quater Absatz 6 BV kann ins Gesetz herabgestuft werden.

**Art. 85 Banken, Börsen und Versicherungen**

Art. 85 VE führt Art. 31 quater sowie Art. 34 Abs. 2 und Art. 31 bis Abs. 2 BV fort.

Der Entwurf fasst die Bundeskompetenz für zwei traditionellerweise beaufsichtigte und auf Bundesebene geregelte Wirtschaftszweige in einer Be-

stimmung zusammen. Das Börsenwesen ist im geltenden Verfassungstext nicht explizit erwähnt (vgl. Art. 31 bis BV), gehört aber heute zu den Bereichen, die anerkanntermassen einer gesamtschweizerischen Regelung bedürfen; dies wird im Entwurf sichtbar gemacht.

Die Formulierung lehnt sich an die Terminologie des geltenden Verfassungsrechts an.

Die Aufsichtsbefugnisse des Bundes gegenüber den Privatversicherern sind in der Gesetzgebungskompetenz mitenthalten; eine besondere Erwähnung ist nicht erforderlich. Dies gilt auch für die in Art. 34 Abs. 2 BV ausdrücklich genannte Bundeskompetenz betreffend Auswanderungsagenturen, die durch die allgemeine Kompetenz des Art. 76 VE hinreichend abgedeckt ist.

Im Sinne einer Neuerung könnte der Regelungsauftrag des Art. 85 VE auf die Finanzdienstleistungen insgesamt erweitert werden. Immerhin besteht eine entsprechende Regelungsbefugnis bereits heute gestützt auf Art. 31 bis Abs. 2 BV und künftig gestützt auf Art. 76 VE. Die Finanzdienstleistungen sind in Absatz 1 nicht ausdrücklich erwähnt, weil der Bund in diesem Bereich nur über partielle Kompetenzen verfügt.

Auf eine besondere Erwähnung der Kantonalbanken in Art. 85 Abs. 2 VE könnte an sich verzichtet werden. Der Bundesgesetzgeber ist dem verfassungsrechtlichen Auftrag, der besonderen Aufgabe und Stellung der Kantonalbanken Rechnung zu tragen (Art. 31 quater Abs. 2 BV), nachgekommen. Eine differenzierende Behandlung von Kantonalbanken und übrigen Banken wäre auch ohne Art. 85 Abs. 2 VE möglich.

## Art. 86

### Glücksspiele

Artikel 86 VE vermittelt dem Bund die Rechtsetzungskompetenz auf dem Gebiete der Spielbanken und Lotterien. Die Zulassung von Geschicklichkeitsspielautomaten bleibt weiterhin Sache der Kantone.

Diese Bestimmung entspricht dem neuen Artikel 35 BV, wie er von Volk und Ständen am 7. März 1993 angenommen worden ist. Gewisse Bestimmungen werden allerdings auf Gesetzesstufe herabgestuft.

*Absatz 1* führt die Absätze 1 und 5 des geltenden Verfassungsartikels fort. Auf die Verankerung des Höchstsatzes der Spielbankenabgabe in der Verfassung (gemäss Art. 35 Abs. 5 BV: 80 %) wird verzichtet. Diese Frage ist auf Gesetzesstufe zu regeln.

*Absatz 2* nimmt Artikel 35 Absatz 2 Satz 1 BV auf. Die Vorschrift, wonach der Bund bei der Vergabe der Konzessionen die regionalen Gegebenheiten sowie die mit den Glücksspielen verbundenen Gefahren zu berücksichtigen habe, ist auf Stufe Gesetz zu verankern. Nötigenfalls könnte eine Übergangsbestimmung die wesentlichen Leitlinien des aktuellen Spielbankenartikels festhalten, um das Parlament bis zur Verabschiedung des Spielbankengesetzes zu binden. Der Entwurf zum Spielbankengesetz ist am 18. Januar 1995 in die Vernehmlassung gegeben worden.

Die *Absätze 3* und *4* entsprechen den Absätzen 4 und 6 von Artikel 35 BV.

**Art. 87      Waffen und Kriegsmaterial**

Artikel 87 fasst die Artikel 40 und 40bis BV zusammen.

*Absatz 1* übernimmt wörtlich Artikel 40bis BV. Diese Bestimmung hat eine einheitliche Regelung der Bekämpfung des Waffenmissbrauchs zum Ziel und soll in erster Linie zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung beitragen. Der Bund verfügt über eine nachträglich derogierende Kompetenz. Sie gilt jedoch nicht für den gesamten Regelungsbedarf in bezug auf Waffen, sondern nur für die Bekämpfung des Missbrauchs bestimmter Waffen, deren Zubehör und Munition. Sie hat auch schweizerischen Besonderheiten Rechnung zu tragen, insbesondere der historischen Tradition des Bürger-Soldaten.

*Absatz 2* vereinigt die Absätze 2 bis 4 des heutigen Artikels 41 BV und bildet die Grundlage für die Bewilligungspflicht für die Herstellung, den Handel, die Vermittlung sowie die Ein-, Aus- und Durchfuhr von Kriegsmaterial sowie, wie im Entwurf zu einem neuen KMG vorgesehen, für den Transfer von entsprechender Technologie. Die Erfassung des Technologietransfers ist bereits durch die geltende Verfassungsbestimmung gedeckt (vgl. Botschaft vom 15.2.1995 zur Volksinitiative "für ein Verbot der Kriegsmaterialausfuhr" und zur Revision des Bundesgesetzes über das Kriegsmaterial, BBl 1995 II 1027). Allerdings sind diese Transfers nach dem heutigen KMG nicht bewilligungspflichtig. Das Instrumentarium soll einerseits – im Interesse der militärischen Unabhängigkeit – den Bestand einer schweizerischen Rüstungsindustrie ermöglichen, andererseits aber sicherstellen, dass die Aktivitäten der Rüstungsbranche die Grundprinzipien der schweizerischen Aussen- und Neutralitätspolitik – Einsatz für Menschenrechte, humanitäre Hilfe, Entwicklungszusammenarbeit und friedliche Konfliktbewältigung – nicht gefährden (BBl 1971 I 1588-1590; Malinverni, Kommentar BV, Art. 41 Rz. 9-27). Mit Blick auf das KMG kann der Rechtsetzungsauftrag betreffend das Kriegsmaterial (heutige Abs. 2 und 3) wesentlich verdichtet werden. Die Kompetenz zum Erlass verfassungsunmittelbarer Verordnungen (heutiger Abs. 4) ist seit dem Inkrafttreten des KMG ohne Bedeutung.

*Absatz 3* verankert das Pulverregal und entspricht dem heutigen Artikel 41 Absatz 1 BV. Das Schiesspulvermonopol verkörpert eine ausschliessliche Bundeskompetenz. Unter das Pulverregal fallen zwar nur Treibmittel, die sich zum Abfeuern von Geschossen eignen (BBl 1975 II 1292; Malinverni, Kommentar BV, Art. 41 Rz. 6), die übrigen Sprengstoffe können jedoch Gegenstand militärischer oder gewerbe-, sicherheits- und gesundheitspolizeilicher Vorschriften bilden (vgl. BBl 1975 II 1309 f. und den Ingress zum SprstG). Das Pulverregal ist Fabrikations- und Handelsmonopol. Als Handelsmonopol stösst es sich – soweit nicht sicherheitspolitisch motiviert – an staatsvertraglichen Verpflichtungen zum Abbau von Handelsschranken und soll daher aufgegeben werden. Eine entsprechende Vorlage befindet sich in Vorbereitung.

## 7. Abschnitt: Wohnen, Arbeit, soziale Sicherheit und Gesundheit

### Art. 88 Wohnbau- und Eigentumsförderung

Artikel 88 entspricht Artikel 34sexies der geltenden Verfassung. Die Bestimmung gibt dem Bund den verpflichtenden Auftrag zur Wohnbau- und Eigentumsförderung. Soweit dafür rechtliche Vorschriften erlassen werden müssen, vermittelt Artikel 88 eine konkurrierende Kompetenz. Im übrigen bleiben die Kantone weiterhin zuständig, neben dem Bund eigene Massnahmen der Wohnbau- und Eigentumsförderung zu treffen.

*Absatz 1* fasst die einzelnen Wohnbauförderungskompetenzen zusammen, die bisher in den Absätzen 1-3 von Artikel 34sexies niedergelegt waren. Die Zuständigkeit zur "Erschliessung von Land für den Wohnungsbau" (Abs. 1 am Ende) überschneidet sich mit Artikel 57 (Raumplanung). Artikel 88 ermöglicht aber für den Teilbereich der Erschliessung von Land für den Wohnungsbau den Erlass einer umfassenden, über ein Grundsatzgesetz hinausreichenden Bundesregelung. Der Begriff des "Wohnungsbaus" umfasst daher neben dem Neubau von Wohnungen auch die Erneuerung des Altbestandes.

*Absatz 2* hebt die soziale Verpflichtung der Wohnbau- und Eigentumsförderung hervor (vgl. Art. 34sexies Abs. 2 Bst. b BV).

*Absatz 3* verankert die Massnahmen der Eigentumsförderung, die bisher in Art. 34sexies Absatz 1 nur beiläufig erwähnt wurden. Förderungswürdig ist allein der Erwerb von Wohneigentum zum Eigenbedarf oder zu gemeinnützigen Zwecken (vgl. Art. 47 WEG).

Der Vollzugsvorbehalt zugunsten der Kantone erscheint in allgemeiner Form in Artikel 32 Absatz 3; die Anhörungspflicht wird in der Bestimmung über das Vernehmlassungsverfahren im 5. Titel des VE geregelt.

### Art. 89 Mieterschutz

*Absatz 1* hat den Mieterschutz zum Gegenstand und entspricht Artikel 34septies Absatz 1 BV. Danach steht dem Bund die Gesetzgebung "gegen Missbräuche im Mietwesen" zu. Es handelt sich um eine allgemeine fakultative Ermächtigung zur Missbrauchsgesetzgebung. Das geltende Recht enthält zudem einzelne Gesetzgebungsaufträge im Bereich missbräuchlicher Mietzinsen, der Anfechtbarkeit missbräuchlicher Kündigungen und der Erstreckung von Mietverhältnissen. Die entsprechenden Tatbestände sind im Obligationenrecht geregelt worden. Im Interesse einer herabgesetzten Normdichte wird auf ihre Aufzählung im VE verzichtet. Der Begriff des Missbrauchs ist in Anlehnung an gefestigte Wertungen der Rechtsordnung auf Gesetzesstufe näher zu umschreiben (vgl. BBl 1972 I 1231; 1985 I 1408).

*Absatz 2* entspricht Artikel 34septies Absatz 2 BV und räumt dem Bund die Zuständigkeit für die Allgemeinverbindlicherklärung von Rahmenmietverträgen oder anderen geeigneten Vorkehrungen der Mieter- und Vermieterverbände ein. Der Bundesrat hat am 27. September 1993 eine Botschaft zu einem Bundesgesetz über Rahmenmietverträge und deren Allgemeinverbindlicherklärung verabschiedet (BBl 1993 III 957 ff.).



## Art. 90 Öffentliches Arbeitsrecht

Artikel 90 VE führt die Artikel 34ter und 116bis BV weiter.

*Absatz 1* gibt dem Bund die Kompetenz zur Rechtsetzung in verschiedenen Bereichen des öffentlichen Arbeitsrechts, namentlich im Bereich des Arbeitnehmerschutzes. Die Bestimmung entspricht im wesentlichen den Absätzen 1 und 2 von Artikel 34ter BV:

- *Buchstabe a* übernimmt den heutigen Verfassungstext (Art. 34ter Abs. 1 Bst. a BV).
- *Buchstabe b* ist mit Rücksicht auf die Unklarheiten des geltenden Wortlauts (vgl. hierzu Hans Peter Tschudi, *La constitution sociale de la Suisse*, Bern 1987, S. 50) überarbeitet worden. Mit Artikel 34ter Absatz 1 Buchstabe b sollte dem Bund ursprünglich die Kompetenz zur Normierung von Unternehmens- und Berufsgemeinschaften übertragen werden. Ein entsprechender Regelungsbedarf zeigte sich aber nicht. Hingegen stellte sich die Frage, ob die Bestimmung als Grundlage eines Gesetzes über die unternehmerische oder betriebliche Mitbestimmung der Arbeitnehmerschaft herangezogen werden könne. Gemäss herrschender Lehre ist der Bund lediglich zur Regelung der betrieblichen Mitbestimmung zuständig (vgl. die Botschaft des Bundesrates zur Mitbestimmungsinitiative und zum entsprechenden Gegenvorschlag, BBI 1973 II 237, 413; Kurt Eichenberger, *Verfassungsrechtliche Festlegung über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer*, in: *Festschrift Frank Vischer*, Zürich 1983, S. 363 ff.; Botschaft des Bundesrates zu einem BG über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben [Mitwirkungsgesetz], BBI 1993 I 805, 865 ff., mit Hinweis auf die Zusatzbotschaft II zur EWR-Botschaft, BBI 1992 V 520, 634). Heute dient Artikel 34ter Absatz 1 Buchstabe b BV als Grundlage des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 1993 über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (AS 1994 1037, in Kraft seit 1. Mai 1994). Der Entwurf erwähnt die entsprechende Bundeszuständigkeit nunmehr ausdrücklich.
- *Buchstabe c* entspricht Buchstabe e des geltenden Verfassungstextes.
- Artikel 34ter Absatz 1 Bst. c und Absatz 2 BV erscheinen neu als *Buchstabe d*.

Artikel 34ter Absatz 1 Buchstabe d BV (Erwerbsersatz) wird durch Artikel 47 Absatz 5 VE weitergeführt. Buchstabe g (Berufsbildung) erscheint neu in Artikel 71 VE.

*Absatz 2* entspricht Artikel 116bis BV sowie Artikel 20 Absatz 2 und 3 UeB BV und erklärt den 1. August in der ganzen Eidgenossenschaft zum Bundesfeiertag. Der Bundesfeiertag ist damit als arbeitsfreier Gedenktag zur Entstehung des Bundesstaates ausdrücklich bundesrechtlich geregelt. Er wird arbeitsrechtlich wie ein Sonntag behandelt. Der Gesetzgeber hat die konkrete Ausgestaltung vorzunehmen und insbesondere die Lohnzahlungspflicht, die Ausnahmen von der Arbeitsfreiheit und die Zeitkompensation zu regeln.

Absatz 1 der Übergangsbestimmung hält fest, dass der Bundesrat ermächtigt ist, die Einzelheiten bis zum Inkrafttreten der angepassten Bundesgesetzgebung zu regeln (UeB Abs. 1). Dies geschah mit der Verordnung des Bundesrates vom 30.5.1994 (AS 1994 1340, SR 116). Inzwischen hat der Bundesrat auch eine Botschaft für ein entsprechendes Gesetz verabschiedet (BBl 1994 V 821). Für die Handhabung der Arbeitsfreiheit und deren Kompensation verweist Absatz 2 der Übergangsbestimmung auf das Arbeitsschutzrecht. Der Bundesfeiertag ist jedoch weder religiös (Weihnachten), noch ideologisch (1. Mai) oder durch Brauchtum (Fasnacht) oder ähnliches begründet, sondern wird vielmehr als Feiertag *sui generis* verstanden. Als Folge davon ist er im Unterschied zu den Feiertagen nach Arbeitsgesetz nicht zu kompensieren, wenn er auf einen Sonntag fällt (UeB Abs. 2).

Artikel 20 Absatz 1 UeB ist mit der Inkraftsetzung des Artikel 116bis BV durch den Bundesrat (am 1.7.1994) obsolet geworden.

#### Art. 91 Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge

Artikel 91 führt Artikel 34quater Absätze 1, 4, 5 und 6 BV fort. Die Absätze 2 und 7 über die Eidgenössische Versicherung (1. Säule) und Absatz 3 über die berufliche Vorsorge (2. Säule) werden zu selbständigen Bestimmungen (vgl. nachfolgend Art. 92 und 93 VE).

In *Absatz 1* wird das geltende Drei-Säulen-Prinzip, bestehend aus der eidgenössischen Versicherung (AHV/IV), der beruflichen Vorsorge und der Selbstvorsorge, ausdrücklich als solches erwähnt und verankert.

*Absatz 2* übernimmt in unverändertem Wortlaut Absatz 4 der heutigen Bestimmung.

Die *Absätze 3 und 4* entsprechen mit geringfügigen redaktionellen Änderungen den Absätzen 5 und 6 von Artikel 34quater BV.

#### Art. 92 Eidgenössische Versicherung

Artikel 92 vereinigt die Bestimmungen über die 1. Säule (Art. 34quater Abs. 2 und 7 sowie Art. 11 UeB BV).

*Absatz 1* beauftragt den Bund mit der Gesetzgebung über die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung und übernimmt die wichtigsten in Artikel 34quater Absatz 2 BV dazu enthaltenen Grundsätze. So wird in *Buchstabe a* das Obligatorium verankert, in *Buchstabe b* das Leistungsziel definiert, das darin besteht, den Existenzbedarf angemessen zu decken und in *Buchstabe c* die Finanzierung geregelt.

*Absatz 2* legt fest, aus welchen Einnahmequellen der Bundesbeitrag zur eidgenössischen Versicherung gespeist wird. Es handelt sich dabei um die Tabaksteuer, die Steuer auf gebrannten Wassern und die Spielbankenabgabe (vgl. heute Art. 34quater Abs. 2 Bst. b BV).

*Absatz 3* übernimmt die in Artikel 11 Absatz 1 UeB BV verankerte Pflicht des Bundes, den Kantonen solange Beiträge zur Finanzierung von Ergänzungsleistungen auszurichten, als die Versicherung den Existenzbedarf nicht deckt. Auf die einst als Provisorium gedachten Ergänzungsleistungen

kann auch in Zukunft nicht verzichtet werden. Die Beitragspflicht des Bundes wird deshalb als Daueraufgabe festgeschrieben.

Nicht mehr aufgenommen wurden Punkte, die bereits Aufnahme in die Bundesgesetzgebung gefunden haben oder deren materieller Gehalt von geringer Bedeutung ist. Dies gilt z.B. für die Bestimmung, wonach die Durchführung der Versicherung unter Mitwirkung der Kantone erfolgt (vgl. Art. 32 Abs. 3) und Berufsverbände und andere private oder öffentliche Organisationen beigezogen werden können. Ferner wird darauf verzichtet, die maximale Höhe und Zusammensetzung des Bundesbeitrages detailliert in der Verfassung zu regeln. Aus Artikel 11 UeB BV wird nurmehr das Wesentlichste in den VE übernommen.

*Absatz 4* über die Eingliederung Invalider entspricht Artikel 34quater Absatz 7 BV.

### Art. 93 Berufliche Vorsorge

Artikel 93 übernimmt die Bestimmungen über die 2. Säule aus Artikel 34quater Abs. 3 sowie Art. 11 UeB BV.

*Absatz 1* ermächtigt und beauftragt den Bund zur Gesetzgebung über die berufliche Vorsorge. Ferner formuliert er in Anlehnung an die bisherige verfassungsrechtliche Ordnung in den Buchstaben a-e detaillierte Anforderungen an diese Gesetzgebung (heutiger Abs. 3 Ingress und Bst. a, c und d). So wird in *Buchstabe a* das Leistungsziel der beruflichen Vorsorge umschrieben. Dieses besteht darin, zusammen mit der eidgenössischen Versicherung die Fortsetzung der gewohnten Lebenshaltung in angemessener Weise zu ermöglichen. *Buchstabe b* ermächtigt den Bundesgesetzgeber, ein Obligatorium für Arbeitnehmer vorzusehen. Zudem bezeichnet er es als Aufgabe der Arbeitgeber, ihre Arbeitnehmer bei einer Vorsorgeeinrichtung zu versichern. Der Gesetzgeber soll dafür sorgen, dass jeder Arbeitgeber seine Arbeitnehmer bei einer Vorsorgeeinrichtung versichern kann. Zu diesem Zweck kann eine eidgenössische Kasse errichtet werden. *Buchstabe c* hat die freiwillige Versicherung der Selbständigerwerbenden zum Gegenstand. *Buchstabe d* regelt die Finanzierung, die allein durch Beiträge der Versicherten gewährleistet wird.

Nach *Absatz 2* legt der Bundesgesetzgeber die Mindestanforderungen fest, denen die Vorsorgeeinrichtungen zu genügen haben. Für die Lösung besonderer Aufgaben kann er gesamtschweizerische Lösungen vorsehen (heutiger Abs. 3 Bst. b).

Die *Übergangsbestimmung* übernimmt den Inhalt des ersten Satzes von Artikel 11 Absatz 2 UeB BV.

### Art. 94 Arbeitslosenversicherung

Artikel 94 VE entspricht dem 1976 in die BV eingefügten Artikel 34novies.

Mit Artikel 94 wird dem Bund eine umfassende Gesetzgebungskompetenz im Bereich der Arbeitslosenversicherung und der Arbeitslosenfürsorge übertragen.

*Absatz 1* ermächtigt und verpflichtet den Bund, Vorschriften über die Arbeitslosenversicherung zu erlassen. Die Buchstaben a-c enthalten eigentliche Programmbestimmungen und Anweisungen an den Gesetzgeber, wie er die Arbeitslosenversicherung auszugestalten hat; diese Rechtsetzungsdirektiven finden sich heute in den Absätzen 2 bis 4. In *Buchstabe a* wird die Aufgabe der Versicherung umschrieben. Danach soll die Versicherung angemessenen Erwerbssersatz gewähren und Massnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Arbeitslosigkeit fördern. *Buchstabe b* sieht ein Versicherungsobligatorium für Arbeitnehmer vor. Er erlaubt, Ausnahmen von diesem Grundsatz im Gesetz vorzusehen. Ferner enthält er die Aufforderung an den Bund, dafür zu sorgen, dass sich auch Selbständigerwerbende versichern können. Dieser Aufforderung ist der Bund bis heute nicht nachgekommen. *Buchstabe c* regelt die Finanzierung der Arbeitslosenversicherung. Danach wird die Versicherung durch Beiträge der Versicherten finanziert. Sind die Versicherten Arbeitnehmer, so haben nach dieser Bestimmung ihre Arbeitgeber die Hälfte der Beiträge zu tragen. Bei ausserordentlichen Verhältnissen sind finanzielle Leistungen von Bund und Kantonen vorgesehen. Dabei kann es sich um à-fonds-perdu-Beiträge oder um Darlehen handeln.

*Absatz 2* ermächtigt den Bund, Vorschriften über die Arbeitslosenfürsorge zu erlassen. Bis heute hat der Bundesrat von dieser - auch in der geltenden Verfassung enthaltenen - Befugnis keinen Gebrauch gemacht. In jüngster Zeit wurden wegen der zunehmenden Langzeitarbeitslosigkeit verschiedentlich Stimmen laut, die den Bund zur Wahrnehmung seiner Gesetzgebungsbefugnis aufforderten.

Die Bestimmung, wonach das Gesetz die Höhe des beitragspflichtigen Einkommens und des Beitragssatzes begrenzt (heutiger Abs. 4 Satz 2), hat bereits in die Bundesgesetzgebung Eingang gefunden, weshalb sie nicht mehr im VE aufgeführt wird. Verzichtet wird auch auf die Aufnahme von Artikel 34novies Absatz 5, wonach die Kantone und die Organisationen der Wirtschaft beim Erlass und Vollzug der Vorschriften mitwirken. Diese Mitwirkung hat bereits Eingang in die Bundesgesetzgebung gefunden; der Vollzugsvorbehalt zugunsten der Kantone wird in Artikel 32 Absatz 3 VE geregelt.

#### **Art. 95      Unterstützungspflicht für Bedürftige**

Diese Bestimmung entspricht Artikel 48 BV, soweit er Zuständigkeitsfragen regelt. Die individuellen Ansprüche der Bedürftigen gegenüber dem Aufenthaltskanton sind dagegen im Artikel 9 über das Recht auf Existenzminimum enthalten.

*Absatz 1* hält fest, dass Bedürftige grundsätzlich vom Aufenthaltsort unterstützt werden. Als Unterstützung gelten sowohl Geld- als auch Naturalleistungen, die beide im Ermessen der Behörden liegen. Bei den unterstützten Personen kann es sich um Personen mit oder ohne Schweizer Bürgerrecht handeln, um Staatenlose oder auch um Flüchtlinge. Wie nach geltendem Recht kommt der Bestimmung keine innerkantonale Bedeutung zu: Der Aufenthaltskanton bestimmt, welches Gemeinwesen und welche Fürsorgebehörde zuständig ist. Ein Abschieben Unterstützungsbedürftiger in



den Heimatkanton ist aufgrund des in den siebziger Jahren revidierten Niederlassungsrechts (Art. 45 BV) nicht mehr möglich (vgl. auch Art. 10 Zuständigkeitsgesetz, SR 851.1). Die vom Aufenthaltskanton vorerst erbrachten Unterstützungsleistungen gehen zulasten des Wohnkantons. In der Gesetzgebung ist diese Zuständigkeitsregel allerdings faktisch umgekehrt worden: Die Unterstützung obliegt dem Wohnkanton, während Aufenthaltskanton nur nötige Soforthilfe leisten muss (Art. 12 f. Zuständigkeitsgesetz).

*Absatz 2* erlaubt dem Bund zu regeln, wieweit frühere Wohnsitzkantone oder der Heimatkanton für die Kosten belangt werden können.

Da die Individualansprüche vom VE anderweitig erfasst und die wesentlichen Elemente auf Gesetzesstufe bereits geregelt sind, könnte die Bestimmung auf eine bloße Gesetzgebungskompetenz des Bundes über die Zuständigkeiten - ohne materielle Vorgaben - verkürzt werden ("Der Bund regelt die Zuständigkeit der Kantone für die Unterstützung Bedürftiger").

## Art. 96

### Familienzulagen und Mutterschaftsversicherung

Artikel 96 VE entspricht Artikel 34quinquies BV.

*Absatz 1* übernimmt die Zielbestimmung von Artikel 34quinquies Absatz 1 BV.

*Absatz 2* erteilt (wie heute Abs. 2) dem Bund die Kompetenz zur Gesetzgebung im Bereich der Familienzulagen. Er hat dabei die bestehenden Kassen zu berücksichtigen. Ferner wird er ermächtigt, eine eidgenössische Ausgleichskasse zu errichten. Auch wenn der Bund bis anhin seine Gesetzgebungskompetenz im Bereich der Familienzulagen nur beschränkt ausgenützt hat (BG über die Familienzulagen in der Landwirtschaft), könnte Absatz 1 aufgrund der Parlamentarischen Initiative Fankhauser (91.411; Leistungen für die Familie, vom 13. März 1991; Amtl. Bull. N 1992 215) in Zukunft an Aktualität gewinnen. Am 2. März 1992 hat der Nationalrat der Initiative Folge gegeben. Die parlamentarische Initiative enthält zwei Forderungen: Einerseits soll eine eidgenössische Kinderzulagenordnung mit einem gesamtschweizerischen Lastenausgleich geschaffen werden und andererseits sollen Familien mit Kindern im betreuungsbedürftigen Alter Anspruch auf Bedarfsleistungen erhalten.

*Absatz 3* beauftragt den Bund, die Mutterschaftsversicherung zu regeln. Dieser Bestimmung kommt aktuelle Bedeutung zu: Gegenwärtig sind Bestrebungen im Gange, diesen Verfassungsauftrag zu verwirklichen. Im Jahre 1994 wurde eine Vernehmlassung zu einem Bundesgesetz über die Mutterschaftsversicherung durchgeführt.

*Absatz 4* ermächtigt den Bund, ein Versicherungsobligatorium einzuführen.

Verschiedene Punkte der Verfassungsbestimmung können auf Gesetzesstufe geregelt werden. Dies gilt für die Befugnis, bei den Familienzulagen und der Mutterschaftsversicherung die finanziellen Leistungen des Bundes von angemessenen Leistungen der Kantone abhängig zu machen, sowie für den Beizug privater und öffentlicher Vereinigungen zum Vollzug. Der Vollzugsvorbehalt zugunsten der Kantone wird in allgemeiner Weise durch Artikel 32 Absatz 3 weitergeführt.

**Art. 97      Kranken- und Unfallversicherung**

Artikel 97 entspricht dem 1890 in die BV aufgenommenen Artikel 34bis.

*Absatz 1* ermächtigt und beauftragt den Bund, die Kranken- und Unfallversicherung zu regeln. Im Vergleich zu andern Bestimmungen der Sozialverfassung handelt es sich hier um eine offene Verfassungsnorm. Sie lässt dem Gesetzgeber für die Ausgestaltung der beiden Versicherungen praktisch freie Hand.

*Absatz 2* ermächtigt den Bund, den Beitritt zu den Versicherungen obligatorisch zu erklären. Bei der Unfallversicherung hat der Gesetzgeber ein Obligatorium nur für die Arbeitnehmer eingeführt. Im Bereich der Krankenversicherung setzte der Gesetzgeber es bis vor kurzem ins Belieben der Kantone, ein Obligatorium in ihrem Gebiet einzuführen. Das neue Krankenversicherungsgesetz vom 18. März 1994 (BBl 1994 II 236) sieht nun eine für alle in der Schweiz wohnhaften Personen eine obligatorische Krankenpflegeversicherung und eine freiwillige Taggeldversicherung vor.

Die Verpflichtung, bei der Gesetzgebung die bestehenden Krankenkassen zu berücksichtigen (Art. 34bis Abs. 1, zweiter Halbsatz), wird vom VE nicht mehr aufgenommen. Diese Verpflichtung hatte früher einen Sinn, als mit Artikel 34bis BV dem Bund die Einrichtung der Kranken- und Unfallversicherung übertragen wurde, heute erweist sich diese Vorschrift als obsolet.

**Art. 98      Schutz der Gesundheit**

Das Gesundheitswesen ist grundsätzlich Sache der Kantone. Der Bund ist jedoch für einige besondere Aufgaben in diesem Bereich zuständig. *Absatz 1* umreisst dieses Aufgabengebiet des Bundes in allgemeiner Weise. In *Absatz 2* sind die konkreten Aufträge des Bundes formuliert.

*Absatz 2 Buchstabe a* entspricht in redaktionell überarbeiteter Form, Artikel 69bis BV. Die Bestimmung bezweckt, die Verbraucher im Verkehr mit Lebensmitteln, Gebrauchs- und Verbrauchsgegenständen vor Gesundheitsschädigungen, Fälschungen sowie vor Betrug (wirtschaftlicher Schädigung) zu schützen. Indirekt dient die Norm damit auch dem Schutz des lautereren Wettbewerbs und des Konsumenten. Sie verpflichtet den Bund, in ihrem Geltungsbereich die im nationalen Interesse nötigen Bestimmungen zu erlassen. Er verfügt dabei über eine umfassende, nachträglich derogierende Kompetenz. In sachlicher Hinsicht umfasst die Bestimmung den Umgang mit Lebensmitteln (Nahrungs- und Genussmitteln), sowie den Umgang mit anderen Gegenständen (Gebrauchs- und Verbrauchsgegenständen), soweit solche das Leben oder die Gesundheit gefährden können. Erfasst werden jene Gegenstände, die von Personen ohne besondere Kenntnisse oder spezielle Ausbildung verwendet werden. Es muss sich aber nicht um ein Endprodukt handeln. Gegenstände, die von Spezialisten in ihrer Berufsausübung in Industrie und Gewerbe eingesetzt werden, fallen nicht in den Geltungsbereich. Unter die Regelung des "Umgangs" fallen insbesondere: Herstellung, Verarbeitung, Handel (Einfuhr, Aufbewahrung, Abgabe, Bezug) und Verwendung. Nicht in den Geltungsbereich fällt hingegen die Her-

stellung zum Eigenbedarf. Auf den Vollzug wird nicht mehr ausdrücklich hingewiesen; er ist auf Gesetzesstufe hinreichend geregelt (vgl. etwa Art. 28 und 56 des Lebensmittelgesetzes, SR 817.0; s. ferner die allgemeine Vollzugsbestimmung in Art. 32 Abs. 3 VE).

*Absatz 2 Buchstabe b* entspricht Artikel 69 BV und verpflichtet den Bund, Leben und Gesundheit der Bevölkerung und der Tiere vor ernstlicher Bedrohung durch bestimmte Krankheiten zu schützen. Aus historischer Sicht soll damit in erster Linie die Arbeits-, Erwerbs- und Wehrkraft der Bevölkerung erhalten bleiben. Der Bund verfügt über eine konkurrierende, nachträglich derogierende Kompetenz. Er ist nicht nur befugt, sondern auch verpflichtet, im Geltungsbereich tätig zu werden. Artikel 98 VE soll es dem Bund ermöglichen, gesundheitspolizeiliche, aber auch sozialpädagogische und finanzielle Massnahmen zu ergreifen. Der Bund ist namentlich dann zum Eingreifen ermächtigt, wenn die Gefahr besteht, dass infolge der Ausbreitung einer Krankheit die Arbeitsleistung breiter Bevölkerungsteile und dadurch mittelbar die Wirtschaft beeinträchtigt wird. Als Mittel stehen ihm vorbeugende Massnahmen (Krankheitsverhütung) sowie heilende Massnahmen (Stoppen der Weiterverbreitung, Ausrottung, Heilung) zur Verfügung. Der Bund ist nicht auf die eigentliche Gesundheitspolizei beschränkt; er kann auch in anderen Bereichen tätig werden, soweit dies der Bekämpfung der fraglichen Krankheiten dient. Schliesslich kann er auch Leistungen erbringen (z.B. Schaffung von Forschungszentren, Förderung des Spitalbaus, Aufklärungsarbeit). Der Vollzug ist in erster Linie Sache der Kantone. Zum Teil hat der Bund aber gestützt auf die Ausführungsgesetzgebung auch eigene Vollzugsorgane geschaffen.

*Absatz 2 Buchstabe c* enthält einen Gesetzgebungsauftrag betreffend den Schutz der Bevölkerung und der Arbeitnehmer vor Strahlung (bislang im Zusammenhang mit der Atomenergie in Art. 24quinquies Abs. 2 BV geregelt) und ähnlichen Einwirkungen. Die in Ausführung des Auftrags erlassenen polizeilichen Vorschriften sind weitgehend präventiver Natur.

#### **Art. 99 Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie**

Der Artikel entspricht weitestgehend Artikel 24novies BV. Bund und Kantone sollen Missbräuche der Fortpflanzungs- und Gentechnologie gegenüber dem Menschen und seiner Umwelt verhindern, insbesondere Versuche zur Menschengründung, Eingriffe in das menschliche Erbgut oder den Handel mit Föten. Angestrebt wird ein ethisch verantwortbarer Gebrauch der Fortpflanzungs- und Biotechniken in der Forschung und in der Anwendung.

Auf eine redaktionelle Verkürzung wurde verzichtet, da der Normtext auf eine Volksinitiative zurückgeht und erst seit 1992 in der Verfassung enthalten ist. Zudem sind die Ausführungsvorschriften in diesem politisch und grundrechtlich bedeutsamen Bereich noch nicht erlassen worden.

#### **8. Abschnitt: Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern, Asyl**

##### **Art. 100**

Artikel 100 entspricht den Artikeln 69ter und 70 BV und betrifft sowohl das allgemeine Ausländerrecht (fremdenpolizeiliche Bestimmungen) als

auch das im weiten Sinn verstandene Asylrecht (Rechtsstellung der Flüchtlinge). Mit dieser Bestimmung soll verhindert werden, dass unerwünschte Personen in die Schweiz gelangen und hier verweilen. Zudem dient sie als Instrument zur Stabilisierung des Arbeitsmarktes, zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit und zur Verhinderung der Überfremdung.

Der Artikel räumt dem Bund in *Absatz 1* eine umfassende, nachträglich derogierende Gesetzgebungskompetenz für das Ausländerrecht (Ein- und Ausreise, Aufenthalt, Niederlassung) ein. Die Rechtsstellung der Ausländer bestimmt sich in wichtigen Punkten nach völkerrechtlichen Normen: Zum einen bestehen völkerrechtliche Mindestbestimmungen wie etwa über das Verbot, Ausländer der Militärdienstpflicht zu unterstellen, die Gewährung minimaler Menschenrechte oder das Verbot willkürlicher Ausweisung. Zum andern besteht eine Vielzahl von internationalen Niederlassungsverträgen, die eine Angleichung der Stellung von Ausländern und Schweizern anstreben und insbesondere die Freizügigkeit innerhalb der Schweiz sowie die Handels- und Gewerbefreiheit gewähren. Diese Verträge begründen aber keinen Anspruch auf Niederlassung in der Schweiz und kein Recht auf Einreise. Die Ausländer sind jedoch Privatrechtsträger und kommen grundsätzlich in den Genuss der Grundrechte. Gewisse Einschränkungen bestehen hinsichtlich der Niederlassungsfreiheit, der Handels- und Gewerbefreiheit (sofern es sich nicht um einen niedergelassenen Ausländer handelt), der Meinungsäusserungsfreiheit, der Vereinigungsfreiheit und der Versammlungsfreiheit. Politische Rechte können ihnen durch die Kantone eingeräumt werden; der Bund gewährt ihnen (abgesehen vom Petitionsrecht) keine. Als Neuerung könnten die Ziele der Bundespolitik in diesem Bereich umrissen werden (z.B. Grundsätze über ein ausgewogenes Verhältnis zwischen schweizerischer und ausländischer Bevölkerung oder die Integration hier lebender Personen).

*Absatz 1* enthält zudem die Bundeszuständigkeit für die Asylgewährung. Die Stellung der Flüchtlinge ist wie jene der übrigen Ausländer Gegenstand zahlreicher internationaler Abkommen. Über die Erteilung oder die Verweigerung des Asyls entscheiden die Verwaltungsbehörden des Bundes. Das Asylgesetz (SR 142.31) gewährt kein subjektives Recht auf Asyl, anerkennt jedoch ein subjektives Recht auf Einhaltung eines bestimmten Verfahrens. Zudem ist das Rückschiebeverbot (Non-refoulement) zu beachten, das sich aus der Genfer Flüchtlingskonvention und aus der EMRK ergibt. Flüchtlingen, denen Asyl gewährt wird, räumt das Asylgesetz das Recht ein, sich so lange, als die Gründe für die Asylgewährung fortbestehen, in der Schweiz aufzuhalten und eine Erwerbstätigkeit auszuüben. Die Fürsorge für Flüchtlinge gewährleistet der Bund (Art. 31 Asylgesetz).

Der Vollzug obliegt grundsätzlich den Kantonen. *Absatz 2* spricht diese Aufgabe im Vergleich zum geltenden Recht in verkürzter Form an und könnte angesichts der umfassenden Gesetzgebungskompetenz in *Absatz 1* sogar gestrichen werden. Der Aufenthalt von Ausländern in der Schweiz untersteht der Bewilligungspflicht. Für die Aufenthaltsbewilligungen und die Grenzgängerbewilligungen legt der Bund ein Gesamtkontingent fest. Die Aufenthaltsbewilligung (Saisonbewilligung [Ausweis A], Jahresaufenthaltsbewilligung [Ausweis B]) und die Niederlassungsbewilligung (Ausweis C) werden von den Kantonen erteilt. Das Bewilligungsverfahren



ist durch eine Verschränkung von kantonalen Kompetenzen und Bundeskompetenzen gekennzeichnet: Eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht ist nur zulässig, wenn ein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Bewilligung besteht. Die Verwaltungsbeschwerde ist möglich, wenn die Verletzung der Bestimmungen von Niederlassungsverträgen gerügt wird. Letztinstanzliche kantonale Entscheide sind endgültig (Art. 18 ANAG). Gegen Verfügungen der zuständigen Bundesämter (BFA und BFF) besteht eine Beschwerdemöglichkeit beim Beschwerdedienst des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes bzw. bei der Asylrekurskommission und ein Weiterzug an das Bundesgericht im Rahmen des Organisationsgesetzes (OG; Art. 20 ANAG).

Die Kompetenz in *Absatz 3* gibt dem Bund auch die Möglichkeit, Ausländer, welche die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz gefährden, aus dem schweizerischen Gebiet auszuweisen. Die politische Ausweisung war bisher in Artikel 70 BV geregelt. Sie ist gewissen völkerrechtlichen Einschränkungen wie z.B. dem Grundsatz des Non-refoulement unterworfen.

## 9. Abschnitt: Zivilrecht, Strafrecht, Messwesen

### Art. 101 Zivilrecht

Dieser Artikel hat die Zivilrechtszuständigkeit (Art. 64 BV) zum Gegenstand.

*Absatz 1* räumt dem Bund die Zuständigkeit zum Erlass von Zivilrecht (oder Privatrecht) ein, das im wesentlichen die Rechtsbeziehungen zwischen Bürgern regelt. Es handelt sich um einen Rechtsbereich, in dem der Bund über eine umfassende, nachträglich derogierende Kompetenz verfügt.

Wissenschaft und Praxis konnten bisher keine allgemein anerkannten Kriterien für die sachliche Abgrenzung der Bundeskompetenz gegenüber dem öffentlichen Recht der Kantone erarbeiten. Der Bundesrat hat sich für ein typologisches Verständnis von Artikel 64 BV entschieden (Gutachten des Bundesamtes für Justiz, VPB 1982, Nr. 20) und betrachtet Rechtsnormen namentlich dann als durch Artikel 64 abgedeckt, "wenn sie typisch privatrechtliche Ziele verfolgen und herkömmlicherweise zum Privatrechtsbereich gehören, insbesondere wenn sie die Voraussetzungen für einen funktionierenden Privatrechtsverkehr schaffen oder wiederherstellen" (Botschaft über bodenrechtliche Sofortmassnahmen im Siedlungsbereich, BBl 1989 III 217 ff). Die herrschende Lehre stellt auf die rechtstechnische Methode - nicht auf das zu regelnde Sachgebiet oder den Gesetzgebungszweck - ab (Knapp in Kommentar BV, Art. 64, Rz. 1). Die rechtstechnische Theorie verlangt die Beantwortung der Frage, was Privatrecht und was öffentliches Recht ist. Die Lehre hat dazu verschiedene Kriterien entwickelt (Abgrenzung nach Normierungsbereichen, Subjekttheorie, Funktionstheorie, Interessentheorie, Subordinationstheorie, Fiskustheorie). Nach herrschender Lehre kann die Abgrenzung nicht allgemein aufgrund bloss eines dieser Kriterien vorgenommen werden. Die Entscheidung ist im Einzelfall unter Würdigung aller Theorien zu fällen (Knapp in Kommentar BV, Art. 64, Rz. 27). Eine Minderheit sieht in Artikel 64 BV einen Sachbereich, der unabhängig davon, ob die Regelung als öffentlichrechtlich oder als privatrechtlich zu qualifizieren ist, zur Verwirklichung aller

Gesetzgebungsziele in diesem Bereich dient (Gygi, ZSR 1976 I 343 ff.; Saladin in Kommentar BV, Art. 2 ÜB, Rz. 34 ff.). Unstrittig dürfte sein, dass das Betreibungs- und Konkursrecht als vollstreckungsrechtliches Pendant zum Zivilrecht Sache des Bundes ist.

Der Bund hat in grossem Umfang von seiner Kompetenz Gebrauch gemacht; die Kantone können nur noch in unbedeutenden Teilbereichen selber Zivilrecht erlassen. Diese Bereiche müssen ihnen ausdrücklich vorbehalten sein (Art. 5 ZGB). Umgekehrt darf der Bund nicht materielles öffentliches Bundesrecht erlassen, das über die Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen ausserhalb des Zivilrechtsbereichs hinausgeht.

Artikel 53 Abs. 1 BV ist in der allgemeinen Zivilrechtszuständigkeit enthalten; sein Gehalt bedarf im VE keiner gesonderten Erwähnung.

*Absatz 2* übernimmt den Wortlaut von Art. 64 Abs. 3 BV. Danach sind das Gerichtsverfahren, die Gerichtsorganisation und die Rechtsprechung Sache der Kantone. Das kantonale Prozessrecht darf aber die Anwendung des Bundesprivatrechts nicht beeinträchtigen oder verhindern. Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung verschiedene ungeschriebene Grundsätze anerkannt, die dem kantonalen Prozessrecht Grenzen setzen. Das Zwangsvollstreckungsrecht für Geldforderungen und -sicherheiten hat der Bund demgegenüber abschliessend geregelt; den Kantonen verbleibt nur die Behördenorganisation.

Die Frage, ob das Zivilprozessrecht von Bundesrechts wegen vereinheitlicht werden soll, wird hier bewusst ausgeklammert.

## Art. 102 Strafrecht

Wie schon bisher Artikel 64bis Absatz 1 BV räumt *Absatz 1* dem Bund die Kompetenz ein, auf dem Wege der Gesetzgebung das materielle Strafrecht zu vereinheitlichen. Im Bereich des materiellen Strafrechts verfügt der Bund mithin über eine nachträglich derogierende, nicht auf die Grundsatzgesetzgebung beschränkte Zuständigkeit. Die Eidgenossenschaft hat von dieser Kompetenz namentlich durch den Erlass des Schweizerischen Strafgesetzbuches (SR 311.0) Gebrauch gemacht, das als Kernstrafrecht Verstösse gegen Grundregeln eines friedlichen Zusammenlebens sanktioniert. Den Kantonen bleibt lediglich Raum zum Erlass von Übertretungstatbeständen, wenn das eidgenössische Recht den Angriff auf ein Rechtsgut nicht durch ein geschlossenes System von Normen regelt.

Die Verfolgung und Beurteilung gemeiner Straftaten ist überwiegend Sache der Kantone, womit sich ihre Kompetenz verbindet, die entsprechenden prozess- und organisationsrechtlichen Bestimmungen zu erlassen. Zudem ist der Strafvollzug im Rahmen der sehr allgemeinen Bestimmungen des StGB Sache der Kantone. Letztere sind verpflichtet, die für den Vollzug der vom Strafgesetzbuch vorgesehenen Sanktionen erforderlichen Anstalten zu errichten und zu betreiben (Art. 382 ff. StGB). Der Bund wird durch *Absatz 2* (entsprechend Art. 64bis Abs. 3 BV) ermächtigt, aber nicht verpflichtet, an die Errichtung von Vollzugsanstalten, für Verbesserungen im Strafvollzug sowie für Erziehungsmassnahmen Beiträge zu gewähren. Durch die Möglichkeit, die Ausrichtung dieser Beiträge an Bedingungen zu

knüpfen, kann der Bund lenkend auf die Erfüllung dieser Aufgaben durch die Kantone einwirken.

Die verwaltungsstrafrechtliche Sanktionierung stützt sich auf die jeweilige Sachkompetenz. Absatz 1 räumt daher (wie 64bis Absatz 1 BV) dem Bund nicht die Möglichkeit ein, einheitliche Verwaltungsstrafrechtsordnungen zu schaffen: Die Eidgenossenschaft ist lediglich befugt, Verstösse gegen ihre eigene Verwaltungsgesetzgebung zu kriminalisieren. Parallel dazu verfügen die Kantone bezüglich ihrer Verwaltungsgesetzgebung über dieselbe Kompetenz. Gleiches gilt im übrigen auch für das Disziplinarrecht.

Gemäss *Absatz 3* bzw. Artikel 64bis Absatz 2 BV behalten die Kantone ihre Zuständigkeit in den Bereichen Gerichtsorganisation, Gerichtsverfahren und Rechtsprechung "wie bis anhin". Die Frage, ob das Strafprozessrecht von Bundesrechts wegen vereinheitlicht werden soll, wird an dieser Stelle bewusst ausgeklammert.

#### Art. 103 Opferhilfe

Hier greift der VE Artikel 64ter BV über die Opferhilfe auf. Aus Gründen der sozialen Billigkeit und Solidarität sowie als Ergänzung zur Resozialisierung von Straftätern sollen die Opfer bestimmter Straftaten vom Bund und von den Kantonen finanzielle und moralische Hilfe erhalten. Indem sich der Staat mehr um das Schicksal der Opfer von Straftaten kümmert, soll auch die Wirksamkeit der Strafjustiz erhöht werden. Die Bestimmung begründet eine gemeinsame Aufgabe von Bund und Kantonen. Sie räumt dem Bund eine umfassende, nicht bloss auf Grundsätze beschränkte Kompetenz zur Gesetzgebung ein. Gleichzeitig auferlegt sie den Kantonen eine eigenständige Aufgabe und nicht nur die Beteiligung an der Erfüllung einer Bundesaufgabe.

Die Hilfe kann gewährt werden, auch wenn nicht sämtliche Tatbestandsmerkmale einer Straftat vorliegen (z.B. bei Zurechnungsunfähigkeit des Täters). Die Hilfe wird ausserdem nicht davon abhängig gemacht, auch ob der Täter ermittelt und abgeurteilt werden kann oder ob es sich um eine vorsätzlich oder fahrlässig begangene Tat handelt. Geldleistungen des Staates bilden nur einen Teil der Hilfe, die im übrigen durch die Errichtung von Stellen zur Beratung und Aufnahme von Opfern sowie durch die Verbesserung der Stellung der Opfer im polizeilichen und gerichtlichen Verfahren geleistet werden soll. Die Hilfe muss angemessen sein, d. h. die Massnahmen müssen den Bedürfnissen des Opfers gerecht werden, aber nicht notwendigerweise den ganzen erlittenen Schaden decken. Die wirtschaftliche Hilfe ist subsidiär und soll auf Personen beschränkt bleiben, welche die wirtschaftlichen Folgen der Straftat nicht alleine tragen können. Der Staat muss nur eingreifen, wenn das Opfer nicht von anderer Seite (vom Täter, einem Dritten, einer Privat- oder Sozialversicherung) Schadenersatz erhält.

#### Art. 104 Messwesen

Artikel 104 VE entspricht Artikel 40 BV und soll dem Bund erlauben, das Mass- und Gewichtssystem im Interesse eines sicheren und redlichen Verkehrs mit messbaren Sachen zu vereinheitlichen. Dem Bund steht zu die-

sem Zweck eine umfassende, nachträglich derogierende Kompetenz zur Festsetzung der Masse und Gewichte zu. Seit längerer Zeit sind die Masse durch internationale Übereinkommen festgelegt.

Die Bestimmung erfasst alle Masse, auch solche, die erst nach Erlass der Bestimmung (1874) geschaffen wurden (neben Länge, Fläche, Inhalt und Gewicht auch Zeit, Elektrizität, Wärme, Schall, Strahlung usw.).

Der Bund kann gewerbepolizeiliche Massnahmen ergreifen, die den Interessen der Sicherheit des Handels, der Konsumenten sowie der Gesundheit und der Sicherheit dienen. Zudem kann er die Verwendung der bundesrechtlich festgesetzten Masse dort obligatorisch erklären, wo Gegenleistungen nach einer Masseinheit bestimmt werden. In diesem Fall kann der Bund bei Nichtverwendung der eidgenössischen Masse zivil- und strafrechtliche Sanktionen vorsehen.

Der Vollzug der Bundesgesetzgebung (insbesondere die Eichung und die Kontrolltätigkeit) ist nach geltendem Recht den Kantonen vorbehalten. Der Bund kann Kontrollmethoden und -häufigkeit festlegen, um die einheitliche Anwendung sicherzustellen. Sache der Kantone ist es zu prüfen, ob die verwendeten Messmittel zulässig sind und die gesetzlichen Normmasse einhalten. Da diese Vollzugsregelung in der Ausführungsgesetzgebung ihren Niederschlag gefunden hat, genügt die allgemeine Vollzugsbestimmung des VE.

### **3. Kapitel: Finanzordnung**

#### **Art. 105 Haushaltführung**

Artikel 105 enthält einerseits die heutige Vorschrift von Artikel 42bis BV, wonach der Fehlbetrag der Bilanz des Bundes abzutragen sei, und andererseits den allgemeinen Grundsatz der Haushaltsführung im Finanzhaushaltsgesetz, wonach Ausgaben und Einnahmen auf die Dauer im Gleichgewicht zu halten seien (Art. 2 Abs. 2 FHG).

Die Botschaft des Bundesrates über die verfassungsmässige Neuordnung des Finanzhaushaltes des Bundes aus dem Jahr 1957 (BBl 1957 I 505) unterscheidet zwischen Entschuldung und Schuldenrückzahlung. Der Fehlbetrag kann nur durch einen Ertragsüberschuss in der Erfolgsrechnung abgetragen werden (Entschuldung). Die Schuldenrückzahlung ist ein finanzwirtschaftlicher Vorgang und damit erfolgsneutral. Gemäss den bundesrätlichen Erläuterungen muss die Entschuldung nicht jedes Jahr zwingend weitergetrieben werden. Es soll möglich sein, sie in Zeiten schlechter Konjunkturlage ganz oder teilweise zu sistieren. Vorgesehen war somit eine antizyklische Finanzpolitik, welche die Tilgung von Staatsschulden in Jahren des Wohlergehens ermöglichen und einen Spielraum für eine Neuverschuldung in Jahren mit schlechterem Wirtschaftsgang schaffen würde. In diesem Sinne erlegt Artikel 42bis BV seinen Adressaten eine stabilitätspolitische Verantwortung auf. Aus der Verfassungsvorschrift lässt sich nicht ableiten, wo die Grenzen der Staatsverschuldung liegen. Die Bestimmung beantwortet auch nicht die Frage, mit welchen Mitteln das Haushaltgleichgewicht und die Verringerung der Schuldenlast zu erreichen sind. Er beinhaltet aber das imperative Gebot, auf die Dauer hin die Verschuldungslage zu verbessern.



Dazu müssen ebenfalls auf die Dauer Ausgaben und Einnahmen des Bundes im Gleichgewicht gehalten werden. Zur Verdeutlichung dieses Zusammenhangs, dass erst ein langfristiges Ungleichgewicht überhaupt zu einem Fehlbetrag führt, wurde der wohl wichtigste Grundsatz der Haushaltsführung in die Verfassung aufgenommen.

#### **Art. 106      Allgemeine Steuererhebungsgrundsätze**

Artikel 106 normiert die bundesgerichtliche Praxis zum Abgaberecht und fasst gleichzeitig die Bestimmungen der Artikel 41bis Absatz 3 und 41ter Absatz 6 BV zusammen, wonach die wesentlichen Grundsätze von Steuern in einem Gesetz zu regeln sind. Aufgenommen wurde auch das interkantonale Doppelbesteuerungsverbot (Art. 46 Abs. 2 BV).

*Absatz 1* beinhaltet einen Grundsatz, der sich auch aus dem Gesetzmässigkeitsprinzip oder Legalitätsprinzip ergibt. Dennoch wird er an dieser Stelle wiederholt, da er für Steuern von grosser Bedeutung ist. Das Gesetz hat dabei das Steuersubjekt (die steuerpflichtige Person), das Steuerobjekt (den der Steuer unterworfenen Gegenstand, also das Einkommen, Vermögen, den Import, die Tabakproduktion) und die Bemessungsgrundlagen (Vermögens- bzw. Einkommensbemessung, Steuertarif, Steuersatz, zeitliche Bemessung) zu regeln. Anhand dieser Grundlagen muss man feststellen können, wer, weswegen und wieviel Steuern zu bezahlen hat. Daneben hat das Gesetz die Grundsätze des Verfahrens und die Straftatbestände zu regeln. Die vorgeschlagene Bestimmung präzisiert geltendes Recht, ohne dass damit die Praxis verschärft oder abgeschwächt werden soll. Diesen Steuererhebungsgrundsätzen unterliegen auch gewisse Kausalabgaben, wie namentlich Ersatzabgaben und Vorzugslasten, sowie Lenkungsabgaben. Es wird jedoch immer noch möglich sein, gewisse Kausalabgaben (wie Verwaltungsgebühren) ausschliesslich in einer Verordnung zu regeln.

*Absatz 2* übernimmt den Inhalt von Artikel 46 Absatz 2 BV, ohne jedoch weitere fünfzig Jahre auf eine zu erlassende Bundesgesetzgebung zu verweisen. Die vom Bundesgericht in der Zwischenzeit geschaffenen Kollisionsnormen haben sich bewährt, so dass ein Gesetz heute unnötig erscheint. Die Bestimmung ist so ausgestaltet, dass jeder betroffene Bürger und jede betroffene Bürgerin weiterhin einen direkt einklagbaren Anspruch vor Bundesgericht geltend machen kann, gleichzeitig ist aber eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes nicht ausgeschlossen, soweit einmal gesetzliche Bestimmungen notwendig sein sollten. Der Begriff "Bund" in dieser Bestimmung umfasst somit sowohl das Bundesgericht wie den Bundesgesetzgeber.

Eine gleichzeitige Erwähnung der internationalen Doppelbesteuerung ist nicht möglich, da sonst das Bundesgericht bei dieser die gleichen Grundsätze anzuwenden hätte, wie bei der interkantonalen, ohne dass die Gewähr geboten wäre, dass Gegenrecht zur Anwendung kommt. Die Doppelbesteuerungsabkommen werden sich deshalb weiterhin auf die Staatsvertragskompetenz des Bundes stützen müssen.

Es ginge über eine Nachführung hinaus, die interkommunale Doppelbesteuerung zu regeln. Soweit sich zwei Gemeinden innerhalb eines Kantons nicht über die (Einkommens- und Vermögens-)Besteuerung einig werden,

soll in erster Linie eine kantonale Instanz vermitteln oder urteilen. Soweit die letzte kantonale Instanz rechtsgleich und willkürfrei entscheidet, gibt es gegen ihren Entscheid keine bundesrechtliche Korrekturmöglichkeit (BGE 114 Ia 84 und 110 Ia 50).

#### Art. 107 Direkte Steuern

Artikel 107 übernimmt mit kleineren Kürzungen diejenigen Teile des Artikels 41ter BV, die die direkte Bundessteuer betreffen.

Nach *Absatz 1* ist der Bund wie heute befugt, eine Einkommenssteuer bei natürlichen Personen und eine Reinertrags- sowie eine Kapitalsteuer bei juristischen Personen zu erheben. Diese Aufzählung ist abschliessend. Wie im geltenden Verfassungsrecht wurden die Höchstsätze in den Verfassungsentwurf aufgenommen, da sie politisch von erheblicher Brisanz sind. Verfassungsrechtlich könnten diese Höchstsätze ohne weiteres gestrichen werden, da sie im Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG) genügend verankert sind. Als Zwischenlösung wäre ein Transfer in die Übergangsbestimmungen der BV denkbar. Damit hätten sie weiterhin Verfassungsrang, doch würden sie nicht mehr den Haupttext der BV belasten.

Ebenfalls beibehalten, auch wegen der politischen Bedeutung, wurde die verfassungsrechtliche Bestimmung über den Ausgleich der kalten Progression. Grundsätzlich ist auch diese in Artikel 39 DBG genügend verankert. Danach muss der Bundesrat bei einer Teuerung von über 7 Prozent die Tarifstufen und die Abzüge entsprechend anpassen. Der Ausgleich der kalten Progression setzt begrifflich einen progressiven Tarif voraus. In einem linearen wäre auch kein Ausgleich der kalten Progression notwendig (höchstens bezüglich der Abzüge). Da sowohl der Tarif wie auch die Abzüge im Gegensatz zur früheren Regelung (Art. 8 ÜB) nicht mehr in der Verfassung geregelt werden, ist genau betrachtet auch der Ausgleich der kalten Progression für sich allein genommen in der Verfassung inhaltslos geworden. Um jedoch den programmatischen Aspekt zu betonen, wird die Bestimmung in der Verfassung belassen.

Nicht mehr aufgenommen wurde die Verpflichtung des Bundes, "bei der Festsetzung der Tarife auf die Belastung durch die direkten Steuern der Kantone und Gemeinden angemessene Rücksicht zu nehmen". Diese Bestimmung ist genügend im Gesetz verankert (s. Höhn in Kommentar BV, Art. 41ter, Rz. 73). Gestrichen wurden ebenfalls die Steuerfreibeträge, die durch Artikel 36 DBG überholt sind (10'700 Franken für Ledige, resp. 20'800 Franken für Verheiratete). Im übrigen verbietet die Verfassung dem Gesetzgeber, unter einer gewissen Einkommensgrenze massgebende Steuern einzuführen (Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und Schutz des Existenzminimums).

*Absatz 3* wurde aufgenommen, um die heutige Verfassung korrekt wiederzugeben. Diese Bestimmung dürfte aber auch durch eine neue Regelung des Finanzausgleichs ersetzt werden (s. Art. 382).

#### Art. 108 Steuerharmonisierung

Artikel 108 entspricht den heutigen Artikeln 42quater und 42quinquies BV.

*Absatz 1* enthält eine Kompetenz des Bundes zur Harmonisierung der direkten Steuern von Bund, Kantonen und Gemeinden. Diese hat er im Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG) wahrgenommen, das seit 1993 in Kraft ist. Gleichzeitig hat das Parlament das Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG) verabschiedet und damit einen ersten Schritt in Richtung einer Harmonisierung der Steuern von Bund, Kantonen und Gemeinden gemacht.

Die Kompetenz erlaubt nur die Regelung von Grundsätzen, sie ist somit nicht umfassend. Weggelassen im Entwurf wurde die Aufzählung der Bereiche, zu deren Regelung der Bund befugt ist. Die Kompetenz ist nur negativ begrenzt, was schon bis anhin ergänzend im Verfassungstext stand. Insbesondere sind der Harmonisierung Steuertarife, -sätze und -freibeträge entzogen. Dies heisst jedoch nicht, dass die Kantone diesbezüglich völlig frei wären, da sie andere verfassungsrechtliche Vorgaben, namentlich die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Rechtsgleichheit im Steuerrecht beachten müssen (s. Kommentar zu Art. 107 VE). Den Kantonen verbleibt vor allem die Kompetenz, die Steuerbelastung zu regeln.

Von der Harmonisierungskompetenz sind nur direkte Steuern betroffen, jedoch nicht ausschliesslich die Einkommens- und Vermögens-, resp. Gewinn- und Kapitalsteuern (s. Cagianut in Kommentar BV, Art. 42quinquies, Rz. 4 ff.). Namentlich kann der Bund auch Steuern harmonisieren, die er selber nicht erhebt (z. B. Vermögenssteuer).

Der Bund überwacht die Einhaltung der Harmonisierung, was im Entwurf nicht mehr ausdrücklich festgehalten wird, aber selbstverständlich weiter gilt. Wenn eine steuerpflichtige Person aus dem StHG nach Ablauf der Übergangsfrist von acht Jahren (31.12.2000) etwas zu ihren Gunsten ableiten kann, steht ihr nach Artikel 72 f. StHG gegen die letztinstanzliche kantonale Verfügung die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht offen. Passt ein Kanton nach Ablauf dieser Frist sein Recht nicht an, steht dem Bund die staatsrechtliche Klage zur Verfügung (Art. 83 OG).

Nach *Absatz 2* hat der Bund auf die Harmonisierungsbestrebungen der Kantone Rücksicht zu nehmen. Er soll dabei nicht Harmonisierungslösungen vorsehen, die einer weitgehend harmonisierten Lösung der Kantone widersprechen. Der Bund ist jedoch befugt, soweit notwendig Bestimmungen zu harmonisieren, bei denen sich noch keine einheitliche kantonale Lösung abzeichnet oder die erst in wenigen Kantonen geregelt sind (s. Cagianut in Kommentar BV, Art. 42quinquies, Rz. 3).

*Absatz 3* verpflichtet den Bund, bei der Harmonisierung intensiv mit den Kantonen zusammenzuarbeiten. Das Mitspracherecht der Kantone geht über die üblichen Vernehmlassungsrechte hinaus. Auf die angemessene Anpassungsfrist, die der Bund den Kantonen einzuräumen hat, wurde verzichtet, da diese selbstverständlich ist. Im StHG beträgt sie acht Jahre, womit jedoch nicht präjudiziert ist, dass jede Änderung eine achtjährige Frist nach sich zieht. Auch kürzere Fristen können angemessen sein.

*Absatz 4* entspricht Artikel 42quater BV, der in der Sache auch eine Harmonisierung beinhaltet. Auf Gesetzesstufe ist diese Bestimmung einzig in Artikel 5 des Finanzausgleichsgesetzes (SR 613.1) umgesetzt.

**Art. 109 Mehrwertsteuer**

Der vorliegende Text entspricht grundsätzlich Artikel 41ter BV, soweit dieser die Mehrwertsteuer beinhaltet.

*Absatz 1* regelt die Mehrwertsteuer analog Artikel 41ter Absatz 1 und 1bis BV. Die Satzerhöhung auf 6,5 % nach Absatz 1bis wurde direkt in den Text integriert. Der Begriff "Umsatzsteuer mit Vorsteuerabzug" wurde durch den gebräuchlichen Begriff "Mehrwertsteuer" ersetzt. Wie schon in der geltenden Verfassung wird sich erst ein zukünftiges MWSt-Gesetz auf diese Bestimmung stützen. Die geltende Verordnung, die sich an Artikel 8 ÜB hält, benötigt eine analoge Norm im Verfassungsentwurf (Art. 1 ÜBVE).

*Absatz 2* übernimmt wörtlich den zweiten Satz von Artikel 41ter Absatz 3. Wie bis anhin sind fünf Prozent des Ertrags für Massnahmen zur Entlastung unterer Einkommensschichten reserviert. Allerdings geht in den ersten fünf Jahren nach Einführung der Mehrwertsteuer (bis 1999) die spezielle Norm von Artikel 8 Absatz 4 ÜB (resp. 1 Abs. 2 ÜBVE) vor.

*Absatz 3* entspricht mit einer kleinen sprachlichen Änderung Absatz 3bis von Artikel 41ter BV. Er erlaubt die Erhöhung der Mehrwertsteuer auf 7,5%.

**Artikel 1 des Übergangsrechts Mehrwertsteuer**

Artikel 1 der Übergangsbestimmungen (ÜBVE) übernimmt wörtlich den heutigen Artikel 8 ÜB mit folgenden Ausnahmen:

1. Der Einleitungssatz wurde sprachlich, jedoch nicht inhaltlich verändert.
2. Absatz 3 von Artikel 8 ÜB (Vorgezogener Vorsteuerabzug, Regelung des Übergangs von der WUST zur MWST) wurde, weil obsolet, gestrichen.
3. Artikel 8bis ÜB (die Erhöhung des Satzes von 6,2% auf 6,5%, resp. von 1,9% auf 2%) wurde in den Text integriert.
4. Artikel 8ter ÜB wird wörtlich Absatz 3 der Norm.
5. Die implizit enthaltene Kompetenz des Bundesrates zur Regelung der Steuerhinterziehung und der Steuergefährdung (s. Sten. Bull. N 1993 S. 331) wurde in Buchstabe m aufgenommen.

Eine Abgabe ist nach dem Legalitätsprinzip in einem Gesetz im formellen Sinn zu regeln, was sich auch aus Artikel 41ter Absatz 6 BV ergibt. In Abweichung von diesem Grundsatz ermöglicht Artikel 8 ÜB dem Bundesrat, bis zum Inkrafttreten eines Gesetzes die Mehrwertsteuer auf Verordnungsebene zu regeln. Diese Bestimmung ist eine Delegationsnorm, in der die notwendigen Leitlinien enthalten sein müssen: Das Steuerobjekt, das Steuersubjekt und die Bemessungsgrundlagen. Von diesen Vorgaben kann der Bundesrat in der Verordnung nicht abweichen. Entsprechend kann der Gesetzgeber aber auch nicht punktuell in die Kompetenzdelegation der Verfassung eingreifen. Dem Gesetzgeber steht nur die Möglichkeit offen, gestützt auf Artikel 41ter (oder 109 VE) ein Mehrwertsteuergesetz zu erlassen, das die Verordnung des Bundesrates ablöst. Auch ein Gesetz kann sich aber im Rahmen des Legalitätsprinzips (s. Kommentar zu Art. 106 VE) auf das Grundsätzliche beschränken und gewisse Dinge erneut dem Bundesrat delegieren.



Übergangsrecht ist auch Artikel 8ter ÜB (Tourismussatz). Während der Geltung der Mehrwertsteuerverordnung darf ein Sondersatz nur durch ein referendumpflichtiges Gesetz, und nicht etwa durch eine bundesrätliche Verordnung eingeführt werden. Ein auf Artikel 41ter BV gestütztes Mehrwertsteuergesetz kann den Steuersatz für Tourismusleistungen, die in erheblichem Ausmass von Ausländern konsumiert werden, grundsätzlich frei festsetzen. Nach Annahme eines Gesetzes ist die Bestimmung, wonach der Tourismussatz einer gesetzlichen Grundlage bedürfe, obsolet, da sich dies schon aus Artikel 41ter Absatz 6 BV ergibt. Wenn die Absicht bestand, in der Verfassung den Gesetzgeber einzuschränken ("sofern diese Dienstleistungen in erheblichem Ausmass durch Ausländer konsumiert werden und die Wettbewerbsfähigkeit es erfordert."), hätte man dies im Haupttext der BV sagen müssen (vgl. z.B. die "Sportlerinitiative", BBl 1995 III 114) .

Artikel 8ter BV wurde historisch so verstanden, dass erst bei einer Erhöhung des Normalsatzes ein Sondersatz in Frage kommen soll. Der Wortlaut der Bestimmung würde jedoch ein heutiges Tätigwerden des Gesetzgebers zulassen (vgl. Amtl. Bull. 1993 S. 339 ff. und N 1993 S. 387 ff., namentlich 390 Votum Spoerry).

#### Art. 110 **Stempelsteuer, Verrechnungssteuer, Retorsionssteuer**

Der vorliegende Text entspricht grundsätzlich Artikel 41bis BV, soweit die vorliegenden Steuern betroffen sind.

Nach *Absatz 1* kann der Bund eine Stempelsteuer erheben. Der Begriff ist nicht sehr klar, hat doch die Stempelsteuer (oder -abgabe) nichts mit einem Stempel (mehr) zu tun. Sie wird als Emissionsabgabe bei der Ausgabe von Wertpapieren und als Umsatzabgabe beim Handeln mit solchen erhoben. Im Entwurf weggelassen wurden die Coupons, Wechsel und wechselähnlichen Papiere, die alle Wertpapiere nach Artikel 965 ff. OR darstellen.

Nach *Absatz 2* kann der Bund eine Verrechnungssteuer erheben. Das Steuerobjekt findet sich auf Verfassungsstufe und ist gleich wie bis anhin umschrieben.

Nach *Absatz 3* kann der Bund eine Sondersteuer zu Lasten von Personen, die im Ausland wohnen, erheben. Diese sog. Retorsionssteuer wurde bis heute noch nie erhoben und soll "extensiven Besteuerungstendenzen" anderer Staaten vorbeugen (BBl 1957 I 571).

#### Art. 111 **Besondere Verbrauchssteuern**

Artikel 111 ist eine Zusammenfassung diverser Bestimmungen, die sich an verschiedenen Orten in der geltenden Verfassung (Art. 32bis, 36ter, 41bis und 41ter BV) finden und besondere Verbrauchssteuern regeln.

Bei der Tabaksteuer wurde die Umschreibung des Steuerobjekts gekürzt, doch bleibt dem Bund weiterhin die Besteuerung sämtlicher Tabakwaren und Erzeugnisse, die wie Tabak verwendet werden, möglich.

Die Aufnahme der Steuer auf gebrannten Wassern an dieser Stelle beinhaltet insofern eine kleine Änderung, als der Import gebrannter Wasser heute nicht besteuert, sondern mit einer Monopolabgabe belastet ist. Da das Al-

koholgesetz in Zukunft eine nicht-diskriminierende Besteuerung von Importen vorsehen soll (BBl 1994 IV 1100), ist diese Modifikation unproblematisch. Nach Absatz 2 erhalten die Kantone weiterhin zehn Prozent des Ertrags zur Bekämpfung von Suchtproblemen (Alkohol, Drogen, Medikamente etc.). Dabei können sie nicht nur die Auswirkungen bekämpfen, sondern die Probleme an der Wurzel anpacken, allerdings ohne zusätzliche Besteuerungskompetenz ("Ausschliessliche Besteuerung durch den Bund").

Die Biersteuer wird seit 1935 gestützt auf einen Bundesratsbeschluss über die Getränkesteuer (SR 641.411) erhoben. 1967 wurde in einem allgemeinverbindlichen Bundesbeschluss (SR 632.112.21) festgehalten, dass Bemessungsgrundlage der Bier-Engrospreis sei, und dass die Gesamtbelastung des Bieres gleich wie am 31. Dezember 1958 zu bleiben habe (17,7%). Diese Erlasse wurden durch Artikel 9 ÜB faktisch auf Verfassungsstufe gehoben; sie werden erst durch ein allfälliges Biersteuergesetz abgelöst. Somit kann die detaillierte Bestimmung von Artikel 41ter Absatz 4 Buchstabe b BV gekürzt werden, da sich die Präzisierungen indirekt aus Artikel 9 ÜB (resp. Art. 3 ÜBVE) ergeben. In einem allfälligen Gesetz müsste mit dem hier vorgeschlagenen Verfassungswortlaut der heutige automatische Teuerungsausgleich neu beschlossen werden, da er nicht mehr verfassungsmässig vorgegeben wäre.

Die Mineralölsteuer und der Mineralölsteuerzuschlag (bis heute "Treibstoffzollzuschlag", s. auch "Strassenverkehrsabgaben" im VE) wurden 1993 im Rahmen der Umwandlung von Fiskalzöllen in besondere Verbrauchssteuern in die Verfassung aufgenommen. Ein entsprechender Gesetzesentwurf wurde am 5. April 1995 dem Parlament zugeleitet.

Wohl auch noch 1995 wird eine Botschaft über die Automobilsteuer, die auf dem Import und der inländischen Herstellung von Automobilen und deren Bestandteilen erhoben werden soll, verabschiedet.

## Art. 112 Zölle

Der Zoll ist eine vom Staat aufgrund seiner Gebietshoheit erhobene öffentlichrechtliche Abgabe auf dem grenzüberschreitenden Warenverkehr. Steuerrechtlich handelt es sich um eine Wirtschaftsverkehrssteuer. Mit der Zollerhebung können unterschiedliche politische Ziele verfolgt werden. Dementsprechend lassen sich die Zölle nach ihrer Zweckbestimmung in folgende Kategorien einteilen:

- Finanz- oder Fiskalzölle: Sie dienen dem Staat einzig als Finanzquelle.
- Wirtschaftszölle: Als Schutzzölle bezwecken sie die Protektion der Binnenwirtschaft, als Lenkungsölle üben sie dirigierenden Einfluss auf den Inlandmarkt aus.
- Gemischte Zölle: Sie erfüllen mehrere Funktionen nebeneinander. Häufig kumulieren sich fiskalische und handelspolitische Zielsetzungen. Es sind auch andere Kombinationen möglich. So üben Prohibitiv- oder Sperrzölle, die ausländische Waren derart belasten, dass sie mit den inländischen nicht mehr in Wettbewerb treten können, sowohl handelspolitisch diskriminierende als auch intern protektionistische Wirkungen aus.

Internationale Abkommen (u.a. EFTA, Freihandelsabkommen mit der EG, Zollpräferenzen für Entwicklungsländer, GATT) haben dazu geführt, dass Zölle und andere Grenzabgaben an Bedeutung verloren haben. Zudem gingen die Zölle in der Schweiz nominal zurück, da unser Land den Gewichtszoll und nicht den Wertzoll als Bemessungsgrundlage kennt. Trotzdem - und das ist dem stark gewachsenen Frachtverkehr und den Fiskalabgaben (Treibstoff, Tabak) zu verdanken - nehmen die Einnahmen des Bundes kontinuierlich zu. Allerdings bleibt festzuhalten, dass der Schweizer Zoll 1970 mit 3,4 Mia Franken noch fast die Hälfte der Bundeseinnahmen bestritt und heute mit 8,1 Mia Franken nur noch gut einen Fünftel dazu beisteuert.

Nach dem EWR-Nein der Schweiz wird unser Land in absehbarer Zeit nicht am europäischen Binnenmarkt der EU teilhaben, selbst wenn sich eine bilaterale Annäherung abzeichnen sollte. Deshalb muss der Bund weiterhin eine selbständige Zollpolitik führen, die jedoch durch verschiedenste internationale Übereinkommen beeinflusst ist. Die Zollerhebungsgrundsätze von Artikel 29 BV, die vorwiegend programmatischer Art sind, mussten gewährleisten, dass der Bund mit seiner Zollpolitik bestimmte, vorgegebene Bahnen nicht verlässt. Gleichzeitig räumen sie ihm allerdings ein schwer eingrenzbares Ermessen ein. Letztlich dienen sie als verfassungsrechtlich verankerte Richtlinien für die gesamte, auf die Zollartikel abgestützte politische Tätigkeit, d.h. für die allgemeine Aussenwirtschaftspolitik (Rhinow in Kommentar BV, Art. 29, Rz. 5). Die Erhebungsgrundsätze sind durch Uneinheitlichkeit und Unbestimmtheit geprägt. Zielkonflikte sind unvermeidlich. Die Forderung nach einer geringen Zollbelastung von Grundnahrungsmitteln steht in krassem Gegensatz zur agrarprotektionistischen Politik.

Aus diesen Gründen wird im Rahmen der Verfassungsrevision vorgeschlagen, auf die Aufzählung von speziellen Politiken zu verzichten. Unnötig, weil selbstverständlich, ist auch die Bestimmung, wonach der Ertrag der Zölle in die Bundeskasse fällt (Art. 30 BV).

#### **Art. 113      Ausschliessliche Besteuerung durch den Bund**

*Absatz 1* stellt geltendes Recht dar. Eingang in die Verfassung hat diese Bestimmung über die Stempelsteuer gefunden (Locher in Kommentar BV, Art. 41bis, Rz. 71). Die Kantone und Gemeinden dürfen keine Stempel-, Verrechnungs-, Mehrwert- oder besondere Verbrauchssteuer einführen, wenn der Bund das gleiche Steuerobjekt auch besteuert. Durch die Formulierung "was die Bundesgesetzgebung als Gegenstand der Steuer bezeichnet" ist auch sichergestellt, dass Steuerobjekte, die der Bund grundsätzlich als solche bezeichnet, jedoch in einer speziellen Bestimmung als steuerfrei erklärt, ebenfalls keiner kantonalen oder kommunalen Steuer unterstellt werden dürfen. Kantonale Steuern jedoch, die beispielsweise am Umsatz als Steuerobjekt anknüpfen, diesen jedoch nur als Kriterium zur Festlegung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit heranziehen, bleiben weiterhin zulässig (BGE 96 I 582f.). Neben diesen eher historischen, auf die Migros gezielten kantonalen Steuern, haben sich in der Praxis neuerdings vor allem im Bereich kantonalen Energieabgaben Probleme gestellt. Ab 1995 werden neue Bereiche hinzukommen: Seit Einführung der Mehrwertsteuer sind diverse Dienstleistungen der Mehrwertsteuer unterstellt, die bis anhin nicht

von Artikel 41ter Absatz 2 BV erfasst waren. Der Eintritt zu nicht-kulturellen Ausstellungen (BEA, MUBA, Züspa, OLMA etc.) ist der Mehrwertsteuer unterstellt, womit die bisher oft bestehende kommunale Billetsteuer ausgeschlossen ist. Zulässig bleibt eine solche einzig bei sog. unecht befreiten Umsätzen (Artikel 14 MWSTV). Nachdem jedoch diverse steuerpflichtige Personen erfasst haben, dass sie dank dem Vorsteuerabzug weniger Steuern bezahlen müssten, wenn sie dem 2%-Satz unterstellt wären, als wenn sie in der Ausnahmeliste aufgeführt sind (Sportler, Kino), dürfte sich das kommunale Billetsteuerproblem in Zukunft noch vermehrt stellen. Insofern ist bei einer Verfassungsrevision zu fragen, ob Artikel 113 allenfalls modifiziert werden müsste, zum Beispiel durch einen Vorbehalt zugunsten kantonaler und kommunaler Billetsteuern oder durch Streichung der Mehrwertsteuer in der Aufzählung.

*Absatz 2* ist vor allem geschichtlich verständlich. In der Verfassungsrevision von 1958 wollte man verhindern, dass Kantone auf Frachturkunden Abgaben erheben, die der Bund gleichzeitig abgeschafft hat. Richtigerweise würde man das auf Gesetzesebene regeln (vgl. Locher in Kommentar BV, Art. 7 ÜB, Rz. 6).

#### Art. 114      Finanzausgleich

Artikel 114 enthält eine Kompetenz des Bundes zur Regelung des interkantonalen Finanzausgleichs, der heute vor allem in den Artikeln 41ter Absatz 5 Buchstabe b und 42ter BV, und am Rand auch noch in den Artikeln 32bis Absatz 9 BV und 10 ÜB normiert ist.

Eigenverantwortung können die Kantone nur dann echt wahrnehmen, wenn sie auch über die nötigen eigenen Finanzmittel verfügen. Bei den gegebenen beträchtlichen strukturbedingten Unterschieden in der finanziellen Leistungsfähigkeit der einzelnen Kantone ist deshalb ein effizienter vertikaler und horizontaler Finanzausgleich unabdingbar, ja wird zum eigentlichen Strukturelement, zur "conditio sine qua non" und damit zum Pendant der ausgeprägten Delegation staatlicher Verantwortung an die Kantone. Eine Trennung der Förderungs- und der Ausgleichszielsetzung erweist sich als unumgänglich. In der heutigen Form sind alle finanzausgleichsbezogenen Verfassungsbestimmungen (somit auch Art. 42ter) überholt, da sie jeweils völlig isoliert dastehen, d.h. weder in den Gesamtzusammenhang Staatsaufbau / Finanzausgleich, noch in eine umfassende Finanzausgleichsnorm eingebettet sind.

Das System des Finanzausgleichs wird nach einem Entscheid des Bundesrates vom 22. Juni 1994 zur Zeit umfassend überarbeitet. Zu diesem Zweck wurde eine vom Eidgenössischen Finanzdepartement und von der Konferenz der kantonalen Finanzdirektoren geschaffene Projektorganisation eingesetzt, die Ende 1995 erste Vorschläge abliefern wird. Im heutigen Zeitpunkt ist es deshalb wenig sinnvoll, den geltenden Finanzausgleich als Nachführung in den Entwurf aufzunehmen. Der vorliegende Text ist somit provisorischer Natur und bewusst kurz gehalten, da er nach den Vorschlägen der Projektgruppen zur Neuordnung des Finanzausgleichs überarbeitet werden soll.



## Übergangsrecht zum 3. Kapitel (Finanzordnung)

### Art. 2 Dauer der Steuererhebung

Diese Bestimmung von Artikel 41ter Absatz 1 BV wurde aus verfassungsästhetischen Gründen in die Übergangsbestimmungen transferiert, ohne dass sich damit inhaltlich etwas ändert.

### Art. 3 Biersteuer

Ohne diese Bestimmung könnte die Biersteuer nicht mehr erhoben werden, da nach sechzig Jahren Abgabenerhebung noch kein Biersteuergesetz vorliegt. Sie hebt den Bundesratsbeschluss über die Getränkesteuer vom 4. August 1934 (SR 641.411) und den Bundesbeschluss über die Anpassung der Biersteuer vom 21. Dezember 1967 (SR 632.112.21) faktisch auf Verfassungsstufe.

### Art. 4 Kantonsanteil an der Verrechnungssteuer

Bis zur Neuordnung des Finanzausgleichs muss diese Bestimmung beibehalten werden, da sie direkt Artikel 2 des Verrechnungssteuergesetzes (SR 642.21) modifiziert. Gegebenfalls kann auch das Gesetz geändert werden, das immer noch 12 Prozent Kantonsanteil vorsieht, obschon der Steuersatz heute 35 Prozent beträgt.

## 4. Titel: Volk und Stände

### 1. Kapitel: Stimm- und Wahlrecht

#### Art. 115

Art. 115 VE ist die Grundsatzbestimmung zu den politischen Rechten der Bürgerinnen und Bürger im Bund. Er statuiert die Voraussetzungen des eidgenössischen Stimm- und Wahlrechts und bezeichnet die politischen Rechte, die den Stimmberechtigten im Bund zustehen, im einzelnen.

*Absatz 1* entspricht Art. 74 Abs. 1 und 2 BV. Er ordnet in übersichtlicher Weise das Stimm- und Wahlrecht im Bund; für das Stimm- und Wahlrecht in kantonalen und Gemeindeangelegenheiten ist das kantonale Recht massgebend (vgl. Art. 42 VE [Ausübung des Stimm- und Wahlrechts]). Für das Stimm- und Wahlrecht auf Bundesebene werden vorausgesetzt: Schweizer Bürgerrecht, vollendetes 18. Altersjahr und keine Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche. Der Verfassungsentwurf übernimmt damit die in Art. 2 des Bundesgesetzes über die politischen Rechte (BPR, SR 161.1) statuierten Ausschlussgründe: die politischen Rechte sollen einer Person nur bei ihrer Entmündigung infolge Geisteskrankheit oder Geistesschwäche nach Art. 369 Zivilgesetzbuch (ZGB, SR 210) entzogen werden können. In diesen Fällen ist davon auszugehen, dass das erforderliche Minimum an politischer Urteilsfähigkeit für die Ausübung des Stimm- und Wahlrechts nicht mehr gegeben ist. Bei den übrigen Bevormundungsfällen oder aus anderen Gründen soll der Ausschluss von den politischen Rechten unzulässig sein. Die Bestimmung lehnt sich an die Formulierungen verschiedener Verfassungsentwürfe an (Art. 57 VE 1977, Art. 75 Modellstudie JPD, Art. 72 VE der FDP).

Der zweite Satz von Absatz 1 statuiert das Prinzip des allgemeinen Stimm- und Wahlrechts und erklärt alle Stimmberechtigten als politisch gleichberechtigt.

*Absatz 2* gibt eine inhaltliche Uebersicht über die politischen Rechte im Bund und beruht auf verschiedenen BV-Artikeln: 73, 74, 89 Abs. 2-5, 89bis Abs. 2 und 3, 120, 121, 123.

Die Bestimmung statuiert das Recht der Stimmberechtigten auf Teilnahme an den Nationalratswahlen und an den eigenössischen Abstimmungen sowie das Recht, eidgenössische Volksinitiativen und Referenden zu lancieren und zu unterzeichnen.

Art. 115 Abs. 2 VE orientiert sich an Art. 77 der Modellstudie JPD.

Der Anspruch der Stimmberechtigten auf freie Willensbildung und unverfälschte Stimmabgabe ist in Art. 28 VE (Wahl- und Abstimmungsfreiheit) in allgemeiner Form verankert.

## 2. Kapitel: Initiative und Referendum

### Art. 116 Volksinitiative auf Totalrevision der Bundesverfassung

Als Bestimmung im 4. Titel "Volk und Stände" übernimmt Art. 116 VE diejenigen Bestimmungen von Art. 120 BV, welche die *Volksinitiative* auf Totalrevision der Bundesverfassung regeln. Die Totalrevision als solche wird bei den Revisionsbestimmungen im 6. Titel des VE behandelt.

Art. 116 VE verankert das Initiativrecht des Volkes auf Einleitung einer Totalrevision der Bundesverfassung. Für das Zustandekommen der Initiative werden 100 000 Unterschriften vorausgesetzt. Die Initiative muss in die Form eines allgemeinen Auftrages gekleidet sein. Um die Bedeutung und Tragweite des Verfahrens der Totalrevision hervorzuheben, ist folgende Erschwerung vorgesehen: Nach Zustandekommen der Initiative muss das Volk vorfrageweise darüber abstimmen, ob eine Totalrevision durchzuführen sei. Bei dieser Abstimmung ist einzig das Volksmehr massgebend; das Erfordernis des doppelten Mehrs wird der Endabstimmung vorbehalten. Spricht sich eine Mehrheit der Stimmenden für die Totalrevision aus, so werden die beiden Räte aufgelöst und neu gewählt. Der Grund für diese Neuwahl ist darin zu sehen, dass ein revisionsfreundliches Parlament die Ausarbeitung der neuen Verfassung an die Hand nehmen soll.

Art. 116 VE strafft die Bestimmungen von Art. 120 BV zur Volksinitiative und redigiert sie neu.

### Art. 117 Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung

Art. 117 VE entspricht Art. 121 BV; er bringt diese Bestimmungen in eine gestraffte und zeitgemässe Form. Die Regelung von Art. 121 Abs. 1 BV wird nur insoweit übernommen, als sie die Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung betrifft; das ebenfalls in Art. 121 Abs. 1 BV veran-

kerte Initiativrecht der Bundesversammlung kommt erst bei den Revisionsbestimmungen im 6. Titel des VE zur Sprache.

Art. 117 VE verankert in *Absatz 1* das Initiativrecht des Volkes auf Teilrevision der Bundesverfassung. Wie bei einer Totalrevision werden für das Zustandekommen der Volksinitiative 100 000 Unterschriften vorausgesetzt. Die Initiative ist auf den Erlass, die Aenderung oder die Aufhebung eines einzelnen oder mehrerer sachlich zusammenhängender Artikel gerichtet.

*Absatz 2* statuiert den Grundsatz der Einheit der Form. Danach muss die Initiative auf Partialrevision entweder als allgemeine Anregung - die der Bundesversammlung eine generelle Leitidee vorlegt - oder als ausgearbeiteter Entwurf gestellt werden. Eine Vermischung der beiden Formen ist unzulässig, da je nach formeller Ausgestaltung des Volksbegehrens ein anderes Verfahren zur Anwendung kommt.

*Absatz 3* regelt die Frage der Ungültigerklärung von Volksinitiativen auf Teilrevision der BV. Jede Volksinitiative muss zwei formelle Schranken wahren: die Einheit der Form (s. oben) und die Einheit der Materie (s. Kommentar zu Art. 169 VE [Teilrevision]). Verletzt eine Initiative eine dieser Schranken, ist sie durch die Bundesversammlung ungültig zu erklären (Art. 75 BPR).

Als materielle Schranke des Initiativrechts werden die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts aufgeführt; im Einklang mit der herrschenden Lehre gelten diese nach der neuesten Praxis der Bundesbehörden als inhaltliche Grenze *jeder* Verfassungsrevision (vgl. Botschaft über die Volksinitiative "für eine vernünftige Asylpolitik, BBl 1994 III 1488, und ihre Ungültigerklärung durch den Ständerat in seiner Sitzung vom 16. März 1995; vgl. auch den Kommentar zu Art. 169 VE). Eine Initiative, die gegen eine dieser zwingenden Normen des internationalen Rechts verstösst, ist durch die Bundesversammlung ungültig zu erklären.

*Absatz 4* regelt das Verfahren, in dem die Initiative in Form der allgemeinen Anregung behandelt wird. Lehnen die beiden Räte das Begehren ab, so findet eine Vorabstimmung statt. Stimmt das Volk der Initiative in dieser Vorabstimmung zu, oder ist die Bundesversammlung von Anfang an mit dem Begehren einverstanden, so arbeitet sie eine entsprechende Revisionsvorlage aus, wobei sie in den wesentlichen Punkten, aber nicht in Einzelheiten von untergeordneter Bedeutung, an die Volksanregung gebunden ist. Die Partialrevision in der Form der allgemeinen Anregung muss als gescheitert betrachtet werden, wenn sich die Räte über den von ihnen ausgearbeiteten Verfassungstext nicht einigen können (Art. 19, 20 Abs. 3 Geschäftsverkehrsgesetz [GVG, SR 171.11]).

In *Absatz 5* schliesslich ist der Verfahrensablauf bei der Initiative in der Form des ausgearbeiteten Entwurfs dargestellt. Stimmt die Bundesversammlung dem Volksbegehren zu, so ist dieses Volk und Ständen zur Abstimmung zu unterbreiten. Lehnt die Bundesversammlung die Initiative indessen ab, so kann sie entweder ihre Verwerfung beantragen oder ihr einen Gegenvorschlag gegenüberstellen, der Volk und Ständen gleichzeitig

mit der Initiative vorgelegt wird. Dies könnte allenfalls im Verfassungstext selbst präzisiert werden. Den Text der formulierten Initiative darf sie nicht abändern; dieser ist verbindlich. Der Gegenvorschlag der Bundesversammlung muss denselben Regelungsgegenstand betreffen wie die Volksinitiative (Art. 27 Abs. 3 GVG), er kann aber im Grundsatz und in der Zielrichtung von ihr abweichen.

Das detaillierte Verfahren bei Abstimmungen über Volksinitiative und Gegenvorschlag (Möglichkeit des "doppelten Ja"), wie es Art. 121bis BV enthält, soll neu auf Gesetzesstufe - im Bundesgesetz über die politischen Rechte (BPR, SR 161.1) - geregelt werden. Eine Uebergangsbestimmung soll festhalten, dass die Stimmberechtigten bei einer Abstimmung über Initiative und Gegenvorschlag beiden Vorlagen zustimmen und im Fall der Annahme beider darüber entscheiden können, welche sie bevorzugen. Dadurch soll das klare und unverfälschte Ergebnis der Abstimmungen sichergestellt werden.

#### **Art. 118**      **Obligatorisches Referendum**

Art. 118 ist eine organisatorische Vorschrift, welche für bestimmte Beschlüsse der Bundesversammlung das obligatorische Referendum von Volk und Ständen sowie das obligatorische Referendum des Volkes vorsieht.

*Absatz 1* regelt die Fälle des doppelten Mehrs:

Nach Buchstabe a gilt das obligatorische Referendum von Volk und Ständen wie bisher für alle Änderungen der BV (vgl. Art. 123 Abs. 1 BV).

Ferner unterliegen nach Buchstabe b der Beitritt zu einer Organisation für kollektive Sicherheit (z.B. UNO) oder zu supranationalen Gemeinschaften (z.B. EU) dem obligatorischen Referendum von Volk und Ständen. Diese Vorschrift entspricht Art. 89 Abs. 5 BV. Sie schliesst nach bisheriger Praxis nicht aus, dass im Einzelfall auch andere Staatsverträge von ausserordentlicher Bedeutung dem obligatorischen Referendum (von Volk und Ständen) unterstellt werden (z.B. EWR-Beitritt, vgl. hiezu BBl 1992 IV 537 ff.)

Weiter bedürfen nach Buchstabe c auch die Änderungen im Bestand und im Gebiet der Kantone der Zustimmung von Volk und Ständen (vgl. dazu den Kommentar zu Art. 39 VE [Änderungen im Bestand und im Gebiet der Kantone]).

Schliesslich unterliegen nach Buchstabe d alle dringlich erklärten allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse, für welche keine Verfassungsgrundlage besteht, dem obligatorischen Referendum von Volk und Ständen innerhalb eines Jahres nach ihrer Annahme durch die Bundesversammlung. Diese Vorschrift entspricht Art. 89bis Abs. 3 BV (vgl. hiezu die Erläuterungen zum Dringlichkeitsrecht [Art. 142 VE]).

*Absatz 2* zählt die drei Fälle eines obligatorischen Referendums mit blossem Volksmehr, ohne Ständemehr, auf:



Nach Buchstabe a soll das Volk bei Initiativen auf Totalrevision der Bundesverfassung in einer Vorabstimmung darüber entscheiden, ob eine solche durchzuführen sei (vgl. Art. 116 VE). Diese Vorschrift entspricht Art. 120 Abs. 1 BV.

Nach Buchstabe b kommt es ebenfalls zu einer obligatorischen Vorabstimmung des Volkes, wenn die beiden Räte eine Initiative, die in der Form der allgemeinen Anregung eingereicht worden ist, ablehnen (vgl. Art. 117 Abs. 4 VE). Diese Bestimmung gibt Art. 121 Abs. 5 BV wieder.

Der letzte Fall eines obligatorischen Referendums mit blossem Volksmehr ist in Buchstabe c aufgeführt: Sind sich die beiden Räte uneinig, ob eine Totalrevision durchzuführen sei, so muss diese Frage in einer Vorabstimmung, bei der einzig das Volksmehr zählt, geklärt werden (vgl. Art. 168 Abs. 2 VE). Diese Bestimmung entspricht Art. 120 Abs. 1 BV.

### Art. 119 Fakultatives Referendum

Art. 119 sieht für bestimmte Beschlüsse der Bundesversammlung das fakultative Referendum vor. Es kann von 50 000 Stimmberechtigten oder acht Kantonen verlangt werden. Nach Art. 59 des Bundesgesetzes über die politischen Rechte besteht hiefür eine Frist von 90 Tagen. Art. 119 VE entspricht Art. 89 Abs. 2-4 und Art. 89bis Abs. 2 BV.

*Abs. 1 Bst. a und b* unterstellen "Bundesgesetze" (BG) und "allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse" (AVB) dem fakultativen Referendum. Was unter BG bzw. AVB zu verstehen ist, sagt die geltende Verfassung nicht. Laut Art. 5 f. des Geschäftsverkehrsgesetzes (GVG, SR 171.11) dürfen BG und AVB nur rechtsetzende Bestimmungen enthalten, wobei das BG für unbefristete rechtsetzende Erlasse, der AVB für befristete rechtsetzende Erlasse vorgesehen wird. Als "rechtsetzend" bezeichnet das GVG "generelle und abstrakte Normen, welche natürlichen oder juristischen Personen Pflichten auferlegen oder Rechte einräumen oder die Organisation, die Zuständigkeit oder die Aufgaben der Behörden oder das Verfahren regeln". Reine Verwaltungsakte dürfen somit nicht in BG oder in AVB gekleidet werden, weshalb sie auch nicht dem Referendum unterstellt werden können. Nach Doktrin und Praxis ist es jedoch zulässig, Verwaltungsakte in BG oder in AVB vorzusehen, wenn sie in unmittelbarem Zusammenhang mit generell-abstrakten Normen stehen (z.B. gesetzliche Konzessionierung einer bestimmten Gesellschaft).

Wie bisher würden gestützt auf Art. 119 dem Referendum nur ganze Vorlagen unterstehen. Es wäre unzulässig, einzelne Teile einer Vorlage oder einzelne Bestimmungen gesondert zur Abstimmung zu bringen. Die Bundesversammlung kann aber dasselbe Gesetz bzw. denselben AVB in verschiedenen Vorlagen ändern und so differenzierte Referenden ermöglichen.

Nach *Abs. 1 Bst. c* unterliegen alle dringlich erklärten verfassungskonformen allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse, deren Geltungsdauer auf mehr als ein Jahr angelegt ist, dem fakultativen Referendum (vgl. Art. 142 VE [Gesetzgebung bei Dringlichkeit]).

*Abs. 1 Bst. d* unterstellt bestimmte Staatsverträge dem fakultativen Referendum. Die beiden ersten Kategorien (fak. Referendum für unbefristete und unkündbare Verträge sowie Beitritt zu einer internationalen Organisation) bieten in der Praxis keine grossen Probleme (vgl. VPB 1978 (42/II) Nr 38 S. 188 und 1980 (44/I) Nr. 1 S. 25, vgl. auch BBl 1987 III 190 f.). Für Einzelheiten vgl. Schindler in Komm. BV Art. 89 Abs. 3 Rz 3 ff.

Hingegen kann die dritte Kategorie (fak. Referendum für Staatsverträge, die eine multilaterale Rechtsvereinheitlichung herbeiführen) in Grenzfällen gewisse Auslegungsschwierigkeiten bieten. Die Praxis hat jedoch eine einigermaßen kohärente Linie gefunden (vgl. z.B. BBl 1990 III 948 und 1988 II 912, mit weiteren Hinweisen). Eine multilaterale Rechtsvereinheitlichung liegt vor, wenn ein Staatsvertrag multilaterales (weitgehend direkt anwendbares) Einheitsrecht schafft, das Landesrecht unmittelbar ersetzt oder zumindest ergänzt und grundsätzlich einen gewissen Mindestumfang erreicht, der auch nach landesrechtlichen Massstäben die Schaffung eines separaten Gesetzes als sinnvoll erscheinen liesse; in Einzelfällen (vgl. z.B. BBl 1990 III 948) wird eine multilaterale Rechtsvereinheitlichung auch angenommen, wenn nur wenige internationale Normen in Frage stehen, diese aber von grundlegender Bedeutung sind.

Änderungen von Staatsverträgen, die wegen Beitritts zu einer internationalen Organisation bzw. wegen multilateraler Rechtsvereinheitlichung dem Referendum unterstellt worden sind, sind wiederum dem Referendum zu unterstellen, wenn sie Fragen von grundlegender Bedeutung betreffen (vgl. BBl 1992 II 1198 sowie BBl 1986 III 816 f.).

*Abs. 2* sieht die Möglichkeit eines ausserordentlichen fakultativen Referendums vor, indem die Bundesversammlung ermächtigt wird, irgendwelche "weitere" Staatsverträge, die sie genehmigen muss, im Einzelfall dem fakultativen Referendum zu unterstellen.

## Art. 120      Erforderliche Mehrheiten

Art. 120 VE regelt die Feststellung der eidgenössischen Abstimmungsergebnisse. Er schliesst an die Bestimmungen über das obligatorische und fakultative Referendum an und ergänzt diese.

Art. 120 VE beruht auf Art. 123 BV, der das Erfordernis des Volks- und Ständemehrs bei Abstimmungen über Verfassungsänderungen statuiert und konkretisiert. Er führt den Normgehalt von Art. 123 BV insofern weiter, als er sämtliche Fälle von Abstimmungen mit doppeltem Mehr, wie sie das geltende Verfassungsrecht vorsieht, erfasst. Welche Vorlagen der Zustimmung von Volk und Ständen bedürfen, wird in der Bestimmung über das obligatorische Referendum (Art. 118 Abs. 1 VE) dargelegt.

Weiter hält Art. 120 VE fest, wie das Ergebnis bei Abstimmungen mit einfachem Volksmehr zustandekommt. Unter diese Vorschrift fallen die durch ein fakultatives Referendum nach Art. 119 VE ausgelösten Volksabstimmungen sowie die drei folgenden, in Art. 118 Abs. 2 VE aufgeführten Fälle: Volksabstimmungen aufgrund einer Volksinitiative auf Totalrevision

der BV, Volksabstimmungen aufgrund von Volksinitiativen auf Teilrevision der BV in der Form der allgemeinen Anregung, die von der Bundesversammlung abgelehnt worden sind, sowie Volksabstimmungen ausgelöst durch die Uneinigkeit der beiden Abteilungen der Bundesversammlung über die Durchführung einer Totalrevision der BV.

Volks- und Ständemehr werden wie folgt berechnet: Das Volksmehr ist erreicht, wenn die absolute Mehrheit der stimmenden Bürgerinnen und Bürger die Vorlage befürwortet. Beim Ständemehr muss die absolute Mehrheit der Stände, d.h. zwölf Kantone, der Vorlage zustimmen, wobei für die Ermittlung der Ständesstimmen das Ergebnis der Volksabstimmung in jedem Kanton massgebend ist. Die 20 Vollkantone haben je eine ganze, die sechs Halbkantone je eine halbe Stimme. Bei einer Pattsituation, d.h. einer Stimmengleichheit der annehmenden und ablehnenden Kantone (11 ½ : 11 ½ Ständesstimmen), gilt die Vorlage als verworfen.

Art. 120 VE entspricht den Formulierungen von Art. 63 VE 1977 und Art. 81 Modellstudie JPD.

## 5. Titel: Die Bundesbehörden

### 1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen

#### Art. 121 Wählbarkeit

Art. 121 VE entspricht Art. 75, Art. 96 Abs. 1 - insoweit er die Wählbarkeit in den Bundesrat betrifft - und Art. 108 Abs. 1 BV. Er fasst diese drei Verfassungsbestimmungen in einem Artikel zusammen und bringt sie in eine zeitgemässe Form.

Die Bestimmung regelt die Wählbarkeitsvoraussetzungen für die Bundesversammlung, den Bundesrat und das Bundesgericht. Art. 121 VE setzt die Wählbarkeit in diese drei Bundesbehörden mit der Stimmberechtigung gleich und verankert somit den Grundsatz des allgemeinen passiven Wahlrechts. Zusätzlich statuiert Art. 121 VE - entsprechend dem geltenden Recht - eine Unvereinbarkeitsklausel mit der Zugehörigkeit zum "weltlichen Stand".

In Sinne einer Neuerung soll der Passus "weltlicher Stand" gestrichen werden. Es handelt sich dabei um ein heute sinnentleertes Relikt aus dem letzten Jahrhundert. Gründe für diesen Ausschluss von Personen "geistlichen Standes" vom allgemeinen passiven Wahlrecht liegen keine vor. Diese Variante entspricht der parlamentarischen Initiative zur Parlamentsreform der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats (BBl 1995 I 1142).

#### Art. 122 Unvereinbarkeit

Art. 122 entspricht den Art. 77, 81, 97 und 108 BV.

Er enthält Unvereinbarkeitsregeln für alle Bundesbehörden. Die Vorschrift über die Unvereinbarkeit bezweckt die Durchsetzung des Grundsatzes der personellen Gewaltenteilung. Absatz 1 bestimmt, dass die Mitglieder des

im VE nicht  
unmöglich

Nationalrates, des Ständerates und des Bundesrates sowie die Richterinnen und Richter des Bundesgerichts nicht gleichzeitig einer anderen dieser Behörden angehören können. Absatz 2 bezweckt, Kollisionen zwischen den Interessen des Bundesrates resp. des Bundesgerichts und den Interessen aus anderen beruflichen Tätigkeiten zu verhindern und dadurch die Unabhängigkeit dieser beiden Behörden zu wahren. Absatz 3 erwähnt als weiteren Fall von Unvereinbarkeit, dass Bedienstete des Bundes nicht Mitglieder des Nationalrates sein können. Sie dürfen aber auch nicht gleichzeitig Richterinnen oder Richter des Bundesgerichts sein. Mit dem Begriff "Bedienstete des Bundes" soll der zu enge Begriff "Beamte" vermieden werden, denn nach heutigem Verfassungsverständnis und nach Art. 18 BPR gehören auch die Angestellten des Bundes, höhere Offiziere und Korpskommandanten, welche zur Armeeführung gemäss Art. 185 Abs. 2 des Militärorganisationsgesetzes gehören, vollamtlich angestellte Professoren der Eidgenössischen Technischen Hochschulen und Posthalter zum Kreis der Beamten. Nach Absatz 4 kann das Gesetz weitere Unvereinbarkeiten vorsehen (vgl. z.B. Art. 31 und 32 VwVG). Die Sanktion der Unvereinbarkeitsbestimmung liegt darin, dass die betroffene Person sich für eines der Ämter resp. für die Erwerbstätigkeit entscheiden und damit den Unvereinbarkeitsgrund beseitigen muss.

Sowohl Art. 71 VE 1977 als auch Art. 89 der Modell-Studie 1985 enthalten einen einzigen Artikel über die Unvereinbarkeit für sämtliche Bundesbehörden. Beide Entwürfe entsprechen ungefähr Art. 122 Abs. 1 und 4 VE.

[Keine Probleme des Übergangs von der BV zum VE.]

Im Sinne einer Neuerung zu Abs. 3 könnte die bestehende Asymmetrie der Unvereinbarkeitsregeln für Mitglieder des Nationalrates und des Ständerates hinsichtlich der Zugehörigkeit zum Bundespersonal folgendermassen beseitigt werden: *"Die Mitglieder des Nationalrates und des Ständerates dürfen nicht dem Bundespersonal angehören."* Diese Neuerung trüge zudem auch der parlamentarischen Initiative zur Parlamentsreform der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates Rechnung, mit der vorgeschlagen wird, die Unvereinbarkeitsregeln für Nationalrat und Ständerat zu vereinheitlichen (BBl 1995 I 1133, 1143 ff.).

Durch die Streichung der Abs. 2 und 3 und Delegation auf Gesetzesstufe (vgl. Abs. 4) könnte eine Vereinfachung vorgenommen werden. Die Konkretisierung des Abs. 2 hat bereits heute auf Gesetzesstufe sowohl für Bundesratsmitglieder (Art. 31 VwOG) als auch für Bundesrichterinnen und Bundesrichter (Art. 3 OG) stattgefunden. Für Abs. 3 würde ebenfalls eine Regelung auf Gesetzesstufe genügen.

#### Art. 123 Amtsdauer

Art. 123 entspricht Teilen der Art. 76, 96, 105 und 107 BV.

Er legt die Amtsdauer für die Mitglieder des Nationalrates und des Bundesrates sowie für die Bundeskanzlerin oder den Bundeskanzler auf 4 Jahre



fest. Der zweite Satz regelt die Amtsdauer für Richterinnen und Richter des Bundesgerichts. Art. 107 Abs. 2 der geltenden BV verweist hinsichtlich der Amtsdauer der Mitglieder des Bundesgerichts auf das Gesetz. Nach Art. 5 OG beträgt die Amtsdauer für die Richterinnen und Richter des Bundesgerichts sechs Jahre. Aus Symmetriegründen verdient auch die Amtsdauer der Mitglieder des Bundesgerichts eine ausdrückliche Erwähnung in der Verfassung selbst, wie es für die Mitglieder des Nationalrates und des Bundesrates und die Bundeskanzlerin oder den Bundeskanzler der Fall ist. Deshalb wurde ein entsprechender Satz in den Verfassungsentwurf aufgenommen.

Sowohl Art. 72 VE 1977 als auch Art. 90 der Modell-Studie 1985 fassen die Amtsdauer für alle diese Bundesbehörden (Nationalrat, Bundesrat, Bundeskanzlerin oder Bundeskanzler, Richterinnen und Richter des Bundesgerichts) in einem einzigen Artikel zusammen.

#### **Art. 124 Amtssprachen**

Artikel 124 VE entspricht Artikel 116 Absatz 2 der Bundesverfassung.

Die Sprache gehört zu den bedeutendsten Wesensmerkmalen des Menschen sowie einer jeden Nation. Verändert sich das Sprachverhalten einer Nation, ändert sich damit auch zwangsläufig die Nation als politische Gemeinschaft. Verarmt die Sprachkultur, wird auch die Gemeinschaft brüchig. Besonders für unseren Bundesstaat, der von der Vitalität der kulturellen und damit auch sprachlichen Vielfalt lebt, bedeutet Sprachpolitik ein wichtiges Stück Staatspolitik (BBI 1991 II 326). Ein Sprachenartikel ist deshalb aus verfassungsrechtlicher Sicht nach wie vor von zentraler Bedeutung.

Während Artikel 5 VE die Landessprachen der Schweiz aufzählt, gewährleistet Artikel 124 VE wie bisher Artikel 116 Absatz 2 BV die Gleichwertigkeit im vollen Sinne und ohne Abstufungen des Deutschen, Französischen und Italienischen als die drei Amtssprachen des Bundes.

Positiv bestimmt die Verfassungsbestimmung, dass sich die Bürgerinnen und Bürger in einer der Amtssprachen an die Behörden wenden können, und es steht ihnen das Recht zu, eine Antwort in der von ihnen verwendeten Sprache zu erhalten; negativ, dass sie dies nur in einer dieser Sprachen tun können. Die Bestimmung schützt ebenfalls den Gebrauch der Muttersprache, sofern es sich dabei um eine Amtssprache handelt (vgl. BGE 106 Ia 302 ff.).

Neu soll der in einigen Gesetzen teilweise enthaltene Grundsatz festgehalten werden, dass das Rätoromanische im Verkehr mit Personen rätoromanischer Sprache ebenfalls den Status einer Amtssprache hat. Im schriftlichen Verkehr mit der Bundesverwaltung soll dieser Grundsatz uneingeschränkt gelten (vgl. BBI 1991 II 338 f.).

Artikel 124 entspricht dem Antrag des Bundesrates für Absatz 5 des revidierten Artikels 116 BV (BBI 1991 II 346).

**Art. 125**      **Verantwortlichkeit**

Artikel 125 VE entspricht Artikel 117 der Bundesverfassung.

Artikel 117 BV enthält den Grundsatz, dass die Beamten des Bundes für ihre Geschäftsführung verantwortlich sind und dass das Gesetz diese Verantwortlichkeit näher bestimmt. Die Bestimmung ist umfassend zu verstehen und beschränkt sich nicht nur auf die Haftungsfrage. Das Verantwortlichkeitsgesetz sieht deshalb nicht nur eine vermögensrechtliche Verantwortlichkeit mit Schadenshaftung vor, sondern auch eine strafrechtliche sowie eine disziplinarische Verantwortlichkeit (vgl. Art. 3 ff., 13 ff. und 17 f. VG i.V.m. mit Art. 30 ff. BtG).

Artikel 125 VE hält demgegenüber fest, dass der Bund für den Schaden haftet, den seine Organe bei der Ausübung amtlicher Tätigkeit widerrechtlich verursachen. Der Grundsatz geht wie bisher von der ausschliesslichen Staatshaftung aus. Es besteht keine direkte Verantwortlichkeit des Bundespersonals gegenüber geschädigten Personen. Die Haftung des Bundes setzt voraus, dass die schädigende Handlung in amtlicher Tätigkeit vorgenommen wurde; private Tätigkeiten von Bundesangestellten haben keine Bundeshaftung zur Folge. Die Widerrechtlichkeit beschränkt sich nicht nur auf das Bundesrecht, sondern schliesst auch das internationale Recht ein. Die strafrechtliche und die disziplinarische Verantwortlichkeit werden durch Artikel 125 nicht abgedeckt. Diese sind auf Gesetzesstufe (Strafgesetzbuch, Beamtengesetz) bereits genügend verankert.

Uebergangsrechtlich werden sich keine Probleme stellen.

Artikel 125 VE orientiert sich einerseits an Artikel 6 Absatz 1 des Verfassungsentwurfs 1977 bzw. Artikel 5 Absatz 1 der Modell-Studie, andererseits an Artikel 71 Absatz 1 der Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993.

Im Sinne einer Neuerung könnte ein *zusätzlicher Absatz 2* aufgenommen werden: Danach soll in gesetzlich vorgesehenen Fällen die Haftung auf Schäden ausgedehnt werden können, die durch rechtmässiges Handeln verursacht werden. Der vom Staat zu leistende Schadenersatz aus rechtmässigem Handeln muss mit der Voraussetzung verknüpft werden, dass die einzelne Person davon schwer betroffen ist und es ihr nicht zugemutet werden kann, den Schaden selbst zu tragen (vgl. auch Art. 6 Abs. 2 des Verfassungsentwurfs 1977 bzw. Art. 5 Abs. 2 der Modell-Studie).

**2. Kapitel: Bundesversammlung****1. Abschnitt: Organisation****Art. 126**      **Stellung**

Art. 126 entspricht Art. 71 BV.

Er regelt die verfassungsrechtliche Grundlage der Bundesversammlung und umreisst damit implizit die Staatsorganisation des schweizerischen Bundesstaates, die auf dem Grundsatz der Gewaltenteilung beruht. Absatz 1 umschreibt die Bundesversammlung als oberste Behörde des Bundes und er-

teilt ihr dadurch eine Vorrangstellung gegenüber den beiden anderen Gewalten Bundesrat und Bundesgericht. Der erhöhte Stellenwert der Bundesversammlung erklärt sich aus der direktdemokratischen Legitimation ihrer Mitglieder. Vorbehalten bleiben die Rechte des Volkes und der Kantone. Absatz 2 regelt die Zusammensetzung der Bundesversammlung und begründet das politische Zweikammersystem. National- und Ständerat sind gleichberechtigt.

Art. 126 übernimmt die Bestimmung über die Vorrangstellung der Bundesversammlung aus Art. 71 BV und lehnt sich auch hinsichtlich des Absatzes 2 an Art. 71 BV an.

#### **Art. 127 Zusammensetzung und Wahl des Nationalrates**

Art. 127 entspricht Art. 72 und Art. 73 BV.

Er regelt die Zusammensetzung des Nationalrates. Die Vollkommenheit des schweizerischen Zweikammersystems zeichnet sich dadurch aus, dass die beiden Räte auf verschiedene Art gebildet werden: Die 200 Nationalrätinnen und Nationalräte werden durch das schweizerische Volk gewählt und repräsentieren die Gesamtbevölkerung (Absatz 2), währenddem der Ständerat aus Abgeordneten der Kantone besteht. Im Nationalrat findet jeweils eine Gesamterneuerung statt. Absätze 3 und 4 regeln die Verteilung der Nationalratssitze auf die Kantone, die je einen Wahlkreis bilden. Die Sitze werden proportional zur Wohnbevölkerung der Kantone verteilt, wobei jeder Kanton Anspruch auf mindestens einen Sitz hat.

Art. 127 fasst Art. 72 und 73 BV zusammen.

Art. 79 BV (Entschädigung der Mitglieder des Nationalrates) ist im Entschädigungsgesetz genügend verankert.

#### **Art. 128 Zusammensetzung und Wahl des Ständerates**

Art. 128 entspricht Art. 80 BV.

Er regelt die Zusammensetzung des Ständerates, der aus 46 Abgeordneten der Kantone besteht. Jeder Kanton wählt je zwei Ständeratsmitglieder, sechs Kantone (die sogenannten Halbkantone Obwalden, Nidwalden, Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Appenzell-Ausserrhoden und Appenzell-Innerrhoden) jedoch nur je ein Ständeratsmitglied (modifizierter Grundsatz der Gleichheit der Kantone). Nach Absatz 3 wird das Verfahren für die Wahl in den Ständerat vom Kanton bestimmt.

Art. 83 BV (Entschädigung der Mitglieder des Ständerates) ist nicht verfassungswürdig und sollte aus symmetrischen Gründen - wie die Entschädigung der Nationalratsmitglieder - auf Gesetzesstufe geregelt werden. Mit der gleichen Regelung der Entschädigung der Nationalrats- und der Ständeratsmitglieder auf Gesetzesstufe könnte auch das Anliegen der SPK verwirklicht werden (Entschädigung auch der Mitglieder des Ständerates durch den Bund, vgl. parlamentarische Initiative der SPK-N, BBl 1995 I 1133, 1153 f.).

**Art. 129 Sessionen**

Art. 129 VE nimmt die Regelung von Art. 86 BV auf.

Art. 86 Abs. 1 BV verlangt regelmässige Tagungen der beiden Räte der Bundesversammlung. Das Parlament soll demnach tatsächlich zusammentreten, seine Einberufung nicht allein von politischen Konstellationen abhängen. Unter der Wendung von Absatz 1 ("Die beiden Räte versammeln sich jährlich einmal zur ordentlichen Sitzung an einem durch das Reglement festzusetzenden Tage.") versteht die Praxis die Versammlung von National- und Ständerat zu ordentlichen Sessionen. Diese werden regelmässig, vier Mal pro Jahr abgehalten. Ausserordentliche Sessionen finden gemäss Absatz 2 statt, wenn es der Bundesrat, ein Viertel der Mitglieder des Nationalrates oder fünf Kantone verlangen. In Notsituationen obliegt die Einberufung der Bundesversammlung dem Präsidenten des National- oder des Ständerates (Art. 13 und 13a Garantiegesetz, SR 170.21).

Die Praxis hat überdies den Typus der Sondersession geschaffen, um Pendenzen abzubauen. Eine entsprechende Regelung wurde im Geschäftsverkehrsgesetz verankert (SR 173.11, Art. 1 Abs. 2bis). Nach Art. 86 BV sind zwar die Sessionen beider Räte grundsätzlich gleichzeitig abzuhalten. Wegen des höheren Zeitbedarfs des Nationalrates für seine Plenarberatungen erachtet jedoch die Parlamentspraxis getrennte Sondersessionen als zulässig. Art. 86 BV fordere lediglich, dass die ausserordentlichen sowie jährlich eine ordentliche Session gemeinsam durchgeführt würden. Nicht verlangt werde eine formelle Identität der Verfahren beider Räte, so dass weitere Sessionen eines oder beider Räte nicht ausgeschlossen seien.

Art. 129 Abs. 1 VE entspricht sinngemäss der parlamentarischen Initiative zur Parlamentsreform der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates zu Art. 86 BV (BBI 1995 I 1133, 1160 f.). Im Unterschied zur parlamentarischen Initiative verzichtet Absatz 1 darauf, sämtliche Sessionstypen in der Verfassung festzuschreiben. Angesichts der bestehenden gesetzlichen Regelungen genügt, in der Verfassung die Pflicht der Räte zu regelmässigen Sessionen zu verankern und die Regelung der Einberufung an den Gesetzgeber zu delegieren. Absatz 2 entspricht Art. 86 Abs. 2 BV. Danach können ein Viertel des Nationalrates, fünf Kantone oder der Bundesrat die ausserordentliche Einberufung der Bundesversammlung verlangen.

Im Sinne einer Neuerung könnte Absatz 2 dahingehend geändert werden, dass anstelle der Kantone ein Viertel des Ständerates die ausserordentliche Einberufung der Bundesversammlung verlangen kann. Dies entspricht der parlamentarischen Initiative der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates zu Art. 86 Abs. 2 BV (BBI 1995 I 1133, 1161) und gründet auf der Tatsache, dass die Kantone - im Gegensatz zu National- und Bundesrat - noch nie von ihrem Recht Gebrauch gemacht haben. Der Ständerat würde damit dem Nationalrat gleichgestellt.

Übergangsrechtlich stellt sich die Frage der Entschädigung der Parlamentarier. Die Entschädigung der Nationalräte und teilweise der Ständeräte (Art. 79 und 83 BV) ist bereits heute im Entschädigungsgesetz (SR



171.21) geregelt. Auf die Aufnahme entsprechender Bestimmungen in die Verfassung kann verzichtet werden. Der Vorschlag der parlamentarischen Initiative der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates zu Art. 83 BV (BBl 1995 I 1133, 1153 f.), die Ständeräte allein durch den Bund zu entschädigen, kann auf Gesetzesstufe realisiert werden.

## Art. 130      Vorsitz

Art. 130 entspricht Art. 78 und Art. 82 BV.

Er regelt das Präsidium und das Vizepräsidium im Nationalrat und im Ständerat. Nach Absatz 1 wählt jeder Rat aus der Mitte seiner Mitglieder die Präsidentin oder den Präsidenten sowie die Vizepräsidentin oder den Vizepräsidenten. Die Amtsdauer beträgt ein Jahr. Eine darauffolgende Wiederwahl ist ausgeschlossen. Die Präsidentin oder der Präsident ist auch nicht zur Vizepräsidentin oder zum Vizepräsidenten wählbar. Nach Absatz 2 dürfen weder die Ständeratspräsidentin oder der Ständeratspräsident noch die Vizepräsidentin oder der Vizepräsident des Ständerats in zwei aufeinanderfolgenden Amtsjahren aus demselben Kanton stammen wie die vorherige Ratspräsidentin oder der vorherige Ratspräsident. Ratsmitglieder aus dem gleichen Kanton dürfen auch nicht in zwei aufeinanderfolgenden Jahren Vizepräsidentin oder Vizepräsident werden (Kantonsklausel).

Art. 130 fasst Art. 78 (Nationalratspräsidium) und Art. 82 (Ständeratspräsidium) zusammen.

Übergang von der BV zum VE: Art. 78 Abs. 3 und 83 Abs. 4 BV (Wahl- und Stimmrecht der Präsidentin oder des Präsidenten) sind auf Gesetzesstufe zu regeln (GVG), sofern die heutigen Normierungen in den Geschäftsreglementen (GRN und GRŞ) als ungenügend erachtet werden.

Im Sinne einer Neuerung könnte Abs. 1 folgendermassen formuliert werden:

*"Jeder Rat wählt aus der Mitte seiner Mitglieder die Präsidentin oder den Präsidenten sowie die erste Vizepräsidentin oder den ersten Vizepräsidenten und die zweite Vizepräsidentin oder den zweiten Vizepräsidenten für die Amtsdauer von einem Jahr. Eine darauffolgende Wiederwahl ist ausgeschlossen."*

Dieser Vorschlag einer zweiten Vizepräsidentin oder eines zweiten Vizepräsidenten entspricht der parlamentarischen Initiative zur Parlamentsreform der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates (BBl 1995 I 1133, 1152). Bezweckt wird eine Stärkung des Ratspräsidiums.

Ebenfalls eine Stärkung des Ratspräsidiums wird durch folgenden Vorschlag zu Abs. 1 bezweckt:

*"Jeder Rat wählt aus der Mitte seiner Mitglieder die Präsidentin oder den Präsidenten für die Amtsdauer von zwei Jahren. Eine darauffolgende Wiederwahl ist ausgeschlossen."*

Dieser Vorschlag einer Verlängerung der präsidentialen Amtsdauer auf zwei Jahre entspricht dem Minderheitsantrag zur parlamentarischen Initiative zur

Parlamentsreform der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates (BBI 1995 I 1133, 1152 f.).

#### Art. 131 Kommissionen

Die Bundesverfassung schweigt sich über die parlamentarischen Kommissionen aus. Ihre Stellung und Aufgaben sind nicht in der Verfassung, sondern im Geschäftsverkehrsgesetz sowie in den Geschäftsreglementen geregelt.

Die Kommissionen üben aber einen grossen Einfluss auf den parlamentarischen Entscheidungsprozess aus. Die konstante Behandlung verwandter Sachgeschäfte durch dieselbe Kommission fördert die Sachkunde der Kommissionsmitglieder und die Kontinuität der politischen Willensbildung. Ständige Kommissionen sind eine wesentliche Voraussetzung, damit die dem Parlament verfassungsmässig zustehende Stellung gegenüber Bundesrat und Verwaltung gestärkt wird und damit das Parlament die massiv gestiegenen Anforderungen besser erfüllen kann (vgl. BBI 1982 I 1144; BBI 1991 III 637). Es ist deshalb berechtigt, die Kommissionen in der Verfassung zu verankern.

Die Kommissionen beraten die ihnen zugewiesenen Geschäfte aus ihrem Sachbereich vor, verfolgen die gesellschaftlichen und politischen Entwicklungen, arbeiten Anregungen und Vorschläge zur Problemlösung aus, berichten dem Rat darüber und stellen Antrag. Sie können zu Gegenständen ihres Aufgabenkreises parlamentarische Initiativen und Vorstösse einreichen sowie Bericht erstatten. Die Kommissionen sind befugt, Mitglieder des Bundesrates zur Erteilung von Aufschlüssen in ihre Sitzung einzuladen, vom Bundesrat Berichte zu verlangen und Sachverständige beizuziehen. Jede Kommission kann für dauernde Aufgaben oder zur Vorprüfung einzelner Geschäfte in ihrem Sachbereich Subkommissionen einsetzen. Die Kommissionen beider Räte koordinieren ihre Arbeit (vgl. Art. 8quinquies und Art. 47 f. GVG i.V.m. Art. 15 ff. GRN / Art. 10 ff. GRS).

Heute bestehen in jedem Rat zwölf ständige Kommissionen (Art. 15 GRN / Art. 10 GRS). Nichtständige Kommissionen sollen nur noch ausnahmsweise gebildet werden (BBI 1991 III 637; 1991 IV 377 f.; vgl. auch Art. 15a GRN / Art. 11 GRS).

Die Formulierung von Absatz 1 entspricht weitgehend derjenigen von Artikel 87 Absatz 1 des Verfassungsentwurfs 1977 bzw. Artikel 103 Absatz 1 der Modell-Studie. Absatz 2 orientiert sich an Artikel 103 Absatz 2 der Modell-Studie.

Uebergangsrechtlich werden sich keine Probleme stellen.

Im Sinne einer Neuerung könnte ein zusätzlicher Absatz 3 vorgesehen werden. Danach soll in gesetzlich vorgesehenen Fällen die Erledigung von Geschäften nicht rechtsetzender Natur den Kommissionen übertragen werden können. Dies entspricht der parlamentarischen Initiative zur Parlamentsreform der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates zu Art. 85bis Abs. 3 (neu) BV (BBI 1995 I 1133, 1157 ff.). Durch eine Delegation von

Kompetenzen an Kommissionen sollen die Plenardebatten entlastet und eine Effizienzsteigerung der Parlamentstätigkeit erreicht werden.

### Art. 132 Fraktionen

Die Stellung der Fraktionen mit ihren Rechten und Pflichten wird nicht in der Bundesverfassung, sondern im Geschäftsverkehrsgesetz und im Geschäftsreglement des Nationalrates geregelt. Das Geschäftsreglement des Ständerates erwähnt die Fraktionen nicht.

Die Fraktionen haben für die politische Meinungsbildung in unserer Demokratie und in unserem parlamentarischen System einen hohen Stellenwert. Die Demokratie braucht Parteien und damit Parlamentsfraktionen. Sie sind mit dem Nationalratsproporz (Art. 73 BV) vorgegeben (Sten Bull N 1965 516 und 519; BBl 1970 II 1499 und 1982 I 1145). Die Fraktionen beraten insbesondere die Ratsgeschäfte und die Wahlen vor und fördern die rationelle Geschäftserledigung (Art. 8septies GVG). Es ist deshalb berechtigt, die Fraktionen in der Verfassung zu verankern.

Die Fraktionen haben vor allem im Nationalrat eine grosse Bedeutung: Die Fraktionspräsidenten sind Mitglieder des Büros des Nationalrates (Art. 9 Abs. 1 GRN). Die Fraktionen sind bei der Wahl des Präsidenten und des Vizepräsidenten des Nationalrates sowie der Stimmenzähler angemessen zu berücksichtigen (Art. 7 GRN). Sie haben bei der Wahl der Kommissionsmitglieder ein Anhörungsrecht bzw. ein Antragsrecht an das Ratsplenum (Art. 13 Abs. 1 und 4 GRN). Während der Verhandlungen steht den Fraktionsvertretern das privilegierte Recht auf Wortmeldung zu (Art. 64 Abs. 1 und Art. 68 GRN).

Uebergangsrechtlich werden sich keine Probleme stellen.

Artikel 132 orientiert sich an Artikel 88 des Verfassungsentwurfs 1977 und an Artikel 104 der Modell-Studie.

*Redaktionelle Alternative: zusätzlicher Absatz 2.* Die Fraktionen erhalten bereits heute jährlich einen Beitrag zur Deckung der Kosten ihrer Sekretariate (Art. 12 des Entschädigungsgesetzes). Es handelt sich nicht um eine allgemeine, zweckungebundene Parteienfinanzierung, sondern um eine Abgeltung der Leistungen, die die Parteien als notwendige Voraussetzung für die Arbeit der Fraktionen erbringen (BBl 1993 III 784). Angesichts der Bedeutung der Fraktionen für die Arbeitsweise der Bundesversammlung und der daraus folgenden Organstellung könnte die Möglichkeit staatlicher Zuwendungen an die Fraktionen ausdrücklich in der Verfassung verankert werden.

### Art. 133 Parlamentsdienste

Art. 133 VE geht aus Art. 105 Abs. 1 BV hervor.

Art. 105 BV enthält die rechtliche Grundlage für die Bundeskanzlei, welche die Kanzleigeschäfte sowohl der Bundesversammlung als auch des Bundesrates zu besorgen hat. Er geht von einer organisatorischen Einheit der bei-

den Stäbe von Bundesversammlung und Bundesrat aus. In der Praxis hat sich jedoch eine eigentliche Zweiteilung ergeben. So ist die Bundeskanzlei heute die allgemeine Stabsstelle des Bundesrates. Daneben entwickelten sich in diesem Jahrhundert die ausschliesslich für die Bundesversammlung tätigen Parlamentsdienste. Diese sind zwar administrativ der Bundeskanzlei und der Aufsicht des Bundesrates unterstellt (vgl. zum ganzen die Ausführungen zu Art. 153 VE); fachlich aber von diesen unabhängig und allein der Bundesversammlung verantwortlich (vgl. allgemein Art. 8<sup>novies</sup> Geschäftsverkehrsgesetz [SR 171.11] und den Bundesbeschluss über die Parlamentsdienste [SR 171.115]). Da die Unterscheidung zwischen administrativer und fachlicher Unterstellung in der Praxis kaum durchführbar ist, nimmt die Exekutive ihre administrativen Befugnisse nur noch sehr zurückhaltend wahr.

Im Sinne einer Neuerung könnte daher der Art. 133 Satz 2 gestrichen werden. Dieses Herauslösen der Parlamentsdienste aus der Bundeskanzlei entspricht der parlamentarischen Initiative zur Parlamentsreform der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates zu Art. 94bis(neu) BV (BBl 1995 I 1133, 1163 ff.). Die organisatorische Einheit der beiden Stäbe von Bundesversammlung und Bundesrat ist nicht mehr praktikabel und wirft unter dem Gesichtspunkt der Gewaltentrennung Fragen auf. Auch wenn sich in der Praxis die Exekutive bei der Ausübung ihrer administrativen Entscheidungskompetenzen grösste Zurückhaltung auferlegt, lässt es sich nicht vermeiden, dass sie aufgrund der Kompetenzregelung der geltenden Verfassung Entscheide administrativer, insbesondere personalrechtlicher, Natur treffen muss, welche notwendigerweise Auswirkungen in den fachlichen Bereich zeitigen. Die administrative Unterstellung der Parlamentsdienste unter die Bundesversammlung hätte zur Folge, dass der Bundesbeschluss über die Parlamentsdienste und eine ganze Reihe von Gesetzen (GVG, GarG, VG, VwOG, Beamtengesetz, FHG, Bundesgesetz über die Eidg. Finanzkontrolle, VwVG, OG) angepasst werden müssten.

## 2. Abschnitt: Verfahren

### Art. 134 Getrennte Verhandlung

Art. 134 entspricht Art. 92 (Satz 1) und 89 Abs. 1 BV.

Absatz 1 beinhaltet den Grundsatz der getrennten Verhandlung. Unter "Verhandlung" ist sowohl die Beratung als auch die Beschlussfassung zu verstehen. Nach Absatz 2 gilt der Grundsatz der gleichen Entscheidungsmacht: die Beschlüsse beider Räte müssen übereinstimmen, damit Erlasse der Bundesversammlung rechtsgültig zustande kommen.

Art. 134 fasst Art. 92 (Satz 1) und 89 Abs. 1 BV zusammen.

### Art. 135 Vereinigte Bundesversammlung

Art. 135 entspricht Art. 92 (Satz 2) BV.



Die beiden Kammern der Bundesversammlung tagen in der Regel getrennt. Für drei Geschäfte sieht Absatz 1 Ausnahmen vom Grundsatz der getrennten Verhandlungen vor, da diese für eine Behandlung in getrennten Kammern nicht geeignet sind: Für Wahlen, für Entscheidungen von Kompetenzstreitigkeiten zwischen den obersten Bundesbehörden und für Begnadigungen versammeln sich National- und Ständerat zu gemeinsamen Sitzungen. Den Vorsitz der Vereinigten Bundesversammlung hat die Nationalratspräsidentin oder der Nationalratspräsident. Nach Absatz 2 kann die Vereinigte Bundesversammlung ausserdem zusammenkommen bei besonderen Anlässen und um von Erklärungen des Bundesrates Kenntnis zu nehmen (vgl. Art. 37bis GVG). Unklar ist nach geltender BV, ob und wie weit das Gesetz der Vereinigten Bundesversammlung weitere Befugnisse übertragen kann. Art. 5 und 15 GarG regeln jedenfalls zwei weitere Fälle, in denen die Vereinigte Bundesversammlung zuständig ist (Aufhebung der Unverletzlichkeit bestimmter Behörden; Streitfälle über die Anwendung des GarG). In der Lehre wird die Verfassungsmässigkeit solcher Kompetenzzuweisungen jedoch bezweifelt (vgl. Aubert in Kommentar BV, Art. 92, Rz. 8).

Art. 135 nimmt einerseits die korrespondierende Bestimmung der geltenden Verfassung (Art. 92 Satz 2 BV), andererseits die in Art. 37bis GVG enthaltene Bestimmung über bundesrätliche Erklärungen auf. Die auf Gesetzesstufe vorgenommenen zusätzlichen Kompetenzzuweisungen an die Vereinigte Bundesversammlung (vgl. Art. 5 und 15 GarG) bleiben jedoch - wegen ihrer zweifelhaften Verfassungsmässigkeit - unberücksichtigt.

#### **Art. 136      Öffentlichkeit der Sitzungen**

Art. 136 entspricht Art. 94 BV.

Der erste Satz von Art. 136 statuiert den Grundsatz der Öffentlichkeit der Verhandlungen der beiden Räte. Die Verfassungsmässigkeit des zweiten Satzes, wonach das Gesetz Ausnahmen vom Grundsatz der Öffentlichkeit vorsehen kann, ist aus der Formulierung des Art. 94 BV ("in der Regel") ersichtlich. Die geheime Beratung ist heute in den Ratsreglementen geregelt (Art. 57 GRN und Art. 47 GRS).

Sowohl Art. 91 VE 1977 als auch Art. 107 der Modell-Studie 1985 enthalten den Zusatz, dass das Gesetz Ausnahmen vom Grundsatz der Öffentlichkeit der Verhandlungen vorsehen kann.

#### **Art. 137      Verhandlungsfähigkeit und erforderliches Mehr**

Art. 137 entspricht den Art. 87 und 88 BV.

Absatz 1 fordert ein Anwesenheitsquorum für National- und Ständerat, gemäss welchem wenigstens die Mehrheit der Mitglieder des betreffenden Rates während der ganzen Dauer der Verhandlung anwesend sein muss, damit gültig verhandelt werden kann. Konkret bedeutet dies, dass im Nationalrat mindestens 101 und im Ständerat mindestens 24 Mitglieder anwesend sein müssen. Absatz 2 beinhaltet den Grundsatz, dass in jedem der beiden Räte und in der Vereinigten Bundesversammlung die Mehrheit

der an der Abstimmung teilnehmenden Ratsmitglieder erforderlich ist, damit Beschlüsse rechtsgültig gefasst werden können. Die Absätze 3 und 4 entsprechen dem von Volk und Ständen am 12. März 1995 angenommenen Art. 88 Abs. 2 und 3 BV (BBl 1995 II 1362); der Bundesrat wird das Inkrafttreten dieser Absätze bestimmen (Bundesbeschluss vom 7. Oktober 1994 über die Ausgabenbremse, BBl 1994 III 1803). Die angenommene Ergänzung des Art. 88 BV bezweckt, dass für diese Ausgabenbeschlüsse nicht mehr nur die Zustimmung der Mehrheit *der an der Abstimmung teilnehmenden* Ratsmitglieder erforderlich sein soll, sondern, dass die Mehrheit *der Mitglieder beider Räte* ihre Zustimmung geben muss.

#### Art. 138 Vorschlagsrecht

Art. 138 VE entspricht Art. 93 BV.

Er regelt das Recht, der Bundesversammlung Vorschläge zu unterbreiten. Träger des Vorschlagsrechts sind zunächst die einzelnen Parlamentarier, die Fraktionen, parlamentarische Kommissionen und das Plenum jedes Rates, dann aber auch die Kantone (zum Vorschlagsrecht des Bundesrates vgl. Art. 155 Abs. 2 VE).

Die parlamentarische Initiative wird durch Gesetz näher geregelt (Art. 21 bis ff. Geschäftsverkehrsgesetz [SR 171.11]). Es räumt einem oder mehreren Parlamentariern sowie den Kommissionen das Recht ein, einen ausgearbeiteten Erlass- oder Beschlussesentwurf oder den Antrag, einen solchen durch eine parlamentarische Kommission auszuarbeiten, einzubringen; jeder Rat übt sein Vorschlagsrecht aus, indem er dem anderen gestützt auf einen solchen Vorschlag eine Vorlage zur Beratung überweist. Mit der parlamentarischen Initiative können der Bundesversammlung Vorschläge unterbreitet werden, wie diese eine ihrer Kompetenzen ausüben soll. Die Bundesversammlung muss entscheiden, ob sie auf einen Vorschlag eintreten und wie sie gegebenenfalls inhaltlich damit verfahren will; blosser Kenntnisnahme genügt nicht.

Die Standesinitiative (Art. 93 Abs. 2 BV) wird durch Gesetz eingehend geregelt (Art. 21 septies ff. Geschäftsverkehrsgesetz [SR 171.11]). Mit ihr kann jeder Kanton auf dem Korrespondenzweg unmittelbar an die Bundesversammlung gelangen und dieser entweder einen ausformulierten Erlassentwurf einreichen oder die Ausarbeitung eines solchen vorschlagen. Da die Bundesversammlung Adressatin der Standesinitiative ist, besteht ein Anspruch auf eine Entscheidung beider Räte darüber, ob auf die Initiative einzutreten sei.

Art. 138 VE orientiert sich an Art. 93 BV und redigiert diesen neu. Die Wortwahl lehnt sich an Art. 92 des Verfassungsentwurfs von 1977 an. Neu nennt der Entwurf ausdrücklich die Fraktionen als Träger des Vorschlagsrechts. Dies ist zwar weder in der heutigen Bundesverfassung noch im Geschäftsverkehrsgesetz (SR 171.11) ausdrücklich so vorgesehen, entspricht jedoch der Praxis.

**Art. 139**      **Instruktionsverbot**

Art. 139 entspricht Art. 91 BV.

Er enthält den Grundsatz, dass die Mitglieder der beiden Räte frei, d.h. ohne Weisungen von Kantonen, Bürgerinnen und Bürgern oder politischen Parteien usw. verhandeln und stimmen. Faktisch stehen Parlamentarierinnen und Parlamentarier jedoch in einer Vielfalt von Beziehungen und Interessenbindungen. Im Sinne einer Offenlegung dieser Interessenbindungen muss daher jedes Ratsmitglied beim Eintritt in den Rat das Ratsbüro über seine berufliche Tätigkeit, seine Verwaltungsmandate und ähnliches informieren. Dieser in demokratischer Hinsicht (Vertretung der Gesamtheit des Volkes und der Kantone) sehr wichtige Grundsatz steht heute in Art. 3bis GVG. Aufgrund seiner Bedeutung wird er als materielles Verfassungsrecht betrachtet und als zweiter Satz in diesen Verfassungsartikel aufgenommen.

**Art. 140**      **Immunität**

Die geltende Bundesverfassung kennt keine Bestimmung über die Immunität. Die Immunität ist durch das Verantwortlichkeitsgesetz (VG) und das Garantiesgesetz (GarG) geregelt. Sie dient nicht nur dem persönlichen Schutz des einzelnen Parlaments-, Regierungs- und Gerichtsmitglieds, sondern ebenso sehr dem unentbehrlichen Schutz eines ungestörten Funktionierens von Parlament, Regierung und Gerichtsbehörden.

Bei der sogenannten absoluten Immunität gemäss Artikel 2 Absatz 2 VG können die Mitglieder des National- und des Ständerates sowie des Bundesrates für ihre Voten im Rat oder in den Kommissionen nicht verantwortlich gemacht werden. Die absolute Immunität kann nicht aufgehoben werden, da überhaupt kein Strafanspruch entsteht.

Anders verhält es sich bei den beiden weiteren Arten von Immunität: Bei der Sessionsteilnahmegarantie nach Artikel 1 und 2 GarG ist gegen die Mitglieder des National- und des Ständerates die Strafverfolgung von Delikten, die in keinem Zusammenhang mit der Amtstätigkeit stehen, während der Session unzulässig. Die Immunität kann aber in einem relativ einfachen Verfahren aufgehoben werden. Es genügt das schriftliche Einverständnis des betroffenen Mitglieds und bei dessen Fehlen die Zustimmung des Rates, dem es angehört. Auch bei der Immunität für Delikte, die mit der Amtstätigkeit in Zusammenhang stehen, der sogenannten relativen Immunität, ist nach Artikel 14 VG eine Immunitätsaufhebung möglich, aber nur durch die Zustimmung beider Räte. Die relative Immunität gilt für die Mitglieder beider Räte sowie für die durch die Bundesversammlung gewählten Behördemitglieder und Magistratspersonen (Art. 14 ff. VG).

Obwohl die *praktische* Bedeutung der Immunität ziemlich gering ist, rechtfertigt es sich, die absolute Immunität angesichts ihrer *unbestrittenen staatspolitischen Bedeutung* in der Bundesverfassung zu verankern. Dabei rechtfertigt es sich ebenfalls, diese Immunität auch für die Bundeskanzlerin oder den Bundeskanzler für ihre bzw. seine Äusserungen in den Räten und

Kommissionen vorzusehen. Wie bereits heute soll der Gesetzgeber auch in Zukunft weitere Formen der Immunität regeln und diese auf weitere Personen ausdehnen können (Abs. 2).

Absatz 1 von Artikel 140 orientiert sich an Artikel 93 des Verfassungsentwurfs 1977 bzw. an Artikel 109 der Modell-Studie sowie an Artikel 2 Absatz 2 VG. Art. 366 StGB ist mit der vorgeschlagenen Verfassungsbestimmung vereinbar.

### 3. Abschnitt: Zuständigkeit

#### Art. 141 Gesetzgebung

Art. 141 VE entspricht Art. 85 Ziff. 2 BV.

Art. 141 VE bezieht sich auf den Erlass generell-abstrakter Anordnungen. Im Verhaltensrecht bedeutet das vorwiegend die Festlegung von Rechten und Pflichten, im Organisationsrecht die Festlegung von Struktur-, Kompetenz- und Verfahrensnormen. Der Erlass von Rechtssätzen ist keine exklusive Kompetenz der Bundesversammlung. Insbesondere dem Bundesrat stehen ebenfalls Rechtssetzungskompetenzen zu; sei dies zum Vollzug von Bundesgesetzen und Bundesbeschlüssen, sei es unmittelbar gestützt auf seine Verfassungskompetenzen oder aufgrund delegierter Ermächtigung durch Gesetz (vgl. Art. 156 VE).

*Absatz 1* verankert die allgemeine Gesetzgebungskompetenz der Bundesversammlung. Als zentrale Norm im weitgehend durch das Recht gelenkten Staat weist er der Bundesversammlung die Funktion der Gesetzgeberin zu. Sie legt verbindlich den Inhalt von Gesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen fest. Auch wo sie Entwürfen der Regierung folgt und auch wo das Volk den Letztentscheid trifft, liegt die definitive inhaltliche Ausgestaltung allein bei ihr. Die Gesetzgebungskompetenz der Bundesversammlung findet ihre Schranke an der Verbandskompetenz des Bundes.

Als Rechtsetzungsformen nennt Absatz 1 das Bundesgesetz und den allgemeinverbindlichen Bundesbeschluss. Durch Gesetz (Art. 5 f. Geschäftsverkehrsgesetz [SR 171.11]) ist der Inhalt auf rechtssetzende Bestimmungen beschränkt - auf unbefristete bei Bundesgesetzen, auf befristete bei allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen. Die Staatspraxis verwendet den Bundesbeschluss vereinzelt auch für eigentliche Verwaltungsakte (vgl. Art. 12 Abs. 2 Hochschulförderungsgesetz [SR 414.20] oder Art. 2 SBB-Gesetz [SR 742.31]).

*Absatz 2* regelt Zulässigkeit und Schranken der Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen: Die delegierende Norm muss in einem Bundesgesetz oder in einem dem Referendum unterstehenden allgemeinverbindlichen Bundesbeschluss verankert sein. Zudem darf die Verfassung die Delegation nicht ausschliessen. Überdies muss der referendumpflichtige Erlass selbst die Grundzüge der Regelung enthalten; er hat m.a.W. Gegenstand, Zweck und Umfang der delegierten Rechtsetzung festzulegen. Grundsätzlich gelten die Prinzipien der Gesetzesdelegation für alle staatlichen Tätigkeiten. Je nach Sachgebiet können die Anforderungen an die Bestimmtheit der



Delegationsnorm variieren. Schwerwiegende Eingriffe in Grundrechte müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Im Bereiche des Abgaberechts bedürfen der Kreis der Abgabepflichtigen, der Abgabegegenstand und deren Bemessungsgrundlage der gesetzlichen Festlegung. Demgegenüber sind die Anforderungen geringer, wenn schwer vorauszusehen ist, welche von mehreren verschiedenen Lösungen der konkreten Situation am ehesten gerecht sein wird, oder der Gesetzgeber trotz guten Willens überfordert wäre, die fragliche Materie zu regeln, oder rasche Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse häufige Rechtsanpassungen erzwingen.

Grundsätzlich sind zwei Arten der Delegation denkbar: Die Bundesversammlung kann sich selbst ermächtigen, dem Referendum entzogenes Recht zu setzen (allgemeinverbindlicher Bundesbeschluss nach Art. 7 Geschäftsverkehrsgesetz [SR 171.11]); sie kann aber auch - was in der Praxis den Regelfall darstellt - dem Bundesrat Rechtsetzungsbefugnisse übertragen (vgl. Art. 156 VE).

Art. 141 Abs. 1 VE lehnt sich eng an Art. 85 Ziff. 2 BV an, redigiert diese Ziffer neu und benennt die Rechtssetzungsformen der Bundesversammlung. Absatz 2 ist nicht ausdrücklich in der geltenden Bundesverfassung verankert, entspricht jedoch der Rechtsprechung des Bundesgerichts, der Staatspraxis sowie der herrschenden Lehre.

#### Art. 142 Gesetzgebung bei Dringlichkeit

Art. 142 VE ist nach Vorbild von Art. 89bis BV eine organisatorische Vorschrift, die es ermöglicht, allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse (AVB) sofort in Kraft zu setzen. Ein entsprechender Beschluss bedarf der Zustimmung der absoluten Mehrheit beider Räte.

Dringlich erklärt werden können nur AVB, nicht aber Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse auf Genehmigung von (referendumspflichtigen) Staatsverträgen. Für Bundesbeschlüsse, die dem Referendum a priori nicht unterliegen ("Bundesdekrete", einfache Bundesbeschlüsse), ist die Dringlichkeitsklausel ohne Relevanz.

Dringlich zu erklärende AVB sind von Verfassung wegen zu befristen (bei "gewöhnlichen" AVB ergibt sich das Gebot der Befristung aus Art. 6 Abs. 1 Geschäftsverkehrsgesetz, SR 171.11).

AVB dürfen nur dringlich erklärt werden, wenn ihr "Inkrafttreten keinen Aufschub erträgt". In der Praxis wird diese Voraussetzung als "zeitliche" und "sachliche" Dringlichkeit bezeichnet: Ein Erlass muss wegen ausserordentlicher Umstände unbedingt *sofort* wirksam werden, und er muss auch eine "*wichtige*" Sache betreffen. (Das zweite Kriterium hat selten selbständige Bedeutung.)

Sofern sich der AVB *auf die Verfassung stützen kann*, unterliegt er einem nachträglichen *fakultativen* Referendum; wird dieses ergriffen, so muss der AVB innert Jahresfrist seit Annahme durch die Bundesversammlung vom Volk gutgeheissen werden (Abs. 2). Sofern sich der AVB *nicht auf die Verfassung stützen kann*, muss er in einem *obligatorischen* Referendum innert

*Jahresfrist* seit Annahme durch die Bundesversammlung von Volk und Ständen genehmigt werden (Abs. 3). Nach geltender Praxis kann die Bundesversammlung einen dringlich erklärten AVB dem Referendum entziehen, indem sie seine Geltungsdauer auf weniger als ein Jahr festlegt. Diese Möglichkeit wird im VE nicht ausdrücklich erwähnt (vgl. aber Art. 118 [Obligatorisches Referendum] und Art. 119 VE [Fakultatives Referendum]). Wird ein AVB in der Volksabstimmung abgelehnt, so tritt er nach Ablauf eines Jahres ausser Kraft und kann in diesem Fall nicht "erneuert", d.h. nicht mit wiederum dringlichem AVB gleichen oder ähnlichen Inhalts weitergeführt werden (Abs. 4). Wird die Vorlage aber in der Volksabstimmung gutgeheissen (bzw. ist beim fakultativen Referendum gar kein Referendumsbegehren eingereicht worden), gilt sie bis zum Ablauf ihrer Geltungsdauer und kann dann sogar (dringlich) "erneuert" werden, sofern die Dringlichkeit immer noch besteht und das ordentliche Recht noch nicht angepasst worden ist. Wird im Fall des fakultativen Referendums gegen einen AVB, der länger als ein Jahr gelten soll, ein Referendumsbegehren eingereicht, so kann die Bundesversammlung die Anordnung der Volksabstimmung verhindern, indem sie den angefochtenen AVB vor Ablauf eines Jahres ausser Kraft setzt. Dann aber ist nicht nur eine Erneuerung mit dringlichem AVB ausgeschlossen, sondern auch der Erlass eines inhaltlich identischen nicht-dringlichen AVB. In allen andern Fällen ist es jedoch erlaubt, dringliche AVB durch ordentliche AVB oder Bundesgesetze mit gleichem oder ähnlichem Inhalt abzulösen.

Was die dringlichen AVB betrifft, für die keine Verfassungsgrundlage besteht, bleibt nachzutragen, dass solche AVB zwar von bestimmten Verfassungsnormen (z.B. auch von Grundrechten) abweichen dürfen, dass sie aber das bestehende Verfassungsrecht so weit als möglich respektieren müssen.

#### Art. 143 Völkerrechtliche Verträge

Art. 143 VE entspricht Art. 85 Ziff. 5 BV.

Er erklärt die Bundesversammlung zuständig zur Genehmigung völkerrechtlicher Verträge. Bundesversammlung und Bundesrat (vgl. Art. 158 VE) wirken in den Phasen des Vertragsschlusses wechselweise zusammen. Die Vertragsverhandlungen (Instruktion, Inhaltsgebung, Ermächtigung zur Unterzeichnung) führt der Bundesrat; die Genehmigung der Verträge liegt bei der Bundesversammlung. In aller Regel erfolgt der parlamentarische Genehmigungsakt im Zeitpunkt zwischen der Vertragsunterzeichnung und der Ratifikation (durch den Bundesrat). Die Bundesversammlung befindet über den Vertrag als ganzen. Im wesentlichen sind ihre Bestimmungsmittel beschränkt auf Genehmigung oder Ablehnung; sie kann den Bundesrat auch verpflichten, einen bestimmten Vorbehalt abzugeben. Denkbar, in den praktischen Auswirkungen jedoch meist der Ablehnung gleichzusetzen, wären zudem die Rückweisung an den Bundesrat mit der Anweisung, die Aushandlung bestimmter Anpassungen zu versuchen, die Genehmigung mit Vorbehalt oder die blosse Teilgenehmigung des vorgelegten Vertrags. Die

parlamentarische Genehmigung bedeutet die Ermächtigung, den Vertrag zu ratifizieren.

Die Einschränkung "soweit nicht der Bundesrat zum Abschluss ermächtigt ist" ist Ausdruck der differenzierten Verfassungspraxis von Bundesversammlung und Bundesrat. Diese verlangt nicht für alle völkerrechtlichen Verträge eine ausdrückliche Genehmigung durch die Bundesversammlung. In der Tat werden in der Praxis etwas mehr als ein Drittel aller völkerrechtlichen Verträge der Bundesversammlung zur Genehmigung vorgelegt; die Mehrheit wird im sog. vereinfachten Verfahren selbständig durch den Bundesrat geschlossen. Es handelt sich dabei um (1) Vertragsschlüsse aufgrund einer Ermächtigungsklausel in einem landes- oder völkerrechtlichen Rechtsakt, (2) provisorische oder dringliche Verträge, (3) Verträge, die der Schweiz nur Rechte, aber keine Verpflichtungen bringen, (4) Verträge über die Vollziehung früherer Verträge, (5) Verträge über Gegenstände, zu deren innerstaatlichen Regelung der Bundesrat allein kompetent ist, sofern die Kompetenz grenzüberschreitende Aufgaben umfasst, sowie (6) um Bagatellverträge (vgl. im einzelnen die Ausführungen zu Art. 158 Abs. 2 VE; s. auch VPB 51 [1987] Nr. 58, S. 369 ff).

Zur landesrechtlichen Wirkung und Durchführung der Verträge kann auf die Kommentierungen zu anderen Bestimmungen des Entwurfes verwiesen werden (Art. 4 Abs. 1 und 44 VE).

Art. 143 VE lehnt sich eng an Art. 85 Ziff. 5 BV an und redigiert diese Ziffer neu. Er nimmt die Praxis, dass nicht alle völkerrechtlichen Verträge der ausdrücklichen Genehmigung durch die Bundesversammlung bedürfen, in den Verfassungstext auf.

#### **Art. 144      Finanzbefugnisse**

Art. 144 VE entspricht Art. 85 Ziff. 10 BV.

Er verankert die Finanzkompetenzen des Parlaments. Im Bereich der Haushaltsgewalt liegt der Letztentscheid bei der Bundesversammlung. Der Gestaltung des Finanzhaushalts eignet wie der Rechtsetzung zentrale staatslenkende Bedeutung. Mittelpunkt der Finanzgewalt stellt die Verabschiedung des jährlichen Voranschlags dar, bei welcher die Bundesversammlung materiell auf den Vorschlag des Bundesrates abstellt, aber ohne Bindung an ihn entscheidet. Der Voranschlag führt die Ausgaben und Einnahmen für das folgende Jahr auf. Ausgabeseitig legt er die Höhe und den Verwendungszweck der Kredite (Zahlungskredite) verbindlich fest, ist konkrete Ausgabenbewilligung; einnahmeseitig enthält er Schätzungswerte. Die Einnahmenbeschaffung kann nicht kraft des Budgets erfolgen, sie bedarf besonderer Rechtsgrundlagen.

In die Kompetenz der Bundesversammlung fallen auch die weiteren Ausgabenbeschlüsse, die aufgrund ihrer Natur nicht oder nur teilweise im Budget enthalten sind: Nachtrags-, Verpflichtungs- und Zusatzkredite. Die Praxis des Finanzhaushalts wird weitgehend durch Gesetz (insbesondere Finanzhaushaltsgesetz, SR 611.0) und nachgeordnetes Recht festgelegt.

Die Praxis hat überdies den planerischen Anforderungen eines modernen Staates entsprochen und neben dem Budget das Instrument der mehrjährigen Finanzplanung eingeführt, welches mit der Aufgabenplanung (Richtlinien der Regierungspolitik) verknüpft ist. Diese Finanzplanung zu erstellen, obliegt dem Bundesrat (vgl. Art. 102 Ziff. 14 BV, Art. 157 VE). Er unterbreitet sie dem Parlament jährlich zur Kenntnisnahme.

Die Bundesversammlung nimmt zudem die Staatsrechnung ab. Diese wird durch den Bundesrat vorgelegt und weist u.a. die Ausgaben und Einnahmen sowie den Ausgaben- oder Einnahmenüberschuss des Rechnungsjahres aus. Ihre Genehmigung ist Akt der politischen Verantwortlichkeit.

Ferner liegt die Zuständigkeit zum Beschluss über die Aufnahme von Anleihen ebenfalls bei der Bundesversammlung. Seit dem Ersten Weltkrieg überträgt jedoch das Parlament in ununterbrochener, bewährter Übung diese Kompetenz jeweils für die Dauer einer Legislaturperiode an den Bundesrat (zuletzt für die Legislaturperiode 1991-1995: BBl 1991 IV 207). Diese globale und vorgängige Bewilligung entspringt der praktischen Notwendigkeit raschen und flexiblen Handelns.

Art. 144 VE lehnt sich eng an Art. 85 Ziff. 10 BV an. Abweichend vom formell geltenden Verfassungsrecht regelt jedoch der VE die Kompetenz zum Entscheid über die Aufnahme von Anleihen nicht mehr. Diese Frage soll neu auf Gesetzesstufe geregelt werden. Die ununterbrochene Kompetenzübertragung an den Bundesrat spricht klar dafür, dass die Bundesversammlung funktionell nicht das richtige Organ ist für den Entscheid über die Aufnahme von Anleihen. Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit klaffen insofern auseinander (BBl 1986 II 1369, 1378). Die Aufnahme von Anleihen ist somit durch Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung in das Finanzhaushaltgesetz (SR 611.0) in diesem Sinne zu regeln.

## Art. 145 Wahlen

Art. 145 entspricht Art. 85 Ziff. 4 BV.

Art. 85 Ziff. 4 Abs. 1 BV setzt die Vereinigte Bundesversammlung (vgl. Art. 92 BV, Art. 135 Abs. 1 lit. a VE) ein als Wahlorgan für den Bundesrat, das Bundesgericht, die Bundeskanzlerin oder den Bundeskanzler und den General. Die Charakteristik des politischen Systems des Bundes kommt damit zum Ausdruck: das Parlament wählt alle anderen Bundesbehörden. Auch die Regierungsbildung liegt exklusiv bei ihm.

Die Wahl der einzelnen Behörden, ausgenommen des Generals, ist im weiteren jeweils Gegenstand gesonderter Verfassungsbestimmungen (Art. 96, 98, 105, 107 BV).

Die Regelung des Wahlverfahrens enthält das Reglement der Vereinigten Bundesversammlung (SR 171.12).

Gemäss Art. 85 Ziff. 4 Abs. 2 BV kann das Gesetz weitere Wahlen oder Wahlbestätigungen der Bundesversammlung zuweisen. So erklärt etwa das Organisationsgesetz (SR 173.110) sie für zuständig zur Wahl der Präsidentin oder des Präsidenten und der Vizepräsidentin oder des Vizepräsidenten



des Bundesgerichts. Bislang hat der Gesetzgeber von der Möglichkeit der Wahlbestätigung noch nicht Gebrauch gemacht. Sie könnte jedoch Bedeutung erlangen bei den neuartigen Staatssekretärinnen und -sekretären, welche durch den Bundesrat gewählt und von der Bundesversammlung bestätigt werden sollen (Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz).

**Art. 146****Oberaufsicht**

Art. 146 VE entspricht Art. 85 Ziff. 11 BV.

Danach nimmt die Bundesversammlung die Oberaufsicht über Bundesrat und Bundesverwaltung sowie über die Rechtspflege wahr. Die Oberaufsicht ist ein wesentliches Element der Gewaltenteilung. Sie ist politische Kontrolle durch das Parlament, nicht Aufsicht im Sinne der Aufsicht des Bundesrates nach Art. 102 BV. Das Parlament äussert Genugtuung und Kritik und gibt Empfehlungen für künftiges Handeln ab. Es kann jedoch nicht anstelle der beaufsichtigten Organe handeln oder deren Entscheide aufheben. Informations- und Handlungsmittel zur Ausübung der Oberaufsicht sind insbesondere Rechenschaftsberichte, Auskünfte in parlamentarischen Kommissionen oder in den Ratsplena, Inspektionen und eigentliche Untersuchungen. Grosse Bedeutung kommt in der Praxis den Geschäftsprüfungskommissionen beider Räte zu (vgl. im einzelnen die Ausführungen bei Art. 131 VE).

Im Bereich der Oberaufsicht über Bundesrat und Bundesverwaltung ist der Bundesrat Adressat. Die Oberaufsicht erstreckt sich auf alle Verwaltungszweige, welche vom Bundesrat beaufsichtigt werden. Sie muss die Rechtmässigkeit des Handelns von Bundesrat und Verwaltung prüfen, ebenso die Zweckmässigkeit und ob von Entscheidungsspielräumen richtig Gebrauch gemacht wird. Das Parlament beurteilt kraft seiner Oberaufsicht die Führungstätigkeit des Bundesrates; die Kompetenz, die Verwaltung selbst zu führen, hat es jedoch nicht. Oberaufsicht ist grundsätzlich nicht begleitende Kontrolle, sie beschränkt sich in der Regel auf nachträgliche Kontrollen. Begleitende Kontrollen wären faktisch Mitentscheidungen im Kompetenzbereich der Regierung, würden somit Verantwortlichkeiten verwischen und die gewaltenteilige Grundordnung der Verfassung unterlaufen.

Adressaten der Oberaufsicht über die Rechtspflege sind die eidgenössischen Gerichte, aber auch der Bundesrat, soweit er Rechtspflegefunktionen wahrnimmt. Im Unterschied zur Oberaufsicht über Bundesrat und Bundesverwaltung beschränkt sich der Prüfungsumfang auf die Überwachung der ordnungsgemässen Geschäftsabwicklung. Die richterliche Unabhängigkeit verbietet eine inhaltliche Kontrolle von Entscheiden.

Art. 146 VE lehnt sich an die Formulierung von Art. 85 Ziff. 11 BV an. Er verdeutlicht dessen Anwendungsbereich, indem er neben den Bundesbehörden "die anderen Träger von Aufgaben des Bundes" ausdrücklich der Oberaufsicht unterstellt.

**Art. 147 Weitere Aufgaben und Befugnisse**

Art. 147 VE entspricht den Art. 84 BV, dem Ingress und den Ziffern 1, 3, 5 - 9 und 13 von Art. 85 BV sowie Art. 121 Abs. 3 und 4 BV.

Nach *Absatz 1 lit. a* nimmt die Bundesversammlung Einfluss auf die Gestaltung der Beziehungen zum Ausland und beaufsichtigt die Pflege dieser Beziehungen; zudem trifft sie Massnahmen zur Wahrung der äusseren Sicherheit, der Unabhängigkeit und der Neutralität der Schweiz.

Die Verfassung kennt im auswärtigen Bereich keine starre Kompetenzaufteilung zwischen Bundesversammlung und Bundesrat (vgl. Art. 158 VE); vielmehr halten parallele, sich überlagernde Zuständigkeiten die beiden Gewalten ausgeprägt zum Zusammenwirken an. Dem Bundesrat kommt nach der verfassungsrechtlichen Konzeption der Grossteil der aussenpolitischen Führung zu. Das Parlament verfügt neben dem Recht zur Genehmigung von Staatsverträgen (vgl. Art. 143 VE) über erhebliche mittelbare Einflussmöglichkeiten: Erlass aussenpolitisch relevanter Gesetzgebungsakte, Finanzhoheit und Oberaufsicht (vgl. Art. 141, 144 und 146 VE). Zunehmende aussenpolitische Vernetzung und, damit einhergehend, intensivierte Ausstrahlung der Aussen- auf die Innenpolitik haben die Bundesversammlung freilich veranlasst, verstärkten unmittelbaren Einbezug im Bereich der Aussenpolitik zu suchen: Art. 47<sup>bis</sup>a Geschäftsverkehrsgesetz (SR 171.11) auferlegt zum einen beiden Kammern des Parlaments, die internationale Entwicklung zu verfolgen und die Verhandlungen der Schweiz mit ausländischen Staaten und internationalen Organisationen zu begleiten; andererseits verpflichtet er den Bundesrat: die Präsidenten und die aussenpolitischen Kommissionen der beiden Räte sind über aussenpolitische Vorhaben zu informieren sowie für internationale Verhandlungen (nach differenziertem Modus) zu konsultieren.

Nach *Absatz 1 lit. b* trifft die Bundesversammlung Massregeln für die innere Sicherheit. Der mit einer konkurrierenden Kompetenz ausgestattete Bundesrat (Art. 102 Ziff. 9 BV, Art. 159 Abs. 2 VE) dürfte in der Praxis das geeignetere Handlungsorgan sein. Er kann seine Zuständigkeit insoweit ausüben, als nicht die Bundesversammlung von ihrer Gebrauch gemacht hat. Wie *lit. a* bildet auch *lit. b* begrenzt die Grundlage materieller Bundeskompetenzen. Zu berücksichtigen ist ebenso, dass die Wahrung der inneren Sicherheit nicht allein dem Bund obliegt. Die Kantone tragen für ihr Gebiet in erster Linie die Verantwortung. Wo Belange der inneren Sicherheit für die ganze Schweiz relevant werden, trifft der Bund angemessene Massnahmen.

Bei der Wahrung der inneren Sicherheit handelt es sich um eine originäre und primäre Staatsaufgabe. Sie bedeutet das Sicherstellen der grundlegendsten Normen des friedlichen Zusammenlebens, den Schutz der Institutionen des Staates, die Bewahrung der Gesellschaft und des Einzelnen vor elementaren Gefährdungen, die Abwendung sozialer Notstände. Zum polizeirechtlichen Aspekt, der den Schutz der Polizeigüter (insbesondere Leben, Freiheit, Gesundheit, Sittlichkeit) wahrt und in erster Linie auf defensive Gefahrenabwehr ausgerichtet ist, gesellt sich eine staatspolitisch-

sicherheitspolitische Komponente, die prospektive und universale Dimensionen (z.B. Ökologie) miteinbezieht.

*Absatz 1 lit. c* ermächtigt die Bundesversammlung im Bereich der äusseren und der inneren Sicherheit zur selbständigen, nicht dem Referendum unterworfenen Rechtsetzung sowie zum Erlass von individuell-konkreten Anordnungen. Nach der Lehre sind nur vorübergehende Massnahmen (im Sinne der Bewältigung konkret auftretender Gefährdungen) zulässig, Dauerregelungen nicht. Die Organkompetenz von lit. c ist angelegt als konkurrierende Kompetenz zur Zuständigkeit des Bundesrates (Art. 102 Ziff. 9 BV, Art. 159 Abs. 3 VE) und kann auch als Grundlage für die Verbandskompetenz des Bundes (materielle Bundeskompetenz) herangezogen werden. Das Handeln in diesem Bereich bildet, als elementare Voraussetzung für die Existenz des Staates, eine eingeschlossene Kompetenz (inherent power). Gleichwohl tendiert die Praxis zur expliziten verfassungsrechtlichen Verankerung materieller Bundeskompetenzen, wo Aufgabenbereiche der äusseren Sicherheit einer dauerhaften Regelung zugeführt werden (z.B. Zivilschutz [Art. 22bis BV, Art. 50 VE], wirtschaftliche Landesversorgung [Art. 31bis Abs. 3 lit. e BV, Art. 82 Abs. 1 VE]).

Nach *Absatz 1 lit. d* ordnet die Bundesversammlung den Aktivdienst an. Diesen anzuordnen ist Sache des Bundesrates, sofern die Bundesversammlung nicht tagt. Der Bundesrat ist von Verfassungs wegen jedoch verpflichtet, die Bundesversammlung unverzüglich einzuberufen, wenn er mehr als 2000 Dienstpflichtige aufbietet oder das Aufgebot länger als drei Wochen dauert (Art. 102 Ziff. 11 BV, Art. 159 Abs. 4 VE). Sobald die Bundesversammlung zusammengetreten ist, entscheidet sie über die Aufrechterhaltung der Massnahme. Die Militärorganisation (SR 510.10, Art. 195 ff.; künftig: Art. 67 ff. und 76 ff. Militärgesetz, BBl 1995 I 666) präzisiert den Einsatz der Armee: Danach sind die Kompetenzen des Parlaments weitgehend an den Bundesrat delegiert.

*Absatz 1 lit. e* regelt die Zuständigkeiten der Bundesversammlung im Bereich der Beziehungen zwischen Bund und Kantonen.

Er überträgt der Bundesversammlung die Pflege der Beziehungen zwischen Bund und Kantonen durch den Bundesrat zu beaufsichtigen. Art. 85 Ziff. 7 BV führt verschiedene Kompetenzen in diesem Bereich auf, die als parallele oder konkurrierende zu jenen des Bundesrates ausgelegt sind. Die Formulierungen sind zum Teil unklar, und es ergeben sich inhaltliche Überschneidungen mit Ziff. 8. Die Garantie der Verfassungen nach erfolgter Gewährleistung (Sicherungsauftrag) und des Territoriums der Kantone (vgl. 37 Abs. 1 VE) obliegt dem Bundesrat (vgl. Art. 160 Abs. 1 VE), ohne dass der Bundesversammlung verwehrt wäre, ihr notwendig erscheinende Massnahmen zu verabschieden. Sodann ist das Parlament zuständig, Interventionen zum Schutz der Aufrechterhaltung der verfassungsmässigen Ordnung in einem Kanton zu beschliessen (vgl. zur Bundesintervention Art. 37 Abs. 2 VE). Im übrigen kann zum Komplex der Bundesaufsicht auf die Erläuterungen zu Art. 160 VE verwiesen werden.

Art. 38 Abs. 2 VE verpflichtet die Kantone, für ihre Verfassung um die Gewährleistung des Bundes nachzusuchen. Zuständige Bundesbehörde ist die

Bundesversammlung. Sie soll sicherstellen, dass kantonales Verfassungsrecht inhaltlich den Erfordernissen von Art. 38 Abs. 1 VE entspricht (vgl. dort).

Die Bundesversammlung ist ferner Genehmigungsinstanz für Verträge der Kantone unter sich oder mit dem Ausland, sofern vom Bundesrat oder einem anderen Kanton Einsprüche erhoben wird. Die Genehmigungspflicht für Verträge zwischen Kantonen oder von Kantonen mit dem Ausland ergibt sich aus Art. 34 Abs. 3 bzw. Art. 45 Abs. 2 VE (vgl. dort). Die Genehmigung soll die Kontrolle darüber ermöglichen, dass solche Verträge nichts enthalten, das dem Bundesrecht, den Interessen des Bundes oder den Rechten anderer Kantone entgegensteht (vgl. Art. 34 Abs. 2 und Art. 45 Abs. 2 VE). Zunächst muss das Genehmigungsverfahren beim Bundesrat durchlaufen werden. Erst danach kann sich die Kompetenz der Bundesversammlung aktualisieren.

*Absatz 1 lit. f* begründet die Kompetenz der Bundesversammlung, Massnahmen zur Durchsetzung des Bundesrechts zu beschliessen. Er knüpft an Art. 85 Ziff. 8 BV an, welcher eigenständige Bedeutung gegenüber Ziffer 7 hat, soweit er die Bundesversammlung zuständig erklärt, "Massregeln, welche ... die Erfüllung der bundesmässigen Verpflichtungen zum Zwecke haben" (Bundesexekution, vgl. Art. 35 Abs. 2 VE) zu verabschieden. Allgemein erteilt die Verfassung die Zuständigkeit zur Exekution nicht nur der Bundesversammlung, sondern auch dem Bundesrat. Nach Art. 161 Abs. 1 lit. a trifft dieser "die erforderlichen Massnahmen." Der Bundesversammlung verbleibt in praxi lediglich die militärische Exekution. In dringenden Fällen kann der Bundesrat auch hier selber handeln (vgl. Art. 102 Ziff. 11 BV, Art. 159 Abs. 4 VE).

Nach *Absatz 1 lit. g* ist die Bundesversammlung zuständig zum Entscheid über die Gültigkeit von Volksinitiativen. In erster Linie geht es um die Frage, ob eine Initiative das Gebot der Einheit der Materie bzw. der Form beachtet (Art. 121 Abs. 3 und 4 BV, Art. 75 Abs. 1 BG über die politischen Rechte [SR 161.1], Art. 24 Abs. 1 Geschäftsverkehrsgesetz [SR 171.11]); aber auch der Inhalt einer Initiative kann Gültigkeitsfragen aufwerfen, namentlich wenn sich die Durchführung der Initiative als aus zeitlichen oder sachlichen Gründen unmöglich erweist. In ihrer neuesten Praxis haben der Bundesrat und der Ständerat zudem die Missachtung der grundlegenden Normen des Völkerrechts als Grund für die Ungültigkeit einer Initiative bewertet (Botschaft über die Volksinitiative "für eine vernünftige Asylpolitik", BBl 1994 III 1486; Beschluss des Ständerates vom 16.3.1995; der Entscheid des Nationalrates steht noch aus; vgl. zum ganzen auch Art. 117 Abs. 3 und Art. 169 Abs. 2 und 3 VE). Weichen die Beschlüsse der beiden Räte voneinander ab und bestätigt der Rat, der die Gültigkeit der Initiative bejaht hat, seinen Beschluss, so ist die Initiative nach der geltenden gesetzlichen Regelung (Art. 24 Abs. 2 Geschäftsverkehrsgesetz [SR 171.11]) gültig zu erklären.

*Absatz 1 lit. h* verankert die Organisationsgewalt der Bundesversammlung. Aus lit. h kann damit der Hinweis entnommen werden, dass die Verfassung grundsätzlich keine separierte, von der gewöhnlichen Zuständigkeitsord-



nung abgehobene Organisationsgewalt für einzelne Staatsorgane des Bundes schaffen will (vgl. auch die Ausführungen zu Art. 152 Abs. 1 VE).

*Absatz 1 lit. i* überträgt der Vereinigten Bundesversammlung (vgl. Art. 92 BV, Art. 135 Abs. 1 lit. b VE) die Kompetenz, Zuständigkeitskonflikte zwischen den obersten Bundesbehörden zu entscheiden. Zweierlei ist denkbar: Mehrere Behörden betrachten sich als zuständig oder umgekehrt verneinen ihre Zuständigkeit (positiver bzw. negativer Kompetenzkonflikt). In diesen Fällen nimmt die Bundesversammlung die verbindliche Zuweisung vor, und zwar auch dann, wenn sie selbst Konfliktpartei ist. In letzterer Konstellation gilt ihre erste Zuständigkeitserklärung nicht als Konfliktentscheid; sie hat vielmehr in einem gesonderten Verfahren den Zuständigkeitskonflikt zu klären und zu entscheiden. Die Zuständigkeit nach lit. i ist subsidiärer Art. Wo durch Gesetz andere Regelungen zur Bewältigung von Kompetenzkonflikten vorgenommen werden, geniessen diese Vorrang.

*Absatz 1 lit. k* weist der Bundesversammlung zu, Begnadigungen auszusprechen und über Amnestie zu entscheiden. Die Amnestie bedeutet den Verzicht auf Strafverfolgung oder Strafvollzug einer Vielzahl von Personen gegenüber. Sie liegt in der umfassenden Kompetenz des Bundes und kann auf das gesamte Bundesstrafrecht Anwendung finden. Die Begnadigung dagegen ist der Verzicht auf den Vollzug einer Strafe, die über eine (bestimmte) Person verhängt worden ist. Die Begnadigung fällt (aufgrund des Strafgesetzbuches, SR 311) nur in die Zuständigkeit der Bundesversammlung, wo Bundesbehörden geurteilt haben; ist das Urteil durch eine kantonale Behörde ergangen, sind die Kantone zuständig. Über die Amnestie befinden beide Räte getrennt; demgegenüber ist für die Begnadigung die Vereinigte Bundesversammlung zuständig (vgl. Art. 92 BV, Art. 135 Abs. 1 lit. c VE).

Nach *Absatz 2* nimmt die Bundesversammlung all jene Bundeskompetenzen wahr, die nicht einer anderen Bundesbehörde zugewiesen sind. Absatz 2 darf aber nicht als generelle Vermutung zugunsten der Zuständigkeit der Bundesversammlung verstanden werden. Die zuständige Behörde ist durch Auslegung der Verfassung zu ermitteln. Herausragende Bedeutung erlangt dabei der Verfassungsgrundsatz der Gewaltenteilung.

*Absatz 3* unterstreicht, dass die Aufzählung der Zuständigkeiten der Bundesversammlung nicht eine abschliessende ist (vgl. auch den Ingress von Art. 85 BV). Weitere Verfassungsnormen begründen punktuelle Kompetenzen (z.B. Art. 16 Abs. 4 BV, Art. 37 Abs. 2 Satz 2 VE; Art. 37 Abs. 2 BV, Art. 59 Abs. 3 VE; Art. 114bis Abs. 4 BV, Art. 164 Abs. 2 VE) oder stellen es der Bundesgesetzgebung anheim, Kompetenzen der Bundesversammlung zu aktivieren (z.B. Art. 85 Ziff. 4 Abs. 2 BV, Art. 145 Abs. 2 VE; Art. 113 Abs. 2 BV, Art. 163 Abs. 2 VE). Durch Gesetz können der Bundesversammlung grundsätzlich auch andere als rechtsetzende Kompetenzen übertragen werden, die eine eminente politische Dimension aufweisen oder sonstwie von grosser Tragweite sind. Bei diesen Kompetenzeinzetzungen durch Gesetz ist jedoch die gewaltenteilige Grundordnung der Bundesverfassung zu beachten. Das Parlament muss die verfassungsrechtlich angestammten Kernfunktionen der anderen Staatsorgane

respektieren (vgl. die Ausführungen zu Art. 126 Abs. 1 VE, sowie vorstehend zu Absatz 2).

Art. 147 VE fasst in der Art einer Auffangbestimmung Art. 84 BV sowie den Ingress und die Ziffern 1, 5 - 9 und 13 von Art. 85 BV sowie Art. 121 Abs. 3 und 4 BV zusammen und redigiert diese neu. Nicht mehr ausdrücklich erwähnt wird der Parlamentsvorbehalt betreffend die Besoldung und Entschädigung der Mitglieder der Bundesbehörden und der Bundeskanzlei (Art. 85 Ziff. 3 BV). Diese Kompetenz ist Ausfluss der Organisationsgewalt der Bundesversammlung, somit in Absatz 1 lit. h mitenthalten. Wird dies nicht als ausreichend erachtet, müsste der Wortlaut von Absatz 1 lit. h entsprechend ergänzt werden. Art. 85 Ziff. 12 BV, der die Bundesversammlung als zuständig für "Beschwerden gegen Entscheidungen des Bundesrates über Administrativstreitigkeiten (Art. 113)" erklärt, hat keinen Eingang in den Entwurf gefunden. Die ursprünglich bedeutungsvolle Rechtspflegekompetenz hat aufgrund weitgehender gesetzlicher Zuweisung der Staatsrechtspflege an das Bundesgericht an Bedeutung eingebüsst. Überdies behält das Verfassungsrecht die Regelung der Zuständigkeit der Gesetzgebung vor (vgl. Art. 113 Abs. 2 BV, Art. 163 Abs. 2 VE), und das Verwaltungsverfahrensgesetz (SR 172.021) bezeichnet die Fälle, gegen die bei der Bundesversammlung Beschwerde erhoben werden kann. Ein Verzicht auf eine ausdrückliche Nennung dieser Zuständigkeit im Kompetenzkatalog der Bundesversammlung erscheint daher als vertretbar. Art. 85 Ziff. 14 BV wird ebenfalls nicht mehr im Titel Zuständigkeiten erwähnt. Ziffer 14 ordnet die Revision der Bundesverfassung der Kompetenz der Bundesversammlung zu. Verfassungsrevisionen (Teil- und Totalrevisionen) können wohl durch andere Organe zuhanden der Bundesversammlung vorbereitet werden. Ein Übergehen der Bundesversammlung ist jedoch nicht möglich, etwa durch Einsetzung eines Verfassungsrates an ihrer Stelle. Totalrevision und Teilrevision (sofern es sich nicht um Volksinitiativen in Form des ausgearbeiteten Entwurfs handelt) werden grundsätzlich auf dem Weg der Gesetzgebung vorgenommen. Die Beteiligung der Bundesversammlung bei der Revision der BV ergibt sich aus den einschlägigen Verfassungsbestimmungen (vgl. Art. 167 ff. VE). Art. 147 Abs. 1 lit. c VE hält ausdrücklich fest, dass die Bundesversammlung ermächtigt ist, auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit nicht-referendumpflichtige allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse zu erlassen. Diese Kompetenz ist heute zwar nicht ausdrücklich in der Bundesverfassung erwähnt, ergibt sich nach herrschender Lehre und Praxis jedoch implizit (vgl. oben). Die Zuständigkeit der Bundesversammlung, über die Gültigkeit einer Volksinitiative zu entscheiden (Abs. 1 lit. g), ergibt sich, wenn Fragen der Einheit der Materie bzw. der Form einer Volksinitiative betroffen sind, aus Art. 121 Abs. 3 und 4 BV sowie aus Art. 75 Abs. 1 Bundesgesetz über die politischen Rechte [SR 161.1] und Art. 24 Abs. 1 Geschäftsverkehrsgesetz [SR 171.11]). Soweit der Inhalt einer Volksinitiative ihre Gültigkeit in Frage stellt, schweigt das geschriebene Recht über die Zuständigkeit; die Staatspraxis erachtet jedoch auch in diesen Fällen die Bundesversammlung als kompetent (vgl. BBl 1994 III 1486; ferner Luzius Wildhaber, in Kommentar BV, Art 121/122, Rz. 116).

Im Sinne einer Neuerung könnte die Gewährleistung der Kantonsverfassungen (Abs. 1 lit. e) in die Zuständigkeit des Bundesrates gelegt werden; die Bundesversammlung käme lediglich dann zum Zuge, wenn der Bundesrat die Gewährleistung verweigert oder ein Kanton Einsprache erhebt. Das Parlament würde in all jenen zahlreichen Fällen entlastet, in denen die Gewährleistung nicht umstritten ist (vgl. auch hinten bei Art. 160 VE).

### **3. Kapitel: Bundesrat und Bundesverwaltung**

#### **1. Abschnitt: Organisation und Verfahren**

##### **Art. 148 Bundesrat**

Art. 148 VE entspricht Art. 95 und 102 Ziff. 8 BV.

*Absatz 1* setzt den Bundesrat als oberste leitende und vollziehende Behörde und damit als Regierung des Bundes ein. Zwar ist die Ausübung der Regierungsfunktionen nicht eine exklusive Kompetenz des Bundesrates; insbesondere die Bundesversammlung nimmt ebenfalls Regierungsfunktionen wahr. Der Hauptteil der Regierungsfunktionen ist jedoch dem Bundesrat überbunden. Wegen seiner Offenheit kann der Begriff der Regierung (als Funktion) nicht präzise definiert und abgegrenzt werden. Er umfasst namentlich folgende Obliegenheiten (vgl. dazu Art. 2 ff., Art. 8 Verwaltungsorganisationsgesetz [SR 172.010], Art. 6 ff. Entwurf des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes): Verfolgen der Entwicklung in Staat und Gesellschaft, im In- und Ausland; laufendes Beurteilen der Lage; Bestimmen der Regierungspolitik, indem Ziele und Strategien (insbesondere Prioritäten) festgelegt werden; Durchsetzen der Regierungspolitik; Berufen geeigneter Führungskräfte (Wahlen); Repräsentieren des Staates nach innen und nach aussen; Pflegen der Kommunikation mit der Öffentlichkeit; Hinwirken auf die staatliche Einheit und den Zusammenhalt des Landes.

Absatz 1 markiert die beiden Schwerpunkte des Regierungskollegiums: Als staatsleitendes Organ ergreift der Bundesrat Initiative, wo es die Lage des Staates erfordert, er geht voran, handelt kreativ, vorausschauend und zukunftsgerichtet. In seinen staatsleitenden Aktivitäten ist der Bundesrat allerdings nicht allein handelndes Organ. Ausserhalb seines Kompetenzbereichs ist er auf die Mitwirkung anderer Organe oder des Volkes angewiesen. Er trachtet danach, Impulse zu vermitteln und Entscheide zu erwirken. Der Begriff der obersten vollziehenden Behörde spricht den Bundesrat in seiner Eigenschaft als Spitze der Verwaltung an. Die Verfassung geht damit von einer hierarchisch strukturierten Einheit der Verwaltung aus, an deren Spitze das Regierungsorgan steht. Bezogen auf die Multifunktionalität, Vielgestaltigkeit und das Ausmass, das die heutige Verwaltungsorganisation in der Staatspraxis angenommen hat, ergibt sich daraus, dass der Bundesrat für eine überdachende Verwaltungsführung zuständig ist und dafür die zweckmässigen Führungsinstrumentarien und -prozesse einzusetzen hat (vgl. dazu auch Art. 152 VE).

Die Verfassung legt dem Aufbau der Behördenorganisation zwar die Gewaltenteilung zugrunde, jedoch nicht als fixes Dogma. Im Gegensatz zur konsequenten organisatorischen und personellen Teilung der Gewalten nimmt die Bundesverfassung keine starre Trennung von Funktionen vor. Damit sind insbesondere Bundesversammlung und Bundesrat zu dauernder, ständig von neuem zu suchender Zusammenarbeit aufgerufen. Die Parlamentssuprematie (vgl. Art. 126 Abs. 1 VE, Art. 71 BV) ist begrenzt auf Letztentscheide der Gesetzgebung und des Finanzhaushalts sowie auf die parlamentarische Oberaufsicht. Eine alles andere erdrückende, umfassende Parlamentssuprematie stünde in Widerspruch zur gewaltenteiligen Konzeption der Bundesverfassung.

*Absatz 2* ordnet die Vertretung der Schweiz nach aussen ausschliesslich und umfassend dem Bundesrat zu. Der Bundesrat stellt das Staatsoberhaupt dar; er allein gibt gegenüber anderen Staaten und internationalen Organisationen rechtsverbindliche Erklärungen ab (vgl. auch die Ausführungen zu Art. 158 Abs. 1 VE).

Art. 148 VE orientiert sich an Art. 95 und 102 Ziff. 8 BV und redigiert diese neu. In Absatz 1 ist eine Umstellung der Begriffe erfolgt (statt "oberste vollziehende und leitende Behörde" neu "oberste leitende und vollziehende Behörde"). Die Wortfolge entspricht dem Verwaltungsorganisationsgesetz (SR 172.010) und dem Entwurf des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (BBl 1993 III 1222). Absatz 2 ergibt sich aus Art. 102 Ziff. 8 BV. Die Zahl der Mitglieder des Bundesrates wird in Art. 149 Abs. 1 VE geregelt.

#### **Art. 149      Zusammensetzung und Wahl**

Art. 149 VE nimmt Art. 96 BV auf.

Gemäss *Absatz 1* besteht der Bundesrat aus sieben Mitgliedern.

*Absatz 2* legt Wahlorgan, Zeitpunkt der Wahl und Amtsdauer des Bundesrates fest. Dieser wird nach jeder Gesamterneuerung des Nationalrates von der Vereinigten Bundesversammlung auf eine feste Amtsdauer von vier Jahren gewählt (vgl. auch Art. 123 und Art. 145 VE). Es besteht kein Amtszwang; die Wahl in den Bundesrat ist annahmepflichtig. Die Mitglieder des Bundesrates sind wieder wählbar. Ihre Wiederwahl erfolgt nicht stillschweigend; es ist ein neues Wahlverfahren durchzuführen. Bei einer Nichtwiederwahl ist die Bundesversammlung in keiner Weise zur Begründung verpflichtet. Eine Amtszeitbeschränkung (Wiederwahlbegrenzung) besteht nicht.

Die Praxis legt Absatz 2 dahingehend aus, dass sie ein Einzelwahl-Verfahren anwendet (Art. 4 Reglement der Vereinigten Bundesversammlung, SR 171.12). Aufgrund der Forderung, dass jeder Gesamterneuerung des Nationalrates auch die Gesamterneuerung des Bundesrates folgen muss, sind die Amtsperioden von Nationalrat und Bundesrat synchron.

Mit rechtlichen Mitteln kann während der festen Amtsdauer ein Mitglied des Bundesrates nicht zum Rücktritt gezwungen werden. Allerdings geht



aus der Wahlzuständigkeit der Bundesversammlung die Kompetenz zur Amtsenthebung hervor, wenn Voraussetzungen der Wählbarkeit oder der Amtsfähigkeit (z.B. aus gesundheitlichen Gründen) entfallen. Der Verfassungstext lässt offen, ob die Mitglieder des Bundesrates (während der Amtsdauer) ihren Rücktritt erklären und damit aus dem Amt austreten können oder ob sie bei der Bundesversammlung formell ein Rücktrittsgesuch einzureichen haben. Die Praxis hat sich bisher mit der Rücktrittserklärung begnügt.

Gemäss *Absatz 3* darf aus einem Kanton lediglich ein Mitglied des Bundesrates stammen. Das Gesetz schreibt fest, worauf bei der Erhebung der Kantonszugehörigkeit abzustellen ist (Art. 9 Garantiesgesetz, SR 170.21). Im übrigen gelten für die Wahl in den Bundesrat dieselben Wählbarkeitsvoraussetzungen wie für die Wahl in den Nationalrat (vgl. Art. 121 VE).

Art. 149 VE entspricht Art. 96 BV. Die Unvereinbarkeiten werden von Art. 122 VE erfasst. Die Regelung von Art. 96 Abs. 3 BV, wonach auftretende Vakanz bei der nächsten Session der Bundesversammlung für den Rest der Amtsdauer wieder zu besetzen sind, hat keinen Eingang in den Entwurf gefunden. Sie bringt Selbstverständliches zum Ausdruck. Art. 99 BV regelt den materiell unbestrittenen Anspruch der Mitglieder des Bundesrates auf Entlohnung. Die Ausführungsgesetzgebung stützt sich freilich nicht auf Art. 99 BV, sondern auf die Gesetzgebungskompetenz von Art. 85 Ziff. 3 BV (Bundesgesetz über Besoldung und berufliche Vorsorge der Magistratspersonen, SR 172.121). Diese wiederum ergibt sich aus Art. 147 Abs. 1 lit. h VE (vgl. dort), so dass an dieser Stelle auf eine Übernahme von Art. 99 BV verzichtet werden darf.

Redaktionelle Alternative zu Absatz 2: Amtsdauer und Wahlorgan des Bundesrates werden auch an anderer Stelle des Entwurfs geregelt (Art. 123 und 145 VE), so dass im Sinne einer Straffung "von der Bundesversammlung" und "auf die Dauer von vier Jahren" gestrichen werden könnte.

Vermerk: Die Kantonsklausel als Schranke der Wählbarkeit wurde bereits verschiedentlich als inhaltlich überholt angefochten (vgl. zuletzt die vom Nationalrat an der Sondersession im Januar 1995 gutgeheissene parlamentarische Initiative (93.452) betreffend Änderung der Wählbarkeitsvoraussetzungen für den Bundesrat (Kantonsklausel). Je nach Ausgang der Diskussionen in der Bundesversammlung wäre Absatz 3 zu streichen oder zu ändern.

## Art. 150

### Vorsitz

Art. 150 VE entspricht Art. 98 BV.

*Absatz 1* legt in Verbindung mit Absatz 2 fest, dass die schweizerische Bundespräsidentin oder der schweizerische Bundespräsident weder Staatsoberhaupt noch Regierungschefin oder Regierungschef ist. Sie oder er ist nicht mit materiellen Führungsprärogativen ausgestattet, kann weder Regierungsrichtlinien aufstellen noch den Regierungskolleginnen bzw. -kollegen Weisungen erteilen. Gemäss Absatz 1 führt die Bundespräsidentin

oder der Bundespräsident den Vorsitz im Bundesrat. In Verbindung mit dem Kollegialprinzip (vgl. Art. 151 VE), das die sachlich gleichgeordneten Mitglieder des Bundesrates zum Regierungsgremium zusammenfasst, ergibt sich daraus die Rolle eines *primus inter pares*. Das Verwaltungsorganisationsgesetz (SR 172.010; künftig Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz) konkretisiert die Führungsfunktionen der Bundespräsidentin oder des Bundespräsidenten. Danach leitet sie oder er den Bundesrat (Verfahrens- und Geschäftsleitung im Regierungskollegium), fällt Präsidialentscheide (bei Dringlichkeit, mit nachträglicher Genehmigung durch das Kollegium, oder bei untergeordneten Geschäften), repräsentiert nach innen und nach aussen und pflegt die Verbindung mit den Kantonen. Zur Funktion der Vizepräsidentin oder des Vizepräsidenten (Absatz 2) sagt Absatz 1 nichts. Das Gesetz setzt sie oder ihn zur Stellvertretung der Bundespräsidentin oder des Bundespräsidenten ein und ermöglicht auch die Übertragung bestimmter präsidialer Befugnisse (vgl. Art. 24 Verwaltungsorganisationsgesetz [SR 172.010], Art. 26 Entwurf des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes).

Nach Absatz 2 wählt die Vereinigte Bundesversammlung jeweils für ein Jahr aus den Mitgliedern des Bundesrates eine Bundespräsidentin oder einen Bundespräsidenten sowie eine Vizepräsidentin oder einen Vizepräsidenten.

Absatz 3 schliesst eine unmittelbare Wiederwahl von Präsidentin oder Präsident bzw. Vizepräsidentin oder Vizepräsident aus; ebensowenig ist die Wahl der Präsidentin oder des Präsidenten zur Vizepräsidentin oder zum Vizepräsidenten zulässig. Damit errichtet das Verfassungsrecht zum Schutz des Gleichgewichts im Kollegialsystem institutionelle Hürden. Diese sollen die Präsidialmacht in Schranken halten und ihr faktisches Anwachsen bei einer Einzelperson oder einer Kerngruppe des Bundesrates verhindern: Die Wahlpraxis im 20. Jahrhundert (im Gegensatz zu jener des 19. Jahrhunderts) ist dazu übergegangen, das Bundespräsidium nach starrem Rotationsprinzip zu besetzen. Ein verfassungsrechtliche Pflicht dazu besteht nicht. Auch das Erfordernis, im Jahr vor der Ausübung des Präsidentinnen- oder Präsidentenamts das Vizepräsidium zu durchlaufen, ergibt sich nicht aus einer Vorschrift des Verfassungsrechts.

#### Art. 151 Kollegial- und Departementalprinzip

Art. 151 VE entspricht Art. 103 BV.

Absatz 1 knüpft inhaltlich an Art. 148 VE an und verbindet die rechtlich und sachlich gleichgeordneten Mitglieder des Bundesrates zu einem Gesamtorgan. Es bildet einen gemeinschaftlichen Willen und tritt als Einheit (Handlungs- und Verantwortungseinheit) auf. Der Bundesrat ist somit mehr als eine blosser Konferenz der Departementvorsteher, er ist ganzheitlich beratendes und handelndes Regierungsorgan. Aus seiner Mitte heraus entwickelt er die Regierungspolitik (vgl. Art. 154 VE) und stellt die überdachende Verwaltungsführung (vgl. Art. 152 VE) sicher. Verknüpft mit dem Kollegialprinzip ist das Departementalprinzip (vgl. dazu Art. 152 Abs. 2

VE): Die Mitglieder des Bundesrates sind in Personalunion Angehörige des Regierungsorgans und Departementvorsteher. Solchermassen kombiniert, stehen die beiden Prinzipien in einem dauernden, verfassungsrechtlich angelegten Spannungsverhältnis. Das Departementalprinzip hat dabei eigenständige Bedeutung: Es ermöglicht die arbeitsteilige Geschäftserledigung der Exekutive. Angesichts der Aufgabenfülle im Hochleistungsstaat der Gegenwart bildet es nachgerade die notwendige Voraussetzung für ein taugliches Funktionieren des Kollegialsystems. Die Departemente präparieren zuhanden des Kollegiums und führen dessen Beschlüsse aus; den Grossteil der Verwaltungsgeschäfte erledigen sie selbständig. Absatz 1 signalisiert jedoch den normativen Vorrang des Kollegialprinzips sowie die Verpflichtung für jedes Mitglied des Bundesrates, der Mitgliedschaft im Regierungskollegium Vorrang einzuräumen (s. auch Art. 26 Verwaltungsorganisationsgesetz [SR 172.010]).

*Absatz 2* unterstreicht dies mit der Anordnung, Vorbereitung und Vollzug von Bundesratsgeschäften nach Departementen auf die einzelnen Mitglieder zu verteilen. Entscheide zu Kernfragen der Staatsleitung muss der Bundesrat aus kollegialer Gesamtsicht erarbeiten und im Kollegium selbst fällen (vgl. Art. 12 Entwurf des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes; dazu BBl 1993 III 997, 1033 f. und 1069 f.). Dazu gehört ebenfalls sachlich Zweitrangiges, wenn es aufgrund bestimmter Umstände politische Tragweite entwickelt.

*Absatz 3* ermöglicht die Delegation bestimmter Geschäfte zur endgültigen Erledigung an Departemente oder ihnen unterstellte Verwaltungseinheiten. Das Beschwerderecht bleibt gewährleistet; die Bundesgesetzgebung bestimmt die zuständige Beschwerdeinstanz (vgl. Art. 161 Abs. 1 lit. e, 163 Abs. 2 und 164 Abs. 1 VE). Die Ausführungserlasse ordnen die Delegation wie folgt: Nach Art. 61 Abs. 2 Verwaltungsorganisationsgesetz (SR 172.010) bestimmt der Bundesrat die Geschäfte, welche er den Departementen oder ihnen untergeordneten Stellen zur Erledigung delegiert (vgl. dazu die sog. Delegationsverordnung [SR 172.011]). Delegationsnormen finden sich zudem in Spezialgesetzen. Art. 42 Abs. 1 bis Verwaltungsorganisationsgesetz (SR 172.010) hält klärend fest, dass die Obliegenheiten der Bundesverwaltung von Rechts wegen an die Departemente übergehen, soweit es sich um Verfügungen handelt, die nach Organisationsgesetz (SR 173.110) der Verwaltungsgerichtsbeschwerde unterliegen (sog. Delegationsautomatismus). Nach dem Entwurf des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (BBl 1993 III 1222) entscheidet je nach Bedeutung eines Geschäfts entweder der Bundesrat, ein Departement, eine Gruppe oder ein Amt. Der Bundesrat hat durch Verordnung die Entscheidungskompetenzen der verschiedenen Verwaltungseinheiten festzulegen. Grundsätzlich können die übergeordneten Verwaltungseinheiten und der Bundesrat jederzeit einzelne Geschäfte an sich ziehen (zum ganzen vgl. Art 51 Entwurf des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes). Die Staatspraxis lässt der Verfassungspraxis die Delegation in weitem Umfang zu: Der Bundesrat kann grundsätzlich selbst dort delegieren, wo ein Spezialgesetz ihn als Zuständigkeitsträger einsetzt. Eine absolute Schranke bilden seine Obliegenheiten im Kernbereich der Staatsleitung (vgl. oben).

Art. 151 VE lehnt sich eng an Art. 103 BV an und redigiert diesen neu. Art. 100 BV, welcher das Quorum für die Verhandlungen des Bundesrates festlegt, ist auf Gesetzesstufe hinreichend verankert (Art. 14 Verwaltungsorganisationsgesetz [SR 172.010] bzw. Art. 18 Entwurf des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes [BBl 1993 III 1222]). Seine Übernahme in den Entwurf drängt sich daher nicht auf.

## Art. 152 Bundesverwaltung

Art. 152 VE entspricht den Art. 102 Ziff. 12 und 103 Abs. 1 Satz 1 BV.

*Absatz 1 Satz 1* überträgt dem Bundesrat die Leitung der Verwaltung. Damit ist der Bundesrat (als Kollegium) in die Verantwortung genommen für eine überdachende Verwaltungsführung. Der Entwurf des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes enthält eine Reihe von Normen, welche den verfassungsrechtlichen Auftrag zur Verwaltungsführung zeitgemäss ausrichten (z.B. Führung durch Zielvorgaben, Leistungsbeurteilung, stufengerechte Entscheidungskompetenzen, erweiterter Handlungsspielraum für Verwaltungseinheiten mit primär betrieblichen oder Dienstleistungsfunktionen).

*Absatz 1 Satz 2* liefert die Verfassungsgrundlage für die Organisation der Bundesverwaltung, an deren Spitze der Bundesrat steht. Er kann als Vorbehalt der Organisationsgewalt des Bundesrates herangezogen werden, obwohl die Bundesverfassung im Bereich der Exekutive keine Organisationsgewalt kennt, die exklusives Hausgut der Regierung wäre. Die zweckmässige Organisation obliegt dem Bundesrat, soweit sie nicht der Gesetzgeber vorgenommen hat (vgl. dazu die Ausführungen zu Art. 147 Abs. 1 lit. h VE). In diesem Sinn und Geist legt der Entwurf des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (BBl 1993 III 1222) die organisatorischen Leitlinien fest und überträgt dem Bundesrat, was der hohen Flexibilität zugänglich bleiben muss.

Der Bundesrat trägt ebenfalls die Verantwortung für die zielgerichtete Erfüllung der Aufgaben. Er hat dafür zu sorgen, dass die Tätigkeiten der Verwaltung nach den Grundsätzen der Rechtmässigkeit, Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit ausgeführt werden. Ihm obliegt, die Einrichtung geeigneter Führungsinstrumente und -prozesse zu überwachen, die der Breite und Multifunktionalität der heutigen Bundesverwaltung gerecht werden.

*Absatz 2* fordert die Gliederung der Bundesverwaltung in Departemente. Jedes Mitglied des Bundesrates steht zugleich monokratisch (mindestens) einem Departement vor. Minister ohne Portefeuille kennt die Verfassung demnach nicht.

Gleichzeitig Angehörige des Kollegiums und Departementvorsteher, befinden sich die Regierungsmitglieder in einer Doppelstellung. Die Verantwortlichkeit gabelt sich entsprechend: Der Bundesrat als Gesamtorgan ist verantwortlich für die Wahrnehmung der Kollegiumsobligationen; seine Mitglieder haben dafür ungeteilt und solidarisch einzustehen. Je einzeln trifft sie die politische Verantwortlichkeit für die Führung ihres Departements.



*Absatz 3* ermächtigt den Gesetzgeber, Aufgaben des Bundes aus der departemental gegliederten allgemeinen Verwaltung auszugliedern. Er erlaubt somit, spezifische Verwaltungseinheiten mit einem höheren Grad der Eigenständigkeit auszustatten, Verwaltungseinheiten auszugliedern und die Erfüllung von Staatsaufgaben an gemischtwirtschaftliche oder privatrechtliche Organisationen zu übertragen (vgl. auch Art. 42 Abs. 2 Verwaltungsorganisationsgesetz [SR 172.010] sowie Art. 2 Abs. 4 Entwurf des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes [BBl 1993 III 1222]). Vorbehalten bleibt in jedem Fall, dass der Bundesrat als oberste leitende und vollziehende Behörde des Bundes Übersicht und lenkende Möglichkeiten behält (Art. 161 Abs. 1 lit. b VE).

Art. 152 VE lehnt sich an Art. 102 Ziff. 12 und Art. 103 Abs. 1 BV an, redigiert diese Bestimmungen neu und fasst sie in eine einzige zusammen. Absatz 3 findet sich im gegenwärtigen Verfassungstext nicht explizit. Der in Art. 104 BV geregelte Beizug von Sachverständigen ist auf Gesetzesstufe (Art. 40 Verwaltungsorganisationsgesetz [SR 172.010] sowie Art. 61 Entwurf des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes [BBl 1993 III 1222]) hinreichend verankert; eine spezielle Regelung im Entwurf erübrigt sich.

#### Art. 153 Bundeskanzlei

Art. 153 VE entspricht Art. 105 BV.

*Absatz 1* umreisst Stellung und Funktion der Bundeskanzlei. Sie besorgt nicht nur das Sekretariat des Bundesrates; sie ist vielmehr allgemeine Stabsstelle der Regierung. In dieser Eigenschaft kommen ihr vielfältige Informations-, Planungs-, Präparations-, Organisations-, Koordinations- und Kontrollfunktionen zu, die sie für das Regierungsorgan ausübt. Das Verfassungsrecht schliesst nicht aus, dass der Bundeskanzlei auch andere als Stabsfunktionen übertragen werden können (z.B. Betreuung der politischen Rechte). Ebenso ist der Einsatz weiterer Stabsorgane, die nicht in die Bundeskanzlei eingegliedert sind, zulässig.

Hinsichtlich des Sekretariats der Bundesversammlung hat die Praxis eine materielle Trennung vorgenommen. Die Administrationsaufgaben für die Bundesversammlung und ihre Kommissionen nehmen die Parlamentsdienste wahr. Formell der Bundeskanzlei unterstellt, sind sie für die Erfüllung ihrer Aufgaben von Bundesrat und Bundeskanzlei unabhängig (vgl. Art. 133 VE).

Nach *Absatz 2* steht die Bundeskanzlei unter der Leitung der Bundeskanzlerin oder des Bundeskanzlers. Die Rolle der Vorsteherin oder des Vorstehers der Bundeskanzlei (Bundeskanzlerin oder Bundeskanzler) gegenüber dem Bundesrat wird durch Gesetz (Verwaltungsorganisationsgesetz [SR 172.010], künftige Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz) näher umschrieben: Sie oder er berät und unterstützt die Bundespräsidentin oder den Bundespräsidenten und den Bundesrat. Sie oder er ist gewissermassen die rechte Hand der Bundespräsidentin oder des Bundespräsidenten. Angesichts des jährlichen Wechsels im Bundespräsidium bietet sie oder er

Gewähr für die Kontinuität in der bundesrätlichen Geschäftsführung. Zu ihren oder seinen Funktionen zählen insbesondere Planung und Koordination auf Regierungsebene, Mitwirkung bei Vorbereitung und Durchführung der Verhandlungen des Bundesrates, Vorbereitung der Berichte über die Richtlinien der Regierungspolitik und über die Geschäftsführung, Führungsberatung und Aufsichtsfunktionen, Unterstützung im Verkehr mit der Bundesversammlung, externe und interne Information. Zudem unterstreicht Absatz 2 die Legitimation der Bundeskanzlerin oder des Bundeskanzlers zu einer Unterstützung des Bundesrates, die weit über rein technisch-administrative Belange hinausgeht. Sie oder er wird von der Bundesversammlung auf die Dauer von vier Jahren jeweils gleichzeitig mit den Mitgliedern des Bundesrates gewählt (vgl. auch Art. 123 und 145 VE).

Art. 153 VE entspricht Art. 105 BV und redigiert diesen neu. Art. 105 Abs. 3 und 4 BV treffen Festlegungen, die sich aus anderen Verfassungsbestimmungen ergeben (Aufsicht [Abs. 3]): Art. 102 Ziff. 15 BV; nähere Organisation durch Gesetz [Abs. 4]: Art. 85 Ziff. 1 und 2 BV). Sie sind von Art. 161 Abs. 1 lit. b und 147 Abs. 1 lit. h VE erfasst.

Da Amtsdauer und Wahlorgan der Bundeskanzlerin oder des Bundeskanzlers auch an anderer Stelle des Entwurfs geregelt werden (Art. 123 und 145 VE), könnte im Sinne einer Straffung "von der Bundesversammlung" und "auf die Dauer von vier Jahren" gestrichen werden.

## 2. Abschnitt: Zuständigkeit

### Art. 154 Regierungspolitik

Art. 154 VE entspricht Art. 102 BV, insbesondere dessen Ziffer 1.

*Absatz 1* überträgt dem Bundesrat die Festlegung seiner Regierungspolitik sowie die Planung und Koordination der staatlichen Tätigkeiten. Er knüpft an Art. 148 Abs. 1 VE an: Der Bundesrat ist die oberste leitende, vollziehende Behörde des Bundes.

Die Obliegenheit des Bundesrates zur Festlegung seiner Regierungspolitik ergibt sich aus seiner verfassungsrechtlichen Stellung; sie findet sich bereits im durch Gesetz (vgl. Art. 3 Verwaltungsorganisationsgesetz [SR 172.010]) näher ausgestalteten Art. 102 Ziff. 1 BV. Danach leitet der Bundesrat die eidgenössischen Angelegenheiten. Der Leitungsbegriff entspricht jenem von Art. 95 BV bzw. Art. 148 Abs. 1 VE und schafft die generalisierte Kompetenz zur Wahrnehmung der Regierungsfunktionen. Die Leitung hat sich im Rahmen der Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse zu halten. Bei der Ausübung seiner Leitungsfunktionen muss somit der Bundesrat diese Rechtsakte beachten. Die Auflage ist Beachtungsgebot, nicht aber Handlungsverbot; sie verbietet dem Bundesrat nicht, ohne ausdrückliche Abstützung auf Bundesgesetze oder Bundesbeschlüsse aktiv zu werden. Gerade die Leitungsfunktion kann durch die Gesetzgebung nicht in voller Tragweite (z.B. in zeitlicher oder thematischer Hinsicht) erfasst werden. Soll sie wirksam wahrgenommen werden, beansprucht sie weitere Dimensionen. Zu den Regierungsobliegenheiten zählen das Verwaltungsorga-

nisationsgesetz (SR 172.010) wie auch der Entwurf des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes insbesondere: periodische Planung (Richtlinien der Regierungspolitik) und deren Umsetzung, laufende Lagebeurteilungen, Zielvorgaben, Koordination auf der Regierungsebene.

*Absatz 2* sieht eine Informationspflicht des Bundesrates über seine Tätigkeit vor, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen. Bereits heute müssen Regierung und Verwaltung die Öffentlichkeit über Ziele, Entscheidungsgrundlagen und Ergebnisse ihres Handelns informieren (vgl. Art. 8 Verwaltungsorganisationsgesetz [SR 172.010]). Die Information soll zeitgerecht und umfassend erfolgen. Die gewählte Formulierung gibt dem Bundesrat das Mandat, Transparenz über seine Tätigkeit zu schaffen, und trägt der wachsenden Bedeutung der Information Rechnung.

Art. 154 Abs. 1 VE orientiert sich an Art. 102 BV, insbesondere an dessen Ziffer 1. Im Sinne einer Verdeutlichung führt er den Gehalt von Art. 3 Verwaltungsorganisationsgesetz (SR 172.010) in den Entwurf über. Sein Wortlaut lehnt sich eng an die nationalrätliche Fassung von Art. 6 Entwurf des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (BBl 1993 III 1222) an. Art. 154 Abs. 2 VE entspricht der Formulierung von Art. 97 Bst. h des Verfassungsentwurfs 1977.

#### **Art. 155 Vorbereitung der Parlamentsgeschäfte**

Art. 155 VE entspricht Art. 101 sowie Art. 102 Ziff. 4 und 5 BV.

*Absatz 1* regelt als Grundsatzbestimmung das Vernehmlassungsverfahren. In diversen Bereichen des geltenden Verfassungsrechts sind die Kantone (und z.T. die zuständigen Organisationen) vor Erlass der Ausführungsgesetzgebung anzuhören (Art. 22bis, 27ter, 27quater, 27quinquies, 32, 34ter, 34sexies, 45bis BV). Ein generelles Anhörungsrecht fehlt indessen in der heutigen Bundesverfassung. Die Einzelheiten des Vernehmlassungsverfahrens sind in der Verordnung vom 17. Juni 1991 über das Vernehmlassungsverfahren (SR 172.062) geregelt.

Mit der Ausgestaltung von Absatz 1 als Grundsatzbestimmung fällt das bisher von der Bundesverfassung punktuell garantierte Anhörungsrecht dahin. Das Anhörungsrecht gilt zwar nicht ausnahmslos, aber in der Regel. Insbesondere muss eine Straffung des Vernehmlassungsverfahrens möglich bleiben und allenfalls auch dessen Anwendungsbereich durch eine Beschränkung der Anzahl der Konsultationen und des Adressatenkreises re-dimensioniert und verwesentlich werden können.

Die nähere Ausgestaltung des Vernehmlassungsverfahrens, insbesondere das bisherige garantierte Anhörungsrecht, wird durch die Gesetzgebung erfolgen.

Gemäss *Absatz 2* legt der Bundesrat der Bundesversammlung Anträge zu Verfassungsänderungen, Bundesgesetzen und Bundesbeschlüssen vor. Diese Kompetenz gehört in der Verfassungswirklichkeit zu den unser Regierungssystem prägenden Kernnormen. Der Regierung eröffnet sich damit die

breite und umfassende Mitwirkung bei der Rechtsetzung. Sie kann aus eigenem Antrieb oder auf parlamentarischen Auftrag hin (Motion, Postulat; Art. 22 f. Geschäftsverkehrsgesetz [SR 171.11]) der Bundesversammlung Erlass- und Beschlussesentwürfe unterbreiten.

Die Vorbereitung eines Gesetzgebungsprojekts spielt sich schergewichtig in der Verwaltung ab. Regierungsaufgabe bleibt jedoch, der Verwaltung für die Vorbereitung eines Entwurfs die inhaltlichen Ziele und den Rahmen vorzugeben sowie während der Ausarbeitung des Projekts wichtige Zwischenentscheide zu fällen.

Die Vorbereitung der Rechtsetzung liegt freilich nicht ausschliesslich in der Kompetenz des Bundesrates (vgl. z.B. die parlamentarische Initiative); umgekehrt ist die Realisierung von Gesetzgebungsprojekten ohne irgendwelchen Einbezug des Bundesrates weder rechtlich (Art. 21quater Abs. 4 und Art. 65bis ff. Geschäftsverkehrsgesetz [SR 171.11]) noch faktisch-politisch möglich.

Begutachtungen des Bundesrates für die Bundesversammlung oder für die Kantone (vgl. Art. 102 Ziff. 4 BV) sind in der Praxis in erster Linie bei der Stellungnahme zu parlamentarischen Initiativen und bei der Vorlage von Botschaften zu Volksinitiativen von Bedeutung. Die Staatspraxis lässt den Bundesrat zur Stellungnahme in allen belangvollen Parlamentsgeschäften zu. Gutachten zuhanden der Kantone sind in der Praxis seltener und laufen gewöhnlich als informelle Konsultationen ab.

*Absatz 3* verschafft den Regierungsmitgliedern sowie der Bundeskanzlerin oder dem Bundeskanzler Zutritt zu den Parlamentsverhandlungen und räumt ihnen Rede- und Antragsrechte ein. Auf diese Weise können sich die beiden Gewalten im direkten Dialog begegnen und zusammenwirken. Mit der Berechtigung, den Verhandlungen der Bundesversammlung beizuwohnen geht die Verpflichtung einher, an diesen Verhandlungen teilzunehmen. Wieviele und welche Mitglieder des Bundesrates an den Verhandlungen anwesend sind, lässt die Verfassung offen. Die Einzelheiten werden durch Art. 65bis ff. Geschäftsverkehrsgesetz (SR 171.11) einlässlich geregelt.

Das hier angesprochene Antragsrecht ist zu unterscheiden vom Vorschlags- oder Initiativrecht des Bundesratskollegiums, wie es in Absatz 2 bzw. Art. 102 Ziff. 4 BV verankert ist. Es berechtigt nicht zum Einbringen neuer Themata bei den Verhandlungen der Bundesversammlung, sondern bezieht sich bloss auf Interventionen in bereits hängigen Vorlagen. Es steht den einzelnen Mitgliedern des Bundesrates zu und gibt ihnen die Möglichkeit, in Parlamentsdebatten situativ auf den Verhandlungsverlauf einzugehen und neue Lösungsvorschläge einzubringen. Bei der Ausübung des formell eigenständigen Antragsrechts sind die Mitglieder des Bundesrates gleichwohl in das Kollegialprinzip eingebunden: Ihre Anträge dürfen dem Willen des Kollegiums nicht zuwiderlaufen, sie sollen dem Sinn und Geist der Kollegiumsauffassung folgen.

Art. 155 VE entspricht Art. 101 sowie Art. 102 Ziff. 4 und 5 BV. Absatz 1 ist mit Art. 68 Abs. 1 des Verfassungsentwurfs 1977 und mit Art. 68



Abs. 1 der Modell-Studie identisch; er entspricht einer Verbindung von Art. 69 Abs. 1 des Verfassungsentwurfs 1977 mit Art. 64 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Bern. (Uebernommen wurde von der Verfassung des Kantons Bern die Ausdehnung über die Gesetzgebung hinaus auf weitere Vorhaben von grosser Tragweite.) Die Ersetzung der in der geltenden Verfassung punktuell gewährleisteten Anhörungsrechte durch eine allgemeine Bestimmung rechtfertigt sich vor allem aus folgenden Gründen: Einerseits kann die Rechtsetzung nicht ohne Rücksichtnahme auf soziale, wirtschaftliche und politische Gegebenheiten erfolgen, andererseits stellt der Versuch, einen Konsens über das zu setzende Recht zu erzielen, einen wichtigen Schritt im Hinblick auf eine gute Rechtsetzung dar. Das Vernehmlassungsverfahren ist demnach aus der praktischen Politik nicht mehr wegzudenken. Die Rede- und Antragsrechte der Bundeskanzlerin oder des Bundeskanzlers sind nicht explizit in der geltenden Bundesverfassung enthalten; nach Art. 65quater Geschäftsverkehrsgesetz (SR 171.11) vertritt jedoch sie oder er die Geschäfte der Bundeskanzlei sowohl in den parlamentarischen Kommissionen als auch in den Ratsverhandlungen.

Übergang von der BV zum VE: Die bisher von der Bundesverfassung punktuell garantierten Anhörungsrechte (vgl. Absatz 1) müssen künftig auf Gesetzesstufe verankert werden.

#### Art. 156      Rechtssetzung und Vollzug

Art. 156 VE entspricht Art. 102 Ziff. 4 und 5 BV.

*Absatz 1* verschafft dem Bundesrat die Kompetenz, im Rahmen verfassungsrechtlicher oder gesetzlicher Ermächtigungen Verordnungsrecht zu erlassen. Allgemein geht es um die Befugnis des Bundesrates, rechtsetzende Bestimmungen zu verabschieden. Nach ihrer Rechtsgrundlage lassen sich selbständige (verfassungsunmittelbare) und unselbständige Verordnungen unterscheiden; je nachdem, ob sie sich direkt auf die Verfassung (vgl. z.B. Art. 36sexies Abs. 2 BV, Art. 61 Abs. 2 VE) stützen oder - in der Praxis absolut vorherrschend - auf einer Delegationsklausel in einem Bundesgesetz oder einem allgemeinverbindlichen Bundesbeschluss (bzw. im Fall der Subdelegation auf übergeordnetem Verordnungsrecht) gründen. Zu den selbständigen Verordnungen des Bundesrates sind insbesondere auch Vollziehungs- und Verwaltungsverordnungen (dazu nachfolgend Absatz 2) und Verordnungen zum Schutz der inneren und äusseren Sicherheit zu zählen (Art. 159 Abs. 3 VE). Weitaus häufiger sind jedoch Gesetzesbestimmungen, mit denen der Gesetzgeber den Bundesrat zum Erlass rechtsetzender über blosses Vollziehen hinausgehender Bestimmungen ermächtigt, der Exekutive gewissermassen die Kompetenz erteilt, statt seiner gesetzgebend tätig zu werden (zu den nach der Staatspraxis und der Rechtsprechung des Bundesgerichts bei der Gesetzesdelegation zu beachtenden Erfordernissen vgl. unsere Ausführungen zu Art. 141 Abs. 2 VE).

*Absatz 2 Satz 1* überträgt dem Bundesrat die Zuständigkeit für den Vollzug von Gesetzen, Beschlüssen der Bundesversammlung und Gerichtsurteilen. Vollzug umfasst zunächst die nicht-richterliche Rechtsanwendung (Ableiten

der individuell-konkreten Anweisung aus einem generell-abstrakten Rechtssatz), aber auch weitere staatliche Tätigkeiten, die sich nicht in blosser Rechtsanwendung erschöpfen (Realakte, Ermessensgebrauch, Vollzugsrechtsetzung, kooperierend-informelles Verwaltungshandeln). Bei Gerichtsurteilen bedeutet Vollziehen die Vollstreckung i.S. der Durchsetzung des Richterspruchs. Die Vollstreckung bundesgerichtlicher Urteile wird durch Gesetz (Organisationsgesetz, SR 173.110) weitgehend den Kantonen überbunden. Bei mangelhafter Vollstreckung bleibt die Beschwerde an den Bundesrat möglich. Der Bundesrat könnte diesfalls auch im Wege der Bundesaufsicht gestützt auf Art. 102 Ziff. 2 BV (vgl. bei Art. 160 VE) von sich aus einschreiten. In speziellen Rechtsgebieten (dem Schuldbetreibungs- und Konkursrecht) amtet das Bundesgericht als Beschwerdeinstanz.

*Absatz 2 Satz 2* beauftragt den Bundesrat mit dem Erlass der erforderlichen Vollzugsbestimmungen und bildet damit die verfassungsrechtliche Grundlage für den Erlass von Vollziehungs- und Verwaltungsverordnungen. Dieser Verordnungstypus bezweckt, Recht der Gesetzesebene anwendungstauglich zu machen, d.h. in einer für dessen Ausführung notwendigen Dichte zu detaillieren, und dadurch Rechtssicherheit und Gleichheit im Vollzug zu stützen. Er bildet eine präzisierende Zwischenstufe zwischen Gesetz (generell-abstrakt) und Einzelakt (individuell-konkret). Die Vollziehungsverordnung richtet sich an die Allgemeinheit. Demgegenüber entfaltet die Verwaltungsverordnung nur verwaltungsinterne Wirkung, ist Weisung für die Verwaltungsbehörden. Im modernen Hochleistungsstaat umfasst die Vollzugskompetenz des Bundesrates ebenso die Erfolgskontrolle und Wirkungsanalyse der angewendeten Vollzugsmassnahmen. Soweit ein Erlass darüber schweigt, ist in der Vollzugszuständigkeit auch das Inkraftsetzen von Erlassen enthalten.

Art. 156 Abs. 1 (Satz 1) VE nimmt Art. 102 Ziff. 4 und 5 BV auf und redigiert diese Ziffern neu. Absatz 1 verschafft der im materiellen Verfassungsrecht fest verankerten Kompetenz des Bundesrates zum Erlass rechtsetzender Verordnungen neu eine ausdrückliche Verfassungsgrundlage. Absatz 2 Satz 2 statuiert ausdrücklich die in Art. 102 Ziff. 5 BV stillschweigend mitenthaltene Kompetenz des Bundesrates zum Erlass von Vollziehungsverordnungen. Dagegen hat die in Art. 102 Ziff. 5 BV erwähnte Vollstreckung von Vergleichen oder schiedsrichterlichen Sprüchen unter den Kantonen keinen Eingang in Art. 156 Abs. 2 VE gefunden; sie ist nur noch von historischem Belang.

## Art. 157 Finanzbefugnisse

Art. 157 VE entspricht Art. 102 Ziff. 14 BV.

Er auferlegt dem Bundesrat die Finanzplanung, den Entwurf des Voranschlags (Budget), die Erstellung der Staatsrechnung sowie die Sorge für eine ordnungsgemässe Haushaltsführung. Eine begrenzte Dezentralisierung der Finanzverwaltung für ausgegliederte Organisationsgebilde (z.B. für PTT, SBB, SUVA) ist zulässig, elementare Aufsichts- und Lenkungenfunktionen

jedoch können dem Bundesrat von Verfassungs wegen nicht entzogen werden.

Insbesondere im Finanzbereich findet das enge Zusammenwirken von Bundesrat und Bundesversammlung seinen Ausdruck. Art. 157 VE ist die komplementäre Norm zur Finanzkompetenz der Bundesversammlung (vgl. bei Art. 144 VE). Der Bundesrat initiiert und führt in der Ausgabenpolitik (mit faktischem Gestaltungseffekt für die gesamte Finanzpolitik). Ihm überträgt die Verfassung die Zuständigkeit zur Entwerfung des Voranschlags (Budgets). Verabschiedet wird das Budget durch die Bundesversammlung, formell ohne Bindung an die Anträge des Bundesrates. Auch für die Rechnungslegung ist der Bundesrat verantwortlich: Er hat die Staatsrechnung der Bundesversammlung zur Abnahme vorzulegen. Neben der politikgestaltenden Funktion kann der Bundesrat seine Kompetenz im Finanzbereich ebenso als Instrument der Verwaltungsführung (Mittelzuteilung) einsetzen.

Gesetz (insbesondere Finanzhaushaltsgesetz, SR 611.0) und nachgeordnetes Recht legen die Praxis des Finanzhaushalts weitgehend fest. Neben dem (jährlichen) Budget hat die Praxis das Instrument der mehrjährigen Finanzplanung eingeführt, welches mit der Aufgabenplanung (Richtlinien der Regierungspolitik) verknüpft ist. Damit hat sie den planerischen Anforderungen eines modernen Staates entsprochen. Die mehrjährige Finanzplanung findet Platz im Begriff des Voranschlags gemäss Art. 102 Ziff. 14 BV.

Art 157 VE entspricht Art. 102 Ziff. 14 BV, redigiert die Ziffer neu und verankert das von der Praxis eingeführte Instrument der Finanzplanung ausdrücklich im Verfassungsrecht.

#### Art. 158 Beziehungen zum Ausland

Art. 158 VE entspricht Art. 102 Ziff. 8 BV.

*Absatz 1* gibt dem Bundesrat auf, die auswärtigen Angelegenheiten zu besorgen (zur Vertretung der Schweiz nach aussen vgl. Art. 148 Abs. 2 VE). Als wesentliche Teilgehalte der aussenpolitischen Kompetenz des Bundesrates gelten namentlich: Aushandlung, Abschluss, Unterzeichnung, Ratifikation und Beendigung völkerrechtlicher Verträge; Ausarbeitung und Verabschiedung der Mandate für internationale Konferenzen, Entsendung und Instruktion von Vertretern bei internationalen Organisationen; Aufnahme und Abbruch diplomatischer Beziehungen; einseitige Erklärungen mit rechtlicher (z.B. die Anerkennung von Staaten) oder politischer (z.B. KSZE-Dokumente) Verbindlichkeit; Ergreifen von Sanktionen; Schutz schweizerischer Interessen (insbesondere konsularischer und diplomatischer Schutz); Zurverfügungstellen Guter Dienste. Er bestimmt und koordiniert ferner Gegenstand und Ausrichtung der schweizerischen Aussenpolitik und ist für die Umsetzung besorgt. Die Führung der Aussenpolitik (Lagebeurteilung, Konzeption, Initiierung, Koordination, Information) ist grundsätzlich die Aufgabe des Regierungsorgans. Aufgrund paralleler und überlagerter Zuständigkeiten von Bundesversammlung und Bundesrat sind die beiden Gewalten zwar ausgeprägt zum Zusammenwirken angehalten, doch kommt

dem Bundesrat nach der verfassungsrechtlichen Konzeption der Grossteil der (operationellen) Leitungsfunktionen im Bereich der Aussenpolitik zu (vgl. dazu Art. 143 und 147 Abs. 1 lit. a VE).

*Absatz 1* gestattet in Verbindung mit Art. 156 Abs. 1 VE dem Bundesrat überdies, verfassungsunmittelbare (selbständige) Verordnungen zu erlassen (vgl. dort). Der Inhalt ist grundsätzlich nicht begrenzt auf polizeirechtliche Regelungen, sondern auch für Belange der Aussenpolitik offen.

*Absatz 2* verpflichtet den Bundesrat, völkerrechtliche Verträge grundsätzlich der Bundesversammlung zur Genehmigung zu unterbreiten. Das zeitaufwendige, das Parlament belastende Genehmigungsverfahren muss nach der Staatspraxis nicht für jeden einzelnen Vertrag durchgeführt werden (vgl. dazu bei Art. 143 VE). Die Formulierung von Artikel 158 Absatz 2 VE will die bestehende Behördenpraxis zum Ausdruck bringen. Diese Praxis wird in der gemeinsamen Mitteilung der Direktion für Völkerrecht und des Bundesamtes für Justiz dargelegt, von welcher der Bundesrat am 14.12.1987 zustimmend Kenntnis genommen hat (VPB 51 [1987] Nr. 58 S. 369 ff.). Es wird ausdrücklich anerkannt, dass der Bundesrat in gewissen Fällen zum selbständigen Vertragsabschluss ermächtigt ist. Mehr als 80 % dieser im vereinfachten Verfahren abgeschlossenen Verträge beruhen auf einer Ermächtigungsklausel. Provisorische oder dringliche Verträge sind in der Praxis selten - die meisten Beispiele betreffen Wirtschaftsabkommen -, und das ordentliche parlamentarische Genehmigungsverfahren ist ohnehin vorbehalten. Der Abschluss von Bagatellverträgen wird der Bundesversammlung jährlich im Geschäftsbericht des Bundesrates bekannt gegeben; sie kann dann entscheiden, ob sie diese Information einfach zur Kenntnis nehmen oder ob sie ein ordentliches Genehmigungsverfahren durchführen will. Verweigert sie einem Vertrag die Genehmigung, ist der Bundesrat zur Vertragskündigung verpflichtet. Damit sich aus einer Nichtgenehmigung keine praktischen Probleme ergeben, dürfen Bagatellverträge lediglich dann im vereinfachten Verfahren abgeschlossen werden, wenn sie kurzfristig kündbar sind; dies ist bis Ende 1994 bei insgesamt 22 Verträgen erfolgt.

Sowohl aus dem Begriff des Abschliessens (Abs. 2) als auch aus der Zuständigkeit des Bundesrates zur Führung der auswärtigen Angelegenheiten (Abs. 1) leitet sich überdies die Befugnis des Bundesrates ab, die vorläufige Anwendung völkerrechtlicher Verträge aus Gründen zeitlicher Dringlichkeit zu beschliessen.

Die Subdelegation der Vertragsschlusskompetenz des Bundesrates an Departemente oder Bundesämter ist zulässig; in diesen Fällen finden die vom Bundesgericht für das Landesrecht entwickelten Schranken analoge Anwendung.

Art. 158 VE lehnt sich eng an Art. 102 Ziff. 8 BV an. In Absatz 2, welcher dem Vorschlag der Kommission Aubert entspricht, wird neu die bestehende Praxis verankert, wonach der Bundesrat bestimmte Verträge selbständig abschliessen kann. Ob die ausdrückliche verfassungsrechtliche Verankerung der bestehenden Praxis einem ausländischen Vertragsstaat gegebenenfalls mit Erfolg entgegengehalten werden könnte, muss offen bleiben



(vgl. Art. 46 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge [SR 0.101] sowie BGE 120 Ib 360, Erw. 2); in erster Linie dürfte ihr eine landesrechtliche Klarstellungsfunktion zukommen.

#### Art. 159 Äussere und innere Sicherheit

Art. 159 VE entspricht Art. 102 Ziff. 8, 9, 10 und 11 BV.

*Absatz 1* gibt dem Bundesrat auf, für die äussere Sicherheit, für die Behauptung der Unabhängigkeit und Neutralität der Schweiz zu wachen. Absatz 1 ist wie Art 102 Ziff. 8 und 9 vollumfänglich als konkurrierende Kompetenz zu jener der Bundesversammlung angelegt. Der Bundesrat kann seine Zuständigkeit lediglich ausüben, soweit nicht die Bundesversammlung von ihr Gebrauch gemacht hat (vgl. zu Art. 85 Ziff. 6 BV die Ausführungen bei Art. 147 Abs. 1 lit. a VE).

*Absatz 2* auferlegt dem Bundesrat die Sorge für die innere Sicherheit des Landes. Für den Begriff der "inneren Sicherheit", für die bundesstaatliche Kompetenzausscheidung sowie die Kompetenzverteilung zwischen Bundesrat und Bundesversammlung verweisen wir auf unsere Ausführungen bei Art. 147 Abs. 1 lit. b VE.

*Absatz 3* bildet die Grundlage für verfassungsunmittelbare Verordnungen und Verfügungen des Bundesrates im Bereich der äusseren und der inneren Sicherheit, sofern ausserordentliche Umstände ein solches Vorgehen als geboten erscheinen lassen. In der Lehre wird, einer strengen Auffassung des Legalitätsprinzips folgend, postuliert, dass derartige Verordnungen nur vorübergehender Natur sein dürfen bzw. zu befristen sind. Dies wird in der Regel auch von der Praxis befolgt; gestützt auf Absatz 3 ergangene Verordnungen verlieren mit dem Wegfall der ausserordentlichen Umstände, welche ihren Erlass und Bestand gerechtfertigt haben, ihre verfassungsrechtliche Grundlage, sind somit ausser Kraft zu setzen.

So wenig wie Art. 102 Ziff. 10 BV bietet Absatz 3 eine Verfassungsgrundlage für Notrecht. In ihm liegt keine Ermächtigung an den Bundesrat, im Notstand die Verfassung zu durchbrechen. Solchen Situationen ist mit echtem Notrecht zu begegnen; dieses steht neben dem ordentlichen Verfassungsrecht und bedarf einer eigenen legitimierenden Begründung.

*Absatz 4* erklärt den Bundesrat zuständig, den Einsatz der Armee anzuordnen, sofern die Bundesversammlung nicht tagt. Die Kompetenz des Bundesrates ist subsidiär; Truppenzahl und Aufgebotsdauer machen sie ab einer gewissen Grösse bzw. Dauer zu einer provisorischen (vgl. Art. 147 Abs. 1 lit. d VE). Absatz 4 lässt in Verbindung mit Art. 147 Abs. 1 lit. d VE auch Rückschlüsse auf die Stellung des Generals als Oberbefehlshaber der Armee zu: Er geniesst keine Vorrangstellung gegenüber Bundesrat und Bundesversammlung und ist dem Primat der Politik unterworfen.

Art. 159 VE entspricht Art. 102 Ziff. 8, 9, 10 und 11 und redigiert diese Ziffern neu; Absatz 4 lehnt sich eng an den Wortlaut von Art. 77 Abs. 3 Militärgesetz (BBl 1995 I 666) an. Art. 159 Abs. 3 VE ermächtigt den Bundesrat ausdrücklich zum Erlass verfassungsunmittelbarer Verordnungen

und Verfügungen in den Bereichen der inneren und äusseren Sicherheit, wenn es ausserordentliche Umstände erfordern. Diese Verordnungskompetenz stellt nach herrschender Auffassung materielles Verfassungsrecht dar.

#### Art. 160 Beziehungen zwischen Bund und Kantonen

Art. 160 VE entspricht Art. 102 Ziff. 2, 3, 7, 8 und 13 BV .

*Absatz 1* regelt die Kompetenzen des Bundesrates im Verhältnis zu den Kantonen. Ihm obliegt die Pflege der Beziehungen des Bundes mit den Kantonen. Er ist die Regierung des Bundes (vgl. Art. 148 VE). Als solche repräsentiert er den Bund im offiziellen Verkehr mit den Kantonen. Zudem übt er die Bundesaufsicht über die Kantone aus. Er trägt die Sorge, dass das gesamte Bundesrecht und das interkantonale Recht in den Kantonen eingehalten werden (vgl. Art. 35 Abs. 2 erster Halbsatz VE). Zur Realisierung ergreift er die ihm erforderlich scheinenden Massnahmen (Art. 102 Ziff. 2 BV), von sich aus oder auf Beschwerde hin. Die Kantone haben das Bundesrecht zu respektieren, selbst wenn sie ihre eigenständigen Kompetenzen ausüben. Der Aufsicht des Bundesrates unterliegen alle kantonalen Akte (Rechtssätze, Verfügungen, Entscheidungen, Handlungen, Unterlassungen, etc.). Dem Bundesrat ist insbesondere aufgegeben, über die Garantie der Kantonsverfassungen zu wachen. Er hat sicherzustellen, dass die Kantone um Gewährleistung nachsuchen; nach erfolgter Gewährleistung hat er die Einhaltung von Art. 38 Abs. 1 VE (vgl. dort) durch die Kantone zu beobachten. Soweit die Art. 37 und 39 VE kantonales Verfassungsrecht betreffen, gehört dessen Sicherung ebenfalls zur Verpflichtung von Art. 160 Abs. 1 VE. Der Sicherungsauftrag umfasst das gesamte kantonale Verfassungsrecht.

Nach der Praxis greift die Aufsichtskompetenz des Bundesrates nicht mehr, wo es betroffenen Prozessparteien möglich ist, kantonale Hoheitsakte beim Bundesgericht anzufechten (vgl. auch den Vorbehalt in Art. 102 Abs. 2 BV betreffend die Kompetenzen des Bundesgerichts). Der Bundesrat kann jedoch bei erheblichem öffentlichem Interesse die Bundesaufsicht ausüben, wenn eine Prozesspartei trotz vorhandener rechtlicher Möglichkeit das Bundesgericht nicht anruft oder selbst (in der seltenen Situation), wenn das Bundesgericht zwar mit einer Sache befasst ist, aber gleichwohl zum Schutz des objektiven Bundesrechts aus gegebenem Anlass das Handeln des Bundesrates erforderlich ist. Da die Verletzung interkantonalen Rechts vollumfänglich beim Bundesgericht gerügt werden kann, beschränkt sich die Aufsicht in diesem Gebiet auf die Vollziehung von Bundesgerichtsurteilen.

Bei der Ausübung der Bundesaufsicht besitzt der Bundesrat Ermessen. Verhältnismässigkeitsprinzip, öffentliches Interesse und staatspolitische Gesichtspunkte binden ihn. Die Mittel der Bundesaufsicht reichen in der Staatspraxis von informellen Kontakten über Kreisschreiben, die Genehmigung von Erlassen bis zu Zwangsmassnahmen in Form der Vorenthaltung von Finanzmitteln oder der Ersatzvornahme (die nicht auf eine ausdrückli-

che gesetzliche Grundlage angewiesen ist) (vgl. auch Art. 35 Abs. 2 zweiter Halbsatz VE).

Gemäss *Absatz 2* genehmigt der Bundesrat kantonale Erlasse unterhalb der Verfassungsstufe, wo es die Durchführung des Bundesrechts verlangt. Diese Genehmigung kommt wesensgemäss dort zum Zuge, wo die Kantone Bundesrecht vollziehen. Im Unterschied zu Art. 102 Ziff. 13 erster Halbsatz BV stellt der Wortlaut von Art. 160 Abs. 2 VE klar, dass der Bund nicht frei ist, eine Genehmigungspflicht auch im originären Wirkungskreis der Kantone zu statuieren (zu einem Spezialfall vgl. Art. 42 VE).

*Absatz 3* überträgt dem Bundesrat die Prüfung interkantonalen Verträge und kantonaler Verträge mit dem Ausland. Die Genehmigung von Verträgen steht unter dem Vorbehalt der Kompetenzen der Bundesversammlung (vgl. Art. 147 Abs. 1 lit. e VE). Inhaltlich haben sie den Anforderungen von Art. 34 Abs. 3 bzw. Art. 45 Abs. 2 VE zu entsprechen. Das Genehmigungsverfahren für kantonale Erlasse und interkantonale Verträge ist durch Gesetz geregelt (Art. 7a Verwaltungsorganisationsgesetz, SR 172.010).

Art. 160 VE entspricht Art. 102 Ziff. 2, 3, 7, 8 und 13 BV, fasst diese Ziffern in eine Bestimmung zusammen und gliedert systematisch in Pflege der Beziehungen und Aufsicht (*Absatz 1*) einerseits, in Genehmigung von kantonalen Erlassen (*Absatz 2*) und von Verträgen der Kantone (*Absatz 3*) andererseits.

Im Sinne einer Neuerung könnte ein zusätzlicher *Absatz 4* aufgenommen werden: "Er gewährleistet die Kantonsverfassungen" (vgl. auch die vorgeschlagene Neuerung zu Art. 147 Abs. 1 lit. e VE). Danach würde die Kompetenz zur Gewährleistung in unumstrittenen Fällen, m.a.W. in aller Regel, dem Bundesrat zugewiesen.

## Art. 161 Weitere Aufgaben und Befugnisse

Art. 161 VE entspricht dem Ingress, den Ziffern 2, 3, 6, 11, 15 und 16 von Art. 102 BV sowie Art. 103 Abs. 2 und 3 BV.

Nach *Absatz 1 lit. a* trägt der Bundesrat die Sorge, dass das gesamte Bundesrecht, das interkantonale Recht und kantonales Verfassungsrecht in den Kantonen eingehalten werden; er trifft die erforderlichen Massnahmen. Wegen des engen Bezugs zur Bundesaufsicht über die Kantone kann im weiteren auf die Ausführungen zu Art. 160 Abs. 1 VE verwiesen werden.

Nach *Absatz 1 lit. b* beaufsichtigt der Bundesrat die Bundesverwaltung und die anderen Träger von Aufgaben des Bundes. Damit ist der Bundesrat (als Kollegium) in die Verantwortung genommen für eine überdachende Verwaltungsführung. Seine Stellung als Spitzenorgan der Verwaltung (vgl. Art. 152 VE) muss ihren Ausdruck in der tatsächlich bestimmenden und lenkenden Rolle finden. Er pflegt die ständige und systematische Aufsicht über die Verwaltung. Aufsicht in diesem Sinne geht über eine bloss nachträgliche Kontrolle hinaus: sie umfasst den gesamten Bereich der Verwaltungsführung. Der Bundesrat verfügt dementsprechend über weitreichende

Weisungs-, Kontroll- und Selbsteintrittsrechte. Er übt auch die angemessene Aufsicht aus über ausserhalb der Bundesverwaltung stehende Träger von Verwaltungsaufgaben des Bundes. Er trägt die Verantwortung dafür, dass die Tätigkeiten der Verwaltung nach den Grundsätzen der Rechtmässigkeit, Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit ausgeführt werden (vgl. Art. 4 Verwaltungsorganisationsgesetz [SR 172.010], Art. 3 und 8 Entwurf des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes).

Gemäss *Absatz 1 lit. c* erstattet der Bundesrat der Bundesversammlung regelmässig Bericht über seine Geschäftsführung sowie über den Zustand der Eidgenossenschaft. Lit. c hat demnach zwei Ausrichtungen: Sie dient einerseits der Ausübung der parlamentarischen Oberaufsicht (vgl. Art. 85 Ziff. 11 BV, Art. 146 VE) und ist andererseits Element des staatsleitenden Zusammenwirkens von Bundesrat und Bundesversammlung.

Unter den Berichterstattungen versteht die Staatspraxis primär den jährlichen Geschäftsbericht als Rechenschaftsablage des Bundesrates. Eine formelle Berichterstattung über den "Zustand der Eidgenossenschaft" kennt sie hingegen nicht. Gleichwohl ist die Textpassage als Element des Verfassungsrechts zu verstehen, das die Regierungsfunktion des Bundesrates unterstreicht (vgl. die Ausführungen zu Art. 154 VE, ferner Art. 3 Abs. 1 lit. a Verwaltungsorganisationsgesetz [SR 172.010] sowie Art. 6 Abs. 1 Entwurf des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes). Abs. 1 lit. c enthält damit auch ein zukunftsgerichtetes Element (vgl. auch Art. 102 Ziff. 16 BV: "... Massregeln empfehlen, welche er zur Beförderung ..."). Inhaltlich klingt insbesondere der Bereich der politischen Planung (Richtlinien der Regierungspolitik) an. Gemäss Art. 102 Ziff. 16 BV hat die Berichterstattung des Bundesrates an die Bundesversammlung "jeweilen bei ihrer ordentlichen Sitzung" zu erfolgen. Die Praxis versteht darunter, dass der Bundesrat jährlich zu berichten hat. Die Periodizität ist durch Art. 45 Geschäftsverkehrsgesetz (SR 171.11) hinreichend gewährleistet. Indem Art. 161 Abs. 1 lit. c VE auf einen Termin in der Verfassung verzichtet, ermöglicht er dem Parlament, Rhythmus und Zeitpunkt der Berichterstattung durch eine Änderung des Geschäftsverkehrsgesetzes (SR 171.11) den Erfordernissen anzupassen. Dies entspricht auch der parlamentarischen Initiative der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates zu Art. 102 Ziff. 16 BV (BBl 1995 I 1133, 1161 f.).

*Absatz 1 lit. d* enthält eine Auffangkompetenz des Bundesrates: Er nimmt diejenigen Wahlen vor, die nicht anderen Organen zustehen. Die Verfassung räumt anderen Organen teils direkt Wahlkompetenzen ein (vgl. z.B. Art. 85 Ziff. 4 Abs. 1 BV, Art. 145 VE), teils überträgt sie die Zuordnung auf die Gesetzgebung (vgl. z.B. Art. 85 Ziff. 1 und Ziff. 4 Abs. 2 BV, Art. 145 Abs. 2 VE). Der Bundesrat darf seine Wahlzuständigkeit delegieren; Wahlen für wichtige Positionen behält er allerdings in seiner Hand. Die Berufung geeigneter Führungskräfte für Schlüsselpositionen der Verwaltung gehört zu seinen Regierungsverpflichtungen. Die Gesetzgebung (Beamtenrecht) hat die Materie differenziert geregelt.

*Absatz 1 lit. e* hält fest, dass der Bundesrat Beschwerden behandelt, soweit das Gesetz es vorsieht. Der Bundesrat ist in jenen Bereichen zustän-



dig, die das Gesetz ausdrücklich dem Bundesgericht entzieht (vgl. Art. 163 Abs. 2, aber auch Art. 164 Abs. 1 VE). Diese Zuweisung zwischen Bundesrat und Bundesgericht gilt ebenso, wo bestimmte Geschäfte Departementen oder anderen Verwaltungseinheiten zur Erledigung übertragen sind (Art. 151 Abs. 3 VE; vgl. ferner für den Bereich der Bundesaufsicht die Ausführungen zu Art. 160 Abs. 1 VE).

Das Gesetzesrecht (Verwaltungsverfahrensgesetz [SR 172.021], Organisationsgesetz [SR 173.110], Spezialgesetze) hat die Zuständigkeit des Bundesrates als Rechtspflegeinstanz wie folgt konzipiert: Er entscheidet als letzte Instanz über Beschwerden gegen Verfügungen, die sich auf Bundesverwaltungsrecht stützen, weder der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an die eidgenössischen Gerichte noch der Beschwerde an eidgenössische Rekurskommissionen unterliegen und auch nicht aufgrund eines Bundesgesetzes endgültig sind. Neben Verwaltungsbeschwerden beurteilt der Bundesrat in beschränktem Umfang Beschwerden, die den Charakter staatsrechtlicher Beschwerden aufweisen und nicht durch das Bundesgericht beurteilt werden (Art. 73 Abs. 1 lit. a und b Verwaltungsverfahrensgesetz). Die Beschwerdeentscheide des Bundesrates sind endgültig; eine Ausnahme bilden die seltenen Sonderfälle, die der Beschwerde an die Bundesversammlung unterliegen (Art. 79 Verwaltungsverfahrensgesetz; vgl. die Ausführungen bei Art. 147 VE). Mit der Einführung und der andauernden Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit hat die Verwaltungspflege des Bundesrates (vgl. Art. 114bis BV, Art. 164 Abs. 1 VE) erheblich an Bedeutung eingebüsst. Vor allem das Bedürfnis nach erweitertem Rechtsschutz durch unabhängige, unparteiische Instanzen, aber auch der Entlastung des Bundesrates von Nicht-Regierungsaufgaben, begünstigt den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Der Gesetzgeber kann nach Absatz 2 dem Bundesrat weitere Zuständigkeiten einräumen (vgl. Art. 102 Ingress BV). Die Zuständigkeitsregelung des Entwurfs ist nicht abschliessend. Normen unterhalb der Verfassungsstufe (Bundesgesetze allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse, Verordnungen [bei entsprechender Delegation]) können dem Bundesrat Zuständigkeiten übertragen. Der Bundesrat übt seine Kompetenzen "innert der Schranken der gegenwärtigen Verfassung" aus (vgl. Art. 102 Ingress BV). Verfassungsrechtliche Schranken bilden namentlich das Prinzip der Gewaltenteilung, Festlegungen in anderen Verfassungsbestimmungen oder die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung.

Art. 161 VE erfasst im Sinne einer Auffangbestimmung den Ingress und die Ziffern 2, 3, 6, 11, 15 und 16 von Art. 102 BV sowie Art. 103 Abs. 2 und 3 BV. Er redigiert diese neu. Absatz 1 lit. c lehnt sich eng an den redaktionellen Änderungsvorschlag der parlamentarischen Initiative der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates zu Art. 102 Ziff. 16 BV (BBl 1995 I 1133, 1161 f.) an.

#### 4. Kapitel: Bundesgericht

##### Art. 162 Stellung

Art. 162 VE entspricht Art. 106 Abs. 1, Art. 107 und 109 BV.

Er bestimmt die Einrichtung eines Bundesgerichts zur Ausübung der Rechtspflege in Bereichen des Bundes. Dieses ist als einziges ordentliches und oberstes Gericht des Bundes gleichzeitig für Zivil-, Straf-, Verwaltungs- und Verfassungsfragen zuständig (das Eidgenössische Versicherungsgericht ist eine Abteilung des Bundesgerichts, die allerdings organisatorisch selbständig ist). Das Bundesgericht stellt die dritte Gewalt im Bund dar (Prinzip der Gewaltenteilung). Das Bundesgericht ist jedoch nicht die einzige Rechtsprechungsbehörde auf Bundesebene. Sowohl die Bundesversammlung als auch der Bundesrat üben Rechtsprechungsfunktionen aus. Für besondere Bereiche des Bundesverwaltungsrechts bestehen zudem Spezialverwaltungsgerichte, sogenannte eidgenössische Rekurskommissionen, die in ihrem Bereich die Verwaltungsgerichtsbarkeit in erster Instanz ausüben. Ihre Entscheide können in der Regel mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht weitergezogen werden. Schliesslich sind für den Bereich der Militärstrafrechtspflege die eidgenössischen Militärgerichte zuständig. (Zur richterlichen Unabhängigkeit vgl. Art. 24 VE Gerichtliche Verfahren.)

Art. 162 Abs. 1 VE steht sinngemäss auch in Art. 108 VE 1977 und Art. 124 der Modell-Studie 1985.

Die Berücksichtigung der drei Amtssprachen ist bereits im OG (Art. 1 Abs. 2) hinreichend verankert.

##### Art. 163 Verfassungsgerichtsbarkeit

Art. 163 VE entspricht Art. 113 Abs. 1 und 2 BV sowie der Rechtsprechung des Bundesgerichts.

Er behandelt die Verfassungsgerichtsbarkeit durch das Bundesgericht. Diese Bestimmung verschafft der einzelnen Person den Zugang zu einem unabhängigen Gericht bei behaupteter Verletzung ihrer verfassungsmässigen Rechte wie auch von Konkordaten oder Staatsverträgen. Sie bietet damit Schutz gegen Missbräuche der Staatsmacht. Zudem ermöglicht sie die friedliche Beilegung von Streitigkeiten zwischen öffentlich-rechtlichen Körperschaften (d.h. Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen oder zwischen Kantonen).

Wie Art. 113 BV gewährt Art. 163 VE der einzelnen Person eine verfassungsmässige Rechtsschutz- und Rechtsweggarantie. Diese gilt nicht absolut; gestützt auf Absatz 2 kann der Bundesgesetzgeber den Weg an das Bundesgericht ausschliessen und andere Bundesbehörden zur Streitentscheidung einsetzen. Derartige Einschränkungen müssen jedoch von begrenzter Tragweite bleiben, und der Gesetzgeber darf nicht jegliche Beschwerdemöglichkeit auf Bundesebene nach Erschöpfung des kantonalen Instanzenzugs abschneiden.

Die Anrufung des Verfassungsrichters steht nur offen für bestimmte, genau umgrenzte Rechtsverletzungen. Absatz 1 zählt drei Beschwerdegründe auf:

Gemäss Bst. a kann das Bundesgericht wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte angerufen werden. Weder Verfassung noch Gesetz stellen den Begriff der verfassungsmässigen Rechte klar. Ihre Konkretisierung obliegt demnach dem Bundesgericht. Sie können sich ausdrücklich oder stillschweigend aus der Bundesverfassung oder einer kantonalen Verfassung ergeben, auch aus der EMRK oder einem anderen Staatsvertrag. Den Charakter eines verfassungsmässigen Rechts können einzig Normen erlangen, die den Schutz der Einzelnen bezwecken, nicht jedoch Bestimmungen programmatischer Natur. Man kann die verfassungsmässigen Rechte auch als Rechte umschreiben, welche die oder der Einzelne vor Gericht geltend machen kann, die nicht allein dem Schutz öffentlicher Interessen, sondern den Interessen und Bedürfnissen nach Individualrechtsschutz dienen, und deren Schutz durch den Verfassungsrichter sich infolge ihrer Bedeutung geradezu aufdrängt. Die Norm, deren Verletzung behauptet wird, muss eine hinreichende Bestimmtheit und Klarheit aufweisen, um im Einzelfall Grundlage einer Entscheidung zu bilden, die Individualrechte berührt. Das Bundesgericht urteilt im übrigen auch über Beschwerden von Gemeinden wegen Verletzung ihrer Autonomie, soweit ihnen eine solche gemäss kantonalem Recht zusteht.

Ferner kann Beschwerde wegen Verletzung von Staatsverträgen oder interkantonalen Verträgen geführt werden, jedoch nur, wenn die fragliche Bestimmung unmittelbar Rechte einräumt (Bst. b).

Öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen oder zwischen Kantonen sind gestützt auf Bst. c dem Bundesgericht ebenfalls zur Entscheidung vorzulegen.

Gemäss Absatz 2 kann der Bundesgesetzgeber den politischen Behörden des Bundes oder anderen gerichtlichen Instanzen die Beurteilung bestimmter Streitigkeiten zuweisen, welche nach Absatz 1 an sich in die Zuständigkeit des Bundesgerichts fielen. Die genaue Festlegung ist Sache des Gesetzgebers. Gegenwärtig obliegt in drei Fällen die Entscheidung den politischen Behörden des Bundes: unentgeltliche Ausrüstung der Wehrmänner (Art. 18 Abs. 1 BV), unentgeltlicher und genügender Primarschulunterricht und konfessionelle Neutralität der öffentlichen Schulen (Art. 27 Abs. 2 und 3 BV) sowie schickliche Beerdigung (Art. 53 Abs. 2 BV).

Die Verpflichtung des Richters, Bundesgesetze, allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse und Staatsverträge zu beachten, ergibt sich aus Art. 166 VE.

Art. 163 VE lehnt sich eng an Art. 113 Abs. 1 und 2 BV sowie an Art. 109 Verfassungsentwurf 1977 an.

#### Art. 164 Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichtsbarkeit

Art. 164 VE entspricht Art. 110, 111, 114 und 114bis (ohne Abs. 3) BV.

Er beauftragt den Gesetzgeber, die Zuständigkeit des Bundesgerichts in Zivil- Straf- und Verwaltungssachen sowie in anderen Bereichen des Rechts zu regeln. Art. 164 VE erlaubt damit die Sicherstellung einer einheitlichen Rechtsanwendung in den genannten Bereichen. Er unterstreicht wie bereits Art. 114 BV die bedeutsame Stellung, welche dem Bundesgericht als oberster Beschwerdeinstanz gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide zukommt. Gestützt auf diese Verfassungsgrundlage kann der Gesetzgeber umfassend die Kompetenzen des Bundesgerichts in Zivil- Straf- und Verwaltungssachen regeln und, wie bereits auf Grund von Art. 114 BV erfolgt, das Verfahrensrecht festlegen. Was insbesondere die Verwaltungsgerichtsbarkeit anbelangt, dient diese Bestimmung dazu, den Individualrechtsschutz zu verbessern; öffnet sie den Betroffenen doch den Zugang zu einer verwaltungsunabhängigen Beschwerdeinstanz. Überdies bietet die Bestimmung Gewähr für eine richtige Anwendung des Verwaltungsrechts durch die damit befassten Behörden.

Absatz 2 räumt den Kantonen das Recht ein, der Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes Streitigkeiten aus dem kantonalen Verwaltungsrecht zur Beurteilung zuzuweisen. Vorbehalten ist jedoch die Zustimmung der Bundesversammlung, welche konstitutiv wirkt. Einen Rechtsanspruch auf Gewährung der Zustimmung haben die Kantone nicht. Absatz 2 könnte gestrichen und die Frage auf Gesetzesebene geregelt werden.

Der Wortlaut von Art. 164 orientiert sich an Art. 110 VE 1977.

#### **Art. 165 Bundesassisen**

Art. 165 VE entspricht Art. 112 BV.

In die Zuständigkeit des Bundesgerichts (Bundesassisen) fällt danach die Beurteilung von Straftaten, welche die Sicherheit des Landes, die Beziehungen zum Ausland, den Schutz der Interessen des Bundesstaates oder die Integrität der Organe der Bundesverwaltung betreffen. Die Bundesassisen werden dabei von einer Geschworenenbank unterstützt, die sich über die Schuldfrage ausspricht. Die Verfassung gewährleistet der oder dem Angeklagten das Recht, dass in den Fällen von Art. 165 Bst. a - c VE das Bundesgericht mit Zuziehung von Geschworenen entscheidet. Da Art. 165 VE die Delikte, zu deren Beurteilung die Bundesassisen zuständig sind, lediglich in den Grundzügen umschreibt, obliegt dem Gesetzgeber die nähere Bestimmung (vgl. die Auflistung in Art. 341 StGB [SR 311.0]).

Art. 165 VE nimmt im wesentlichen den Wortlaut von Art. 112 BV auf. Die Terminologie von lit. b lehnt sich an die Art. 296 ff. StGB (SR 311.0) an.

Verfahren vor den Bundesassisen sind ausserordentlich selten; der letzte Prozess fand 1933 statt. Diese Verfassungsbestimmung könnte daher, soweit sie überhaupt noch Geltung beanspruchen soll, auf die Gesetzesebene herabgestuft werden.



**Art. 166**      **Massgebendes Recht**

Art. 166 VE entspricht Art. 113 Abs. 3 und 114bis Abs. 3 BV sowie der Rechtsprechung des Bundesgerichts.

Damit sich die richterliche nicht über die gesetzgebende Gewalt erhebe, verpflichtet Art. 166 VE das Bundesgericht zur Anwendung von Bundesgesetzen, allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen und Staatsverträgen. Dieser Grundsatz beansprucht Geltung nicht nur für die Staatsrechtspflege, sondern auch für die übrigen Zuständigkeitsbereiche des Bundesgerichts; er richtet sich darüber hinaus an sämtliche rechtsanwendenden Behörden. A contrario folgt aus Art. 166 VE, dass die übrigen Rechtssetzungsakte des Bundes der bundesgerichtlichen Kontrolle nicht entzogen sind; jedoch darf bei bundesrätlichen Verordnungen, deren Inhalt durch ein Bundesgesetz vorgezeichnet ist, das Bundesgericht nicht indirekt das Gesetz selbst in Frage stellen. Im weiteren ist das Bundesgericht an sämtliche Staatsverträge - auch an die vom Bundesrat selbständig abgeschlossenen - gebunden (BGE 120 Ib 360, Erw. 2).

Art. 166 VE stellt eine Durchbrechung des allgemeinen Grundsatzes des Vorrangs der höherrangigen Norm dar (Art. 1 Abs. 1 VE), indem er die Rechtsanwendungsbehörden verpflichtet, Bundesgesetzen allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen und Staatsverträgen gegenüber der Bundesverfassung den Vorrang einzuräumen. Nach Lehre und Praxis gilt diese Bestimmung auch für die allgemeinen Regeln des Völkerrechts sowie für unilaterale Akte internationaler Organisationen. Das gegenseitige Verhältnis von Bundesgesetzen allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen und Staatsverträgen regelt Art. 166 VE jedoch nicht; dieser Punkt unterliegt dem allgemeinen Grundsatz von Art. 4 Abs. 1 VE.

Art. 166 VE lehnt sich eng an die Art. 113 Abs. 3 und 114bis Abs. 3 BV an. Die Ausdehnung des Geltungsbereichs von Art. 166 VE auf sämtliche rechtsanwendenden Behörden entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichts sowie der einhelligen Lehre.

**6. Titel:      Revision der Bundesverfassung und Schlussbestimmungen****1. Kapitel:    Revision****Art. 167**      **Grundsatz**

*Absatz 1*, der Art. 118 BV wörtlich entspricht, statuiert den Grundsatz der jederzeitigen Abänderbarkeit der Bundesverfassung und hält fest, dass die Revisionsbegehren sich auf die Verfassung als Ganzes oder nur auf einzelne Bereiche richten können. Zur Unterscheidung von Total- und Partialrevision der Verfassung werden nach überwiegender Auffassung formelle und materielle Kriterien angewandt. Umfang *und* Inhalt der Revision sind für die Unterscheidung massgebend. Nach der formellen Unterscheidung liegt eine Totalrevision vor, wenn die bestehende Verfassungsurkunde durch eine neue ersetzt wird, während bei einer Teilrevision ein einzelner

oder mehrere sachlich zusammenhängende Artikel geändert, aufgehoben oder neu in die bestehende Verfassung integriert werden. Nach der materiellen Unterscheidung werden bei einer Totalrevision Grundprinzipien der Verfassung geändert, bei einer Partialrevision dagegen Einzelheiten im Rahmen der bestehenden grundsätzlichen Strukturen und Leitlinien.

Zur Frage der materiellen Schranken von Verfassungsrevisionen siehe den Kommentar zu Art. 169 VE (Teilrevision).

*Absatz 2* beruht auf den Art. 119, 121 Abs. 1 und 122 BV. Er hält fest, dass für die Ausarbeitung einer totalrevidierten Verfassung sowie einer Teilrevision dasselbe Verfahren wie für die Bundesgesetzgebung anwendbar ist, soweit nicht die Bundesverfassung oder das Gesetz Abweichungen vorsehen.

Die Verfassung selbst trifft etliche abweichende Regelungen vom ordentlichen Gesetzgebungsverfahren. Die Bundesgesetze, die das Verfahren bei Verfassungsrevisionen regeln (Bundesgesetz über die politischen Rechte, SR 161.1, und Geschäftsverkehrsgesetz, SR 171.11), enthalten Bestimmungen, die auf Partialrevisionen zugeschnitten sind und die nicht immer auch auf die Totalrevision passen. Aufgrund dieser lückenhaften gesetzlichen Regelung müssen die Verfahrensbestimmungen teilweise durch sinn gemässe Ergänzung und Weiterführung von Verfassung und Gesetz ermittelt werden, um auch auf die Totalrevision Anwendung zu finden (s. Wildhaber in Kommentar BV, Art. 119/120, Rz. 31).

#### Art. 168 Totalrevision

Art. 168 VE entspricht Art. 120 BV und gibt diesen in gestraffter und neu redigierter Form wieder.

*Absatz 1* hält fest, dass der Anstoss zur Totalrevision der BV vom Volk, d.h. von 100 000 Stimmberechtigten, ausgehen oder von der Bundesversammlung sowie von einem der beiden Räte beschlossen werden kann.

Um die Bedeutung der Totalrevision hervorzuheben, ist in *Absatz 2* eine Verfahrenschwerung vorgesehen: Geht der Anstoss zur Totalrevision vom Volk aus, oder sind sich die beiden Räte über deren Durchführung uneinig, so muss die Frage, ob eine Totalrevision vorzunehmen sei, in einer Vorabstimmung geklärt werden. Bei dieser Abstimmung ist einzig das Volksmehr massgebend. Spricht sich die Mehrheit der Stimmenden für die Totalrevision aus, so werden die beiden Räte aufgelöst und neu gewählt (*Absatz 3*). Dadurch soll sichergestellt werden, dass ein revisionsfreundliches Parlament sich mit der Ausarbeitung der neuen Verfassung beschäftigt. Löst indessen die Bundesversammlung die Totalrevision aus, so braucht es keine Vorabstimmung über die Frage, ob eine solche durchzuführen sei.

#### Art. 169 Teilrevision

Art. 169 VE entspricht Art. 121 Abs. 1 bis 4 BV.

*Absatz 1* regelt das Initiativrecht bei der Partialrevision der Bundesverfassung. Initiativberechtigt sind die Bundesversammlung oder das Volk, nicht jedoch, im Unterschied zur Totalrevision, nur eine Abteilung der Bundesversammlung. Für das Zustandekommen einer Volksinitiative auf Partialrevision werden, wie bei der Totalrevision, 100 000 gültige Unterschriften vorausgesetzt. Die Volksinitiative auf Teilrevision wird im 2. Kapitel "Initiative und Referendum" des 4. Titels detailliert geregelt.

*Absatz 2* statuiert die für die Volksinitiative auf Teilrevision geltende Schranke der Einheit der Form. Die Volksinitiative muss also entweder als allgemeine Anregung oder als ausgearbeiteter Entwurf ausgestaltet sein (s. Kommentar zu Art. 117 VE [Volksinitiative auf Teilrevision der BV]).

*Absatz 3* verankert die für *jede* Teilrevision zu beachtende formelle Schranke der Einheit der Materie. Der Grundsatz der Einheit der Materie beansprucht also gleichermassen Geltung bei Volksinitiativen wie auch bei Behördenvorlagen. Art. 169 VE übernimmt die in Art. 75 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die politischen Rechte getroffene Präzisierung, wonach zwischen den einzelnen Teilen einer Initiative ein sachlicher Zusammenhang bestehen muss. Solange ein hinreichender Konnex bejaht werden kann, kann die Teilrevision mehrere zusammenhängende Verfassungsbestimmungen umfassen, wie *Absatz 4* ausdrücklich festhält.

Der Grundsatz der Einheit der Materie will garantieren, dass die Stimmberechtigten ihren tatsächlichen Willen - bei der Unterzeichnung einer Volksinitiative wie bei der Abstimmung - frei und unverfälscht zum Ausdruck bringen können. So soll verhindert werden, dass mehrere willkürlich vermischte Postulate in einem Begehren zusammengefasst werden, um die erforderliche Unterschriftenzahl zu erlangen. Und bei den Abstimmungen soll sichergestellt werden, dass den Stimmberechtigten nicht in einem Initiativbegehren verschiedene, innerlich unzusammenhängende Forderungen vorgelegt werden.

Verfassung wie Gesetz fassen das Prinzip der Einheit der Materie sehr weit. In diesem Sinne ist auch die Praxis der Bundesversammlung: Sie vertritt einen grosszügigen Einheitsbegriff und ist bis anhin nur in einem Fall zum Schluss gekommen, der Grundsatz der Einheit der Materie sei verletzt (vgl. die Ungültigerklärung der Initiative "gegen Teuerung und Inflation", BBl 1977 II 501, 1977 III 919). Aufgrund der jüngsten Entwicklung zeichnet sich indessen eine Praxisverschärfung ab (s. den Beschluss des Ständerates vom 22. März 1995, durch den er die Volksinitiative "für weniger Militärausgaben und mehr Friedenspolitik" ungültig erklärt hat).

Nebst den beiden formellen Schranken der Einheit der Form und der Einheit der Materie statuiert die Bundesverfassung keine materiellen Schranken der Verfassungsrevision. Die Frage, ob der Abänderbarkeit der Verfassung *ungeschriebene* inhaltliche Grenzen gesetzt sind, wird in der Lehre äusserst kontrovers beantwortet (vgl. Wildhaber in Komm. BV, Art. 118, Rz. 23 ff., mit zahlreichen Hinweisen). Die Bundesbehörden vertreten in diesem Punkt eine zurückhaltende Auffassung. Bisher ist einzig die faktische Undurchführbarkeit einer Initiative als ungeschriebene materielle Schranke der Verfassungsrevision anerkannt worden (vgl. die Ungültigerklärung der

1954 zustande gekommenen Chevallier-Initiative, BBl 1955 II 325 ff.), was als selbstverständlich gelten kann. Die jüngste Praxis der Bundesbehörden zeigt nun indessen in die Richtung, dass auch die zwingenden Normen des Völkerrechts, sog. *ius cogens*, als inhaltliche Grenze einer Verfassungsrevision anzusehen sind (vgl. Botschaft über die Volksinitiative "für eine vernünftige Asylpolitik", BBl 1994 III 1488). Diese Praxis steht im Einklang mit der herrschenden Lehre (vgl. Botschaft, Ziff. 314.1). Völkerrechtliche Bestimmungen, denen zwingender Charakter zukommt, beanspruchen aufgrund ihrer Bedeutung für die internationale Rechtsordnung unbedingte Geltung (z.B. die Verbote von Folter, Genozid, Sklaverei, notstandsfeste Garantien der EMRK). *Ius cogens* beruht auf Völkergewohnheitsrecht; es kann aber auch als Völkervertragsrecht ausgestaltet sein. Es beinhaltet Normen von grundlegender Bedeutung, von denen sich ein Rechtsstaat auch durch Kündigung der entsprechenden völkerrechtlichen Verträge, in denen sie verankert sind, nicht lösen und den daraus fließenden Verpflichtungen er sich nicht entziehen kann. Mit oder ohne Vertrag ist ein Staat somit an diese fundamentalen Rechte gebunden. Nach der jüngsten Behördenpraxis und in Übereinstimmung mit der vorherrschenden Lehre sind Verfassungsinitiativen, die gegen solche zwingende Regeln des Völkerrechts verstossen, für ungültig zu erklären (vgl. den Beschluss des Ständerates vom 16. März 1995, durch den er die Asylinitiative ungültig erklärt hat wegen Verstosses gegen das Prinzip des Ausschaffungsverbots [non-refoulement]). Doch nicht nur Volksbegehren, auch Behördenvorlagen müssen die materiellen Schranken der Verfassungsrevision respektieren; diese Auffassung wird auch von der herrschenden Lehre geteilt (vgl. Wildhaber, a.a.O., Rz. 25).

Um die wichtige Frage der Schranken von Verfassungsrevisionen klar und transparent zu regeln, rechtfertigt es sich, die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts als materielle Schranke jeder Verfassungsrevision - nebst den beiden formellen Schranken der Einheit der Form und der Materie - ausdrücklich in die Verfassung aufzunehmen.

#### Art. 170 Inkrafttreten

Art. 170 VE entspricht Art. 123 Abs. 1 BV.

Die Bestimmung setzt für die Annahme einer totalen oder partiellen Revision der Bundesverfassung die Zustimmung von Volk und Ständen voraus (das Erfordernis des doppelten Mehrs bei Verfassungsrevisionen ist auch in Art. 118 Abs. 1 Bst. a [Obligatorisches Referendum] verankert). Sie anerkennt somit neben dem Volk die Kantone als Organe der Verfassungsgebung des Bundes. Durch das Erfordernis des Volks- und Ständemehrs werden Demokratie und Föderalismus als gleichgewichtige Elemente der Verfassungsgebung verankert.

Der Bundesrat ordnet die Abstimmung über die Verfassungsrevision an und stellt das Abstimmungsergebnis verbindlich fest. Dieser Erwahrungsbeschluss wird im Bundesblatt veröffentlicht. Ohne anderslautende Bestim-



mung tritt die Verfassungsänderung mit ihrer Annahme durch Volk und Stände in Kraft (Art. 15 Abs. 1-3 BPR).

# Erläuterungen

1	Einleitung	weiss
2	Nachführung des Verfassungsrechts	weiss
3	Varianten	weiss
4	Reformvorschläge Volksrechte	blau
5	Reformvorschläge Justiz	grün
6	Abkürzungen	weiss
7	Anhang: Fragen zur Verfassungsreform	weiss

# Erläuterungen zum Verfassungsentwurf

<b>1</b>	<b>Einleitung</b>	<b>weiss</b>
<b>2</b>	<b>Nachführung des Verfassungsrechts</b>	<b>weiss</b>
<b>3</b>	<b>Varianten</b>	<b>weiss</b>
<b>4</b>	<b>Reformvorschläge Volksrechte</b>	<b>blau</b>
<b>5</b>	<b>Reformvorschläge Justiz</b>	<b>grün</b>
<b>6</b>	<b>Abkürzungen</b>	<b>weiss</b>
<b>7</b>	<b>Anhang: Fragen zur Verfassungsreform</b>	<b>weiss</b>

### 3 Varianten zum Verfassungsentwurf

#### 31 Einleitung

Die Unterbreitung von Varianten im Sinne einer punktuellen Ergänzung zum Nachführungstext der neuen Verfassung entspricht den Erklärungen, die anlässlich des Parlamentsbeschlusses im Jahr 1987 namentlich von den Kommissionspräsidenten abgegeben worden sind. Ergänzend zu den Bemerkungen im allgemeinen Teil können folgende Leitplanken erwähnt werden, die bei der Auswahl der vier Varianten aus einer Anzahl anderer Vorschläge berücksichtigt worden sind:

- Es soll sich – im Sinn einer Konzentration – um eine beschränkte Anzahl punktueller "politischer Varianten" handeln, die einem wichtigen und anerkannten Reformbedürfnis entsprechen, und wo die Öffentlichkeit eine Antwort im Zusammenhang mit der Verfassungsreform erwartet. Wünschbare und als notwendig empfundene juristisch-technische Neuerungen, die den Nachführungsauftrag übersteigen, sind - allerdings mit Zurückhaltung - im Kommentar zu den Nachführungstext erwähnt worden. Dies ist insbesondere dort der Fall, wo überwiesene parlamentarische Vorstösse vorliegen, die das Anliegen der Verfassungsreform betreffen. Auf eine grössere Anzahl Varianten ist im übrigen nicht nur deshalb verzichtet worden, weil einzelne Reformvorschläge nicht spruchreif waren, sondern auch, um nicht den Eindruck einer "kalten Totalrevision der Bundesverfassung" zu vermitteln, wie sie von der Bundesversammlung abgelehnt worden ist.
- In den Reformbereichen "Volksrechte" und "Justiz", im Bereich der Regierungs- und Parlamentsreform sowie bei der Aufgabenteilung Bund – Kantone werden keine Varianten vorgeschlagen. Ebenso sollen die Varianten keine erheblichen finanziellen Konsequenzen nach sich ziehen.
- Die vorgeschlagenen Varianten dienen der Stärkung der institutionellen Rahmenbedingungen des Bundesstaates. Auf Vorschläge, welche die Verfassungsdiskussion zwar bewegen, in der Sache selbst jedoch polarisieren und die öffentliche Meinung spalten würden, ist verzichtet worden.

#### 32 Text und Kommentar zu den einzelnen Variantenbestimmungen

##### Schutz des Redaktionsgeheimnisses

Art. 13 *Meinungs-, Informations- und Medienfreiheit*

*Abs. 1 bis 4 unverändert*

*<sup>5</sup> Das Redaktionsgeheimnis ist gewährleistet.*

Der Leitungsausschuss hat geprüft, ob es allenfalls sinnvoll wäre, als Variante einen Presseartikel vorzuschlagen, in welchem dem Bund die Kompetenz eingeräumt wird, einerseits Förderungsmassnahmen zur Sicherung der Pressevielfalt zu treffen und andererseits das Redaktionsgeheimnis zu regeln sowie das Verhältnis zwischen Verlegern und Redaktoren in den Grundzügen zu ordnen. Er ist zum Schluss gekommen, dass eine solche Kompe-



tenzbestimmung im Bereich des Presserechts und der Presseförderung nicht opportun ist.

Was die sogenannte innere Medienfreiheit (Verhältnis zwischen Verlegern und Redaktoren) und den Schutz des Redaktionsgeheimnisses anbelangt, wäre nach geltendem Recht eine Regelung dieser Fragen im Bereich von Radio und Fernsehen möglich. Eine auf diesen Bereich beschränkte Regelung hätte aber wohl wenig Sinn. Die Frage stellt sich deshalb, ob nicht auch für den Bereich der Printmedien eine entsprechende Regelungskompetenz ausdrücklich vorgesehen werden sollte.

Es ist zweifelhaft, ob eine Regelung der inneren Medienfreiheit heute noch ein dringendes rechtspolitisches Anliegen ist. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht zur Zeit hingegen vor allem beim Schutz des Redaktionsgeheimnisses. Hier sind Bestrebungen für die Schaffung einer gesetzlichen Regelung im Gang (Medienstrafrecht), deren verfassungsrechtliche Abstützung allerdings nicht unumstritten ist. Namentlich unter Berücksichtigung dieser Bestrebungen kam der Leitungsausschuss zum Schluss, die Verankerung des Schutzes des Redaktionsgeheimnisses im Grundrechtsteil vorzuschlagen. Die Variante bringt eine Klarstellung, die uns wünschbar und wichtig erscheint.

#### Gebietsveränderungen zwischen den Kantonen

##### *Art. 39 Änderungen im Bestand und im Gebiet der Kantone*

*1 Änderungen im Bestand und im Gebiet der Kantone bedürfen der Zustimmung der betroffenen Bevölkerung und der betroffenen Kantone.*

*2 Änderungen im Bestand der Kantone bedürfen ausserdem der Zustimmung von Volk und Ständen.*

*3 Gebietsveränderungen zwischen den Kantonen unterliegen der Genehmigung der Bundesversammlung in der Form eines allgemeinverbindlichen Bundesbeschlusses.*

*4 Grenzbereinigungen können die Kantone unter sich durch Vertrag vornehmen.*

Das Zustimmungserfordernis der Betroffenen ist unabdingbar. Standesinitiativen der Kantone Bern und Neuenburg forderten 1977 die Positivierung dieses Grundsatzes (Amtl. Bull. 1980 N 791ff., S. 55ff.). In seiner Stellungnahme stufte der Bundesrat die Zustimmung der Betroffenen zu Gebietsveränderungen als geltendes Verfassungsrecht ein, beurteilte eine positivrechtliche Verankerung jedoch als nicht vordringlich (BBl 1979 III 1139). Die Motion Bonny vom 16. 6. 1993 (93.3318, zuvor schon 90.949) forderte ein qualifiziertes Mehr von 2/3 für die Zustimmung der betroffenen Bevölkerung zu Gebietsveränderungen, um Zufallsmehrheiten zu verhindern. Der Bundesrat ging in seiner Antwort aber nicht näher auf eine derart willkürlich gewählte qualifizierte Mehrheit ein.

Die Bedeutung des bisher weitgehend ungeschriebenen Verfassungsrechts (vgl. immerhin Art. 5 BV) und der wenig gefestigten Praxis ist nach wie vor gross. Der Fall der Gemeinde Vellerat belegt die aktuelle Bedeutung des Vorschlages. Den Bestrebungen nach einer Vereinfachung des bundes-

verfassungsrechtlichen Zustimmungsverfahrens (Verzicht auf die Zustimmung von Volk und Ständen; vgl. Motion Gross) kann nur mit einer Variante Rechnung getragen werden.

Gemäss diesem Vorschlag könnte die Bundesversammlung die Verfahren koordinieren und die Gebietsveränderungen genehmigen. Der Genehmigungsbeschluss würde dem fakultativen Referendum unterstehen (heute obligatorisches). Es kann somit davon ausgegangen werden, dass in unbestrittenen Fällen keine Volksabstimmung stattfinden würde. Hingegen sehen wir davon ab, die Genehmigungskompetenz abschliessend in die Hand der Bundesversammlung zu legen, da Gebietsveränderungen ganz unterschiedliches politisches Gewicht aufweisen können. In heiklen und umstrittenen Fällen, wie im Fall des Bezirks Laufental, kann es der Befriedung der unterlegenen Minderheit dienen, wenn das Volk dem Kantonswechsel zustimmt.

### **Mitwirkung der Kantone in der Aussenpolitik**

#### **Art. 44      *Auswärtige Angelegenheiten***

##### *Abs. 1 und 2 unverändert*

*<sup>3</sup> Der Bund berücksichtigt im Bereich der Aussenpolitik die Zuständigkeiten der Kantone und wahrt ihre Interessen. Er informiert dabei die Kantone rechtzeitig und umfassend, hört sie an und zieht sie bei der Vorbereitung von Entscheiden bei. Soweit die Umsetzung des internationalen Rechts den Kantonen obliegt, sind diese verpflichtet, rechtzeitig die erforderlichen Anpassungen vorzunehmen. Der Bund unterstützt sie bei der Erfüllung ihrer Aufgabe.*

Die vorgeschlagene Variante entspricht weitgehend der Bestimmung, die im EWR-Beschluss vom 9. Oktober 1992 enthalten war. Sie bezieht sich jedoch generell auf die Aussenpolitik. Dies namentlich auch in Analogie zu Artikel 47 bis a des Geschäftsverkehrsgesetzes, der die Mitwirkung des Parlaments in der Aussenpolitik regelt.

Ausgangspunkt ist die umfassende Zuständigkeit des Bundes im Bereich der Aussenpolitik. An der heutigen Zuständigkeitsregelung in diesem Bereich soll nichts geändert werden. Der Bund wird aber verpflichtet, bei der Ausübung seiner Kompetenz der innerstaatlichen Zuständigkeitsverteilung und – darüber hinaus – den kantonalen Interessen Rechnung zu tragen, soweit diese mit den Interessen des Bundes vereinbar sind. Die Pflicht des Bundes schliesst dabei vor allem drei Elemente ein: eine Informationspflicht, eine Anhörungspflicht und eine Pflicht, die Kantone in geeigneter Weise bei der Vorbereitung von Entscheiden mitwirken zu lassen. Letzteres kann auch die Mitwirkung von Kantonsvertretern in Verhandlungsdelegationen einschliessen, namentlich in Bereichen, die in die Zuständigkeit der Kantone fallen.

Der dritte Satz des Variantenvorschlags bringt zum Ausdruck, dass bei der Umsetzung des internationalen Rechts auch den Kantonen eine wichtige Aufgabe zukommt. Nach geltendem Recht kann der Bund diese Umsetzung letztlich zwar selbst vornehmen. In den Bereichen, für die innerstaatlich die Kantone zuständig sind, überlässt er die Umsetzung aber in der Regel den

Kantonen. Die vorgeschlagene Variante macht deutlich, dass diese Aufgabe in erster Linie den Kantonen obliegt. Die Kantone werden damit gewissermassen auch in die Pflicht genommen. Gleichzeitig soll der Bund sie aber dabei auch unterstützen.

Mit der vorgeschlagenen Variante wird im wesentlichen die bestehende Praxis verfassungsrechtlich verankert und präzisiert. Die verfassungsrechtliche Regelung kann auf Gesetzesstufe konkretisiert werden. Insbesondere könnte die Gesetzgebung die Modalitäten der Mitwirkung der Kantone regeln und eventuell auch einzelne Organe ausdrücklich nennen, denen in diesem Zusammenhang eine spezielle Bedeutung zukäme (z.B. das Kontaktgremium Bund-Kantone und die Konferenz der Kantonsregierungen). Nicht vorgesehen ist eine Bindung des Bundes an allfällige Stellungnahmen der Kantone. Dies auch nicht in Bereichen, die innerstaatlich in die Zuständigkeit der Kantone fallen.

### Öffentlichkeit der Verwaltung

#### *Art. 154 Information der Öffentlichkeit*

##### *Abs. 1 unverändert*

*<sup>2</sup> Die Bundesbehörden informieren die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit und gewähren allen Personen Einsicht in amtliche Akten, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen.*

Mit diesem Variantenvorschlag würden einerseits die Behörden zu einer aktiveren Information verpflichtet und andererseits würden den Einzelnen gewisse Einsichtsrechte gewährt. Beides ist jedoch nicht unbegrenzt: auf Gesetzesstufe näher zu definierende öffentliche und private Interessen können die Geheimhaltung erfordern, und auch die Modalitäten der Einsichtnahme wären im Gesetz zu präzisieren.

Heute gilt für die Bundesverwaltung der Grundsatz der Geheimhaltung mit Öffentlichkeitsvorbehalt. In den meisten Kantonen ist die Situation ähnlich. Eine Ausnahme stellt namentlich der Kanton Bern dar, der in seiner neuen Kantonsverfassung den Grundsatz der Öffentlichkeit verankert und diesen kürzlich in einem Informationsgesetz konkretisiert hat.

Auf Bundesebene laufen seit einigen Jahren Änderungsbestrebungen: der Grundsatz der Geheimhaltung mit Öffentlichkeitsvorbehalt soll durch den Grundsatz der Öffentlichkeit mit Geheimhaltungsvorbehalt abgelöst werden. Es sind dazu bereits mehrere parlamentarische Vorstösse eingereicht und auch verschiedene verwaltungsinterne Vorarbeiten geleistet worden. Der Bundesrat hat seine Absicht bekräftigt, in dieser Sache in absehbarer Zeit einen Grundsatzentscheid zu treffen. Die vorgeschlagene Variante bringt keinen expliziten Systemwechsel auf der Verfassungsstufe, sie würde aber einen solchen Wechsel auf der Gesetzesstufe ermöglichen.

Der Übergang zum Grundsatz der Öffentlichkeit könnte einen Beitrag leisten zur Stärkung des Vertrauens der Bürgerinnen und Bürger in die staatlichen Institutionen. Diese vertrauensbildende Wirkung erscheint heute als besonders bedeutsam und würde zudem einem der Leitmotive der Verfassungsreform, der Schaffung von Transparenz, entsprechen. Der Grundsatz

der Öffentlichkeit der Verwaltung würde zudem die Voraussetzungen für die Mitwirkung der Bürgerinnen und Bürger an der politischen Willensbildung verbessern und wäre geeignet, zu einer Versachlichung der politischen Diskussion beizutragen, die oft durch Indiskretionen und einseitige, aufgebauschte Berichte in den Medien erschwert wird.





# Erläuterungen

1	Einleitung	weiss
2	Nachführung des Verfassungsrechts	weiss
3	Varianten	weiss
4	<b>Reformvorschläge Volksrechte</b>	<b>blau</b>
5	Reformvorschläge Justiz	grün
6	Abkürzungen	weiss
7	Anhang: Fragen zur Verfassungsreform	weiss

# Erläuterungen zum Verfassungsentwurf

<b>1</b>	<b>Einleitung</b>	<b>weiss</b>
<b>2</b>	<b>Nachführung des Verfassungsrechts</b>	<b>weiss</b>
<b>3</b>	<b>Varianten</b>	<b>weiss</b>
<b>4</b>	<b>Reformvorschläge Volksrechte</b>	<b>blau</b>
<b>5</b>	<b>Reformvorschläge Justiz</b>	<b>grün</b>
<b>6</b>	<b>Abkürzungen</b>	<b>weiss</b>
<b>7</b>	<b>Anhang: Fragen zur Verfassungsreform</b>	<b>weiss</b>

## Erster Teil: Allgemeine Bemerkungen zur Reform der eidgenössischen Volksrechte

### 41. Einführung\*

Die Volksrechte, d.h. die Initiative und das Referendum, prägen das eidgenössische öffentliche Leben seit mehr als einem Jahrhundert<sup>1</sup>. Ohne sie hätte die Geschichte unseres Landes wahrscheinlich einen anderen Verlauf genommen. Auf jeden Fall haben sie das Vorgehen der Behörden und das Schicksal ihrer Erlasse beeinflusst. Dieser Einfluss ist dort messbar, wo Bürger und Bürgerinnen vom Initiativ- und Referendumsrecht tatsächlich Gebrauch machten. Er ist dort schwieriger zu beziffern, aber wahrscheinlich kaum weniger real, wo die Behörden ihr Handeln mit Blick auf eine allfällige Volksabstimmung angepasst haben. Möglicherweise ginge sogar die Wahl der Regierung anders vor sich, wenn die Schweizer sich ein ausschliesslich repräsentatives System gegeben hätten. Es geht uns jedoch hier weder darum, die versteckten Auswirkungen der direkten Demokratie oder ihren Zusammenhang mit dem Vierparteienbundesrat zu erkunden, noch darum, ein Inventar der nicht erlassenen oder unter dem Druck einer Initiative oder eines drohenden Referendums anders erlassenen Gesetze zu erstellen. Wir rufen lediglich die sichtbaren, anhand der Statistik ohne weiteres aufzeigbaren Auswirkungen der Volksrechte in Erinnerung<sup>2</sup>. Diese Zahlenangaben beleuchten selbstverständlich nur einen Teil des Problems, tragen aber unseres Erachtens dennoch wesentlich zur Klärung der hier diskutierten Frage bei.

Vom 14. Januar 1866 (erste Referendumsabstimmungen des Schweizervolkes) bis am 31. März 1995 äusserten sich die Schweizer Stimmbürger

---

\* Mit Schreiben vom 6. Juli 1994 hat der Vorsteher des EJPD zur Bearbeitung des Reformbereichs der "Volksrechte" eine Expertenkommission eingesetzt. Sie stand unter der Leitung von Prof. Jean-François Aubert, Neuenburg. Als weitere Mitglieder gehörten ihr an: Prof. Olivier Jacot-Guillarmod, EJPD, Bundesamt für Justiz, Vizepräsident; Prof. Roger Blum, Universität Bern; Prof. Marco Borghi, Universität Freiburg; Prof. Mathias Krafft, EDA, Direktion für Völkerrecht; Prof. Wolf Linder, Universität Bern; Prof. Alois Riklin, Hochschule St. Gallen; Prof. Gerhard Schmid, Universität Basel; Prof. Daniel Thürer, Universität Zürich; Dr. iur. Hans-Urs Wili, Bundeskanzlei; Elisabeth Zölch, Mitglied des Regierungsrates, Bern. Die Kommission wurde unterstützt durch Dr. iur. Aldo Lombardi und Dr. iur. Katharina Fonatana, EJPD, Dienst für die Totalrevision der Bundesverfassung.

<sup>1</sup> Es gibt zahlreiche allgemeine Darstellungen der Volksrechte in der Schweiz. Siehe beispielsweise, unter den neueren Veröffentlichungen, die Sicht eines Politologen in Wolf Linder, *Swiss Democracy*, London 1994, S. 84-137; die Sicht eines Juristen in Walter Haller, *Das schweizerische System der halbdirekten Demokratie*, Zeitschrift für Verwaltung, Wien 1994/6, S. 613-622. - Für eine detaillierte juristische Darstellung vgl. Etienne Grisel, *Initiative et référendum populaires, Traité de la démocratie semi-directe en droit suisse*, Lausanne, 1987. - Zu einer vergleichenden Sicht, siehe Silvano Möckli, *Direkte Demokratie*, St. Gallen 1994.

<sup>2</sup> Siehe beispielsweise Hans-Urs Wili, *Demaristokratie? Gesetzgebung heute* 1993/3, S. 71-93, insbesondere S. 77-79 (Statistik am 31. Oktober 1993).



und Stimmbürgerinnen zu 434 Fragen. Sie stimmten 310 mal im Rahmen eines obligatorischen Referendums (wovon sechsmal in einer vorgängigen Volksabstimmung, in welcher die Standesstimmen nicht zählen) und 124 mal im Rahmen eines fakultativen Referendums ab. Von diesen 434 Fragen wurden 217 (die Hälfte!) in den letzten dreissig Jahren, d. h. zwischen dem 1. Juni 1965 und dem 31. Mai 1995, gestellt; es ist somit eine eindeutige Beschleunigung festzustellen.

#### Obligatorisches Referendum:

Zur Totalrevision der Bundesverfassung: ein Entwurf der Bundesversammlung wurde abgelehnt (1872), der nächste Entwurf wurde angenommen (1874), eine Volksinitiative wurde in der vorgängigen Volksabstimmung abgelehnt (1935).

Zur Teilrevision der Bundesverfassung: 39 Entwürfe der Bundesversammlung wurden abgelehnt (davon acht unter der alten Bundesverfassung, 1866); 107 wurden angenommen (davon einer 1866, die anderen nach 1874). Dazu kommen 10 abgelehnte und 18 angenommene Gegenentwürfe. Von den formulierten Volksinitiativen wurden 101 abgelehnt und 12 angenommen; alle 5 "nicht formulierten" Volksinitiativen, über welche in einer vorgängigen Volksabstimmung zu befinden war, wurden abgelehnt. Somit erfuhr die Bundesverfassung von 1874 insgesamt 136 (106 + 18 + 12) Teilrevisionen.

Zu den verfassungsändernden dringlichen Bundesbeschlüssen: 11 wurden angenommen, keiner wurde abgelehnt.

Zu den Staatsverträgen: 2 wurden abgelehnt (1986, über den Beitritt zu den Vereinten Nationen; 1992, über den Beitritt zum Europäischen Wirtschaftsraum); 2 wurden angenommen (nach einer alten Praxis, 1920, über den Beitritt zum Völkerbund; 1972, über ein Freihandelsabkommen mit der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft).

#### Fakultatives Referendum:

Zu den Gesetzen und den allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen: 61 Vorlagen der Bundesversammlung wurden abgelehnt, 59 wurden angenommen.

Zu den Staatsverträgen: 2 wurden abgelehnt, 2 wurden angenommen.

Das Referendum wurde somit 124 mal ergriffen, während die Bundesversammlung seit 1874 rund 1800 Erlasse, gegen welche das Referendum hätte ergriffen werden können, angenommen hat.

Zum doppelten Mehr (von Volk und Ständen): Es war in 304 Fällen erforderlich (welche 153 Ablehnungen und 151 Annahmen ergaben). Von den 153 Ablehnungen waren 8 auf das fehlende Ständemehr zurückzuführen (1866, 1955, 1970, 1973, 1975, 1983 und zweimal 1994). In keinem dieser acht Fällen, in welchen die Stände das Volksmehr in Schach hielten, betrug dieses jedoch mehr als 55% der Stimmenden; und alle acht Vorlagen wollten dem Bund neue Kompetenzen erteilen. Mit anderen Worten hat diese Bestimmung ihre föderalistische Aufgabe erfüllt, ohne das Prinzip der Demokratie schwerwiegend zu beeinträchtigen. Allerdings hat die Zahl dieser Fälle im letzten Vierteljahrhundert aus einem offensichtlichen demo-

graphischen Grund zugenommen, und dies könnte schliesslich zu einem echten politischen Problem werden.

Das Gleichgewicht zwischen Annahmen und Ablehnungen ist zufällig und ohne politische Bedeutung. Eine Vergleich der Fälle, in welchen den Vorschlägen der Behörden gefolgt wurde, und derjenigen, in welchen diese missbilligt wurden, wäre sinnvoller. Im allgemeinen stehen aber die Behörden den Volksinitiativen ablehnend gegenüber; sie empfahlen nur selten ihre Annahme; ein Nein zu einer Volksinitiative bedeutet somit fast immer ein Ja zu Parlament und Regierung. Deshalb waren höchstens 130 Referendumsabstimmungen "regierungsfeindlich" und mindestens 300 folgten der amtierenden öffentlichen Gewalt. Nichtsdestoweniger waren einzelne Niederlagen schmerzlich.

Zu den letzten zwei Jahrzehnten: Vom 1. Juni 1975 bis zum 31. Mai 1985 stimmten die Bürger und Bürgerinnen über 87 Vorlagen ab, 67 mal im Sinne des Parlamentes und 20 mal gegen dieses. Vom 1. Juni 1985 bis zum 31. Mai 1995 stimmten sie über 90 Vorlagen ab, 70 mal im Sinne des Parlamentes und, erneut, 20 mal gegen dieses.

Diese statistischen Ausführungen sagen zwar nichts über die Bedeutung der einzelnen Vorlagen aus: die Abstimmungen über die Zuckerwirtschaft und über den Schuljahresbeginn haben den gleichen Stellenwert wie die Abstimmungen über den Jura, die Auswirkungen der Ehe, die UNO, den EWR und die Mehrwertsteuer. Beim näheren Hinsehen zeigt sich jedoch, dass das Verhältnis von Erfolgen und Misserfolgen in den wichtigeren und unwichtigeren Angelegenheiten ähnlich ist. Es zeigt sich höchstens, dass das Ergebnis der letzten zwanzig Jahre in Bezug auf die Aussenpolitik eindeutig negativ ausfällt; dies ist zweifellos auf eine Verschiebung zurückzuführen, welche zwischen den Behörden, die zur internationalen Öffnung bereit sind, und einem im allgemeinen misstrauischeren Volk entstanden ist.

Solche Überlegungen können den Eindruck erwecken, dieses System sei in Ordnung. Das System funktioniert zwar tatsächlich, und nicht so schlecht, wie manche Kritiker es sehen wollen. Sicher ist bedauerlich, dass sich eine kleine Mehrheit des Volkes der Aussenpolitik von Regierung und Parlament widersetzt; will man dies aber zum Anlass nehmen, den Bürgern und Bürgerinnen das Wort zu verbieten, so mutet dies wie ein längst vergessen geglaubtes, modern verbrämtes Überbleibsel des Ancien Regime an. Das System ist in Ordnung, weist aber einige Mängel auf, welche man im Rahmen der Verfassungsreform beheben könnte.

Am auffallendsten ist der Mangel hinsichtlich der *völkerrechtlichen Beziehungen* der Schweiz. Damit soll nicht auf die vorn erwähnte Verschiebung zwischen Behörden und Volk angespielt werden; diese stellt ein grundsätzliches Problem dar, welches nicht durch eine Einschränkung der Volksrechte gelöst werden kann. Das Problem liegt in den *drohenden Widersprüchen*. Gemäss dem geltenden Recht können die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz zweimal durch das Volk in Frage gestellt werden. Zuerst einmal unterstehen die Genehmigungsbeschlüsse verschiedener Arten von Staatsverträgen vor ihrer Ratifikation dem Referendum (Art. 89 Abs. 3 bis 5 BV). Nach der Ratifikation der Verträge können aber auch die betreffenden Ausführungsgesetze ihrerseits Gegenstand einer Volksabstimmung werden (Art. 89 Abs. 2 BV). Die Kumulation von Staatsvertrags-

und Gesetzesreferendum scheint uns nicht unbedingt angebracht. Zwar ist es bis heute kaum zu widersprüchlichen Volksentscheiden gekommen; die Wahrscheinlichkeit solcher Entscheide dürfte in Zukunft aber mit zunehmender Intensivierung der internationalen Beziehungen steigen.

Ein anderer Mangel betrifft den *Gegenstand* des fakultativen Referendums. Obgleich der Wortlaut der Bundesverfassung das *Verwaltungsreferendum* nicht verbietet, schloss der Gesetzgeber dieses anlässlich der Revision des Geschäftsverkehrsgesetzes von 1962 aus<sup>3</sup>. Das 1962 eingeführte System beruht auf dem Gegensatz zwischen Rechtssatz und Verfügung und auf der These, dass der Rechtssatz wichtiger und von allgemeinerem Interesse sei als die Verfügung. Der Gegensatz ist aber nicht sehr klar, und die These wurde durch die Erfahrung wiederholt Lügen gestraft. In verschiedenen Kreisen wird jedenfalls das fehlende Verwaltungsreferendum als Lücke empfunden, welche man durch den künstlichen, aber schwierig zu verhindernden Rückgriff auf die Verfassungsinitiative zu füllen versucht. Es wäre vorzuziehen, die Dinge beim Namen zu nennen und die Möglichkeit des Referendums gegen Beschlüsse wieder einzuführen, welche keine Rechtsätze enthalten.

Ein weiterer Nachteil liegt darin, dass über ein Gesetz *als Ganzes abgestimmt* werden muss. Wegen eines einzigen Artikels oder Absatzes läuft das ganze Gesetz Gefahr, verworfen zu werden. Das Parlament kann das Gesetz selbstverständlich ohne diejenige Bestimmung, die zum Misserfolg geführt hat, neu vorlegen; dies kostet aber Zeit und Mühe. Nachdem nun aber eine Methode in unsere Verfassungen<sup>4</sup> Eingang gefunden hat, welche die Organisation von Abstimmungen über drei oder mehrere Fragen zum gleichen Gegenstand erlaubt (Methode der Brüder Haab), eröffnet sich dem Gesetzgeber die Möglichkeit, Alternativvorlagen zu unterbreiten. Die gleiche Methode ermöglicht zudem die Lösung eines anderen Problems der heutigen politischen Praxis, nämlich die *gleichzeitige Einreichung mehrerer Volksinitiativen zum gleichen Gegenstand*.

Der vorn kurz erwähnte häufige Rückgriff auf die Verfassungsinitiative ist bekanntlich weitgehend auf das *Fehlen der Gesetzesinitiative* zurückzuführen. Man kann ohne Übertreibung feststellen, dass rund der Hälfte der gegenwärtig hängigen oder angekündigten Verfassungsinitiativen durch den Erlass oder die Änderung eines einfachen Gesetzes entsprochen werden könnte. Dies beweist, dass unsere Instrumente der direkten Demokratie auch hier lückenhaft sind. Zwar wurden solche formell auf Verfassungsebene, aber materiell auf Gesetzesebene anzusiedelnde Volksinitiativen grösstenteils verworfen. Sie lösten aber häufig Gegenentwürfe aus, welche in die Verfassung Eingang fanden, ohne unbedingt dorthin zu gehören. Zudem bedürften solche Vorschläge nicht des doppelten Mehrs von Volk und Ständen. Somit muss sich auch heute eine Reform der Volksrechte einmal mehr mit der Frage befassen, ob die Einführung der Volksinitiative auf der Ebene der ordentlichen Gesetzgebung, zumindest in der Form der

---

<sup>3</sup> SR 171.11, Art. 5 und 6.

<sup>4</sup> Siehe insbesondere Art. 121 bis BV.

allgemeinen Anregung (früher als "Einheitsinitiative" bezeichnet<sup>5</sup>), zweckmässig sei.

Die Gesetzesinitiative wäre auch geeignet, den Ansatz zur Entkräftung eines weiteren Vorwurfs zu bieten, welcher, vor allem in den letzten zehn Jahren, gegenüber dem Gebrauch der Volksrechte erhoben wird. Er betrifft den *aufschiebenden Charakter* des Referendums. Im geltenden System kommt der Widerstand gegen ein Gesetz normalerweise dadurch zum Ausdruck, dass seine Geltung verhindert wird; die Referendumskampagne findet somit (mit Ausnahme des Referendums gegen dringliche Beschlüsse) *vor* dem Inkrafttreten des Gesetzes statt, und die Diskussion betrifft einen Gegenstand, dessen Auswirkungen nicht wirklich bekannt sind, was nicht immer sehr vernünftig ist. Möglicherweise würden einzelne Gegner angesichts der Gewissheit, später die Aufhebung oder Änderung einer Bestimmung verlangen zu können, darauf verzichten, diese überstürzt und vor der Beurteilung ihrer praktischen Bewährung zu bekämpfen.

In den folgenden Abschnitten führen wir die geprüften Fragen, die gewählten und die abgelehnten Lösungen sowie die Probleme auf, welche wir nur gestreift haben, weil diese eher auf Gesetzes- denn auf Verfassungsebene anzusiedeln sind.

Der Bericht teilt sich in drei Abschnitte. Sie betreffen die Volksrechte im Zusammenhang mit der Verfassungsrevision, die Volksrechte im Zusammenhang mit Akten unterhalb der Verfassungsebene (Gesetzen und Verwaltungsakten) und die Volksrechte im Zusammenhang mit dem Völkerrecht. Diese Unterteilung kann aber nicht durchwegs eingehalten werden, da sich gewisse Fragen in den verschiedenen Abschnitten gleich oder ähnlich stellen; zudem bestehen selbstverständlich auch Wechselwirkungen zwischen einzelnen vorgeschlagenen Lösungen.

## 42. Volksrechte im Verfassungsbereich

### 42.1. Totalrevision der Bundesverfassung

Das System bleibt unverändert. Die Initiative kann weiterhin von der Bundesversammlung oder vom Volk ausgehen (mit einer vorgängigen Volksabstimmung). Die fehlende Einigung beider Räte wird nicht mehr besonders geregelt, sondern führt zum Scheitern der Vorlage.

Zu der Zahl der Unterschriften, der Ausgestaltung der Unterschriftensammlung, der Finanzierung der Abstimmungskampagnen, der Unterbreitung von Alternativen, der Ermittlung der Mehrheit der Ständesstimmen, zum Quorum, siehe hinten, Gemeinsame Fragen (Nr. 42.9).

<sup>5</sup>

Der Ausdruck "Einheitsinitiative" war im Zusammenhang mit dem Vorschlag gerechtfertigt, dieses Instrument *als Ersatz* der formulierten Initiative auf Verfassungsrevision einzuführen; da das Instrument hier lediglich *als Ergänzung* vorgeschlagen wird, haben wir eine andere Bezeichnung gewählt.



#### 42.2. Teilrevision der Bundesverfassung

Auch hier kann die Initiative von der Bundesversammlung oder vom Volk ausgehen. Die Volksinitiative in der Form des ausgearbeiteten Entwurfs wird beibehalten; sie ist ein altbewährtes politisches Handlungsmittel, auf welches nicht verzichtet werden kann. Die Volksinitiative in der Form der "allgemeinen Anregung" sollte unseres Erachtens zu einer "allgemeinen" Volksinitiative (früher sogenannte "Einheitsinitiative") erweitert werden, die nicht nur verfassungsrechtliche Gegenstände, sondern auch solche der Gesetzgebung beinhalten kann. Auf diesen Vorschlag wird hinten im Abschnitt über die Erlasse und Verwaltungsakte eingegangen werden (Nr. 43.8).

#### 42.3. Materielle Schranken der Verfassungsrevision?

Wir haben die Zweckmässigkeit einer Einführung solcher Schranken erneut geprüft. Wir fragten uns ein weiteres Mal, ob, zumindest "technisch", die sogenannte "rückwirkende" Volksinitiative verhindert werden kann, wie dies kürzlich vom Nationalrat vorgeschlagen wurde<sup>6</sup>. Wir kamen zum Schluss, ein solches Verbot könnte - abgesehen von den unvermeidlichen politischen Einwänden - leicht umgangen werden, indem die Aufhebung eines früheren Beschlusses fast immer in eine Bestimmung über das künftige Verhalten der Behörden umgemodelt werden kann. Zudem ist der massgebende Zeitpunkt zur Ermittlung der "Rückwirkung" schwierig festzulegen (Vorprüfung der Initiative, Zustandekommen der Initiative, Schlussabstimmungen der Räte, Volksabstimmung?); differenzierte Lösungen für unterschiedliche Daten - fakultative Ungültigerklärung in den einen, obligatorische Ungültigerklärung in andern Fällen - würden zu Rechtsunsicherheit führen. Deshalb empfehlen wir die Beibehaltung der geltenden Regelung, bei der die Bürger und Bürgerinnen entscheiden. Solchen Initiativen war im übrigen bisher nur wenig Erfolg beschieden<sup>7</sup>, und die Ausgestaltung des Verwaltungs- und Finanzreferendums (siehe hinten, Nr. 43.9) könnte ihre Bedeutung verringern oder sie gar zum Verschwinden bringen. Nach unserer Ansicht ist somit als einzige materielle Schranke diejenige, welche auf das *Völkerrecht* zurückgeführt werden kann, anzuerkennen. Doch auch in diesem Bereich muss die Möglichkeit der Ungültigerklärung einer Volksinitiative mit äusserster Zurückhaltung gehandhabt werden, wie dies hinten im Abschnitt über den Zusammenhang mit dem Völkerrecht aufgezeigt wird (Nr. 44.3).

---

<sup>6</sup> Initiative Zwingli, vom 11. März 1991; BBl 1993 II 204-221 (positiver Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates); 222-230 (negative Stellungnahme des Bundesrates); Amtl. Bull. 1993 NR 793-805, 812-821 (Beschluss der Verfassungsrevision); 1994 StR 741-743 (Nichteintreten, begleitet von einer Motion). Der Nationalrat beschloss Festhalten in der Sitzung vom 21. März 1995; vgl. NZZ vom 22. März 1995, Nr. 68, S. 18.

<sup>7</sup> Von den als "rückwirkend" angesehenen Initiativen ist einzig die sog. Rothenthurm-Initiative, Art. 24sexies Abs. 5 BV, angenommen worden (am 6. Dezember 1987).

#### 42.4. Zuständige Behörde für die Beurteilung der Gültigkeit von Initiativen

Die Frage der Schranken ist eng mit derjenigen der materiellen Gültigkeit der Initiativen und mit der Frage verbunden, welche Behörde für die Beurteilung ihrer Gültigkeit zuständig ist. Gegenwärtig entscheidet die Bundesversammlung, ob eine Volksinitiative den Grundsätzen der Einheit der Form und der Materie und den zwingenden Bestimmungen des Völkerrechtes entspricht<sup>8</sup>. Die Frage ist berechtigt, ob diese Aufgabe, welche im wesentlichen eine Frage der Rechtsprechung ist, tatsächlich dem Parlament zufallen soll. Die Bundesversammlung ist eine politische Behörde; sie sollte sich der politischen Beratung widmen können - Empfehlung zur Annahme oder Ablehnung der Initiative, Verfassen eines Gegenentwurfes -, während die rechtliche Prüfung, halten die beiden Kammern eine Initiative für ungültig, durch das Bundesgericht vorgenommen werden sollte. Wir unterbreiten einen entsprechenden Vorschlag (siehe hinten, Nr. 42.6).

#### 42.5. Vorgängige Prüfung?

Zu diesem Punkt haben wir zuerst untersucht, ob eine *vorgängige* Prüfung der materiellen Gültigkeit von Volksinitiativen, vor der Unterschriftensammlung, gewisse Enttäuschungen verhindern könnte<sup>9</sup>. Wir mussten aber einsehen, dass die vorgängige Prüfung schwierig auszugestalten ist. Um wirksam zu sein, müsste sie obligatorisch erklärt oder zumindest allen Initiativkomitees auf Begehren angeboten werden; eine vereinzelt Prüfung auf Begehren des Bundesrates oder der Bundeskanzlei liesse eine spätere Prüfung der anfänglich nicht kontrollierten Initiativen fragwürdig erscheinen (wegen des Grundsatzes von Treu und Glauben). Die vorgängige Prüfung, die auch wiederholt zugelassen werden müsste, *aller* angekündigten, auch der nicht zustandekommenden oder nicht einmal lancierten, Volksinitiativen würde die zuständige Behörde (die Bundesversammlung oder, wie hier vorgeschlagen, das Bundesgericht) unverhältnismässig belasten. Wir halten somit am geltenden System der *nachträglichen* Prüfung der zustandekommenen Initiativen fest.

#### 42.6. Befassung des Bundesgerichts

Die Rollen werden folgendermassen verteilt: Die Bundesversammlung hält definitiv und ohne Beschwerdemöglichkeit fest, dass eine Initiative gültig ist; betrachten beide Räte die Initiative indessen als ungültig, überweisen sie sie dem Bundesgericht, welches, ebenfalls definitiv, über ihre Gültigkeit oder Ungültigkeit entscheidet. Somit trifft nicht die Bundesversammlung den Ungültigkeitsentscheid, welcher von einem Teil der öffentlichen Meinung unweigerlich als "politisch" eingestuft wird. Derselbe Vorwurf kann zweifellos auch dem Bundesgericht gemacht werden; doch wird die-

---

<sup>8</sup> Siehe insbesondere zwei Beschlüsse des Ständerates, vom 16. und 22. März 1995; vgl. NZZ vom 17. März 1995, Nr. 64, S. 18, und vom 23. März 1995, Nr. 69, S. 16.

<sup>9</sup> Siehe eine dahingehende Motion von Nationalrat Rudolf Keller, vom 28. September 1994, Nr. 94.3374; Übersicht der Beratungen der Bundesversammlung, Frühlingssession 1995, S. 108.

ses im allgemeinen nicht als politische Behörde angesehen; oder, falls doch, dann in einem eindeutig geringeren Mass. Im übrigen ist die öffentliche Meinung seit Jahrzehnten mit derartigen Entscheidungen des Bundesgerichts gegenüber kantonalen Volksinitiativen vertraut.

#### 42.7. Mehrere Volksinitiativen zum gleichen Gegenstand

In letzter Zeit wurden manchmal im Abstand von einigen Monaten mehrere Initiativen zum gleichen Gegenstand eingereicht (AHV, Drogen, Europapolitik). Es fragt sich, ob die Bundesversammlung diese gemeinsam behandeln und ihnen allenfalls einen einzigen Gegenentwurf gegenüberstellen kann. Wir haben uns über diese Frage den Kopf zerbrochen und hielten sie anfänglich für nicht beantwortbar<sup>10</sup>. Nach einer erneuten Prüfung kamen wir zum Schluss, es gebe zwei mögliche Vorgehensweisen: Die Minimallösung besteht darin, dem Parlament freie Hand zu lassen, indem es vom gesetzlich statuierten Grundsatz der zeitlichen Reihenfolge entbunden wird (was die Abschaffung von Art. 28 Geschäftsverkehrsgesetz voraussetzt); es würde die Reihenfolge der Abstimmungen frei festlegen. Hingegen könnte es nicht mehreren Initiativen einen einzigen Gegenentwurf gegenüberstellen. Die Organisation zweier getrennter Abstimmungen am gleichen Tag, in welchen der gleiche Gegenentwurf zwei Volksinitiativen gegenübergestellt würde, könnte zu zwei widersprüchlichen Ergebnissen führen<sup>11</sup>. Die andere, weitergehende Lösung bestünde in der Anwendung einer erweiterten Methode Haab. Statt sie, wie gegenwärtig, auf drei Möglichkeiten (Initiative, Gegenentwurf und Status quo) zu beschränken, würde sie auf vier oder mehr Möglichkeiten ausgedehnt. Die Stimmzettel würden dadurch zwar komplizierter, um den Stimmberechtigten zu ermöglichen, ihre Präferenzen auszudrücken<sup>12</sup>. Doch was kompliziert ist, muss nicht unbedingt unverständlich sein<sup>13</sup>.

#### 42.8. Fristen für die Behandlung von Volksinitiativen und für die Organisation der Volksabstimmung

Diese Fragen, deren Bedeutung nicht bestritten ist, werden üblicherweise vom Gesetz geregelt; sie werden zudem gegenwärtig von der Bundesver-

---

<sup>10</sup> Siehe dazu die interessanten Ausführungen von Luzian Odermatt, Das Abstimmungsverfahren bei Grundsatz- und EinzelpunktAbstimmungen, mit oder ohne Varianten, ZBl 1991, S. 93-117, insbesondere 102-112.

<sup>11</sup> Wenn der Gegenentwurf bei der einen Fragestellung angenommen und bei der anderen verworfen wird.

<sup>12</sup> Siehe die Studie des Regierungsrates des Kantons Zug, die dieses Problem behandelt und sich auf ein Gutachten der Brüder Haab stützt (Botschaft Nr. 7650, vom 25. Februar 1992; diese Botschaft bildet die Grundlage für das Gesetz vom 26. November 1992 zur Revision des Gesetzes über Wahlen und Abstimmungen).

<sup>13</sup> Es genügt, sich die Wahlregelung des Nationalrats in Erinnerung zu rufen: Kumulieren, Streichen und Panaschieren dienen ebenfalls dazu, die Präferenzen auszudrücken.

sammlung geprüft<sup>14</sup>. Eine gewisse Flexibilität der Fristen dürfte sich als geeignetes Mittel erweisen, potentielle Konflikte zwischen Völkerrecht und Landesrecht zu vermeiden oder wenigstens zu mildern.

#### 42.9. Gemeinsame Fragen

##### Zahl der Unterschriften

Die Zahl der für Volksinitiativen erforderlichen Unterschriften wurde innert hundertfünfzig Jahren nur einmal revidiert (September 1977), d.h. verdoppelt (Übergang von 50 000 auf 100 000), wohingegen sich die Zahl der Aktivbürger und -bürgerinnen im gleichen Zeitraum verzehnfacht hatte (von weniger als 500 000 im Jahr 1848 auf 3 800 000 im Jahr 1977 und auf 4 600 000 im Jahr 1995). Zur Wiederherstellung des 1848 beschlossenen Verhältnisses von ungefähr 10% müsste heute der Verfassungegeber die Zahl auf über 450 000 erhöhen. Aber die Dinge liegen selbstverständlich nicht so einfach. Eine Erhöhung der Zahl der Unterschriften ist politisch nicht neutral: die zusätzliche Barriere, die sie für Initiativen errichtet, ist für begüterte und gut organisierte Unternehmen oder Interessengruppen wahrscheinlich leicht, für Randgruppen jedoch schwieriger zu überwinden. Die von uns beigezogene Expertenkommission zeigte sich deshalb sehr zurückhaltend hinsichtlich der Zweckmässigkeit einer Erhöhung der Unterschriftenzahl.

Wir sind dennoch der Ansicht, dass sich für die formulierte Verfassungsinitiative (wie im übrigen auch für die Referendumsbegehren, siehe hinten, Nr. 43.1) eine Erhöhung rechtfertigt. Zum einen aufgrund der Zunahme der Zahl der Stimmberechtigten und der Entwicklung der Kommunikationstechniken<sup>15</sup>. Zum andern aber auch, um den Unterschied zwischen der formulierten Verfassungsinitiative und der allgemeinen Volksinitiative klar hervorzuheben (Nr. 43.8 in fine). Schliesslich ist die Erhöhung der Unterschriftenzahl auch erforderlich, um ein Gleichgewicht unserer Vorschläge herbeizuführen. Es kann sich dabei selbstverständlich nur um eine gemässigte Erhöhung handeln. Eine erneute Verdoppelung (von 100 000 auf 200 000) erscheint uns vernünftig. Das Verhältnis, das von 10% 1848 auf 1,3% 1977 gefallen war, danach wieder auf 2,6% anstieg, anschliessend erneut auf unter 2,2% fiel, würde dadurch auf ungefähr 4,4% angehoben<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> BBl 1993 III 445, 501 f., 542 f.; Nationalrat, Sitzung vom 8. März 1995; vgl. NZZ vom 9. März 1995, Nr. 57, S. 17.

<sup>15</sup> Die Auswirkungen dieser Entwicklung zeigen sich in der Erhöhung der zustande gekommenen Initiativen: 128 zwischen 1892 und 1977; 73 zwischen 1978 und 1995. Der Rhythmus hat sich fast verdreifacht.

<sup>16</sup> Es sei darauf hingewiesen, dass ein erfahrener Beobachter der Praxis der direkten Demokratie kürzlich die Rückkehr zu 10 % empfohlen hat; vgl. Henner Kleinewefers, "Verwesentlichung" der Politik durch Einschränkung der direkten Volksrechte, Freiburg 1995, S. 38-43. - Dabei ist zu präzisieren, dass, würden die Modalitäten der Unterschriftensammlung strenger oder die Frist verkürzt, die Zahl von 200 000 vermindert oder vielleicht sogar auf unter die heute geltende Zahl von 100 000 herabgesetzt werden müsste.



### Ausgestaltung der Sammlung der Unterschriften

Wir gehen davon aus, dass die Einzelheiten vom Gesetz geregelt werden. Sie wurden im übrigen kürzlich vom Nationalrat geprüft<sup>17</sup>. Inhaltlich ist folgendes zu sagen: Die Missbilligung gewisser Umstände bei der Sammlung der Unterschriften ist zwar verständlich; dennoch würde, nach unserer Ansicht, ein Zwang, sich zur Anbringung der Unterschrift in Verwaltungsräumlichkeiten zu begeben, die Ausübung der Volksrechte in ernstzunehmender Weise behindern.

### Frist für die Sammlung der Unterschriften

Der Entscheid, ob die Verdoppelung der Unterschriftenzahl eine Fristverlängerung zur Folge haben soll, liegt ebenfalls beim Gesetzgeber.

### Unterbreitung von Alternativen

Wenn die Bundesversammlung dem Volk eine Total- oder Teilrevision der Bundesverfassung zur Abstimmung vorlegt, muss sie zur Unterbreitung einer Alternative befugt sein, unabhängig davon, ob sie aus eigenem Antrieb oder aufgrund einer Volksinitiative handelt. Diese Befugnis muss sich aber auf *einen einzigen* Alternativtext beschränken, sodass die Abstimmung nicht mehr als drei Fragestellungen betrifft (die beiden Vorlagen und den Status quo). Aus dem gleichen Grund soll die Bundesversammlung einer formulierten Volksinitiative nur einen einzigen Gegenentwurf gegenüberstellen dürfen. Eine komplexere Abstimmungsweise ist nur beim Vorliegen mehrerer Volksinitiativen denkbar (siehe vorn, Nr. 42.7).

Die Unterbreitung von Alternativen ist nicht, wie man versucht ist zu glauben, eine einfache Lösung. Es handelt sich dabei vielmehr um ein zweiseitiges Schwert. Zweifellos kann mit diesem Instrument der völlige Misserfolg einer Revision und der damit verbundene Zeitverlust vermieden werden. Und dennoch: Wird dieses Instrument zu bereitwillig angewendet, so kann es die Annahme von Massnahmen verhindern, die die Mehrheit des Parlaments als gerechtfertigt erachtet, die aber, weil sie unbeliebt sind, nur dann Aussicht auf Erfolg haben, wenn sie in ein Gesamtpaket eingebettet sind - währenddem sie grosse Gefahr laufen, verworfen zu werden, wenn sie getrennt vorgelegt werden. Es ist somit an der Bundesversammlung, die Vor- und Nachteile des Vorgehens abzuwägen und sich dann je nach Schlussfolgerung für die Abstimmung *en bloc* oder für die getrennte Abstimmung zu entscheiden.

### Finanzierung der Abstimmungskampagnen

Zahlreiche Beobachter des schweizerischen politischen Lebens sind der Meinung, das Spielen der Demokratie werde bisweilen durch die ungleichen finanziellen Möglichkeiten der beteiligten Parteien verfälscht. Deshalb werden immer wieder staatliche Subventionen oder eine Höchstgrenze der

---

<sup>17</sup> In seinen Sitzungen vom 8. und 9. März 1995; vgl. NZZ vom 9. März 1995, Nr. 57, S. 17, und vom 10. März 1995, Nr. 58, S. 18.

Ausgaben oder eine Begrenzung der Spenden oder *zumindest die Verpflichtung zur Offenlegung der Kampagnenrechnung* gefordert. Dieses Problem ist uns bekannt; wir kommen aber zum Schluss, dass es nicht auf Verfassungsebene gelöst werden soll; solche Bestimmungen, die schwierig zu schaffen und zu formulieren und vielleicht noch schwieriger durchzusetzen sind, sind Sache des Gesetzgebers. Die Verfassung kann ihm lediglich einen entsprechenden Gesetzgebungsauftrag erteilen.

#### Ermittlung des Ständemehrs

Auch dieses Problem ist knifflig; es kann aber, im Gegensatz zur vorangehenden Frage, nur von der Bundesverfassung gelöst werden. Seit einigen Jahren wird immer wieder auf die Zunahme der Fälle verwiesen, in welchen ein Ständemehr das Volksmehr in Schach hält. Auf die statistische Realität wurde in der Einführung eingegangen: es sind acht auf 150 Fälle seit dem 19. Jahrhundert, davon aber sechs in den letzten fünfundzwanzig Jahren und zwei an einem einzigen Tag im Jahr 1994.

Die von uns konsultierte Expertenkommission ging davon aus, dass am Erfordernis des doppelten Mehrs nicht zu rütteln ist, hat aber versucht, dieses durch eine geringfügige Gewichtung der Kantone etwas zu lockern. Sie stützte sich dabei auf das von den Herren Trechsel und Hess, Universität Genf, entwickelte Modell<sup>18</sup>. Auf die früheren Abstimmungen übertragen, hätte dieses Modell fünf auf dem fehlenden Ständemehr beruhende Misserfolge in Erfolge verwandelt<sup>19</sup>; einzig die Abstimmungen von 1955 (Mieter- und Konsumentenschutz), 1970 (Finanzordnung) und 1994 (Einbürgerung junger Ausländer) wären gleichermassen negativ ausgefallen. Beiläufig sei darauf hingewiesen, dass bei einem Volksmehr für den EWR in der Abstimmung von 1992 die Gewichtung nach Trechsel-Hess ein Scheitern der Vorlage nicht verhindert hätte. Das Modell von Professor Möckli<sup>20</sup>, das ziemlich ähnlich ist, hätte ebensowenig etwas daran geändert.

Diese Ergebnisse veranlassen uns zum Schluss, dass die geltende Bestimmung nicht geändert werden soll. Wir sind im übrigen der Ansicht, dass in einem derart heiklen Bereich jede Änderung des Systems zusammen mit der Konferenz der Kantonsregierungen geprüft werden sollte.

---

<sup>18</sup> Vgl. NZZ vom 23. Juni 1993, Nr. 142, S. 23; BaZ vom 24. Juni 1993, Nr. 144. Das Modell, das eine Gewichtung von eins bis drei vorsieht, erteilt den Kantonen mit bis zu 2% der Schweizer Wohnbevölkerung eine Stimme, Kantonen mit zwischen 2% und 4% der Schweizer Wohnbevölkerung zwei Stimmen, Kantonen mit über 4% der Schweizer Wohnbevölkerung drei Stimmen. Daraus ergäben sich aufgrund der aktuellen demographischen Angaben fünfzig statt dreiundzwanzig Ständestimmen.

<sup>19</sup> Mass und Gewicht (1866); Recht auf Bildung (1973); erster Konjunkturartikel (1975); erster Energieartikel (1983); zweiter Kulturartikel (1994).

<sup>20</sup> Gewichtung von zwei bis fünf statt von eins bis drei. Vgl. TA vom 6. September 1994.

### Quorum

Wir schlagen kein Quorum vor: kein Teilnahmequorum, wonach die Abstimmung ohne eine bestimmte Beteiligung, beispielsweise 40 oder 50%, wirkungslos wäre; dieses System ist besonders verkehrt, weil dasjenige Lager, welches seine Niederlage vorausahnt, zur Stimmenthaltung aufrufen und dadurch siegen kann<sup>21</sup>; kein Annahmequorum, welches für die Vorlagen der Bundesversammlung zu einem absurden Ergebnis führen würde; kein Quorum für die Ablehnung, da dieses sehr niedrig angesetzt werden müsste (20%; in Dänemark ist es auf 30% angesetzt<sup>22</sup>), will man das Referendum nicht völlig ausschalten.

## 43. Volksrechte im Gesetzes- und Verwaltungsbereich

### 43.1. Bundesgesetze und allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse, Zahl der Unterschriften

Wir schlagen die Beibehaltung des geltenden Systems vor, wo diese Erlasse dem fakultativen Referendum unterliegen. Zur Erhöhung der Zahl der erforderlichen Unterschriften (von 50 000 auf 100 000), siehe die Erklärungen weiter vorne (Nr. 42.9, Zahl der Unterschriften). Die Entscheidung über eine allfällige Verlängerung der Frist für die Unterschriftensammlung liegt beim Gesetzgeber (vgl. Nr. 42.9, Frist für die Sammlung der Unterschriften).

### 43.2. Aufschiebendes oder aufhebendes Referendum?

Hier kommen wir zur entscheidenden Frage bezüglich des Verzichts auf das aufschiebende Referendum zu Gunsten eines aufhebenden Referendums.

Zum Grundsatz: Der Verzicht auf den aufschiebenden Charakter des Referendums wäre nur für Rechtssätze, nicht aber für Staatsverträge und ebensowenig für Verwaltungs- oder Finanzbeschlüsse denkbar. Ebenso wenig käme er für Verfassungsrevisionen in Frage<sup>23</sup>.

Zu den Rechtssätzen auf Gesetzesstufe: Die Expertenkommission hat sich lange mit den Vor- und Nachteilen der heutigen Regelung befasst und sich gefragt, ob die geltende Möglichkeit, das Inkrafttreten eines Gesetzes zu verhindern, oder die Möglichkeit, dieses erst nach der Konkretisierung seiner Mängel aufzuheben, vorzuziehen sei. Für einzelne Kommissionsmitglieder bildet der aufschiebende Charakter des Referendums eine der unbefriedigendsten Seiten der bei uns praktizierten direkten Demokratie; für

<sup>21</sup> Beispiel für ein Quorum von 50%: die Revision wird angenommen mit 30% Ja und 25% Nein, aber sie wird verworfen mit 35% Ja und 10% Nein (weil hier das Quorum von 50% nicht erreicht wird und die Abstimmung wirkungslos ist). Siehe dazu das Referendum vom 4. Juni 1990 in Italien betreffend gewisse Bestimmungen über die Jagd, wo 18 Millionen Stimmberechtigte gegenüber zwei Millionen verloren haben, währenddem sie gegenüber sechs Millionen gewonnen hätten!

<sup>22</sup> Art. 42 Abs. 5 der dänischen Verfassung vom 5. Juni 1953.

<sup>23</sup> Selbstverständlich mit Ausnahme der Dringlichkeitsbeschlüsse nach Art. 89bis Abs. 3 BV.

sie bedeutete die Abschaffung der Möglichkeit, einen Erlass ohne Kenntnis seiner Auswirkungen zu vernichten, die wünschenswerteste Reform der Volksrechte. Die Mehrheit der Kommission war solchen Überlegungen nicht abgeneigt; dennoch konnte sie sich nicht entschliessen, die Abschaffung einer der bewährtesten Einrichtungen des schweizerischen politischen Lebens vorzuschlagen.

Wir sind derselben Ansicht. Es wäre sicherlich wünschenswert, dass gewisse Gesetze, bevor sie bekämpft werden, ausprobiert werden könnten. Wir können uns indessen kaum vorstellen, dass das Referendum seiner aufschiebenden Wirkung entkleidet wird. Im übrigen gibt es andere Gesetze, bei denen kein Bedürfnis nach Erprobung besteht; beispielsweise die Mehrzahl der Steuergesetze. Das Problem besteht dennoch. Nach unserer Ansicht kann man zu seiner Lösung beitragen, wie wir es in der Einführung angekündigt haben, durch die Einführung einer allgemeinen Volksinitiative (siehe hinten, Nr. 43.8), die dazu dient, die unbefriedigenden Gesetze in Frage zu stellen.

Die Situation wäre die folgende. Das durch die Bundesversammlung angenommene Gesetz untersteht, wie heute, dem aufschiebenden Referendum, das in einer relativ kurzen Frist verlangt werden muss. Aber, und darin liegt die Neuerung, die möglichen Gegner des Gesetzes wissen, dass sie, wenn sie das Gesetz nicht unverzüglich dem Referendum unterstellen, die Möglichkeit behalten, es später jederzeit zu bekämpfen, für den Fall, dass es tatsächlich diejenigen Mängel aufweist, die sie ihm zuschreiben, oder andere, an die sie nicht gedacht haben. Untersteht die allgemeine Volksinitiative denselben Bedingungen wie das Referendumsbegehren (dieselbe Unterschriftenzahl), ja sogar noch weniger strengen Bedingungen (längere Frist für die Unterschriftensammlung), so ist denkbar, dass gewisse Gegner darauf verzichten werden, das Referendum zu verlangen, oder, wenn es verlangt wird, das Gesetz zu verwerfen, um es anhand seiner Anwendung beurteilen zu können. Die Initiative bietet zudem den Vorteil, dass sie der Bundesversammlung erlaubt, in der Form eines Alternativentwurfs eine korrigierte Version des Gesetzes vorzulegen.

#### 43.3. Inhalt des Gesetzes

Wir sind auch auf die Frage des Inhaltes des Gesetzes eingegangen und schlagen vor, dass die Bundesverfassung ausführen soll, dass Gesetze und allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse Rechtssätze enthalten. Diese Präzisierung wird empfohlen, weil wir vorschlagen, in einer anderen Bestimmung die Möglichkeit der Unterstellung auch von Verwaltungs- und Finanzbeschlüssen unter das Referendum vorzusehen (hinten, Nr. 43.9). Wird diesem Vorschlag nicht gefolgt, muss selbstverständlich auf die Erwähnung der Rechtssätze in der Verfassung verzichtet werden, um den Gesetzgeber nicht daran zu hindern, eines Tages auf seine restriktive Lösung von 1962 zurückzukommen, sollte er es als zweckmässig erachten.

#### 43.4. Wichtigkeit der Gesetzesbestimmungen?

Die Erwähnung der Rechtssätze ist jedoch nicht alles. Es erhebt sich auch das Problem einer Erwähnung der *Qualität* der Rechtssätze. Es wird häufig



über die Frage diskutiert, ob die in Gesetzen oder allgemeinverbindlichen Beschlüssen enthaltenen Rechtssätze *wesentlich* sein müssen.

Eine solche Präzisierung kann auf zwei Art und Weisen, nämlich als Schranke oder als Mindestanforderung, gesehen werden.

In der ersten Sicht bedeutet sie, dass das Gesetz *nur wesentliche Bestimmungen* enthalten darf; die übrigen Vorschriften gehören in nicht der Volksabstimmung unterstellte Formen (nichtreferendumpflichtige Bundesbeschlüsse, Bundesratsverordnungen). Dieser Aufbau, welcher an eine Erfindung der französischen Verfassung von 1958 erinnert<sup>24</sup>, widerspricht völlig unseren politischen Gepflogenheiten; zudem ist diese Konzeption, wie die französische Erfahrung seit über dreissig Jahren zeigt, unrealistisch und kommt hier nicht weiter zur Sprache. Wir weisen aber beiläufig darauf hin, dass die Suche nach einer Demokratie, die sich auf das "Wesentliche" konzentriert ("Verwesentlichung der Demokratie"), ein schwieriges Unterfangen darstellt: nicht die Verfassung entscheidet über die Wichtigkeit der Bestimmungen, sondern das Parlament und die Bürger und Bürgerinnen.

In der zweiten Sicht bedeutet die Präzisierung, dass sich *alle wesentlichen Bestimmungen* im Gesetz finden müssen; dieses kann aber auch noch andere Vorschriften enthalten. Damit stossen wir auf den allgemeinen Verfassungsgrundsatz der Gesetzmässigkeit, d.h. des Erfordernisses einer formellen Gesetzesgrundlage für alles staatliche Handeln. Es fragt sich, ob dieser Grundsatz in der Verfassung wiedergegeben werden muss. Wir entschieden uns aus zwei Gründen dagegen. Erstens handelt es sich, wie erwähnt, um einen allgemeinen Grundsatz. Er gilt sowohl für den Bund als auch für die Kantone. Will man ihn in detaillierter Form in die Verfassung aufnehmen, wäre also nicht der Teil über die politische Organisation des Bundes, sondern der einleitende Teil die geeignete Stelle. Zweitens können die Bestimmungen, welche der Form des (kantonalen oder eidgenössischen) Gesetzes bedürfen, nicht abstrakt umschrieben werden. Ihre Definition ändert nach Massgabe des Bereiches oder sogar der Umstände. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes, wie auch diejenige der europäischen Gerichtsbarkeiten, ist nuanciert; sie ist recht eindeutig im Bereich des Strafrechtes und des Abgaberechtes, viel weniger klar in den übrigen Bereichen; dies zeigte sich beispielsweise anhand des Problems des *numerus clausus* für den Zugang zu den Universitäten<sup>25</sup>. Deshalb fragt es sich, ob Adjektive wie "grundlegend", "wichtig" oder "wesentlich" in der Bundesverfassung sinnvoll sind. Sie wären denkbar in einer Bestimmung, die den Gebrauch der Gesetzesdelegation beschränken wollte. Jedoch trägt eine abstrakte Formulierung der Aussage, dass die Bundesgesetze und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse alle wesentlichen Rechtssätze enthalten müssen, nichts zur Klarheit der Bundesverfassung bei. Auch der Berner Verfassungsgeber, welcher sich in lobenswerter Weise um eine Konkretisierung dieses Gedankens bemüht hat, musste schliesslich zu recht unbestimmten Ausdrücken greifen<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Art. 34 und 37 der französischen Verfassung vom 4. Oktober 1958.

<sup>25</sup> BGE 103 Ia 369, 388-392, Waeffler, vom 25. Mai 1977.

<sup>26</sup> Siehe Art. 69 Abs. 4 der Berner Kantonsverfassung vom 6. Juni 1993 (wo zweimal von "Grundzügen" die Rede ist).

Zusammenfassend kommen wir in dieser Frage zum Schluss, dass das geltende System beizubehalten und der Entscheid über den Inhalt der Gesetze dem Gesetzgeber zu überlassen ist. Sollte die Verfassungsgerichtsbarkeit auf die Bundesgesetze ausgedehnt werden, so müsste ein solcher Entscheid die Rechtsprechung des Bundesgerichtes über die Gesetzesdelegation berücksichtigen oder dieser, insoweit sie noch nicht gefestigt ist, vorgehen.

#### 43.5. Unterbreitung von Alternativen

Was zur Verfassungsrevision gesagt wurde (siehe vorn, Nr. 42.9, Unterbreitung von Alternativen), gilt auch hier: wenn die Bundesversammlung ein Gesetz erlässt, muss sie auch eine Alternative unterbreiten können; diese muss sich jedoch auf *eine einzige* Variante beschränken. Da aber das Referendum nur fakultativ ist und vielleicht nicht stattfindet, muss das Parlament zudem angeben, welcher der beiden Texte in Kraft tritt, wenn die Volksabstimmung nicht verlangt wird.

#### 43.6. Aufhebung der Referendums Klausel für Texte, die im Parlament eine qualifizierte Mehrheit erhalten haben?

In der letzten Zeit wurde mehrfach, insbesondere auch von Professor Borner, Universität Basel, vorgeschlagen, Erlasse, welche wegen ihrer Annahme durch eine qualifizierte Mehrheit der Bundesversammlung eine ausgeprägte parlamentarische Legimität besitzen, vom Referendum auszunehmen; es könnte sich dabei beispielsweise um eine Zweidrittelmehrheit der Mitglieder jedes Rates handeln (d.h. 134 Stimmen im Nationalrat und 31 Stimmen im Ständerat)<sup>27</sup>. Dieser Gedanke, welcher sich auch in den Verfassungen einiger amerikanischer Staaten findet (bisweilen in der Form einer das Referendum ausschliessenden Dringlichkeitsklausel<sup>28</sup>), ist nicht uninteressant. Doch muss festgestellt werden, dass eine Zweidrittelmehrheit zu hoch angesetzt ist, um wirksam zu sein, und dass sie die neuere Referendumspraxis kaum beeinflusst hätte: von den neunzehn in den letzten drei Jahren organisierten Gesetzesreferenden (von Mai 1992 bis März 1995) hätten offenbar nur drei nicht stattfinden können, nämlich die Referenden über die Parlamentsreform (Geschäftsverkehrsgesetz), die Erhöhung der Treibstoffzölle und die Arbeitslosenversicherung; alle drei Abstimmungen fielen im übrigen zu Gunsten des Parlamentes aus. Hätte die Zweidrittelregel bestanden, wären allerdings einzelne Schlussabstimmungen vielleicht anders ausgefallen; wir raten aber von dieser Neuerung ebengerade wegen der ihre innewohnenden Möglichkeit ab, die Stellung eines Gesetzes durch einige Stimmen mehr oder weniger, mit anderen Worten durch Berechnungen und Manipulationen, zu verändern.

---

<sup>27</sup> Vgl. Silvio Borner/Aymo Brunetti/Thomas Straubhaar, Die Schweiz im Alleingang, Zürich 1994, S. 131-132.

<sup>28</sup> Siehe beispielsweise Art. II, sect. 9 der Verfassung von Kalifornien; vgl. Andreas Auer, Le référendum et l'initiative populaires aux Etats-Unis, Basel/Frankfurt, 1989, S. 21-22.

#### 43.7. Konstruktives Referendum?

Die Idee eines konstruktiven Referendums, wie sie in der Berner Verfassung von 1993<sup>29</sup> verwirklicht wurde, beschäftigte die eidgenössischen Politiker und Politikerinnen anlässlich der Beratungen über den Europäischen Wirtschaftsraum. Es handelt sich bekanntlich darum, ein Referendumsbegehren gegen ein Gesetz durch konstruktive Vorschläge zu bereichern; das konstruktive Referendum ist somit eine Art Gesetzesinitiative. In einem Verfassungssystem, welches lediglich die Verfassungsinitiative kennt, hat ein solches Instrument seinen unleugbaren Reiz. Mit der Einführung der Gesetzesinitiative - in der Form der allgemeinen Volksinitiative, wie wir dies vorschlagen (in Nr. 43.8) - verliert das konstruktive Referendum an Interesse. Die Berner Verfassung kennt zwar beide Instrumente und sogar die ausgearbeitete Gesetzesinitiative<sup>30</sup>; das konstruktive Referendum hat aber auch seine eindeutigen Schwächen. Einerseits besteht das Problem der Vereinbarkeit des konstruktiven Vorschlags mit dem übergeordneten Recht, was allenfalls zur Ungültigerklärung führen kann; dabei müsste noch geklärt werden, wer dafür zuständig wäre und ob das ganze Begehren oder lediglich sein konstruktiver Teil ungültig würde. Andererseits ist das Parlament berechtigt, seinen Gegenvorschlag zu machen. Sowohl das Verfahren der Ungültigerklärung als auch die Ausarbeitung eines Gegenvorschlages kosten aber Zeit; diese Verfahren eignen sich bestens für die Volksinitiative, sind aber kaum zu vereinbaren mit dem aufschiebenden Charakter des Referendums und der Notwendigkeit, das Gesetz möglichst rasch der Volksabstimmung zu unterbreiten. Zudem wird die Einreichung zweier oder mehrerer Referendumsbegehren zu einer mit Schwierigkeiten verbundenen Abstimmung über vier oder mehr Fragestellungen führen (siehe vorn, Nr. 42.7). Aufgrund dieser Überlegungen verzichten wir auf das konstruktive Referendum, dessen gemischte Natur bremsende und antreibende Momente vereinigt, zu Gunsten der Volksinitiative.

#### 43.8. Einführung der allgemeinen Volksinitiative

Wie vorne erwähnt (Nr. 42.2), soll die formulierte Verfassungsinitiative wegen ihrer Verankerung in unserem politischen Leben nicht aufgegeben werden. Um aber den künstlichen Rückgriff auf dieses Instrument, wie er heute häufig vorkommt, zu vermeiden, halten wir den Zeitpunkt für die Einführung einer anpassungsfähigeren Initiative geeignet, welche eine Gesetzesänderung ohne Umweg über die Verfassung ermöglicht. Es sind zwei Lösungen denkbar: die formulierte Gesetzesinitiative als verfeinertes Instrument, welches den Initianten die präzise Formulierung ihres Begehrens erlaubt; oder eine allgemeine, nicht formulierte Initiative, welche zwar der Bundesversammlung einen gewissen Spielraum belässt, aber das Problem der Verfassungsmässigkeit des Gesetzes elegant löst. Während nämlich die verfassungswidrige formulierte Gesetzesinitiative ungültig erklärt werden muss, kann der nicht formulierten Volkinitiative, welche ein Gesetz betrifft, aber die Verfassung verletzt, ohne Ungültigerklärung eine verfassungs-

---

<sup>29</sup> In Art. 63 Abs.3.

<sup>30</sup> Art. 58 Abs.1 lit.b und Abs. 3.

mässige Gestalt verliehen werden. Deshalb empfehlen wir die Einführung der allgemeinen Volksinitiative, zusätzlich zur ausgearbeiteten Verfassungsinitiative. Eine solche Lösung schliesst die Einführung einer Gesetzesinitiative grundsätzlich nicht aus.

Dieser Initiativtypus hätte die Annahme, Aenderung oder Aufhebung von Rechtssätzen zum Gegenstand. Er würde sich nicht auf Verwaltungsakte erstrecken (vgl. dazu weiter hinten, Nr. 43.12).

Zur Zahl der Unterschriften: Die allgemeine Volksinitiative, die weniger ehrgeizig ist als die formulierte Verfassungsinitiative, da sie oftmals nur die Gesetzesebene anvisiert und der Bundesversammlung einen grösseren Handlungsspielraum belässt, erfordert auch weniger Unterschriften: 100 000 statt 200 000. Mit anderen Worten: die Voraussetzung, was die Zahl betrifft, wäre dieselbe wie bei einem Referendumsbegehren (siehe vorne, Nr. 43.1); die Initiative könnte somit ohne weitere Schwierigkeiten die Funktion eines abrogativen Referendums erfüllen, wie weiter oben beschrieben (Nr. 43.2 in fine).

#### 43.9. Einführung des Verwaltungs- und Finanzreferendums

Wir sind der Überzeugung, dass sich das Referendum nicht, wie dies der Gesetzgeber 1962 beschlossen hat, einzig auf Rechtssätze beschränken sollte; denn gewisse konkrete Massnahmen sind, in den Augen eines Teils der Bevölkerung, bedeutend wichtiger als manche abstrakte Bestimmung. An diesem Punkt beginnen aber die Schwierigkeiten. Es können nicht alle konkreten Massnahmen dem Volk vorgelegt werden. Sogleich stellt sich die Frage, ob die Auswahl aufgrund eines *materiellen* Kriteriums erfolgen soll oder ob ein *Verfahrensmodus* anzuwenden ist, d.h., ob es der Bundesversammlung oder einer qualifizierten Parlamentsminderheit überlassen werden soll, nach Gutdünken ihre Verwaltungs- und Finanzbeschlüsse mit der Referendums Klausel zu versehen. Sich zwischen der materiellen Lösung und der Verfahrenslösung zu entscheiden, fällt nicht leicht. Wir schlagen ein gemischtes System vor, nämlich grundsätzlich den Verfahrensmodus in Verbindung mit materiellen Kriterien zur Bezeichnung derjenigen Beschlüsse, welche auf keinen Fall mit der Referendums Klausel versehen werden dürfen.

Das bedeutet nicht, dass wir nicht wiederholt die Möglichkeit eines auf ausschliesslich materiellen Begriffen beruhenden Systems geprüft hätten (solche wie neue Ausgaben eines gewissen Betrages, Konzessionen, Bewilligungen, Pläne), wie es die meisten Kantonsverfassungen für das Finanzreferendum und, einige davon, für andere Arten von Verwaltungsreferendum vorsehen<sup>31</sup>. Doch besteht ein Unterschied zwischen den materiellen Kriterien, die in einer Kantonsverfassung aufgeführt sind, und denjenigen, die in der Bundesverfassung eingeführt und an die Bundesversammlung gerichtet würden. Diejenigen der Kantone geniessen den Schutz des Bundesgerichts, es besteht eine Beschwerdemöglichkeit gegen ihre Auslegung durch das Kantonsparlament. Somit - auch wenn man den Ermessensspielraum berücksichtigt, den das Gericht den Kantonsparlamenten

<sup>31</sup> Siehe z.B. die bernische Verfassung von 1993, Art. 62 Abs. 1 Bst. c-e.



einräumt - wird die Qualifizierung einer Ausgabe oder eines Verwaltungsaktes durch ein Kantonsparlament mit den Folgen, die sich daraus für die Öffnung des Referendums ergeben, nicht rein politischen Charakter haben können. Eine andere Situation präsentierte sich indessen, wenn die Bundesverfassung das Parlament verpflichten würde, gewisse Finanz- oder Verwaltungsbeschlüsse aufgrund ihres Inhalts mit der Referendumsklausel zu versehen. Da eine Ausdehnung der Rechtsprechung des Bundesgerichts in diesem Bereich ausser Frage steht, würde die Bundesversammlung frei und ohne Beschwerdemöglichkeit die Verfassungsbegriffe interpretieren. Zweifellos ist sie und hält sie sich für an das Recht gebunden, wie jede andere Behörde unseres Landes. Das ist richtig, doch hier mangelt es dem Recht aufgrund der sehr weiten Begriffe, die es anwendet, in besonderer Weise an Bestimmtheit. Auch wenn die Parlamentarier sich bemühen, der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den neuen Ausgaben zu folgen, so werden sie einsehen müssen, dass diese Rechtsprechung nicht einfach zu verstehen und umzusetzen ist. Schlussfolgerung: Die Qualifizierung eines Beschlusses, auch wenn sie juristisch erscheint, wird stets höchst politischen Charakter haben: man wird die Stimmen zählen. Der Nationalrat wird beispielsweise mit 90 gegen 70 Stimmen entscheiden, dass eine Ausgabe nicht neu ist und dass es keine Unterstellung unter das Referendum geben wird.

Es ist diese unvermeidlich zweideutige Situation, die uns dazu bringt, die Verfahrenslösung als realistischer und sogar aufrichtiger anzusehen. Im übrigen wurde sie vor 1962 angewendet: die Bundesversammlung entschied frei, ohne geringste Vorgabe durch die Bundesverfassung, ob ein von ihr angenommener Beschluss "allgemeinverbindlich" war.

Wird am Verfahrensmodus festgehalten, so ist noch zu wählen zwischen der üblichen Regel, laut welcher die Referendumsklausel mit der Mehrheit der Stimmenden beschlossen wird, und einer neuen Regel, welche diese Befugnis einer qualifizierten Minderheit, beispielsweise einem Drittel der Mitglieder jedes Rates, erteilt. Wir entschieden uns schliesslich gegen die übliche Regel, welche insofern etwas plebiszitär gefärbt ist, als die Bundesversammlung die Klausel nur beschliessen würde, entweder wenn sie vom Referendum nichts zu befürchten hätte oder um sich einer schweren Verantwortung zu entziehen. Wir ziehen somit den Entscheid über die Klausel durch eine qualifizierte Minderheit von einem Drittel vor (67 Stimmen im Nationalrat, 16 im Ständerat); diese Voraussetzung ist ziemlich schwierig zu erfüllen und ist dennoch nicht plebiszitär<sup>32</sup>. Damit setzen wir uns bewusst der gleichen Kritik aus, welche wir selber am Vorschlag von Professor Borner geübt haben (siehe vorn, Nr. 43.6): die für das Drittel erforderlichen Stimmen könnten unter Umständen kostbar sein. Auch hier besteht sicher eine gewisse Manipulationsgefahr, aber Situation und Gegenstand sind anders. Im einen Fall (Vorschlag Borner) geht es um die Verhinderung der altbewährten Institution des Gesetzesreferendums; im andern Fall (das heisst hier) versucht die Mehrheit eine Minderheit davon

---

<sup>32</sup> Eine ähnliche Bestimmung findet sich in der bernischen Verfassung von 1993, Art. 62 Abs. 1 Bst. f: die Klausel kann von einer qualifizierten Minderheit von zwei Fünfteln (80 Parlamentarier auf 200) beschlossen werden.

abzubringen, die Anwendung des neuen Instrumentes des Verwaltungsreferendums zu ermöglichen.

#### 43.10. Ausnahmen vom Verwaltungs- und Finanzreferendum

Wie erwähnt, sind nicht alle Verwaltungsakte geeignet, dem Referendum unterstellt zu werden. Die Verfassung muss Ausnahmen vorsehen. Wenn es nun aber ein Verfahrensentscheid ist, der einen Beschluss dem Referendum unterstellt, so kann einzig eine Auflistung von materiellen Kriterien diejenigen Akte, die sich nicht dafür eignen, der Volksabstimmung entziehen. Doch wie dargestellt, können diese materiellen Kriterien dort zu Kontroversen führen, wo die politischen Auffassungen das juristische Urteil zu verfälschen drohen. Es ist daher wichtig, dass der Ausnahmekatalog so einfach und klar wie möglich ist<sup>33</sup>.

#### 43.11. Durch die Bundesversammlung oder eine Parlamentsminderheit ausgelöstes Referendum?

Nach unserer Ansicht soll somit das Parlament oder eine Parlamentsminderheit darüber entscheiden können, ob ein Beschluss dem Referendum *ausgesetzt* werden soll; wir gingen aber nie davon aus, dass das Parlament (oder eine Parlamentsminderheit) den Beschluss *direkt* dem Volk unterbreiten kann. Ein Referendum wird nur organisiert, wenn ein Teil des Volkes, gegebenenfalls acht Kantone, ihren Widerstand ausdrücklich erklärt haben.

#### 43.12. Verwaltungsinitiative?

Wir befürworten zwar die Einführung des Verwaltungsreferendums, halten aber eine besondere Volksinitiative im gleichen Bereich nicht für angebracht (vgl. dazu weiter vorne, Nr. 43.8). Wir halten uns somit an das geltende System, in welchem einzig die Verfassungsinitiative diese Rolle übernehmen kann (siehe vorn, Nr. 42.3, unsere Schlussfolgerung zur Ablehnung materieller Schranken). Allerdings sind die Voraussetzungen schwierig zu erfüllen: 200 000 Unterschriften und das doppelte Mehr von Volk und Ständen.

### 44. Volksrechte in internationalen Belangen

Wir gehen davon aus, dass der Grundsatz des Vorranges des Völkerrechts über das Landesrecht zum internen positiven Recht der Schweiz gehört. Wir haben dies eindeutig bestätigt, insbesondere in unserer Botschaft vom 18. Mai 1992 zur Genehmigung des Abkommens über den Europäischen

---

<sup>33</sup> Wir verweisen dazu auf den Kommentar zu Art. 123 weiter hinten. Die solothurnische Verfassung von 1986, Art. 36 und 37, enthält einen Grundsatz und einen Ausnahmekatalog; vgl. auch den vorerwähnten Art. 62 Abs. 1 Bst. f der bernischen Verfassung von 1993.

Wirtschaftsraum<sup>34</sup> wie auch in unserer Botschaft vom 22. Juni 1994 zu einer Initiative betreffend die Asylpolitik<sup>35</sup>. In der Beratung der Bundesversammlung über das EWR-Abkommen<sup>36</sup> hat sich gezeigt, dass einzig die Frage umstritten ist, ob die Schweizer Behörden in jedem Fall den Grundsatz selber durchsetzen müssen oder ob in Ausnahmefällen die Haftung der Schweiz mit Sanktionen des Völkerrechts ins Spiel kommt. Mit unseren Vorschlägen wollen wir solchen Fällen nach Möglichkeit vorbeugen.

Im folgenden werden nacheinander das Staatsvertragsreferendum besprochen, das Referendum gegen die Ausführungsgesetze der Staatsverträge und die Volksinitiativen, insbesondere diejenigen mit unseren völkerrechtlichen Verpflichtungen widersprechenden Bestimmungen. Als vierten Punkt fügen wir einige Überlegungen zum Konflikt zwischen dem geltenden Landesrecht und dem Völkerrecht an.

#### 44.1. Erweiterung des fakultativen Staatsvertragsreferendums

Genau gesagt geht es um das Referendum gegen die Beschlüsse, durch welche die Bundesversammlung einen Staatsvertrag genehmigt. Die vorgeschlagene Reform will unter anderem vermeiden, dass die innerstaatliche Ausübung der Volksrechte - Gesetzesreferendum und Volksinitiative - zu einem Verstoß der Schweiz gegen das Völkerrecht führt. Nach unserer Ansicht wird dieses Ziel am besten erreicht durch eine Verstärkung der Volkslegitimation der Staatsverträge selbst; diese werden damit vom allfälligen Vorwurf des Demokratiedefizits befreit. Deshalb empfehlen wir, auf die Revision von 1977 zurückzukommen und die Kategorie der heute von Art. 89 Abs. 3 Bst. c BV definierten normativen völkerrechtlichen Verträge zu erweitern. Nicht nur die multilateralen, sondern auch die *bilateralen* Verträge sollten dem fakultativen Referendum unterstehen; und nicht nur diejenigen Verträge, welche direkt anwendbare Rechtssätze für die Mitgliedstaaten enthalten, sondern auch Verträge, welche die Staaten *zur Rechtsetzung durch Gesetze verpflichten*, sollten davon betroffen sein. Einzig diese doppelte Erweiterung rechtfertigt den nachfolgenden Vorschlag.

#### 44.2. Ausschluss vom Referendum einzelner Ausführungsgesetze von Staatsverträgen

Was vor Abschluss eines Staatsvertrages an Volksrechten gewährt wird, muss nach der Genehmigung und Ratifizierung des Vertrages wieder genommen werden können, wenn die Schweiz ihre Versprechen einlösen muss. Die Schwierigkeit liegt in der Ermittlung derjenigen internen Geset-

---

<sup>34</sup> BBl 1992 IV 87-93, wo sich der Bundesrat der Sicht (eines strengen "Monismus") anschliesst, welche in einer gemeinsamen Veröffentlichung des Bundesamtes für Justiz und der Direktion für Völkerrecht entwickelt wurde, 26. April 1989, VPB 1989, Nr. 54.

<sup>35</sup> BBl 1994 III 1493-1496.

<sup>36</sup> Amtl. Bull. 1992 NR 1381-1392; StR 825-833; 883-887; NR 1836-1845. Vgl. Aldo Lombardi, Die Gestaltung des künftigen EWR-Rechts, AJP 1992, S. 1330-1344; Felix Schöbi, Die "Schubert-Praxis", usw., *ibid.*, 1993, S. 887-893.

zuerlasse, die sich *notwendigerweise* aus dem Staatsvertrag ergeben. Am einfachsten wäre es, solche Erlasse in den Genehmigungsbeschluss aufzunehmen. Nach unbestrittener Praxis wird das Landesrecht vor oder zusammen mit der Genehmigung der Staatsverträge angepasst (vgl. als neues Beispiel den EWR-Vertrag). Dies ist jedoch keineswegs immer möglich, da die Bestimmung der anzupassenden Erlasse ihre Zeit benötigt; zudem könnte dies den Genehmigungsbeschluss erheblich belasten. Eine andere Möglichkeit, die wir vorziehen, besteht darin, eine ausführliche Delegationsklausel in den Genehmigungsbeschluss aufzunehmen, welche diejenigen Bereiche bezeichnet, in denen die Bundesversammlung ohne Referendum zu legiferieren gedenkt. Beiden Lösungen ist gemeinsam, dass die Bürger und Bürgerinnen - im ersten Fall sogar ganz genau - wissen, was die Genehmigung des Staatsvertrages bedeutet<sup>37</sup>. Im zweiten Fall kann allerdings der Gebrauch des Handlungsspielraums, der dem Bundesgesetzgeber aufgrund des Staatsvertrages noch zusteht, nicht mehr auf dem Wege des Referendums kontrolliert werden. Man bedenke immerhin, dass die Bürger und Bürgerinnen im einen wie im andern Fall mittels der formulierten oder allgemeinen Volksinitiative die Änderung von Ausführungserlassen verlangen können, die ohne Referendum in Kraft getreten sind.

#### 44.3. Volksinitiative und Einhaltung des Völkerrechts

Eines der heikelsten der uns hier beschäftigenden Themen ist dasjenige der Gegenüberstellung von (vertraglichem, gewohnheitsrechlichem, unilateralem, allgemeinem) Völkerrecht und Volksinitiative. Logischerweise könnte man davon ausgehen, dass der Vorrang des Völkerrechts zur Ungültigerklärung aller gegen dieses verstossenden Initiativen führt. Wir können uns dieser Folgerung indessen nicht anschliessen. Vielmehr bemühen wir uns, das Initiativrecht möglichst weitgehend zu schonen. Wir tun dies im übrigen in Anbetracht aller bestehenden politischen und rechtlichen Mittel, durch die die Glaubwürdigkeit der Schweiz verteidigt werden kann. Politische Mittel: die Behörden empfehlen die Ablehnung einer Initiative, indem sie aufzeigen, dass ihre Annahme die Gefahr einer Verletzung unserer völkerrechtlichen Verpflichtungen in sich birgt; sie können ihr auch einen Gegenentwurf oder (im Falle der allgemeinen Volksinitiative) einen Alternativvorschlag gegenüberstellen, welcher unter Beachtung der allgemeinen Ziele der Initiative ihre Unvereinbarkeit mit dem übergeordneten Recht beseitigt. Weitere politische Mittel: wird die Initiative dennoch angenommen, kann sie im Rahmen der Ausführungserlasse angepasst werden; ist dies unmöglich, kann allenfalls der Staatsvertrag gekündigt werden, gegen den die Initiative verstösst. Rechtliche Mittel: die Initiative wird völkerrechtskonform ausgelegt; sie wird beispielsweise nur in unseren Beziehungen zu Staaten angewendet, gegenüber welchen uns der Vertrag nicht bindet usw. Möglicherweise kann der Normkonflikt nicht völlig ausgeräumt

---

<sup>37</sup> Denkbar wäre auch, die Delegation, abstrakt umschrieben, direkt in der Verfassung zu verankern. Doch diese dritte Lösung würde dem Parlament, nach unserer Auffassung, zu grosse Freiheit gewähren: es allein würde von Fall zu Fall entscheiden, ob ein Gesetz die "notwendige" Folge des Vertrags ist.



werden; in einem solchen Fall müssten die allfälligen Konsequenzen einer Völkerrechtsverletzung in Kauf genommen werden.

Wir empfehlen schliesslich, nur solche Initiativen oder einzelne Punkte daraus ganz oder teilweise ungültig zu erklären, welche unzweifelhaft gegen *die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechtes* verstossen - womit der Ständerat kürzlich begonnen hat<sup>38</sup>. Diese "zwingenden Bestimmungen des Völkerrechtes" können jedoch nicht abstrakt umschrieben werden; dies ist Aufgabe der Praxis. Somit ist es Sache der zuständigen Behörde (in unserem System der Bundesversammlung für die Gültigerklärung, und allenfalls des Bundesgerichtes, siehe weiter vorne, Nr. 42.6), eine Rechtsprechung unter Einbezug der internationalen Lehre zu schaffen<sup>39</sup>.

Es bleibt anzufügen, dass eine Volksinitiative einen Bezug zum Völkerrecht aufweisen kann, ohne dass Probleme der Vereinbarkeit entstehen. Sie kann beispielsweise auf die Kündigung eines Staatsvertrages (falls dieser kündbar ist und die Voraussetzungen zur Kündigung erfüllt sind) oder auf die Eröffnung von Verhandlungen mit einem ausländischen Staat oder einer internationalen Organisation hinzielen. Entsprechend der Art und Weise der Kompetenzverteilung in diesem Bereich kommt aber dafür nur die formulierte Verfassungsinitiative in Frage, die 200 000 Unterschriften voraussetzt.

#### 44.4. Konflikt zwischen dem internen Recht und dem Völkerrecht in Anwendungsfällen

Die Anerkennung des Vorrangs des Völkerrechtes wird die Konflikte selbstverständlich nicht verhüten; sie stellt vielmehr ein Mittel dar, um diese zu lösen. Ist eine rechtsanwendende Behörde in einem Anwendungsfall der Ansicht, dass die landesrechtliche Bestimmung, die sie anwenden muss, nicht völkerrechtskonform ist, so sind zwei Fälle zu unterscheiden. Handelt es sich bei der umstrittenen Bestimmung um eine kantonale Vorschrift oder um eine bundesrechtliche Bestimmung, die den Gesetzen und allgemeinverbindlichen Beschlüssen untergeordnet ist, so ist die Prüfung der Vereinbarkeit wie bisher vorzunehmen ("diffuse" Normenkontrolle); die rechtsanwendende Instanz kann selber das Völkerrecht über die diesem widersprechende interne Bestimmung stellen. Findet sich die umstrittene Bestimmung indessen in einem Bundesgesetz oder einem allgemeinverbindlichen Bundesbeschluss, muss die Zuständigkeit, sie vollständig oder teilweise nicht anwendbar zu erklären, der höchsten richterlichen Instanz des Landes vorbehalten bleiben ("konzentrierte" Normenkontrolle); die untere Instanz kann somit lediglich das bei ihr hängige Verfahren aussetzen und um den Entscheid des Bundesgerichtes ersuchen. Dieses entscheidet,

<sup>38</sup> In seiner Sitzung vom 16. März 1995 (Ungültigerklärung einer Volksinitiative "für eine vernünftige Asylpolitik", wegen des Verstosses gegen das Prinzip des Ausschaffungsverbotes [non-refoulement]); vgl. NZZ vom 17. März 1995, Nr. 64, S. 18.

<sup>39</sup> Siehe z.B. Stefan Kadelbach, *Zwingendes Völkerrecht*, Berlin 1992; Gennady M. Danilenko, *International Jus Cogens: Issues of Law-Making*, *Journal européen de droit international*, Bd. 2, 1991, Nr. 1, S. 42-65; Peter Saladin, *Völkerrechtliches Jus Cogens und schweizerisches Landesrecht*, ZBJV, Bd. 124bis, 1988, S. 67-96.

ob und in welchem Mass das Gesetz oder der Beschluss anzuwenden ist. Diese Lösung entspricht derjenigen, die wir für die Justizreform vorschlagen. Wir verweisen in diesem Zusammenhang auf den Kommentar zu Art. 168 Absatz 2 Satz 2 VE gemäss Reformvorschlag Justiz. Die vorgeschlagene Lösung orientiert sich an der Political-question-Doktrin.

#### 45. Schlussfolgerung

Uns war von Anfang an daran gelegen, eine Gesamtheit von in sich geschlossenen und ausgewogenen Vorschlägen zu erarbeiten. Das grundsätzliche Ziel bestand in einer Verstärkung und Verfeinerung der Volksrechte, ohne aber die direkte Demokratie übermässig aufzublähen. Die Bestimmungen des Entwurfes sollten nicht alle in die gleiche Richtung weisen; die Stärkung und Verfeinerung der Volksrechte hätten durchaus auch ihre Kehrseiten.

Wir glauben, heute ein ausgewogenes Ergebnis vorstellen zu können. Die allgemeine Volksinitiative und die Möglichkeit, einzelne bis anhin nicht referendumspflichtige Verwaltungs- und Finanzbeschlüsse und Staatsverträge dem Referendum zu unterstellen, stellen unbestreitbar eine Ausdehnung dar. Die Befugnis, Alternativen anzubieten, bedeutet eher eine Verfeinerung oder eine Verbesserung; das gleiche gilt für die vereinzelt eingriffsmöglichkeiten des Bundesgerichts. Gegenüber diesen Massnahmen - welche als positiv einzustufen sind, falls sie halten, was sie versprechen - schlagen wir auch Massnahmen vor, welche als Erschwerungen anzusehen sind. Dies trifft selbstverständlich für die Erhöhung der Zahl der Unterschriften zu, gilt aber auch für die Abschaffung des aufschiebenden Referendums für Erlasse, welche notwendige Folge von Staatsverträgen sind, und für die Ungültigerklärung von Volksinitiativen, deren Unvereinbarkeit mit den zwingenden Bestimmungen des Völkerrechtes festgestellt wird.

Ein Gleichgewicht kann zweifellos auch auf andere Weise erreicht werden. Eine Möglichkeit wurde von einzelnen Mitgliedern der Expertenkommission wiederholt mit Überzeugung vertreten. Sie besteht darin, Gesetze generell dem aufschiebenden Referendum zu entziehen, und, als Ausgleich, die Möglichkeit zu schaffen, die Aufhebung oder Änderung von Gesetzen mittels der formulierten Gesetzesinitiative verlangen zu können. Der Verzicht auf vorgängige Abstimmungen über noch nicht bekannte Gesetze würde eine derartige Änderung unserer politischen Gewohnheiten bedeuten, dass sie sogar die Erhöhung der Zahl der Unterschriften überflüssig machte. Dieses Mittel, das von der Kommission mehrheitlich abgelehnt wurde, entspricht ebensowenig unseren Vorstellungen, doch gehört es ebenfalls in jede ernsthafte Diskussion über die Reform der Volksrechte.

## Zweiter Teil: Kommentar<sup>40</sup>

Die in blau wiedergegebenen Verfassungsbestimmungen sind so konzipiert, dass sie die Bestimmungen zu den Volksrechten, die im Entwurf einer nachgeführten Bundesverfassung enthalten sind, als Ganzes ersetzen können.

Diese Vorschläge folgen also der Systematik, der Dichte und der Terminologie dieses Entwurfs. Zudem sollen sie sich so harmonisch wie möglich in diesen einfügen lassen.

Erklärung des Schriftbilds: Kursivschrift wird verwendet, um innerhalb der vorgeschlagenen Verfassungsbestimmungen zu unterscheiden zwischen denjenigen Vorschlägen, die Neuerungen darstellen, und den aus dem Verfassungsentwurf übernommenen Bestimmungen; in Normalschrift dargestellt sind demgegenüber diejenigen Änderungsvorschläge der Kommission, die nicht tiefgreifend sind, sondern nur redaktionelle oder formelle Anpassungen betreffen.

### VOLKSRECHTE

#### 1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen

##### Art. 115 Stimm- und Wahlrecht

Diese Bestimmung übernimmt Art. 115 der Nachführung. Es kann infolgedessen Bezug genommen werden auf die entsprechenden Anmerkungen und den Kommentar des Verfassungsentwurfs.

##### Art. 116 Meinungs- und Willensbildung des Volkes

Während die Absätze 1 und 2 dieser Bestimmung dem geltenden Recht entsprechen, beinhaltet Absatz 3 einen Auftrag an den Gesetzgeber, Bestimmungen zu erlassen, die das transparente Funktionieren der direkten Demokratie erlauben. Es handelt sich hierbei insbesondere darum, die Initiativ- und Referendumskomitees dazu zu verpflichten, ihre wirtschaftlichen Abhängigkeiten Dritten gegenüber öffentlich kundzugeben. Das Gesetz könnte ihnen dadurch die Pflicht auferlegen, ihre Finanzierungsquellen offenzulegen, damit sich die Bürgerinnen und Bürger vergewissern können, dass gewisse Interessenverbände ihre dominante Rolle bei der Ausübung der Volksrechte nicht missbrauchen. Die Regelung könnte sich anlehnen an die verwandten Grundsätze, die 1984 den Gesetzgeber angeleitet haben, als er Bestimmungen aufstellte, die die Parlamentarier verpflichten, ihre wirtschaftlichen und beruflichen Interessen offenzulegen<sup>41</sup>. Zudem wäre vielleicht an eine Plafonierung der Ausgaben oder an eine Begrenzung der

---

<sup>40</sup> Mit Blick auf eine harmonische Einfügung der Reformen zu den Volksrechten in den Verfassungsentwurf wurden Aufbau, Terminologie und Numerierung auf den Entwurf einer nachgeführten Bundesverfassung abgestützt.

<sup>41</sup> Art. 3<sup>bis</sup> des Geschäftsverkehrsgesetzes (SR 171.11).

Spenden zu denken, auch wenn die Kontrolle der Einhaltung solcher Bestimmungen nicht leicht sein dürfte<sup>42</sup>.

## **2. Kapitel: Volksinitiative**

### **Art. 117 Volksinitiative auf Totalrevision der Bundesverfassung**

Diese Bestimmung entspricht dem geltenden Recht, mit einer wichtigen Ausnahme: die für eine Totalrevision erforderliche Unterschriftenzahl wird von 100 000 auf 200 000 erhöht.

Wir sind der Ansicht, trotz der Bedenken der Expertenkommission, dass es angebracht ist, die für die Verfassungsinitiative erforderliche Unterschriftenzahl zu erhöhen - wie im übrigen auch für die Referendumsbegehren. Allenfalls könnte eine Verkürzung der Sammelfristen erwogen werden. Diese Frage wird hier nicht geprüft; sie wird üblicherweise von der ordentlichen Gesetzgebung geregelt.

### **Art. 118 Formulierte Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung**

In Erwägung der Kritik, die am Verfassungsentwurf von 1977 geübt wurde (der Entwurf ersetzte die formulierte Volksinitiative auf Teilrevision der Verfassung durch eine als "Einheitsinitiative" bezeichnete Verfassungsinitiative, siehe Art. 64 des Verfassungsentwurfs von 1977), schlagen wir die Beibehaltung der formulierten Initiative vor: dieses Instrument stellt in der Tat einen der Pfeiler unserer direkten Demokratie dar. Andererseits halten wir es für möglich, auf die Verfassungsinitiative in der Form der allgemeinen Anregung zu verzichten, weil die allgemeine Volksinitiative ihre Stelle einnimmt (vgl. ad Art. 119); hierbei ist daran zu erinnern, dass in 140 Jahren nur in fünf Fällen Verfassungsinitiativen in der Form der allgemeinen Anregung einer Vorabstimmung unterworfen worden sind.

Die für die formulierte Volksinitiative erforderliche Unterschriftenzahl wird, wie für die Totalrevision, von 100 000 auf 200 000 angehoben (siehe schon vorne, ad Art. 117).

Darüber hinaus präzisiert Art. 118, dass Initiativen die Grundsätze der Einheit der Form und der Materie sowie die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts respektieren müssen.

Der Grundsatz der Einheit der Materie ist ein unbestrittenes Prinzip des geltenden Verfassungsrechts. Er ist daher an dieser Stelle zu erwähnen, wie übrigens auch in Art. 169 Abs. 2 des vorliegenden Entwurfs (wenn die Bundesversammlung eine Teilrevision beschliesst).

Das Prinzip der Einheit der Form wird beibehalten aufgrund der Einführung der allgemeinen Volksinitiative, siehe ad Art. 119.

Ein Hinweis darauf, dass die Initiative nicht undurchführbar sein darf, ist unterlassen worden; dieses Verbot ist heute weder in der Verfassung noch im Gesetz enthalten. Wird es nicht missbräuchlich weit ausgelegt, visiert

---

<sup>42</sup> Siehe dazu einen Bericht des Bundesrats vom 23. November 1988, BBl 1989 I 125-229, insbes. 164-168.



es einen Fall an, den wir für akademisch halten; sollte sich schliesslich der Fall einer tatsächlichen Undurchführbarkeit doch einmal ereignen, ist die Regel so evident, dass sie keinen Platz im Verfassungstext verdient<sup>43</sup>.

Demgegenüber erachten wir es als nötig, im Verfassungstext deutlich zu sagen, dass die Ausübung des Initiativrechts seine Grenze findet in der Respektierung der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts. Es handelt sich dabei um Bestimmungen, die das Völkerrecht als zwingend qualifiziert (sogenanntes "ius cogens"). Dieser Charakter kommt einer Norm zu, die von der internationalen Staatengemeinschaft als Ganzes als eine Norm angenommen und anerkannt ist, von der keine Abweichung erlaubt ist und die nur durch eine nachfolgende Norm des allgemeinen Völkerrechts, die denselben Charakter trägt, abgeändert werden kann<sup>44</sup>. Als Beispiele können, auf universeller Ebene, erwähnt werden: Verbot des Genozids, der Folter, der Sklaverei und, auf regionaler Ebene, die notstandsfesten Rechte (Art. 15 EMRK<sup>45</sup>). Jede landesrechtliche Bestimmung - selbst auf Verfassungsstufe -, die gegen eine solche Norm verstösst, ist nichtig.

Um die Frage der Unvereinbarkeit zwischen einer Volksinitiative und einer zwingenden Bestimmung des Völkerrechts zu beantworten, ist die allgemeine Verfassungsbestimmung über die Bindung an das Recht und den Vorrang des Völkerrechts ungenügend (siehe Art. 4 der Nachführung und Art. 4 der hier präsentierten Vorschläge), weil sie die juristische Folge dieser Unvereinbarkeit nicht bezeichnet. Es braucht deshalb eine spezifische Regel, um zu verhindern, dass eine dem zwingenden Völkerrecht widersprechende Bestimmung in die Verfassung aufgenommen wird. Dies ist übrigens auch die Position des Ständerats vom 16. März 1995 anlässlich der Prüfung der Gültigkeit der Initiative der Schweizer Demokraten "für eine vernünftige Asylpolitik".

Nach eingehender Beratung haben wir uns entschlossen, von allen anderen materiellen Schranken der Verfassungsrevision abzusehen (siehe dazu Erster Teil, Nr. 42.3). Insbesondere haben wir nicht in die Kontroverse betreffend die Rückwirkung von Verfassungsinitiativen eintreten wollen; dieses Problem ist schwierig zu behandeln und sollte zudem entschärft werden durch die Einführung des Verwaltungs- und Finanzreferendums (vgl. Art. 123 der hier präsentierten Vorschläge).

#### Art. 119 Allgemeine Volksinitiative

Die allgemeine Volksinitiative war bereits im Verfassungsentwurf von 1977 enthalten, bezeichnet als "Einheitsinitiative" (in den Art. 64 und 66 des Haupttexts und in einer Variante), sowie in der Modellstudie des EJPD von 1985 (in Art. 82). Im Vernehmlassungsverfahren des Verfassungsentwurfs von 1977 wurde diese Initiativform sehr gut aufgenommen. Man war sich

<sup>43</sup> 1976 hat es der Nationalrat mit einer starken Mehrheit abgelehnt, die Regel in das Bundesgesetz über die politischen Rechte aufzunehmen; vgl. Amtl. Bull. 1976 NR 77-80.

<sup>44</sup> Siehe Art. 53 des Wiener Uebereinkommens über das Recht der Verträge, SR 0.111.

<sup>45</sup> SR 0.101.

einig, dass ihre Einführung in der Tat einem echten Bedürfnis entspricht, dies in einem doppelten Sinn: einerseits erleichtert dieses Instrument die Aufgabe der Initiativkomitees, die nicht jedesmal juristische Ratschläge einzuholen brauchen, wie Verfassungsprojekte adäquat auszuarbeiten seien; andererseits garantiert die der Bundesversammlung eingeräumte Möglichkeit, die Volksinitiative (falls sie angenommen wird) auf der angemessenen normativen Ebene zu verwirklichen (Annahme oder Aufhebung von Verfassungs- oder Gesetzesbestimmungen), die Konsistenz der Rechtsordnung; auch behält der Verfassungstext so seine normative Dichte. Zu diesen Vorteilen kommt der Umstand hinzu, dass die Bundesversammlung gleichzeitig auf Verfassungs- wie auf Gesetzesebene ergänzend handeln kann; somit können gewünschte Reformen innert kürzerer Frist in die Tat umgesetzt werden.

Auch wenn konsequent wäre, dass eine allgemeine Volksinitiative die Annahme oder Ablehnung nicht nur von rechtsetzenden Bestimmungen betreffen kann, sind wir der Ansicht, dass eine Ausdehnung der allgemeinen Volksinitiative auf Verwaltungsakte nicht angezeigt ist. Ueberdies können die Stimmberechtigten stets mit 200 000 Unterschriften, wenn sie es wirklich als nötig erachten, mittels der formulierten Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung in Verwaltungsangelegenheiten aktiv werden (z.B. in der Form von Übergangsrecht).

Wir schlagen vor, für das Zustandekommen einer allgemeinen Volksinitiative nur 100 000 Unterschriften zu verlangen - d.h. die Hälfte der Zahl wie für die formulierte Volksinitiative auf Revision der Verfassung (vgl. ad Art. 117 und 118). Die allgemeine Volksinitiative wird nämlich oft nur die Annahme eines ordentlichen Gesetzes zum Gegenstand haben und wird der Bundesversammlung in jedem Fall einen grösseren Spielraum belassen. Zudem kann der Parallelismus zwischen diesem Initiativtypus und dem fakultativen Referendum die Gegner eines Gesetzes dazu ermutigen, dieses eher aufgrund seiner Auswirkungen zu beurteilen als es vorgängig zu bekämpfen (vgl. Erster Teil, Nr. 43.2).

Zusammenfassend stellt das Institut der allgemeinen Volksinitiative, wie es in Art. 119 konzipiert ist, eine wesentliche Verbesserung dar im Vergleich zum heutigen, kaum angewandten Instrument der Verfassungsinitiative in der Form einer allgemeinen Anregung. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass fünf Vorteile für die Einführung der allgemeinen Volksinitiative sprechen: Erleichterung der redaktionellen Aufgabe der Initianten; niedrigere Unterschriftenzahl als für das Zustandekommen einer formulierten Verfassungsinitiative vorausgesetzt; Möglichkeit der Bundesversammlung, auf der adäquaten Normstufe (Verfassungs- oder Gesetzesebene) tätig zu werden; Komplementarität der Handlungsebenen (auf Verfassungsebene und gegebenenfalls zugleich auf Gesetzesebene) und folglich raschere Umsetzung der Wünsche der Initianten; mögliche Verminderung der Fälle, in denen ein Gesetz durch ein aufschiebendes Referendum blockiert ist.

### 3. Kapitel: Referendum

#### Art. 120 Obligatorisches Referendum von Volk und Ständen

Diese Bestimmung gibt Art. 118 der Nachführung wieder. Sie führt das geltende Verfassungsrecht nach und bedarf deshalb keines weiteren Kommentars.

#### Art. 121 Obligatorisches Referendum des Volkes

Diese Bestimmung gibt ebenfalls das geltende Verfassungsrecht wieder. Wir sind der Meinung, dass eine Aufzählung aller Fälle von Volksabstimmungen in einem einzigen Abschnitt den Vorteil bietet, einfach und vollständig zu sein.

#### Art. 122 Fakultatives Gesetzesreferendum

Nicht ohne zu zögern haben wir beschlossen, dieses Institut unserer direkten Demokratie mit seinem aufschiebenden Charakter beizubehalten. Wir teilen indessen die Auffassung der Expertenkommission, dass über den Hauptnachteil dieses Verfahrens nicht hinweggegangen werden darf: die Referendumskampagnen stützen sich auf Gesetzestexte, die noch nie angewendet wurden, so dass die Stimmberechtigten kaum deren praktische Konsequenzen abschätzen können.

Unter Berücksichtigung der Zunahme der Wählerschaft erscheint es uns gerechtfertigt, die für ein Referendumsbegehren erforderliche Unterschriftenzahl von 50 000 auf 100 000 anzuheben (siehe Erster Teil, Nr. 42.9, Zahl der Unterschriften).

Weiter erachten wir es als notwendig, den Verfassungstext zu einem Punkt näher auszuführen: Absatz 2 hält fest, dass Bundesgesetze und allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse rechtsetzende Normen enthalten. Diese Bestimmung steht heute in den Artikeln 5 und 6 des Geschäftsverkehrsgesetzes<sup>46</sup>. Sie sollte künftig in der Verfassung stehen, damit die Grenze aufgezeigt wird zwischen dem fakultativen Gesetzesreferendum, das in Art. 122 dieses Entwurfs geregelt ist, und dem fakultativen Verwaltungs- und Finanzreferendum, welches Art. 123 behandelt. Selbstverständlich wäre Absatz 2 zu streichen, würde dem Vorschlag, das Verwaltungs- und Finanzreferendum einzuführen, nicht gefolgt. Der Gesetzgeber könnte so die genannten Bestimmungen des Geschäftsverkehrsgesetzes ändern, sobald er es als wünschenswert erachtet.

#### Art. 123 Fakultatives Verwaltungs- und Finanzreferendum

Der Verzicht auf das fakultative Verwaltungs- und Finanzreferendum - 1962 vom Gesetzgeber entschieden - hat einen der offensichtlichsten Mängel des heutigen Systems der Volksrechte geschaffen. Wir empfehlen deshalb, auf diese Entscheidung zurückzukommen und diese Form des Referendums wieder einzuführen. Nach dem System, das wir in Betracht zie-

---

<sup>46</sup> SR 171.11.

hen, soll die Wahrnehmung dieser Möglichkeit von einem Verfahrensentcheid und nicht von einem materiellen Kriterium abhängig sein: gemäss Art. 123 soll ein Verwaltungsakt oder Finanzbeschluss dann mit einer Referendums Klausel versehen und dem fakultativen Referendum unterstellt werden (d.h. in die Form eines allgemeinverbindlichen Bundesbeschlusses gekleidet werden), wenn ein Drittel der Mitglieder jeder der beiden Räte es verlangt.

Absatz 2 enthält einen Katalog von Verwaltungsakten und Finanzbeschlüssen, die die Bundesversammlung *nicht* mit der Referendums Klausel versehen darf; wenn die Einführung des Verwaltungs- und Finanzreferendums unbestritten eine Verbesserung der Volksrechte darstellt, so gilt es dennoch, deren Anwendungsbereich sorgfältig zu umschreiben, um so einem Missbrauch vorzubeugen. Dies ist der Zweck des Ausnahmekatalogs (wobei die Ausnahmen noch einer vertieften Erörterung bedürfen). Wir kommentieren den Katalog wie folgt:

Die Beschlüsse betreffend die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz sind diejenigen, die sich nach dem geltenden Recht (aber in äusserst seltenen Fällen) auf Art. 85 Ziff. 6 und 7 BV stützen.

Die Beschlüsse betreffend die Oberaufsicht über die Kantone würde, falls erforderlich, auch mögliche Massnahme der Bundesexekution oder -intervention nach Art. 85 Ziff. 7 und 8 umfassen.

Der Einbezug des Voranschlags in den Ausnahmekatalog ist völlig normal, doch setzt dies eine strenge Gesetzgebung und Praxis voraus<sup>47</sup>, d.h. eine enge Auslegung der Zahlungskredite, die das Parlament direkt dem Voranschlag unterstellen kann, ohne dass diese durch ein Gesetz oder einen Verpflichtungskredit<sup>48</sup> vorbestimmt wären.

Unter reinen Rechtsanwendungsakten sind Entscheidungen rechtsprechender Natur zu verstehen, wie die Garantie der kantonalen Verfassungen oder die Urteile auf öffentlichrechtliche Beschwerden, siehe insbesondere Art. 85 Ziff. 7, 12 und 13 BV.

Als Verfahrensentseide sind diejenigen Akte zu verstehen, die das Gesetzgebungsverfahren umgeben, die Motionen, Empfehlungen sowie auch die Beschlüsse, durch welche die Bundesversammlung eine Verordnung des Bundesrates oder einen Bericht genehmigt oder von diesem Kenntnis nimmt.

#### **Art. 124 Fakultatives Referendum in internationalen Belangen**

Die Entwicklung der innerstaatlichen Rechtsetzung ist heute zunehmend beeinflusst von Bestimmungen völkerrechtlicher Verträge. Die Verfassungsrevision von 1977, die die Fälle des fakultativen Referendums in internationalen Belangen erweiterte (Art. 89 Abs. 3-5 BV), hat im grossen

---

<sup>47</sup> Siehe Bundesgesetz über den eidgenössischen Finanzhaushalt von 1989, SR 611.0.

<sup>48</sup> Der Verpflichtungskredit ist dagegen möglicher Gegenstand des Referendums, ohne dass ein Unterschied gemacht wird zwischen neuen und gebundenen Ausgaben. Heikle Kontroversen werden dadurch überflüssig.



und ganzen befriedigt. Wir haben es dennoch als nötig erachtet, in einem wichtigen Punkt das Referendum betreffend völkerrechtliche Verträge erneut auszudehnen.

Gemäss Art. 89 Abs. 3 Bst. c BV steht das Referendum nur dann offen, wenn der Genehmigungsbeschluss des völkerrechtlichen Vertrags "eine multilaterale Rechtsvereinheitlichung herbeiführt". Es ist daran zu erinnern, dass der Verfassungegeber von 1977 absichtlich keine parallele Behandlung zwischen innerstaatlichen Gesetzgebungsakten und den in völkerrechtlichen Verträgen enthaltenen Normen einführen wollte.

Es ist jedoch an der Zeit, dieses Problem im Hinblick auf ein ebenso wichtiges Bedürfnis neu zu überdenken: die Stimmberechtigten müssen sich über denjenigen Akt aussprechen können, der tatsächlich die entscheidende normative Wahl trifft. Die Wirklichkeit zeigt aber, dass diese Wahl oftmals allein zu dem Zeitpunkt offensteht, da der völkerrechtliche Vertrag genehmigt wird, während die Gesetzgebungsakte, die diesen innerstaatlich umsetzen, mehr oder weniger zwingend daraus folgen. Von dieser Beobachtung ausgehend schlagen wir in der neuen Formulierung von Art. 124 Abs. 1 Bst. c des Entwurfs vor, die Möglichkeit des Referendums in internationalen Belangen zu erweitern auf diejenigen Beschlüsse, "die rechtsetzende Normen enthalten oder zum Erlass von Bundesgesetzen oder allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen verpflichten"<sup>49</sup>. Praxisgemäss müssen die "rechtsetzenden" Normen eine minimale Substantiierung aufweisen, damit die Möglichkeit des fakultativen Referendums gegeben ist.

#### **Art. 125 Ausführungsgesetzgebung zu völkerrechtlichen Verträgen**

Wir sind der Ansicht, dass diese Erweiterung des fakultativen Referendums in internationalen Belangen als natürliche Folge folgende Ergänzung erfordert: die dem Gesetzgeber zuerkannte Möglichkeit, im Genehmigungsbeschluss des völkerrechtlichen Vertrags, der dem Referendum unterstellt ist, gleichzeitig die vom Vertrag geforderten Gesetzesänderungen einzuschliessen, oder auch die Möglichkeit, die Bundesversammlung zu ermächtigen, diese Gesetzesänderungen nachträglich ohne Referendum vorzunehmen. Dieser Vorschlag entspringt der Überzeugung, dass es nicht angebracht ist, den Stimmberechtigten ein zweites Mal die Gelegenheit zu eröffnen, sich über einen Akt der Ausführungsgesetzgebung auszusprechen, sofern dieser sich notwendigerweise aus dem völkerrechtlichen Vertrag ergibt. Sollte das Parlament indessen zusätzlich zu denjenigen Gesetzesbestimmungen, die die notwendige Folge des Vertrags sind, weitere

<sup>49</sup> Beispiele von Verträgen, die zum Erlass von Gesetzen verpflichten (und deren Genehmigung also künftig dem fakultativen Referendum unterstellt wäre): Uebereinkommen vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung, beschlossen am 21. Juni 1983 (SR 0.211.230.02). - Uebereinkommen des Europarates vom 16. November 1989 gegen Doping; beschlossen am 22. September 1992 (AS 1993 1237). - Uebereinkommen des Europarates vom 8. November 1990 über Geldwäscherei sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten; beschlossen am 2. März 1993 (AS 1993 2384). - Internationales Uebereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung; beschlossen am 9. März 1993 (AS 1995 1163).

Bestimmungen annehmen, die ihm zweckmässig erscheinen, so würde dadurch der gesamte Gesetzesakt dem Referendum unterstellt. Die vorgeschlagene Lösung ändert nichts an der aktuellen Praxis, wonach das Landesrecht soweit möglich vor oder zusammen mit der Genehmigung des Staatsvertrags angepasst wird.

Wir sind der Auffassung, dass das vorgeschlagene System im Überblick (Änderung von Art. 124 Abs. 1 Bst. c in Verbindung mit Art. 125) ein ausgewogenes und kohärentes Ganzes ergibt, das den zahlreichen Wünschen Rechnung trägt, die 1992 anlässlich der Behandlung des EWR-Genehmigungsbeschlusses geäußert wurden.

Die seit 20 Jahren (seit der Verfassungsrevision von 1977)<sup>50</sup> gesammelten Erfahrungen zeigen, dass die vorgeschlagene Ausdehnung der Volksrechte in internationalen Belangen nicht zu einer übermässigen Zunahme der Referendumsbegehren über völkerrechtliche Verträge führen dürfte. Im übrigen stellt diese Erweiterung nichts anderes dar als einen Ausgleich, um die Einschränkungen der Volksrechte im Bereich der Ausführungsgesetzgebung hinreichend zu kompensieren.

#### 4. Kapitel: Weitere Bestimmungen zum Referendum

##### Art. 126 Vorlage von Alternativen

Wir halten es für ein pragmatisches Mittel zur Verfeinerung der Volksrechte, der Bundesversammlung zu erlauben, dem Volk Varianten zur Abstimmung zu unterbreiten, d.h. zwei Verfassungstexte oder, auf Gesetzesebene, einen Haupttext und einen Alternativtext. Siehe die Absätze 1 und 2. In der Volksabstimmung wird über die Texte nach den in Art. 129 des vorliegenden Entwurfs vorgesehenen Regeln entschieden.

Absatz 2 führt aus, dass, wenn die Bundesversammlung einen Haupttext und einen Alternativentwurf dem fakultativen Referendum unterstellt, der Haupttext in Kraft tritt, wenn die Volksabstimmung nicht verlangt wird.

Absatz 3 schliesst für die Genehmigung völkerrechtlicher Verträge jede Alternativ-Vorlage aus, in der Meinung, dass die Genehmigung eines Vertrags grundsätzlich nicht bedingt erfolgen kann. Wenn sie doch bedingt erfolgt (Formulierung einer oder mehrere Vorbehalte), ist es zuerst Sache des Bundesrats - dem die Hauptverantwortung im Bereich der Aussenbeziehungen zukommt - und dann Sache der Bundesversammlung - die dabei mit ihm zusammenarbeitet -, die die Formulierung von Vorbehalten betreffenden aussenpolitischen Entscheidungen zu treffen. Die Möglichkeit, über Vorbehalte mitzuentcheiden, ist den Stimmberechtigten nicht gegeben; sie sprechen sich, mit ja oder mit nein, nur noch über die vom Parlament getroffene Wahl aus.

---

<sup>50</sup> Statistische Angaben: zwischen 1977 und 1995 sind 62 völkerrechtliche Verträge dem Referendum unterstellt worden, 18 gemäss Art. 89 Abs. 3 Bst. a, 21 gemäss Bst. b, 21 gemäss Bst. c und 2 gemäss Abs. 4. Das Referendum ist nur einmal verlangt worden (in der Abstimmung vom 17. Mai 1992 über die Bretton Woods-Institute; einem Fall nach Abs. 3 Bst. b). Natürlich ist vorauszusehen, dass die von Art. 124 vorgeschlagene Regel einige zusätzliche Referendumsbegehren provozieren dürfte.

**Art. 127 Dringlichkeitsrecht**

Die Dringlichkeitsklausel hat im Bundesrecht nur Bedeutung im Zusammenhang mit dem Referendum. Deshalb erachten wir es als nützlich, an dieser Stelle die Voraussetzungen anzugeben, unter denen die Klausel verwendet werden kann.

Der Text von Art. 127 entspricht dem geltenden Verfassungsrecht, mit Ausnahme einer in Absatz 2 enthaltenen Präzisierung: die Dringlichkeitsklausel kann nur für einen rechtsetzenden Beschluss verwendet werden. Die Klausel kann also nicht Verwendung finden für Genehmigungsbeschlüsse völkerrechtlicher Verträge, ebensowenig für Verwaltungsakte und Finanzbeschlüsse.

**Art. 128 Feststellung des Abstimmungsergebnisses**

Diese Bestimmung entspricht dem geltenden Recht (siehe Erster Teil, Nr. 42.9, Ermittlung des Ständemehrs).

**Art. 129 Abstimmung über Alternativen und Gegenentwürfe**

Diese Bestimmung setzt das System Haab, das im heutigen Art. 121<sup>bis</sup> BV enthalten ist, in einem weiteren Zusammenhang um. Das genannte System ist heute nur dazu vorgesehen, zwischen einer Verfassungsinitiative und einem Gegenentwurf zu entscheiden. Art. 129 weitet es aus auf alle Fälle, in denen sich die Stimmberechtigten über zwei Texte der Bundesversammlung aussprechen können (Verfassungs- oder Gesetzestexte oder Verwaltungsakte).

**Art. 130 Mehrheit von Volksinitiativen**

Durch diesen Reformvorschlag sollen diejenigen politischen Vorteile in die Sprache der Verfassung umgesetzt werden, die darin bestehen, dass den Behörden die Möglichkeit eröffnet wird, verschiedene Volksinitiativen desselben Gegenstands einander gegenüberzustellen oder ihnen sogar einen gemeinsamen Gegenentwurf gegenüberzustellen. In der Tat sind in letzter Zeit gehäuft mehrere Initiativen zu verwandten Gegenständen lanciert worden (Europäische Integration, Rentenalter, Verbot bzw. Freigabe der Drogen, usw.).

Wir sind indessen der Auffassung, dass es schwierig sei, auf Verfassungsebene eine generell-abstrakte Regel zu finden, die solche kaum vergleichbaren Fälle erfasst. Deshalb gesteht die in Art. 130 vorgeschlagene Verfassungsnorm der Bundesversammlung einen gewissen Spielraum zu. Die Neuerungen müssen in jedem Fall ihre Grenze finden in der Gewährleistung einer freien und unverfälschten Willenskundgabe der Stimmberechtigten und der Äusserung ihrer Prioritäten. Auch die Ausführungsgesetzgebung sollte eine gewisse Beweglichkeit einführen (insbesondere könnte man auf den Art. 28 des Geschäftsverkehrsgesetzes verzichten, der vorschreibt, dass die Initiativen in der zeitlichen Reihenfolge ihres Zustandekommens behandelt werden müssen). Bei der Ausführungsgesetzgebung

zu Art. 130 könnte sich der Bundesgesetzgeber zudem an die neueren kantonalen Modelle anlehnen, wie z.B. an dasjenige des Kantons Zug von Anfang der 90er Jahre (Art. 95<sup>bis</sup> – 95<sup>decies</sup> des Gesetzes über die Wahlen und Abstimmungen mit Änderungen vom 26. November 1992, gestützt auf ein Gutachten der Brüder Haab)<sup>51</sup>.

## WEITERE VERFASSUNGSBESTIMMUNGEN ZU DEN VOLKSRECHTEN

### Allgemeine Grundsätze des staatlichen Handelns

#### Art. 4 Bindung an das Recht

Das klare Bekenntnis des Verfassungstextes zur Höherrangigkeit des Völkerrechts gegenüber dem innerstaatlichen Recht stellt nach unserer Auffassung eine unabdingbare Ergänzung der Reform der Volksrechte dar. Zudem enthält die Mehrheit der europäischen Verfassungen eine Bestimmung zum Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht. In der Schweiz wurde diese grundlegende Frage bis anhin der Verwaltungs- und Gerichtspraxis überlassen; vom demokratischen Standpunkt aus gesehen wäre es indessen wünschenswert, wenn sie einmal Volk und Ständen vorgelegt würde.

Die Volksrechte sind ein Teil der schweizerischen Identität. Aus diesem Grund müssen sie bewahrt, verfeinert, gegebenenfalls verstärkt werden. Das Festhalten der Schweiz an den Volksrechten muss jedoch einhergehen mit der Beachtung der Normen des Völkerrechts durch die Schweiz; ordnen letztere doch die friedliche Zusammenarbeit der Staaten. Wie wir von unseren Partnerstaaten die Beachtung ihrer völkerrechtlichen Verpflichtungen erwarten, verlangen sie zu Recht dasselbe von uns. Die Schweiz pflegt ihre völkerrechtlichen Verpflichtungen strikte einzuhalten und geniesst in dieser Hinsicht einen guten Ruf. Grundlegend ist in diesem Zusammenhang die Bestimmung von Art. 27 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (im folgenden: Wiener Konvention), welche für die Schweiz im Jahre 1990<sup>52</sup> in Kraft getreten ist; danach kann eine Vertragspartei "sich nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Vertrags zu rechtfertigen". Eine solche Regel gilt nicht nur gegenüber sämtlichen Gesetzesbestimmungen, sondern auch gegenüber völkerrechtswidrigem Verfassungsrecht.

Ein wesentlicher Punkt des Auftrags an die Kommission bestand gerade darin, die Volksrechte durch bestmögliche Anpassung an die internationalen Gegebenheiten auf Bundesebene zu verwesentlichen und zu verstärken.

Wir sind deshalb der Auffassung, dass das Initiativrecht soweit als möglich zu bewahren ist. Wir halten es jedoch ebenfalls für unabdingbar, die neueste Praxis der Bundesbehörden, wie sie der Bundesrat in seiner Bot-

---

<sup>51</sup> Vgl. obenstehend, Fn. 12.

<sup>52</sup> SR 0.111.

schaft vom 22. Juni 1994 zur Asylinitiative der Schweizer Demokraten<sup>53</sup> dargelegt hat, in der Verfassung zu verankern: eine Volksinitiative, die eine *zwingende* Bestimmung des Völkerrechts verletzt, ist ganz oder teilweise ungültig zu erklären. In Zweifelsfällen muss die Initiative selbstverständlich Volk und Ständen zur Abstimmung unterbreitet werden, gegebenenfalls verbunden mit einem Verwerfungsantrag der Bundesversammlung.

Zur Tragweite der Regel des Vorrangs des Völkerrechts im Stadium der Anwendung des innerstaatlichen Rechts, siehe weiter unten, ad. Art. 166bis.

In diesem Zusammenhang dürfen wir nicht ausser acht lassen, welches Interesse der so verstandene Vorrang für die bestmögliche Beachtung des Willens des Verfassungsgebers darstellt: Die Rechtsanwendungsbehörden setzen den Vorrang des Völkerrechts nur soweit durch, als unsere Verpflichtungen gegenüber unseren *Partnerstaaten* dies erfordern; gegenüber *Drittstaaten* kann die Verfassungsbestimmung ihre Wirksamkeit umfassend behalten.

Im gegenwärtigen internationalen Umfeld, insbesondere gegenüber unseren europäischen Partnern, könnte eine Ausweitung der Volksrechte gewisse Missverständnisse und Einwände hervorrufen. Vor allem deshalb legen wir Wert auf die Versicherung, dass wir trotz einer solchen Ausweitung unsere völkerrechtlichen Verpflichtungen einhalten werden (Art. 26 Wiener Konvention). Deshalb erachten wir die Aufnahme einer allgemeinen Vorrangsklausel in die Einleitungsbestimmungen der Verfassung als notwendig. Die Annahme einer solchen Klausel vermag in der Praxis einen optimalen Ausgleich zwischen den Anforderungen des Völkerrechts und dem Wunsch nach grösstmöglicher Beachtung der Volksrechte auf nationaler Ebene zu gewährleisten.

## Bundesversammlung

### Art. 143 . Genehmigung völkerrechtlicher Verträge

Unbestrittenermassen findet das Zögern gewisser unserer Mitbürgerinnen und Mitbürger, das Prinzip des Vorrangs des Völkerrechts gegenüber dem innerstaatlichen Recht anzuerkennen, seinen Grund in der diffusen Empfindung, dass die demokratische Legitimation von völkerrechtlichen Verträgen eine geringere sei als jene innerstaatlicher Gesetze. Dennoch erhebt die heutige Verfassung die parlamentarische Genehmigung völkerrechtlicher Verträge zum allgemeinen Prinzip (Art. 85 Ziff. 5 BV). Die auf das letzte Jahrhundert zurückgehende Verfassungspraxis, welcher gewohnheitsrechtlicher Charakter zuerkannt wird, lässt sich zuweilen nicht leicht handhaben. Es steht fest, dass der Bundesrat bestimmte Verträge allein abschliessen darf, die entsprechenden Vertragskategorien haben sich jedoch im Laufe der Zeit weiterentwickelt und gründen nicht immer auf klaren Merkmalen<sup>54</sup>. Die vorliegende Reform bietet Gelegenheit, auf Verfassungsstufe klar festzuhalten, dass die Genehmigung von völkerrechtlichen

<sup>53</sup> BBl 1994 III 1493-1496.

<sup>54</sup> Vgl. VPB 1955 Nr. 18; 1987 Nr. 58.



Verträgen durch die Bundesversammlung die allgemeine Regel darstellt. Diese Genehmigung erfolgt teils ausdrücklich, teils stillschweigend. Letztlich trägt jedoch stets die Bundesversammlung die Verantwortung für ihren Entscheid<sup>55</sup>.

Der vorgeschlagene Text unterstreicht den Willen des Verfassungsgebers, der Bundesversammlung eine Schlüsselrolle in der demokratischen Legitimation unserer Beziehungen zum Ausland zukommen zu lassen.

Würde Art. 143 in dieser Form angenommen, müsste der den Bundesrat betreffende Art. 158 Abs. 2 entsprechend angepasst werden. Der Wortlaut von Art. 114 der Modellstudie des EJPD aus dem Jahre 1985 könnte als geeignete Ergänzung dienen (diese Bestimmung, welche daran erinnert, dass der Bundesrat die auswärtigen Angelegenheiten führt, die völkerrechtlichen Verträgen unterzeichnet und ratifiziert, fügt hinzu: "er unterbreitet sie der Bundesversammlung zur Genehmigung, soweit er nicht selbst zum Abschluss ermächtigt ist"). Solchenfalls wäre das fakultative Referendum ausgeschlossen.

### Bundesrat

Art. 158 Abs. 2 stellt hinsichtlich der Kompetenzen des Bundesrates im Bereich der völkerrechtlichen Verträge das Gegenstück zu Art. 143 dar, welcher sich mit den Befugnissen der Bundesversammlung befasst (siehe oben).

### Bundesgericht

#### Art. 163bis Verfassungsgerichtsbarkeit im Bereich der Volksinitiative

Wir erachten es als notwendig, die Eingriffsmöglichkeiten des Bundesgerichts bei der Kontrolle der Ausübung der Volksrechte auf Bundesebene auf das unerlässliche Mindestmass zu begrenzen.

Wir haben daher die vorrangige Stellung der Bundesversammlung bei der Beurteilung, ob eine Volksinitiative gültig sei, aufrechterhalten. Die Bundesversammlung trägt wie bis anhin die Hauptverantwortung dieser Prüfung, indem sie über die Bewahrung des Inhalts der Volksrechte wacht.

Art. 163<sup>bis</sup> Abs. 1 anerkennt stillschweigend die Befugnis der Bundesversammlung zu einer vorgängigen Prüfung. Formell gesehen, trifft diese jedoch nur Entscheidungen, welche eine Initiative gültig erklären. Falls die Bundesversammlung an der gänzlichen oder teilweisen Gültigkeit einer Initiative zweifelt (hinsichtlich der Einheit der Form oder der Materie oder ei-

---

<sup>55</sup> Statistische Angaben: von März 1977 bis März 1995 sind für den Bund 1075 völkerrechtliche Verträge in Kraft getreten; von diesen wurden 372 von der Bundesversammlung genehmigt (davon unterstanden 62 dem fakultativen Referendum, vgl. oben Fn. 50) und 703 im vereinfachten Verfahren abgeschlossen (aufgrund einer Ermächtigung etc.). Diese 1075 Verträge teilten sich in 234 multilaterale und 841 bilaterale. Für erstere stellt die parlamentarische Genehmigung die Regel dar (199 von 234, d.h. 85 %), für letztere beinahe die Ausnahme (173 von 841, d.h. 20%); es handelt sich dabei aber oft um den Austausch von Noten über Fragen von untergeordneter Bedeutung.

ner zwingenden Bestimmung des Völkerrechts), stünden ihr folgende Möglichkeiten zur Verfügung: sie könnte die Initiative trotzdem gültig erklären (und gegebenenfalls Volk und Ständen zur Ablehnung empfehlen); sie könnte aber auch, durch Beschluss der Mehrheit der Stimmenden in beiden Kammern, das Bundesgericht befassen. Diesfalls wäre das Bundesgericht gehalten, in einem raschen Verfahren (innert 30 Tagen) ein für die Bundesversammlung verbindliches Urteil zu fällen.

Wir haben demgegenüber den Vorschlag verworfen, dem Bundesgericht die Überprüfung aller Initiativen *von Amtes wegen vor dem Beginn* der Unterschriftensammlung zu übertragen (vgl. dazu die Motion von Rudolf Keller vom 28. September 1994, und den Ersten Teil, Nr. 42.5). Eine solche obligatorische und vorgängige Kontrolle brächte für das Bundesgericht unvermeidlich eine erhebliche Belastung mit sich (Überprüfung von jährlich sieben bis acht Initiativen, ferner etwa gleich viele Initiativtexte, welche nur provisorisch bestehen und niemals zustandekommen würden). Es bestünde das bedeutsame Risiko, dass die Gesamtheit dieser Texte dem Bundesgericht zur vorgängigen Prüfung unterbreitet würden, unter Umständen in verschiedenen, aufeinanderfolgenden Versionen. Für die Initiativkomitees bestünde nämlich eine grosse Versuchung, das System zu dem Zweck zu missbrauchen, bei Unsicherheit über die Gültigkeit ihrer Initiative die Stossrichtung korrigieren zu können. Ebensowenig hat uns die Idee überzeugt, die Kontrolle durch das Bundesgericht von einer ersten Sammlung von 10 000 Unterschriften abhängig zu machen. Schliesslich haben wir der weiter oben erläuterten punktuellen gerichtlichen Kontrolle den Vorzug gegeben, welche die herausragende Stellung der Bundesversammlung unterstreicht.

#### Art. 166bis Konflikt zwischen Völkerrecht und Landesrecht

Bei Art. 166<sup>bis</sup> handelt es sich um das verfahrensmässige Gegenstück, im Stadium der Rechtsanwendung, zur allgemeinen Regel des Höherrangigkeit des Völkerrechts, welche sich aus Art. 4 Abs. 4 des vorliegenden Entwurfs ergibt.

In dieser Hinsicht sind zwei Arten des Konflikts zwischen einer innerstaatlichen Bestimmung und einer Regel des Völkerrechts auseinanderzuhalten. Einerseits findet der Grundsatz der *diffusen Normenkontrolle* (d.h. durch jede Rechtsanwendungsbehörde, sei es eine Gerichts- oder Verwaltungsbehörde, eine Bundes- oder kantonale Behörde) Anwendung, sofern es um das Verhältnis zwischen Völkerrecht und kantonalen Gesetzen oder Verordnungen sowie Verordnungen des Bundes geht. Zum andern ist es wichtig, für die heikleren Fälle (d.h. bei Konflikten zwischen Völkerrecht und Bundesgesetzen, allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen oder einer Bestimmung der Bundesverfassung) die Überprüfung dem Bundesgericht vorzubehalten, im Rahmen einer *konzentrierten Normenkontrolle*.

Es gilt deshalb, die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen zu schaffen für einen Dialog zwischen denjenigen unteren Instanzen, die mit dieser Art von Problemen konfrontiert werden, und dem höchsten Gericht, welches allein diese rechtlich oder politisch heiklen Konflikte behandeln kann.

Im Normalfall wird das Bundesgericht seine Kontrolle auf Klage (eher selten) oder auf Beschwerde hin ausüben. Es kann jedoch auch unter vom Gesetz zu regelnden Bedingungen von einer unteren Instanz in einem Vorlageverfahren befasst werden. Dieses Verfahren, welches die konzentrierte Normenkontrolle charakterisiert, beruht auf einer Zusammenarbeit zwischen der Behörde der unteren Instanz und derjenigen des obersten Gerichts. Als nichtstreitiges Verfahren wird es eingeleitet durch die Behörde der unteren Instanz, die sich mit der Frage der Vereinbarkeit eines Bundesgesetzes oder eines allgemeinverbindlichen Bundesbeschlusses mit einer verbindlichen Norm des Völkerrechts konfrontiert sieht. Dieses System entgeht der Gefahr des Missbrauchs, weil es ja zu einem Anwendungsfall hinzutritt. Es müsste auf seine Weise dazu beitragen, eine einheitliche Rechtsanwendung in der schweizerischen Rechtsordnung sicherzustellen, und beachtet überdies den Föderalismus; denn die Behörden der unteren Instanzen wenden, nachdem sie die Grundsatzfrage durch das Bundesgericht haben entscheiden lassen, selbst die Ergebnisse auf einen bestimmten Fall an<sup>56</sup>.

Art. 166<sup>bis</sup> letzter Satz präzisiert, dass es Sache des Bundesgerichts ist zu entscheiden, "ob" und "in welchem Mass" das völkerrechtswidrige Bundesgesetz oder der allgemeinverbindliche Bundesbeschluss anzuwenden ist. Diese Lösung, die wir in Art. 168 Abs. 2 des Entwurfs zur Justizreform wiederfinden, ermöglicht es dem Bundesgericht, der Völkerrechtsnorm nur soweit als unbedingt notwendig Vorrang einzuräumen; dies steht im Einklang mit dem Geist des vorstehenden Art. 4. Wesentlich ist, dass ihm das Mittel zur Sicherstellung einer gesamthaften Einheitlichkeit der Rechtsordnung in die Hand gegeben wird. Art. 166<sup>bis</sup> verleiht dem Bundesgericht unter bestimmten Voraussetzungen auch die Gelegenheit, dem Gesetzgeber ein Zeichen zu geben, indem es ihn auffordert – im Verfahren des "Appellentscheids" nach deutschem Recht –, die Konsequenzen aus einem Konflikt zwischen Völkerrecht und Landesrecht zu ziehen und das Gesetz zu ändern.

### Revision der Bundesverfassung

#### Art. 167 Grundsatz

Die Bestimmung entspricht dem geltenden Recht und bedarf keines Kommentars.

#### Art. 168 Totalrevision

Art. 168 Abs. 1 enthält zwei Änderungen gegenüber dem geltenden Verfassungsrecht: einerseits die Erhöhung der erforderlichen Unterschriftenzahl, um eine Totalrevision vorschlagen zu können (von 100 000 auf 200 000, vgl. ad Art. 117), andererseits die Aufhebung der Möglichkeit

---

<sup>56</sup> Gegenüber dem Vorlageverfahren wird manchmal der Vorwurf erhoben, dass es den Rechtsweg verlangsamt. Dem kann entgegnet werden, dass dieses Verfahren, ganz im Gegenteil, so früh als möglich die Klärung einer Rechtsfrage erlauben und dadurch eine oder mehrere Beschwerden ersparen soll.

jeder Kammer der Bundesversammlung, eine Totalrevision zu beschliessen und damit eine Vorabstimmung zu erwirken. Künftig soll nur die Bundesversammlung selbst eine Totalrevision beschliessen können: können sich die beiden Kammern nicht einigen, ist das Verfahren beendet.

#### **Art. 169 Teilrevision**

Mit Ausnahme der Zahl der Stimmberechtigten, welche die Teilrevision der Bundesverfassung verlangen können (künftig 200 000, vgl. ad Art. 118), entspricht diese Bestimmung dem geltenden Recht.

Der Grundsatz der Einheit der Materie findet nicht nur auf Volksinitiativen auf Teilrevision der Bundesverfassung Anwendung, sondern auch auf Vorlagen der Bundesversammlung. Schon früher (vgl. den Kommentar zu Art. 118) wurde dargelegt, dass das Erfordernis der Durchführbarkeit als Gültigkeitsvoraussetzung für eine Teilrevision nicht erwähnt zu werden braucht.

#### **Art. 170 Inkrafttreten der revidierten Bundesverfassung**

Art. 170 entspricht dem geltenden Recht. Die Verfassungsbestimmung wird heute durch Art. 15 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die politischen Rechte von 1976 (BPR) präzisiert. Danach treten "Änderungen der Bundesverfassung (...) mit der Annahme durch Volk und Stände in Kraft, sofern die Vorlage nichts anderes bestimmt."

In der gemeinsamen Stellungnahme des Bundesamts für Justiz und der Direktion für Völkerrecht vom 26. April 1989 über das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht im Rahmen der schweizerischen Rechtsordnung<sup>57</sup>, wurde das Bedürfnis nach Änderung von Art. 15 Abs. 3 BPR hervorgehoben, um damit die Probleme der Harmonisierung von Völkerrecht und Volksinitiativen auf Verfassungsrevision leichter zu lösen. Siehe die Schlussfolgerungen dieser Mitteilung sowie die Ausführungen in deren § 6 Bst. f mit einem Formulierungsvorschlag für Art. 15 Abs. 3 BPR (neu):

"Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten von Änderungen der Bundesverfassung, der Bundesgesetze und der allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse, sofern die Vorlage nichts anderes bestimmt." Zur Begründung verweisen wir auf die Ausführungen in dieser Mitteilung.

Diese Gesetzesänderung würde ebenfalls zu einer besseren Abstimmung des schweizerischen Systems der Volksrechte mit den Erfordernissen des internationalen Umfelds beitragen.

---

<sup>57</sup> VPB 1989 Nr. 54.

# Erläuterungen

1	Einleitung	weiss
2	Nachführung des Verfassungsrechts	weiss
3	Varianten	weiss
4	Reformvorschläge Volksrechte	blau
5	Reformvorschläge Justiz	grün
6	Abkürzungen	weiss
7	Anhang: Fragen zur Verfassungsreform	weiss



# Erläuterungen zum Verfassungsentwurf

<b>1</b>	<b>Einleitung</b>	<b>weiss</b>
<b>2</b>	<b>Nachführung des Verfassungsrechts</b>	<b>weiss</b>
<b>3</b>	<b>Varianten</b>	<b>weiss</b>
<b>4</b>	<b>Reformvorschläge Volksrechte</b>	<b>blau</b>
<b>5</b>	<b>Reformvorschläge Justiz</b>	<b>grün</b>
<b>6</b>	<b>Abkürzungen</b>	<b>weiss</b>
<b>7</b>	<b>Anhang: Fragen zur Verfassungsreform</b>	<b>weiss</b>

## 51 Grundlagen des Berichts

Mit Schreiben vom 6. Juli 1994 beauftragte Herr Bundesrat Arnold Koller eine Expertenkommission mit der Ausarbeitung eines Konzepts der verfassungsrechtlichen Neuordnung der Bundesgerichtsbarkeit und eines Vorentwurfs zum Reformbereich "Justiz" der Schweizerischen Bundesverfassung.\*

## 52 Reformbedarf

### 521 Ausgangspunkt

Die Bestimmungen der Bundesverfassung über "Organisation und Befugnisse des Bundesgerichtes" (Art. 106 - 114bis) gelten zumindest seit den siebziger Jahren<sup>1</sup> als reformbedürftig. Die Arbeitsgruppe Wahlen schlug in ihrem Schlussbericht von 1973 die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesebene vor<sup>2</sup>. Zudem regte sie an, im Interesse des rechtsuchenden Bürgers, der sich "in der Vielfalt des kantonal zersplitterten Verfahrensrechts nur mit Mühe" zurechtfinde, das Prozessrecht für alle Gerichtsverfahren zu vereinheitlichen, in welchen kantonale Instanzen eidgenössisches Zivil-, Straf- oder Verwaltungsrecht anwenden<sup>3</sup>. Für die Kommission Furgler drängte sich die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen auf, um den Rechtsschutz für Private ausbauen, die Normenhierarchie besser durchsetzen und die Gewaltentrennung durch den Ausbau der Bundesgerichtsbarkeit als "pouvoir neutre" stärken zu können<sup>4</sup>. Die Modell-Studie des EJPD verzichtete auf eine Ausdehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit, schlug aber vor, "Beschwerden wegen Missachtung von Inhalt und Zweck einer Volksinitiative durch die Bundesversammlung" einzuführen<sup>5</sup>.

---

\* Die Expertenkommission unterbreitete ihren Schlussbericht am 22. März 1995. Auf diesen Bericht stützt sich der vorliegende Teil zur Justizreform.

Die Expertenkommission "Justizreform" setzte sich wie folgt zusammen:

- Herr Prof. Dr. Walter Kälin, Bern (Präsident)
- Herr Prof. Dr. Heinrich Koller, Direktor des Bundesamtes für Justiz (Vizepräsident)
- Herr Prof. Dr. Alfred Kölz, Zürich
- Herr Prof. Dr. Pierre Moor, Lausanne
- Herr Dr. Peter Alexander Müller, Bundesrichter, Lausanne
- Herr Dr. Philipp Stähelin, Regierungsrat, Thurgau

<sup>1</sup> Einen Überblick über frühere Reformanstrengungen gibt JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales; méthode, organisation, procédure*, in: Verfassungsgerichtsbarkeit, Schriftenreihe SAV, Bd. 3, Zürich 1988, 17 f.

<sup>2</sup> Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung [Arbeitsgruppe Wahlen], Schlussbericht Bd. IV, Bern 1973, 736 f.

<sup>3</sup> Am gleichen Ort, 734.

<sup>4</sup> Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bericht, Bern 1977, 178 ff.

<sup>5</sup> Art. 125 Abs. 1 Bst. c der Modell-Studie.

Während sich diese Verfassungsvorschläge auf den Ausbau des Rechtsschutzes konzentrieren, setzten die Reformbemühungen auf der Ebene der Gesetzgebung seit Mitte der 80-er Jahre den Akzent auf die Entlastung des mit einer stetigen Zunahme der Geschäftslast konfrontierten Bundesgerichtes. Diese Problematik muss auch im Rahmen der Verfassungsreform berücksichtigt werden.

## 522 Gefährdung der Funktionsfähigkeit des Bundesgerichts als oberstes Gericht

Ein oberstes Gericht hat zumindest drei Aufgaben zu erfüllen; es hat Rechtsschutz zu gewähren, die Rechtseinheit zu gewährleisten und sowohl im Bereich des Gesetzesrechts als auch mittels der Anerkennung und Konkretisierung von Verfassungsgrundsätzen zur Rechtsentwicklung beizutragen. Während die Aufgabe der Gewährung individuellen Rechtsschutzes primär unterinstanzlichen Gerichten zukommt, sind die Wahrung der Rechtseinheit und die Fortentwicklung des geltenden Rechts typische Aufgaben eines höchsten Gerichtes.

Das Bundesgericht vermag in Zeiten anhaltender Überlastung zwar nach wie vor die Rechtseinheit zu gewährleisten, wenn auch aus Zeitmangel eine optimale Koordination der Rechtsprechung innerhalb des Bundesgerichtes nicht immer im gewünschten Ausmass möglich ist. Der Rechtsschutz für Private wird durch lange Verfahrensdauern beeinträchtigt und die Vielzahl summarischer Verfahren muss längerfristig zumindest den Anschein erwecken, es könne nicht mehr jede Beschwerde genügend eingehend geprüft werden. Dies ist nicht zuletzt dem Respekt des obersten Gerichtes abträglich. Am stärksten aber leidet unter der Überlastung die Fähigkeit, das geltende Recht aus höchster Warte zu reflektieren und, soweit nötig, gewandelten Verhältnissen anzupassen. Zu bedenken ist schliesslich, dass die Ueberlastung auch die richterliche Unparteilichkeit gefährden kann. Denn ein überlasteter Richter neigt eher dazu, vorschnell einem plausiblen Parteistandpunkt zu folgen, weil ihm schlicht die Zeit fehlt, eigene aufwendige Rechtsstudien zu betreiben.

Die Belastung des Bundesgerichts hat beunruhigende Ausmasse angenommen. Zwar lässt sich mit verschiedenen Massnahmen sicherstellen, dass sich die Zahl der pendenten Fälle in Grenzen hält. Wenn aber zur Bewältigung des zu grossen Geschäftsvolumens das Erledigungsprinzip oberste Leitlinie bilden muss, wird die Erfüllung der Aufgabe, als oberstes Gericht das Recht zu wahren und fortzubilden, zunehmend gefährdet. Für einen wirksamen Rechtsschutz ist entscheidend, unter welchen Bedingungen das Gericht arbeitet. Es ist nicht Aufgabe des obersten Gerichtes, eine Vielzahl von Fällen zu liquidieren. Not tut eine Verwesentlichung der höchstrichterlichen Rechtsprechung.

Dieses Ziel lässt sich nur durch strukturelle Reformen erreichen, welche echte Zugangsbeschränkungen und die Stärkung richterlicher Vorinstanzen mitumfassen. Solche Massnahmen bedürfen zum grossen Teil neu zu schaffender verfassungsrechtlicher Grundlagen.



**523 Belastung des Bundesgerichts mit sachfremden Ausgaben**

Ohne innere Berechtigung obliegen dem ohnehin stark belasteten Bundesgericht sachfremde Aufgaben, wie namentlich Aufsichts- bzw. Rechtsetzungsfunktionen im Bereich des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts sowie im Enteignungsrecht. Hievon ist es zu entlasten. Unvereinbar mit seiner spezifischen Funktion als oberstes Gericht ist aber auch, dass es in nicht wenigen Fällen ursprüngliche Gerichtsbarkeit ausübt. Erstinstanzliche Verfahren sind aufwendig, weil der ganze Sachverhalt erstellt werden muss und eine Beschränkung auf die Rechtskontrolle nicht möglich ist. Soweit es sich nicht um bundesstaatliche Streitigkeiten oder Fälle, in welche Magistratspersonen des Bundes verwickelt sind, handelt, sind die erstinstanzlichen Zuständigkeiten des Bundesgerichts abzuschaffen. Dies bedingt eine Aenderung der geltenden Verfassung (Art. 110 Abs. 1 Ziff. 2 und 4, Art. 114bis Abs. 4 BV).

**524 Lücken im Rechtsschutz**

Es sind im wesentlichen vier Bereiche zu erwähnen:

Eine empfindliche Lücke im Rechtsschutz resultiert aus der Massgeblichkeit von Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen (Art. 113 Abs. 3, 114bis Abs. 3 BV). War es zur Zeit der Schaffung dieser Norm noch vordringlichstes Anliegen, die Freiheit der Bürger gegen die starken Kantone zu schützen, ist es mit der enormen Kompetenzverlagerung heute vor allem der mächtige Bund, gegen den ein Schutzbedürfnis besteht. Dieses Bedürfnis ist aber nicht abgedeckt. Gegen die Verletzung der verfassungsmässigen Rechte durch ein Bundesgesetz oder einen allgemeinverbindlichen Bundesbeschluss steht dem Bürger nach geltender Verfassung kein Rechtsmittel zur Verfügung. Ebenso wenig können sich die Kantone wehren, wenn ein Bundesgesetz oder ein allgemeinverbindlicher Bundesbeschluss die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung verletzt.

Sodann kennt die Bundesverfassung keine Rechtsweggarantie im Sinne des Zugangs zu einem unabhängigen Gericht. Für zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen sowie für Strafsachen ergibt sich eine solche aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Ausserhalb des Geltungsbereichs dieser Bestimmung bestehen aber immer noch Fälle, in denen kein Weg an ein Gericht führt, so, wenn der Bundesrat oder ein Departement endgültig entscheidet. Gegen Verwaltungsakte der Kantone steht zwar die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht offen, sie löst aber keine umfassende Sachverhalts- und Rechtskontrolle aus. Die fehlende Rechtsweggarantie widerspricht dem rechtsstatlichen Verständnis von Rechtsschutz, wonach derselbe durch ein unabhängiges Gericht gewährleistet werden soll.

Eine weitere Lücke im Rechtsschutz betrifft die Behördenbeschwerde. Sie fehlt im Anwendungsbereich der heutigen staatsrechtlichen Beschwerde. Diese dient dem Privaten als Rechtsmittel gegen staatliche Uebergriffe in seine verfassungsmässigen Rechte. Solche Rechte stehen dem Gemeinwesen als Inhaber hoheitlicher Gewalt nicht zu. Deshalb können öffentlichrechtliche Korporationen - wie Kantone und Gemeinden oder ihre Behörden - gegen Akte anderer Staatsorgane, die sie als Träger hoheitlicher Befugnisse treffen, nicht staatsrechtliche Beschwerde führen. Eine Aus-

nahme besteht nur insofern, als Gemeinden und ihnen ähnliche Körperschaften sich gegen eine Verletzung ihrer durch das kantonale Recht gewährleisteten Autonomie oder Bestandegarantie zur Wehr setzen. Dies kann zu unbilligen Konstellationen führen. So steht zum Beispiel dem von einer Normenkontrollentscheidung des kantonalen Verwaltungs- oder Verfassungsgerichts belasteten Kanton kein Verteidigungsmittel zur Verfügung. Ebenso wenig kann die Regierung ein Urteil des Verwaltungsgerichts, das den Kanton in seinen hoheitlichen Befugnissen trifft, wegen angeblich falscher Anwendung verfassungsmässiger Rechte des Bürgers anfechten<sup>6</sup>. Ein weiteres Beispiel ist die fehlende Möglichkeit des Staatsanwaltes, gegen ein freisprechendes Strafurteil vorzugehen, das auf willkürlicher Beweiswürdigung oder aktenwidriger Sachverhaltsfeststellung beruht.

Ueberprüft werden muss schliesslich der Rechtsschutz im Bereich der politischen Rechte des Bundes. Das Bundesgericht besitzt in diesem Bereich nur marginale Kompetenzen (Verwaltungsgerichtsbeschwerde in den Fällen von Art. 80 PRG). Im übrigen fehlt ein gerichtlicher Rechtsschutz. Jedoch beurteilen der Bundesrat bzw. der Nationalrat letztinstanzlich Beschwerden gegen Entscheide der Kantonsregierungen betreffend eidgenössische Abstimmungen bzw. Nationalratswahlen (Art. 81 und 82 PRG). Gegen die Ungültigerklärung einer Volksinitiative durch die Bundesversammlung steht kein Rechtsmittel zur Verfügung.

#### 525 Notwendigkeit der Entlastung des Bundesrates von Justizaufgaben

Nach geltendem Recht verfügt der Bundesrat über nicht unbedeutende Restzuständigkeiten in der Verwaltungsrechtspflege (Art. 72 ff. VwVG) und einige wenige Kompetenzen in der Staatsrechtspflege (Art. 73 Abs. 1 Bst. a und b VwVG). Entscheide des Bundesrates über staatsrechtliche Streitigkeiten nach Art. 73 Abs. 1 Bst. a und b VwVG können an die Bundesversammlung weitergezogen werden (Art. 79 VwVG).

Mehrere Gründe lassen die Rechtspflegekompetenzen des Bundesrates heute als problematisch erscheinen. Sie komplizieren das System der öffentlichen Rechtspflege des Bundes. Denn die Zuständigkeitsbereiche des Bundesrates und des Bundesgerichtes sind getrennt und nicht immer einfach voneinander abzugrenzen. Die meisten der bestehenden Zuständigkeiten des Bundesrates in der Staats- und Verwaltungsrechtspflege entbehren der inneren Rechtfertigung und können heute nur noch historisch erklärt werden. Davon ausgenommen sind Streitigkeiten, in denen rein politische Fragen zu entscheiden sind, die einer rechtlichen Kontrolle nicht zugänglich sind (wie z.B. im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten). Sodann können sich Widersprüche zur EMRK ergeben. Aufgrund der Praxis der Strassburger Organe zu den "civil rights" im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK erhält diese Bestimmung zunehmend Geltung für die Verwaltungsrechtspflege, womit die dort genannten Garantien, insbesondere der gerichtliche Rechtsschutz, gewährleistet sein müssen. Der Bundesrat genügt

<sup>6</sup> Vgl. z.B. BGE 120 Ia 95 ff.: Legitimation des Kantons BS im Lohnstreit der Basler Kindergärtnerinnen verneint.



den Anforderungen der EMRK an ein unabhängiges Gericht aber nicht. Vor allem aber wird der Bundesrat mit Nichtregierungsaufgaben belastet und büsst damit Zeit und Kraft für seine eigentlichen Funktionen ein.

Die geplante Regierungsreform soll den Bundesrat (und die Bundesversammlung) möglichst von Rechtspflegeaufgaben entlasten und damit einen wichtigen Beitrag zur Aufgabenentflechtung leisten. Dies darf aber nicht zulasten des Bundesgerichts erfolgen. Die bisher vom Bundesrat behandelten Beschwerdefälle können deshalb nicht einfach auf das ohnehin schon stark belastete Bundesgericht übertragen werden. Vielmehr sind die verwaltungsrichterlichen Vorinstanzen auf Bundesebene neu zu konzipieren und damit die Grundsätze von Art. 103 der geltenden BV zu revidieren.

## 526 Probleme der Normenkontrolle

Normenkontrolle bedeutet die Überprüfung von Normen auf ihre Vereinbarkeit mit dem höherrangigen Recht. Bildet die Verfassung Kontrollmassstab, stellt die Normenkontrolle eine Form der Verfassungsgerichtsbarkeit dar (sofern sie von einem Gericht vorgenommen wird).

Normen können abstrakt oder konkret überprüft werden. Im ersteren Fall ist die Norm selbst Anfechtungsobjekt und wird unabhängig von einem Anwendungsfall, auf ihre Übereinstimmung mit dem höherrangigen Recht überprüft. Bei der konkreten Normenkontrolle bildet ein Anwendungsakt (Verfügung, Entscheid) das Anfechtungsobjekt, und es wird vorfrageweise geprüft, ob die Norm, auf welche sich der angefochtene Anwendungsakt stützt, mit dem übergeordneten Recht vereinbar ist.

In bezug auf kantonale Erlasse besteht eine gut ausgebaute Normenkontrolle. Sie sind grundsätzlich von allen rechtsanwendenden Behörden im Anwendungsfall auf ihre Übereinstimmung mit dem höherrangigen Recht zu überprüfen. Zudem bilden sämtliche kantonalen Erlasse Anfechtungsobjekt der staatsrechtlichen Beschwerde (Art. 84 Abs. 1 OG) und können vom Bundesgericht in diesem Verfahren auch abstrakt auf die Einhaltung der verfassungsmässigen Rechte sowie auf ihre Konkordats- und Staatsvertragskonformität überprüft werden. Allerdings lehnt das Bundesgericht die abstrakte Kontrolle von Normen der Kantonsverfassungen ab (BGE 118 Ia 124 ff., insb. 128). Es verweist zur Begründung auf die Tatsache, dass die Bundesversammlung die Kantonsverfassungen im Rahmen der Gewährleistung einer präventiven Normenkontrolle unterzieht (Art. 6 BV in Verbindung mit Art. 85 Ziff. 7 BV). Eine konkrete Überprüfung von Normen der Kantonsverfassungen nimmt das Bundesgericht nur vor, wenn das übergeordnete Recht zur Zeit der Gewährleistung der Norm durch die Bundesversammlung noch nicht in Kraft war (BGE 116 Ia 366 E. 4b, 111 Ia 239 ff.). Zur Beurteilung von Beschwerden wegen Verletzung gewisser verfassungsmässiger Rechte und gewisser Staatsvertragsbestimmungen ist der Bundesrat und letztinstanzlich die Bundesversammlung zuständig (Art. 73 Abs. 1 Bst. a und b VwVG, Art. 79 VwVG). Solche Beschwerden können sich auch gegen kantonale Erlasse richten. Im Zuge des Abbaus der Rechtspflegebefugnisse des Bundesrates und der Bundesversammlung werden diese Beschwerden inskünftig in die Zuständigkeit des Bundesgerichts fallen.

Demgegenüber sind der Kontrolle von bundesrechtlichen Normen enge Grenzen gesetzt: Die "von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze und allgemeinverbindlichen Beschlüsse sowie die von ihr genehmigten Staatsverträge" sind für das Bundesgericht "massgebend" (Art. 113 Abs. 3, Art. 114bis Abs. 3 BV). Zum Kreis der nach Art. 113 Abs. 3 BV massgebenden Erlasse zählen:

- Bundesgesetze,
- allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse (nach herrschender Lehre auch nicht referendumpflichtige),
- Staatsverträge (nach überwiegender Auffassung der Lehre auch von der Bundesversammlung nicht genehmigte).

Nicht zu den nach Art. 113 Abs. 3 BV massgebenden Erlassen gehören:

- Verordnungen des Bundesrates,
- einfache Bundesbeschlüsse.

Diese Normen sind somit grundsätzlich einer konkreten Kontrolle zugänglich<sup>7</sup>. Eine abstrakte Kontrolle ist aber nicht vorgesehen.

Vor dem Hintergrund einer veränderten Ausgangslage (gewaltige Kompetenzverlagerung auf den Bund) und der völkerrechtlichen Einbettung der Schweiz (insbesondere Inkrafttreten der EMRK) vermag es nicht mehr zu überzeugen, dass die wichtigsten Erlasse des Bundes einer richterlichen Ueberprüfung gänzlich entzogen sind. Die Ausdehnung der Normenkontrolle auf Bundesgesetze und allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse ist aus mehreren Gründen, die unten näher darzustellen sind (Ziffer 561), je länger je mehr als Reformpostulat aktuell.

## 527 Harmonisierungsbedarf im Bereich des Prozessrechts

Die geltende Verfassung legt die Gesetzgebungskompetenz im Zivil- und Strafprozessrecht (Gerichtsorganisation, Verfahrensordnung, Rechtsprechung) in die Hände der Kantone. Die Artikel 64 Abs. 3 und 64bis Abs. 2 BV sichern den Kantonen aber nur eine "Substanzgarantie"<sup>8</sup> zu. Der Bund ist nicht vollends ausgeschlossen. Einige Bereiche des Zivil- und Strafprozessrechts behält die Verfassung dem Bund vor<sup>9</sup>. Im verbleibenden Bereich ist anerkannt, dass der Bund prozessuale Bestimmungen erlassen darf, soweit solche zur einheitlichen Anwendung und Durchsetzung des materiellen Rechts notwendig sind sowie zur Vermeidung von interkantonalen Kompetenzkonflikten. Dies gilt auch im Bereich des Bundesverwaltungsrechts, bei dessen Vollzug den Kantonen aufgrund von Art. 3 BV prinzipiell Verfahrens- und Organisationshoheit zukommt. Soweit die Kan-

<sup>7</sup> Zum Prüfungsmassstab bei Verordnungen vgl. BGE 118 Ib 372, 118 V 225, 106 Ib 190 f.

<sup>8</sup> KURT EICHENBERGER, Bundesrechtliche Legiferierung im Bereich des Zivilprozessrechts nach geltendem Verfassungsrecht, in: ZSR 1969 II, 467 ff., 485 (für Art. 64 Abs. 3 BV).

<sup>9</sup> Organisation und Verfahren der Bundesgerichtsbarkeit, die Zwangsvollstreckung von Forderungen, welche auf eine Geldzahlung oder eine Sicherheitsleistung gerichtet sind, das internationale Zivilprozessrecht.



tone ihr eigenes materielles Verwaltungsrecht vollziehen, geniessen sie eine eigentliche Organisations- und Verfahrensautonomie, welche nur durch Bundesverfassungsrecht eingeschränkt werden kann. Während der Verfassungsgeber diesbezüglich bislang untätig blieb, hat das Bundesgericht insbesondere in die Verfahrensautonomie der Kantone eingegriffen: Die in schöpferischer Rechtsprechung aufgrund von Art. 4 und 58 BV erkannten Justizgarantien sind von den Kantonen auch beim Vollzug ihres eigenen öffentlichen Rechts zu beachten. Erhebliche Folgen für die Ausgestaltung des kantonalen Verfahrens hat die vom Bundesgericht erkannte Koordinationspflicht bei bau- und umweltrelevanten Bewilligungsverfahren<sup>10</sup>.

Das Resultat dieser verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung sind je 26 (mit dem Bund 27 bzw. - im Strafprozess - 29<sup>11</sup>) Prozessordnungen. Der Spielraum des kantonalen Gesetzgebers ist allerdings durch die verfassungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts und die Spruchpraxis der Strassburger Organe eng geworden. In allen Rechtszweigen, in denen die materielle Gesetzgebungskompetenz beim Bund liegt, ist überdies eine fortschreitende Durchdringung des kantonalen Prozessrechts, namentlich der Verfahrensordnung, durch Bundesregelungen zu verzeichnen. Internationale Abkommen<sup>12</sup> verdrängen die kantonale Justizhoheit in wichtigen Bereichen. Damit ist bereits ein Vereinheitlichungsprozess eingeleitet.

Die zahlreichen, bisweilen recht punktuellen und unsystematischen Einwirkungen des Bundesgesetzgebers in die Verfahrens- und Organisationsordnung der Kantone haben jedoch zu einer beträchtlichen Unübersichtlichkeit und damit zu einer Rechtsunsicherheit geführt, die noch dadurch verstärkt wird, dass viele Regeln erst durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts und der EMRK-Spruchbehörden entwickelt worden sind. Diese Situation erschwert die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche wie auch die wissenschaftliche Durchdringung des Prozessrechts erheblich. Im Strafprozess behindert die bestehende Rechtszersplitterung zudem eine wirkungsvolle Verbrechensbekämpfung. 26 (27/29) Prozessordnungen sind heute, wo sich die Rechtsbeziehungen vermehrt über die Kantonsgrenzen hinweg erstrecken, nicht mehr zeitgemäss und nehmen sich auch mit Blick auf eine Integration der Schweiz in eine gesamteuropäische Wirtschaftsordnung nachteilig aus.

In der Lehre wird die Vereinheitlichung des Zivil- und Strafverfahrensrechts klar gefordert<sup>13</sup>. Aber auch auf politischer Ebene gibt es Vorstösse in diese

---

<sup>10</sup> Erstmals in BGE 116 Ib 50 ff.

<sup>11</sup> BStP, VStrR und Militärstrafprozess.

<sup>12</sup> Zu nennen ist etwa das Lugano-Uebereinkommen (SR 0.275.11).

<sup>13</sup> In jüngerer Zeit plädieren für die Vereinheitlichung des *Zivilverfahrensrechts*: OSCAR VOGEL und STEPHEN BERTI am Schweizerischen Juristentag 1988: ZSR 1988 II, 350 ff., 356 ff., ebenfalls PIERRE MARTIN, Probleme des Rechtsschutzes, in: ZSR 1988 II, 1 ff., 103; ferner RICHARD FRANK, Soll das Zivilprozessrecht in der Schweiz vereinheitlicht werden?, in: Festschrift für Oscar Vogel, Freiburg 1991, 23-50 und dezidiert: OSCAR VOGEL, Europa und das schweizerische Zivilprozessrecht, in: AJP 1992, 459 ff. Zur gleichen Forderung gelangen aus dem Blickwinkel der ökonomischen Analyse des Rechts:

Richtung. Betreffend Vereinheitlichung des Strafprozesses sind zur Zeit mehrere Standesinitiativen in Vorbereitung bzw. lanciert und zwei Motionen hängig<sup>14</sup>.

Die geltende Kompetenzverteilung im Bereich des Prozessrechts ist daher im Lichte veränderter Verhältnisse und des durch die Einwirkungen des Bundesgesetzgebers und die Verfassungs- und EMRK-Rechtsprechung bereits eingeleiteten Vereinheitlichungsprozesses zu überprüfen.

## 528 Aktualisierung des Verfassungstextes

Über diese spezifischen Reformmotive hinaus besteht ein allgemeines Bedürfnis, den veralteten Verfassungstext an die heutigen Aufgaben des Bundesgerichts anzupassen: Artikel 110 BV über die Zuständigkeit des Bundesgerichts zur Beurteilung zivilrechtlicher Streitigkeiten z.B. bringt deutlich einen Rechtszustand zum Ausdruck, wie er vor der Vereinheitlichung des Zivilrechts auf Bundesebene herrschte, und Artikel 112 über die erstinstanzliche Strafgerichtsbarkeit des Bundesgerichts ist stark von den teilweise gewalttätigen - Spannungen im wenig gefestigten Bundesstaat des 19. Jahrhunderts geprägt.

## 53 Reformziele

### 531 Gewährleistung eines wirksamen Rechtsschutzes auf allen Stufen

Die Bundesrechtspflege in ihrer Gesamtheit hat zusammen mit den kantonalen Rechtspflegesystemen sicherzustellen, dass in allen Rechtsbereichen ein wirksamer Rechtsschutz gewährt wird. Strafurteile sowie Entscheidungen, die nicht von einer richterlichen Instanz getroffen worden sind, müssen grundsätzlich bei einem unabhängigen Gericht anfechtbar sein. Das Rechtsmittelsystem soll möglichst einfach und übersichtlich sein, und die Verfahren sollen innert angemessener Frist abgeschlossen werden können.

### 532 Sicherung der Funktionsfähigkeit des Bundesgerichts als oberstes Gericht

Eine Reform der Bundesrechtspflege muss die Voraussetzungen dafür schaffen bzw. wiederherstellen, dass das Bundesgericht in der Lage ist, nicht nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen individuellen Rechtsschutz zu gewähren, sondern auch seine spezifischen Aufgaben als oberstes Ge-

---

PETER STOLZ/STEPHAN GASS, Reform und Vereinheitlichung des schweizerischen Zivilprozessrechts ?, in: recht 1995, 1 ff., insb. 9.

Die Vereinheitlichung des *Strafverfahrensrecht* regen an: JÜRGEN AESCHLIMANN, Die Zukunft des schweizerischen Strafprozessrechts, in: ZStR 1992, 355 ff., 365; GÉRARD PIQUEREZ, L'avenir de la procédure pénale en Suisse, in: ZStR 1992, 366 ff., 381; HANS SCHULTZ, 50 Jahre Schweizerisches Strafgesetzbuch, in: ZStR 1992, 3 ff., 31. Schon H.F. PFENNINGER, Eidgenössisches Strafrecht und kantonales Strafprozessrecht, in: SJZ 1955, 197 ff., 207. Auch ROBERT HAUSER, Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl., Basel 1984, 43, bedauert die bestehende Rechtszersplitterung.

<sup>14</sup> Motion Rhinow (94.3311); Motion Schweingruber (94.3181). Standesinitiativen BS und BL.



richt wahrzunehmen. Dazu gehören vor allem die Gewährleistung der Rechtseinheit, die Rechtsfortbildung, die Garantie der verfassungsmässigen Rechte sowie die Entscheidung bundesstaatlicher Streitigkeiten. Diese Aufgaben kann das Bundesgericht nicht sachgerecht erfüllen, wenn es - wie heute - überlastet ist.

Um die Funktionsfähigkeit des Bundesgerichts als oberstes Gericht sicherzustellen, muss daher die Überlastung beseitigt werden. Ein oberstes Gericht darf auch nicht zu gross sein, weil sonst die einheitliche Rechtsanwendung ebenfalls in Frage gestellt ist. Eine dauernde Erhöhung der Zahl der Bundesrichter über den heutigen Bestand hinaus stellt daher wohl nicht die richtige Lösung dar. Nötig sind strukturelle Massnahmen, die zu einer ausgewogenen Geschäftslast am Bundesgericht führen.

Die Entlastung des Bundesgerichts hat dort anzusetzen, wo dieses heute individuelle Streitigkeiten entscheidet, die keinerlei Bezug zu den Aufgaben eines obersten Gerichts aufweisen. Solche Streitigkeiten kann ein unteres Gericht ebensogut entscheiden. Der Zugang zum Bundesgericht muss aber offen sein, wenn Grundsatzfragen zu klären sind oder wenn die Rechtseinheit berührt wird.

Wenn sich das Bundesgericht genügend Zeit nehmen kann, um eine einheitliche Praxis in Fragen der Anwendung des eidgenössischen und internationalen Rechts zu entwickeln und durchzusetzen, so trägt es mit seiner Rechtsprechung zur Festigung der Rechtssicherheit und des Rechtsschutzsystems insgesamt bei, was letztlich allen Rechtsunterworfenen dient. Die Qualität des Rechtsschutzes darf ohnehin nicht einseitig an der Zahl der Rechtsmittelinstanzen gemessen werden; ein zu langer Instanzenzug führt wegen der langen Verfahrensdauer und der hohen Kosten sogar zu einer Verschlechterung des Rechtsschutzes. Er kann auch die Glaubwürdigkeit der Rechtspflege in Frage stellen, weil er die Gefahr in sich birgt, dass in jeder Instanz ganz oder teilweise unterschiedliche Urteile ergehen. Die Erfahrung lehrt, dass - nach manchem Hin und Her bezüglich der als richtig erkannten Rechtsauffassung - das letztinstanzliche Urteil niemanden mehr recht zu überzeugen vermag, auch wenn die Begründung wohlausgefeilt ist.

### 533 Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit

Die Funktionen der Verfassungsgerichtsbarkeit, wie vor allem die "Sicherung der Essentialien einer demokratischen, rechtsstaatlichen und bundesstaatlichen Ordnung" (J.P. Müller), sind nicht allein gegenüber den Kantonen, sondern auch gegenüber dem Bund wirksam wahrzunehmen. Eine revidierte Justizverfassung muss daher den Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen enthalten, wenigstens im Sinne einer konkreten Normenkontrolle. Zur Stärkung der Kantone ist ihnen zu ermöglichen, beim Bundesgericht die fehlende Kompetenzgrundlage eines Bundesgesetzes oder Bundesbeschlusses geltend zu machen. Damit erhalten die Kantone eine Befugnis, welche der Bund umgekehrt bereits besitzt (Art. 113 Abs. 1 Ziff. 1 BV).



**534 Vereinheitlichung des Prozessrechts**

Es sind klare Verfassungsgrundlagen bereitzustellen, um notwendige Vereinheitlichungen bzw. Harmonisierungen im Prozessrecht vornehmen zu können.

**54 Reformbereich I: Rechtsschutz****541 Verankerung einer Rechtsweggarantie für Private**

Es ist Aufgabe des Rechtsstaates, dem Bürger staatlichen Schutz seiner Rechte zu gewähren. Verlangt ist die Gewährleistung eines qualifizierten Rechtsschutzes durch ein unabhängiges Gericht. Es genügt also nicht, dass irgendeine staatliche Instanz, welche die spezifische Unabhängigkeit eines Gerichtes nicht besitzt, den Rechtsschutz gewährt. Offen stehen muss der Zugang zum Richter. Dies ist unter Rechtsweggarantie zu verstehen.

Die geltende Bundesverfassung enthält keine allgemeine Rechtsweggarantie. Sie sichert aber, indem sie in Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 dem Bundesgericht die Beurteilung von Beschwerden wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte zuweist, dem Einzelnen ein gerichtliches Verfahren zur Durchsetzung der ihm zustehenden verfassungsmässigen Rechte zu. Denn nach Auffassung eines wichtigen Teils der Lehre statuiert Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV eine Verpflichtung des Bundesgerichts, auf Beschwerde hin tätig zu werden<sup>15</sup>. Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV korreliert mit Art. 5 BV, wonach der Bund "die verfassungsmässigen Rechte der Bürger" gewährleistet. Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV stellt in diesem Sinne eine Rechtsweggarantie (an das Bundesgericht) für die verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechtsansprüche dar. Sie greift freilich nur im Anwendungsbereich der staatsrechtlichen Beschwerde.

Diese Regelung sollte nicht ersatzlos gestrichen, sondern durch eine allgemeine Rechtsweggarantie im Sinne des Zugangs zu einem Gericht ersetzt werden. Dieser Anspruch gilt bereits kraft EMRK für das Straf- und Zivilrecht sowie für jene Bereiche des Verwaltungsrechtes, welche "civil rights" im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK beschlagen. In den übrigen Bereichen des Verwaltungsrechtes besteht ein berechtigtes Interesse der Privaten, nicht einfach Objekt der Machtausübung einer zunehmend starken Exekutive zu sein, sondern die Möglichkeit zu haben, eine Streitsache vor eine unabhängige Instanz zu bringen und dadurch verfahrensrechtliche Si-

---

<sup>15</sup> In diesem Sinne z.B. ANDREAS AUER, *Une procédure d'admission devant le juge constitutionnel fédéral?*, in: SJZ 1986, 105 ff.; WALTER HALLER in Kommentar BV, Art. 113, Rz. 85; WALTER KÄLIN, *Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde*, 2. Aufl., Bern 1994, 5 f.; JEAN-FRANÇOIS PLOUDRET, *La procédure d'admission selon le projet de révision de la loi fédérale d'organisation judiciaire*, in: ZSR 1986 I, 388 ff.; PETER SCHIBLI, *Die Möglichkeit der Einführung einer Zulassungsbeschränkung am schweizerischen Bundesgericht nach dem Muster des amerikanischen certiorari-Verfahrens*, Bern 1984, 187. Diese Auffassung vertrat bereits der Bericht der Expertenkommission für die Reorganisation der Bundesrechtspflege, Bern Januar 1982, 35. Anderer Meinung demgegenüber BUNDESAMT FÜR JUSTIZ in: VPB 1985 Nr. 36, 237 ff. und LUZIUS WILDHABER, *Zur Verfassungsmässigkeit des Annahmeverfahrens vor Bundesgericht*, in: SJZ 1986, 273 ff.

cherung zu erhalten. Deshalb sollte - wie dies heute in vielen europäischen Verfassungen der Fall ist<sup>16</sup> - ein allgemeiner Gerichtsschutz gegen Akte der Verwaltung eingeführt werden. Dieser Grundsatz, welcher allerdings nicht absolut sein kann, sondern Raum für berechnigte Ausnahmen (v.a. eigentliche Regierungsakte) lassen muss, lässt sich - wie im folgenden vorgeschlagen - im Teil über die Organisation der Bundesgerichtsbarkeit integrieren; alternativ wäre allerdings auch - in Analogie zu Art. 19 Abs. 4 des deutschen Grundgesetzes - eine Verankerung in Form einer grundrechtlichen Rechtsweggarantie möglich.

Die allgemeine Rechtsweggarantie sichert dem Bürger gerichtlichen Rechtsschutz zu. Das heisst aber nicht, dass dieser Rechtsschutz vom Bundesgericht gewährt werden muss. Es ist davon auszugehen, dass die unterinstanzlichen Gerichte ebensogut in der Lage sind, die Rechtsschutzaufgabe zu erfüllen. Ein unbeschränkter Zugang an das Bundesgericht ist deshalb zur Verwirklichung der Rechtsweggarantie nicht nötig (zu den Modellen möglicher Aufteilung der Rechtsschutzaufgabe und zu den Zugangsbeschränkungen an das Bundesgericht vgl. Ziffer 55).

#### 542 Ausbau der Behördenbeschwerde

Die fehlende Behördenbeschwerde im Bereich der heutigen staatsrechtlichen Beschwerde (vgl. Ziffer 524) ist eine Lücke im Rechtsschutz, welche zu schliessen die Verfassung dem Gesetzgeber ermöglichen muss. Dies wird dadurch erreicht, dass im Gegensatz zu Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 der geltenden Bundesverfassung die Beschwerdebefugnis nicht auf Bürger und Private eingeschränkt wird. Auf diese Weise besitzt der Gesetzgeber volle Freiheit beim Entscheid, wer unter welchen Voraussetzungen beschwerdeberechtigt ist, und inwiefern auch Behörden und öffentlichrechtliche Körperschaften zur Beschwerde legitimiert sein sollen.

#### 543 Vereinfachung des Rechtsmittelsystems

Der Rechtsschutz wird nicht allein durch fehlende, sondern auch durch zu komplizierte Rechtsschutzeinrichtungen beeinträchtigt. Diese Feststellung gilt gerade für das Rechtsmittelsystem der Bundesrechtspflege. Es ist geprägt von einer Rechtsmittelvielfalt, die schwierige Abgrenzungsfragen aufwirft. Am stärksten ins Gewicht fallen folgende Probleme:

- Abgrenzung der Berufung und der strafrechtlichen Nichtigkeitsbeschwerde von der staatsrechtlichen Beschwerde: Je nachdem, ob der Beschwerdeführer eine unrichtige Anwendung von einfachem Bundesrecht oder eine Verletzung verfassungsmässiger Rechte geltend machen will, muss er Berufung bzw. Nichtigkeitsbeschwerde oder staats-

---

<sup>16</sup> Art. 19 Abs. 4 Deutsches Grundgesetz vom 23.5.1949; Art. 20 Griechische Verfassung vom 9.6.1975; Art. 24 Abs. 1 und 113 Abs. 1 Italienische Verfassung vom 27.12.1947, Art. 20 Abs. 2 Portugiesische Verfassung vom 2.4.1976; Art. 24 Abs. 1 Spanische Verfassung vom 29.12.1978; § 63 Abs. 1 Dänische Verfassung vom 5.6.1953; Art. 92/93 Belgische Verfassung vom 7.2.1831.



rechtliche Beschwerde oder beides gegen ein Zivil- oder Strafurteil einlegen.

- Abgrenzung der staatsrechtlichen Beschwerde von der Verwaltungsgerichtsbeschwerde: Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde können zwar sämtliche Bundesrechtsverletzungen - unter Einschluss der Verletzung verfassungsmässiger Rechte - gerügt werden, sie ist aber nur zulässig, wenn sich die angefochtene Verfügung auf öffentliches Recht des Bundes stützt. Deshalb muss, wenn es um die Anfechtung von Entscheidungen kantonaler Instanzen geht, jeweils geprüft werden, ob sich der angefochtene Entscheid auf öffentliches Recht des Bundes stützt bzw. hätte stützen sollen oder ob er auf kantonalem öffentlichem Recht basiert. Im ersten Fall ist Verwaltungsgerichtsbeschwerde, im letzteren staatsrechtliche Beschwerde zu ergreifen. Die zunehmende Verflechtung von eidgenössischem und kantonalen Recht erschwert diese Abgrenzung noch<sup>17</sup>.

Der Rechtssuchende kann der schwierigen Wahl des richtigen Rechtsmittels oftmals nur dadurch begegnen, dass er vorsichtshalber beide Rechtsmittel einlegt. Vermehrter Kosten- und Arbeitsaufwand ist die Folge. Das Bundesgericht seinerseits muss verhältnismässig viel Zeit für die Behandlung formeller Fragen aufwenden, die nichts zur materiellen Streitentscheidung beitragen.

Diese Problematik ist aber nicht auf Verfassungsstufe zu lösen; Abhilfe muss der Gesetzgeber schaffen. Als wirksame Möglichkeit zur Vereinfachung des Rechtsmittelsystems, welche Rechtssuchenden den Weg ans Bundesgericht erleichtert und gleichzeitig das Gericht von der Behandlung schwieriger Abgrenzungsfragen entlastet, bietet sich die Einführung der Einheitsbeschwerde<sup>18</sup> an, d.h. die Zusammenlegung der staatsrechtlichen Beschwerde je mit den verwaltungs-, straf- und zivilrechtlichen Beschwerdearten. Im Interesse der Wahrung einer gewissen Flexibilität für den Gesetzgeber sollte man allerdings nicht so weit gehen, die Einheitsbeschwerde verfassungsrechtlich vorzusehen.

Mit dem weitgehenden Abbau der Beschwerde an den Bundesrat wird eine weitere Komplikationsquelle dahinfallen, die von der nicht immer einfachen Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche des Bundesrates und des Bundesgerichts herrührt.

#### 544 Einführung des gerichtlichen Schutzes der politischen Rechte auf Bundesebene

Nach geltendem Recht prüft das Bundesgericht im Rahmen der Stimmrechtsbeschwerde gemäss Art. 85 Bst. a OG die Wahrung der politischen

<sup>17</sup> Die Lehre stellt über 20 Abgrenzungsregeln fest: WALTER KÄLIN/MARKUS MÜLLER, Vom ungeklärten Verhältnis zwischen Verwaltungsgerichtsbeschwerde und staatsrechtlicher Beschwerde, in: ZBI 1993, 433 f.; Auch RENÉ A. RHINOW, Oeffentliches Prozessrecht, Basel 1994, Rz. 1240, beklagt die Kompliziertheit der Abgrenzung; ebenso PIERRE MOOR, Droit administratif, Volume II, Bern 1991, 384.

<sup>18</sup> Darunter verstehen wir eine Beschwerde, mit welcher sowohl die Verletzung von einfachem Bundesrecht (Zivil-, Straf- oder Verwaltungsrecht) als auch die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden kann.

Rechte der Bürger im Zusammenhang mit kantonalen Wahlen oder Abstimmungen. Als kantonal gelten auch Wahlen und Abstimmungen in den Gemeinden (BGE 119 Ia 169 E. 1a). Demgegenüber gilt in bezug auf eidgenössische Urnengänge die spezielle Rechtsmittelordnung gemäss Art. 77 ff. PRG.

Es rechtfertigt sich, in bezug auf die politischen Rechte im Bund den gleichen gerichtlichen Rechtsschutz zuzulassen wie gegenüber kantonalen Wahlen und Abstimmungen. Dies bedeutet, dass die Stimmrechtsbeschwerde auch auf eidgenössischer Ebene eingeführt wird. Der Bundesrat und der Nationalrat sollen von ihren Justizaufgaben im Zusammenhang mit Abstimmungen und Wahlen entlastet werden. Die ihnen nach Art. 81 und 82 PRG zustehenden Befugnisse soll künftig das Bundesgericht wahrnehmen. Die Reichweite des Rechtsschutzes bleibt demnach gleich, nur amtet statt dem Bundesrat und dem Nationalrat das Bundesgericht.

In Betracht fällt sodann, gegen die Ungültigerklärung einer Volksinitiative durch die Bundesversammlung die Beschwerde an das Bundesgericht vorzusehen. Dies käme einem Ausbau des Rechtsschutzes gleich, da bisher gegen einen solchen Beschluss der Bundesversammlung keinerlei Rechtsmittel zur Verfügung stand. Denkbar wären auch andere Formen der Eingriffsmöglichkeit des Bundesgerichts, wie etwa die Anrufung des Bundesgerichts durch die Bundesversammlung, wenn sie der Ansicht ist, eine Initiative widerspreche den für sie geltenden Regeln. Dieser spezielle Aspekt des Rechtsschutzes wird - um die Zusammenhänge zu wahren - im Kapitel über die Reform der Volksrechte erörtert (vgl. Art. 163bis und den diesbezüglichen Kommentar).

## 55 Reformbereich II: Das Bundesgericht als oberstes Gericht

### 551 Modelle

Die Erwägung möglicher Strukturen der Bundesgerichtsbarkeit wird in der Schweiz notwendigerweise stark durch föderalistische Gesichtspunkte geprägt. In dieser Hinsicht lassen sich grob drei Reformmodelle unterscheiden, welche die Stellung des Bundesgerichtes im Verhältnis zur kantonalen Gerichtsbarkeit unterschiedlich gewichten:

- Modell 1: Das Bundesgericht ist nicht mehr oberstes Gericht im ordentlichen Instanzenzug, sondern es behandelt nur noch Fälle, die (v.a. in Hinblick auf die Wahrung der Rechtseinheit und die Weiterentwicklung des Rechts) von besonderer Bedeutung sind. Dies macht auf Bundesebene den Ausbau der Rekurskommissionen oder die Einführung eines eigentlichen Bundesverwaltungsgerichts nötig, soweit es um Rechtsmittel gegen Verfügungen und Entscheide der Bundesverwaltung geht. Sonst endet der ordentliche Instanzenzug auf der Stufe des höchsten kantonalen Gerichts. Im Zivil- und Strafrecht sowie in jenen Bereichen des Bundesverwaltungsrechts, in welchen die Kantone für den Vollzug zuständig sind, verlagert sich damit die Hauptverantwortung für die Gewährung von Rechtsschutz auf die kantonale Ebene.
- Modell 2: Das heutige Bundesgericht ist oberstes Gericht im ordentlichen Instanzenzug; damit es diese Aufgabe erfüllen kann, wird es nö-



tigenfalls personell ausgebaut. Um überlange Instanzenzüge zu vermeiden, sind u.U. untere Instanzen abzubauen. Zur Sicherstellung der Rechtseinheit, zur Behandlung von Fällen mit grundsätzlicher Bedeutung und zur Handhabung der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen wird ein Höchstgericht mit wenigen Mitgliedern (7 - 9) geschaffen, welches - analog zum amerikanischen Supreme Court - nach freiem Ermessen bestimmt, welche gegen Entscheide des Bundesgerichtes gerichtete Beschwerden es behandeln will. Bei diesem Modell liegt die Hauptverantwortung für die Gewährung von Rechtsschutz beim Bundesgericht.

- Modell 3: Reformen konzentrieren sich auf den Ausbau der Vorinstanzen und die Einführung von (punktuellen) Zugangsbeschränkungen. Im übrigen wird an der heutigen Struktur im wesentlichen festgehalten, welche die Gewährung von Rechtsschutz als gemeinsame Aufgabe von Bund und Kantonen ansieht.

Modell 2 (Schaffung eines dem Bundesgericht übergeordneten Höchstgerichts) würde das heutige Bundesgericht abwerten und entspricht nicht schweizerischen Traditionen; es wird deshalb verworfen. Modell 1 würde das Bundesgericht wesentlich entlasten; es widerspricht aber dem nach wie vor bestehenden Bedürfnis vieler Rechtssuchender, gegen Entscheide höchster kantonaler Gerichte an eine Bundesinstanz appellieren zu können. Modell 3 steht in Gefahr, die notwendige Entlastung unseres obersten Gerichtes nicht im erforderlichen Ausmass realisieren zu können. Vorgeschlagen wird hier ein flexibler Verfassungstext, welcher an Modell 3 anknüpft, dem Gesetzgeber aber erlaubt, wichtige Schritte Richtung Modell 1 zu verwirklichen. Beide Modelle erfordern den Ausbau der richterlichen Vorinstanzen.

## 552 Ausbau der richterlichen Vorinstanzen des Bundesgerichts

Es ist grundsätzlich nicht Aufgabe des obersten Gerichtes, Rechtsschutz in erster Instanz oder als erste richterliche Instanz zu gewähren. Nach geltender Rechtslage ist das Bundesgericht aber in nicht unbedeutendem Ausmass mit derart sachfremden Zuständigkeiten belastet.

Als erste und einzige Instanz entscheidet das Bundesgericht heute in folgenden Fällen:

- Anfechtung kantonaler Erlässe von Kantonen, die auf kantonaler Ebene keine abstrakte Normenkontrolle kennen;
- Anfechtung von Beschlüssen und Verfügungen kantonaler Parlamente v.a. im Bereich der politischen Rechte (z.B. Nichtunterstellung eines Ausgabenbeschlusses unter das Finanzreferendum, Ungültigerklärung einer Initiative) und der Planung (z.B. Strassenpläne mit Einräumung des Enteignungsrechts), soweit hierfür auf kantonaler Ebene kein Rechtsmittel zur Verfügung steht;
- Staatsrechtliche Klagen gemäss Art. 83 OG und verwaltungsrechtliche Klagen gemäss Art. 116 und 130 OG;
- Strafprozesse gemäss Art. 112 BV und diverse direkte Prozesse im Zivilrecht (Art. 110 Abs. 1 BV, Art. 41 und 42 OG);

- Kantonale Administrativstreitigkeiten, die ihm gestützt auf Art. 114bis Abs. 4 BV zur Beurteilung zugewiesen worden sind.

Als erste richterliche Instanz entscheidet das Bundesgericht überall dort, wo mit staatsrechtlicher Beschwerde kantonale Beschwerdeentscheide angefochten werden, welche die Regierung oder eine untere Amtsstelle gefällt hat und die nicht beim kantonalen Verwaltungsgericht angefochten werden können. Hinzu kommen aus dem Bereich der Verwaltungsgerichtsbeschwerde eine Reihe von Fällen, in welchen eine Verwaltungsbehörde des Bundes als Vorinstanz entscheidet, und aus dem Bereich der Bundesstrafgerichtsbarkeit jene Fälle, in denen man beim Bundesgericht Beschwerde gegen Amtshandlungen von Bundesbehörden (Eidg. Untersuchungsrichter, Bundesanwalt) führen kann.

Mit Ausnahme weniger Sonderfälle soll künftig für alle Streitigkeiten die Zuständigkeit von richterlichen Vorinstanzen begründet werden. Damit ist sichergestellt, dass das Bundesgericht im Rahmen eines allfällig anschliessenden Rechtsmittelzuges nicht als erste richterliche Instanz entscheiden muss, was die Beschränkung auf die Rechtskontrolle erlaubt. Zudem kann es von der Filterwirkung richterlicher Vorinstanzen profitieren. Dadurch wird das Bundesgericht entlastet. Gleichzeitig bildet der flächendeckende Ausbau der richterlichen Vorinstanzen mit Blick auf eine allgemeine Rechtsweggarantie notwendige Voraussetzung, um echte Zugangsbeschränkungen an das Bundesgericht vorsehen zu können.

Der Ausbau bestehender bzw. die Schaffung neuer richterlicher Vorinstanzen beschlägt nur zu einem geringen Teil die Verfassungsebene; damit wird sich primär der Gesetzgeber zu befassen haben. Es ist aber angebracht, in der Verfassung den Grundsatz richterlicher Vorinstanzen (u.a. auch im Bereich der Strafgerichtsbarkeit des Bundes) zu verankern, wobei gewisse Ausnahmen weiterhin möglich sein müssen. Zur Klarstellung sind die weiteren richterlichen Behörden des Bundes und diejenigen der Kantone in der Verfassung ausdrücklich anzusprechen. Soweit den Kantonen - analog zu Art. 98a OG - die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit auch im Bereich des kantonalen öffentlichen Rechts vorgeschrieben wird, ist eine verfassungsrechtliche Grundlage notwendig, da dies einen Eingriff in die kantonale Organisationsautonomie darstellt.

Im einzelnen bedingt das Prinzip richterlicher Vorinstanzen folgende (auf Gesetzesstufe zu treffende) Vorkehrungen:

#### **552.1 Ausbau der verwaltungsgerichtlichen Vorinstanzen des Bundes**

Nach geltendem Recht unterliegen Verfügungen von Bundesverwaltungsbehörden (Art. 1 Abs. 2 VwVG) letztinstanzlich der Beschwerde an das Bundesgericht, sofern nicht ein Ausnahmetatbestand nach Art. 99 - 102 oder 129 OG gegeben ist. Als unmittelbare Vorinstanzen des Bundesgerichts entscheiden eidgenössische Rekurs- und Schiedskommissionen, wenn ein Bundesgesetz vorsieht, dass bei einer solchen Kommission Beschwerde oder Klage erhoben werden kann (Art. 71a Abs. 1 VwVG, Art. 98 Bst. e und 128 OG). In den übrigen Fällen fehlt eine richterliche Vorinstanz des Bundesgerichts (Art. 98 Bst. a-d, f, h OG).



Die Departemente, autonomen Anstalten und nicht richterlichen Kommissionen des Bundes treffen zur Zeit etwa 2200 Verfügungen pro Jahr, die nicht bei einer eidgenössischen Rekurskommission anfechtbar sind. Wichtige Bereiche, in denen keine Rekurskommission besteht, sind zum Beispiel die Fremdenpolizei, der Strassenverkehr, die Plangenehmigungen für Infrastrukturanlagen und ein grosser Teil der Bundessubventionen.

Künftig soll der Beschwerdeweg in allen Fällen nur noch über eine richterliche Vorinstanz ans Bundesgericht führen. Die dem Bundesgericht vorgelegte gerichtliche Prüfung von Verfügungen eidgenössischer Instanzen kann auf verschiedene Arten organisiert werden. Denkbar wären die Einsetzung weiterer Rekurskommissionen, die Schaffung einer kleineren Zahl von Gerichten mit sachlich oder örtlich beschränkter Zuständigkeit oder schliesslich die Bildung eines zentralen Bundesverwaltungsgerichts. Der vorgeschlagene Verfassungstext lässt dem Gesetzgeber die Freiheit, welche Organisationsform er treffen will.

### 552.2 Errichtung eines organisatorisch selbständigen Bundesstrafgerichts

Die Zahl der Strafprozesse, die das Bundesgericht als erste Instanz durchführt, ist an sich sehr gering. Die Bundesassisen haben seit 1933 nicht mehr getagt, und das Bundesstrafgericht beurteilte in den letzten zehn Jahren nur fünf Fälle. Diese niedrige Zahl ist eine Folge der grosszügigen Praxis zur einzelfallweisen Übertragung der Bundesstrafgerichtsbarkeit an die Kantone (Art. 18 BStP). Die wenigen Fälle, die vor das Bundesstrafgericht gelangen, verursachen aber einen unverhältnismässigen Aufwand, weil die Bundesrichter in den vom Unmittelbarkeitsprinzip beherrschten erstinstanzlichen Hauptverhandlungen nicht (mehr) über eine tägliche Routine verfügen und weil die betreffenden Prozesse meistens auch noch im Brennpunkt des öffentlichen Interesses stehen.

Die vom EJPD am 31. Mai 1994 eingesetzte Expertenkommission "Vereinheitlichung des Strafprozessrechts" prüft u.a. auch eine Ausweitung der Bundesstrafgerichtsbarkeit sowie die allenfalls daraus folgenden Konsequenzen für die Gerichtsorganisation (vgl. dazu Ziffer 571). Je nach Ergebnis dieser Abklärungen ist mit zusätzlicher Arbeit für das Bundesstrafgericht zu rechnen.

Um das Bundesgericht von den für das höchste Gericht sachfremden erstinstanzlichen Strafprozessen zu entlasten, ist das Bundesstrafgericht aus dem Bundesgericht herauszulösen und als unabhängige richterliche Behörde zu konstituieren. Die Urteile des verselbständigten Bundesstrafgerichts müssen einem Rechtsmittel an das Bundesgericht unterliegen (Art. 2 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK, SR 0.101.07); damit wird der Vorbehalt zu Art. 14 Abs. 5 des Internationalen Pakts vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (BBI 1991 I 1228, IV 1106) hinfällig.

Dem neuen Bundesstrafgericht könnten auch die Obliegenheiten der heutigen Anklagekammer übertragen werden<sup>19</sup>, eventuell unter Vorbehalt der interkantonalen Gerichtsstands- und Rechtshilfestreitigkeiten (Art. 264

<sup>19</sup> Art. 102<sup>ter</sup>, 105<sup>bis</sup> Abs. 2 und Art. 214 ff. BStP, Art. 26, 27 VStrR, Art. 106 Abs. 1<sup>bis</sup> BStP, ferner 51 Abs. 2, 66 ff., 72, 110, 252 Abs. 3 BStP.

BStP, Art. 357 StGB). Die proponierte Verfassungsbestimmung lässt hierfür Raum, indem sie die Zuständigkeit des Bundesstrafgerichts nicht abschliessend auf die erstinstanzliche Strafgerichtsbarkeit des Bundes fixiert.

### 552.3 Ausbau der kantonalen Gerichtsbarkeit

Die grösste Lücke in der kantonalen Gerichtsbarkeit besteht im kantonalen öffentlichen Recht. Noch nicht alle Kantone haben Verwaltungsgerichte institutionalisiert, an welche Akte in Anwendung des kantonalen öffentlichen Rechts weitergezogen werden können. Das Bundesgericht muss demzufolge aufgrund der staatsrechtlichen Beschwerde in diesem Bereich als erste gerichtliche Instanz urteilen, was künftig nicht mehr der Fall sein soll. Die Kantone sind deshalb zu verpflichten, die Verwaltungsgerichtsbarkeit auch für den Bereich des kantonalen öffentlichen Rechts vorzusehen. Berechtigte Ausnahmen, in denen die Regierung oder das Parlament als letzte kantonale Instanz entscheiden darf (z.B. bezüglich Regierungsakte der Exekutive oder der Ungültigerklärung kantonalen Initiativen) sollen aber zulässig sein.

Soweit die Kantone Bundesverwaltungsrecht vollziehen, ist das Prinzip der richterlichen Vorinstanz bereits mit Art. 98a OG verwirklicht. Nach dieser Bestimmung haben die Kantone bis zum 15. Februar 1997 richterliche Vorinstanzen zu errichten in allen Fällen, in denen die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht zulässig ist.

Im Bereich des Zivil- und Strafrechts gibt es - als Folge der Rechtsprechung zur Rechtsweggarantie des Art. 6 Ziff. 1 EMRK - kaum mehr Fälle, welche von der Zuständigkeit der kantonalen Gerichte ausgenommen sind. Zu nennen ist etwa noch die Namensänderung, die in einigen Kantonen von den Verwaltungsbehörden entschieden wird. Hier ist die Zuständigkeit der kantonalen Gerichte entsprechend auszuweiten.

### 552.4 Beschränkung der Direktprozesse

Die Direktprozesse im Zivilrecht (Art. 110 und 111 BV, Art. 41 und 42 OG) sind grösstenteils abzuschaffen. Sie entbehren der inneren Begründung. Einzig, soweit sich die Streitigkeiten zwischen dem Bund und den Kantonen oder zwischen den Kantonen unter sich abspielen (Art. 110 Ziff. 1 und 3 BV, Art. 41 Bst. a OG), liegt die Zuständigkeit berechtigterweise direkt beim Bundesgericht.

Im Strafrecht wird es nach der Schaffung eines organisatorisch selbständigen Bundesstrafgerichts (Ziffer 552.2) keine Direktprozesse vor dem Bundesgericht mehr geben.

In der öffentlichen Rechtspflege ist die Abschaffung von Direktprozessen über Streitigkeiten aus dem kantonalen Verwaltungsrecht nach Art. 114bis Abs. 4 BV (Art. 121 OG) an der Zeit. Die dort vorgesehene Befugnis der Kantone, mit Genehmigung der Bundesversammlung kantonale Administrativstreitigkeiten dem Bundesgericht zur Beurteilung zu überweisen, verliert definitiv ihre Berechtigung, wenn den Kantonen ohnehin vorgeschrieben wird, Verwaltungsgerichte zu schaffen. Zwar mag es Gründe geben, die gegen die Beurteilung einer Sache durch das kantonale Ver-



waltungsgericht und für die direkte Entscheidung durch das Bundesgericht sprechen, so z.B. dass eine kantonale Magistratsperson in den Streit verwickelt ist (insb. Haftungsansprüche aus der Amtstätigkeit der Mitglieder der obersten Gerichte). Die gleiche Problematik muss aber auch im Bund in Kauf genommen werden, wenn das Bundesgericht verwaltungsrechtliche Klagen betreffend Haftungsansprüche aus der Amtstätigkeit von (z.B.) Bundesrichtern zu beurteilen hat. Mit der Streichung von Art. 114bis Abs. 4 BV wird gleichzeitig eine Entlastung des Bundesgerichts und der Bundesversammlung, die ihre Genehmigung erteilen und jedesmal prüfen muss, ob ein genügendes Bedürfnis für die Kompetenzzuweisung an das Bundesgericht besteht, erreicht.

Die übrigen Direktprozesse im öffentlichen Recht sollen dem Bundesgericht auch weiterhin obliegen:

Die staatsrechtliche Klage steht im wesentlichen zur Verfügung für Kompetenzkonflikte zwischen Bund und Kantonen und für öffentlichrechtliche Streitigkeiten zwischen Kantonen (Art. 113 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 BV; Art. 83 Bst. a und b OG). Sie erfüllt eine wichtige bundesstaatliche Funktion, weil sie die Austragung solcher Streitigkeiten in einem geordneten Gerichtsverfahren ermöglicht<sup>20</sup>. Als urteilendes Gericht kann von der Bedeutung und Natur dieser Streitsachen her nur das oberste Gericht des Bundes in Frage kommen. Diese erstinstanzlichen Zuständigkeiten des Bundesgerichts sind daher beizubehalten. Die weiteren Fälle der staatsrechtlichen Klage (Art. 83 Bst. c-e OG) haben keine oder - nebst Art. 83 Bst. b OG - keine eigenständige Bedeutung mehr.

Der Anwendungsbereich der verwaltungsrechtlichen Klage ist bei der letzten Revision des OG von 1991 bereits auf ein Minimum eingeschränkt worden. Er umfasst Streitigkeiten aus dem bundesstaatlichen Verhältnis und solche betreffend Haftungsansprüche aus der Amtstätigkeit von Magistratspersonen (Art. 116 und 130 OG). Diese Streitigkeiten fallen berechtigterweise in die direkte Kompetenz des Bundesgerichts. Daran ist festzuhalten.

### 553 Zugangsbeschränkungen

Wie auch immer der Gesetzgeber die Rolle des Bundesgerichts bei der Gewährung von Rechtsschutz definieren wird, entscheidend ist, dass es unter Bedingungen arbeiten kann, die es ihm ermöglichen, Rechtsschutz nicht nur formell, sondern auch materiell zu gewähren. Das heisst: Die Bundesrichter müssen ausreichend Zeit zum Akten- und Rechtsstudium zur Verfügung haben. Nur so lässt sich das Ziel einer qualitativ hochstehenden Rechtsprechung erreichen bzw. halten. Das Bundesgericht muss in der Lage sein, seine Aufgaben als höchstes Gericht wahrzunehmen. Allein mit dem Ausbau der richterlichen Vorinstanzen des Bundesgerichts und der Vereinfachung des Rechtsmittelsystems lässt sich jedoch das Geschäftsvolumen nicht in erträglichen Grenzen halten. Zusätzlich zu den erwähnten Massnahmen müssen deshalb neue Beschänkungen des Zugangs zum Bundesgericht eingeführt werden. Dem Gesetzgeber stehen hierfür ver-

---

<sup>20</sup> Vgl. WALTER HALLER in Kommentar BV, Art. 113, Rz. 5.

schiedene Techniken zur Verfügung, die im folgenden kurz beleuchtet werden:

### 553.1 Techniken

#### **Ausschluss der Beschwerde, aber Vorlagemöglichkeit**

Die radikalste Technik ist der gänzliche Ausschluss der Beschwerde an das Bundesgericht in bestimmten Materien. Das geltende Recht bedient sich dieser Methode bei der Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Art. 99-101 und 129 OG). Für einen solchen Ausnahmekatalog eignen sich Rechtsgebiete, in denen die Funktion des Bundesgerichts wegen der ausserordentlich hohen Zahl von Beschwerden (z.B. Asylwesen) oder der vielen Bagatellfälle (z.B. Ordnungsbussen im Strassenverkehr) auf die Wahrung überindividueller Interessen beschränkt werden muss.

Um auch in diesen, von der Beschwerde an das Bundesgericht ausgeschlossenen Materien die einheitliche Rechtsanwendung (und Rechtsfortbildung) zu gewährleisten, kann ein Vorlageverfahren vorgesehen werden.

Das Vorlageverfahren ermöglicht es unterinstanzlichen Gerichten, bestimmte Rechtsfragen, die sich in einem hängigen Prozess stellen, dem höchsten Gericht zur Entscheidung zu unterbreiten. Bekannte Beispiele für das Vorlageverfahren sind insbesondere das sogenannte Vorabentscheidungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof (Art. 177 EG-Vertrag) und die Verfahren gemäss Art. 100 des deutschen Grundgesetzes vor dem Bundesverfassungsgericht.

Das Vorlageverfahren stellt selbst keine Zugangsschranke dar. Es schränkt den Zugang zum Bundesgericht nicht ein, sondern öffnet diesen vielmehr. Es bildet ein mögliches Korrektiv zum gänzlichen Ausschluss der Beschwerde.

Dementsprechend wäre eine Vorlagepflicht für richterliche Instanzen, die endgültig entscheiden, vorzusehen, wenn sie:

- der Auffassung sind, ein Bundesgesetz oder ein allgemeinverbindlicher Bundesbeschluss, auf dessen Gültigkeit es bei ihrer Entscheidung ankommt, verletze verfassungsmässige Rechte oder internationales Recht;
- bei der Auslegung von Bundesrecht oder internationalem Recht von der Rechtsprechung des Bundesgerichts abweichen wollen;
- ernsthafte Zweifel haben, wie Bundesrecht oder internationales Recht auszulegen ist.

#### **Streitwertgrenzen**

Eine weitere Möglichkeit, den Zugang an das Bundesgericht zu beschränken, besteht in der Einführung von Streitwertgrenzen in dem Sinne, dass Streitigkeiten mit einem Streitwert unterhalb dieser Grenze in keinem Fall vor das Bundesgericht gelangen können. Diese Technik beruht auf dem Gedanken, dass sich das Gericht nicht mit geringfügigen Streitigkeiten soll befassen müssen (*de minimis non curat praetor*).



Im Zivilrecht besteht diese Art von Zugangsbeschränkung bereits für vermögensrechtliche Streitigkeiten unterhalb 8'000 Franken. Der Gesetzgeber kann sich eine Anhebung dieser Grenze überlegen. In den nicht vermögensrechtlichen Zivilrechtsstreitigkeiten muss der Zugang über andere Techniken beschränkt werden.

In der öffentlichen Rechtspflege ist die Streitwertgrenze unbekannt. Sie lässt sich hier nur in "zivilrechtsnahen" Bereichen einführen, in denen der Streitgegenstand in einer finanziellen Leistung besteht, also etwa für vermögensrechtliche Streitigkeiten aus Beamtenrecht und öffentlichrechtlichem Haftungsrecht. In den übrigen Bereichen sprechen praktische wie auch dogmatische Gründe gegen die Einführung einer Streitwertgrenze. Die praktischen Schwierigkeiten beginnen bei der Definition der vermögensrechtlichen Streitigkeiten, der Festlegung einer generellen Limite, die allen öffentlichrechtlichen Streitigkeiten gerecht würde, und reichen bis hin zur Feststellung des Streitwertes im konkreten Fall. Vor allem aber lassen sich öffentlichrechtliche Streitigkeiten von ihrem Wesen her nicht mit Zivilrechtsstreitigkeiten gleichsetzen. Es geht in der öffentlichen Rechtspflege nicht einfach um die Durchsetzung subjektiver Rechte, sondern immer auch um das öffentliche Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts, der Einhaltung des Legalitätsprinzips. Die im Streite stehenden Interessen können nicht oder nur auf künstliche Weise in Geldwerte umgerechnet werden (z.B. Geldwert der Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung?). Mit Ausnahme der genannten "zivilrechtsnahen" Streitigkeiten muss daher die Einführung einer Streitwertgrenze im öffentlichen Recht als nicht sachgerecht unterbleiben.

Das Strafrecht ist noch schlechter geeignet für Streitwertgrenzen. Die involvierten Interessen lassen sich in der Regel nicht in Geld ausdrücken. Jedenfalls aus der Sicht des Staates, der seinen Strafanspruch durchsetzen will, kann nicht gesagt werden, er prozessiere aus finanziellen Interessen. Eine Streitwertgrenze ist daher im Strafrecht abzulehnen. Strafsachen betreffend Ordnungsbussen im Strassenverkehr, für die allenfalls eine Streitwertgrenze in Betracht käme, sind mit Blick auf ihre Geringfügigkeit vorzugsweise vollständig von der Gerichtsbarkeit des Bundesgerichts auszunehmen.

#### **Annahmeverfahren**

Wird der Zugang zum obersten Gericht über ein Annahmeverfahren geregelt, so nimmt das Gericht nur Streitfälle zur Behandlung entgegen, die es nach freiem Ermessen oder nach bestimmten gesetzlichen Kriterien als erheblich einstuft. Von einem Zulassungsverfahren spricht man, wenn die Vorinstanzen über die Erheblichkeit eines Streitfalls und damit über die Zulässigkeit der Beschwerde an das oberste Gericht entscheiden. Ein Rechtsvergleich zeigt, dass im Ausland verschiedene Formen von Annahme- und Zulassungsverfahren ziemlich verbreitet sind (z.B. Deutschland, Österreich, Schweden, Vereinigte Staaten, Kanada).

Das Annahmeverfahren verdient gegenüber dem Zulassungsverfahren den Vorzug. Das Zulassungsverfahren hat zwar den Vorteil, dass der Zulassungsentscheid sehr wenig Aufwand erfordert, weil die Instanz, die ihn

trifft, die Akten bereits kennt. Der Nachteil dieses Verfahrens liegt aber darin, dass das oberste Gericht an die von der Vorinstanz ausgesprochene Zulassung gebunden ist, selbst wenn es einen Fall nicht als erheblich betrachtet.

Als Annahmegründe stehen folgende Tatbestände im Vordergrund:

- Der angefochtene Entscheid steht im Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesgerichts.
- Es stellt sich eine Rechtsfrage, die das Bundesgericht noch nicht beurteilt hat oder die erneuter Prüfung bedarf.
- Es bestehen Anhaltspunkte für eine Verletzung eines verfassungsmässigen Rechts, welche auf den Ausgang des Verfahrens einen Einfluss hat.

Denkbar ist auch, die Annahme für Fälle vorzusehen, in welchen für die Parteien ein erheblicher Nachteil droht.

### Vorprüfungsverfahren

Nicht um eine eigentliche Zugangsbeschränkung, sondern um ein besonderes Entscheidverfahren handelt es sich beim "Vorprüfungsverfahren". Darunter ist ein Verfahren zu verstehen, welches dazu dient, Beschwerden, die aus formellen oder materiellen Gründen offensichtlich aussichtslos sind, auszuschneiden und direkt vom Protokoll abzuschreiben. Als Vorbild können dabei die Art. 28 und 35 Abs. 3 EMRK in der Fassung des Protokolls Nr. 11 (BBl 1995 I 1209) herangezogen werden.

Eine solche Vorprüfung könnte beispielsweise wie folgt ausgestaltet werden: Jede beim Bundesgericht eingehende Beschwerde wird von zwei Bundesrichtern ohne weitere Instruktion und Durchführung eines Schriftenwechsels daraufhin geprüft, ob sie offensichtlich aussichtslos ist. Bejahen beide Richter unabhängig voneinander diese Frage, so wird die Beschwerde ohne weitere Begründung "wegen Aussichtslosigkeit" abgeschrieben. Ist dies nicht der Fall, wird über die Beschwerde im ordentlichen Verfahren entschieden. Zum heutigen vereinfachten Verfahren nach Art. 36a OG bestehen wesentliche Unterschiede: Beschwerden, die in der Vorprüfung scheitern, werden ohne Begründung erledigt. Das vereinfachte Verfahren erfordert demgegenüber eine summarische Begründung, die doch meist recht ausführlich ausfällt. Im Vorprüfungsverfahren müssen auch gerichtsintern keine Begründungen verfasst werden, weil beide Richter unabhängig voneinander und nicht etwa gestützt auf einen schriftlich motivierten Antrag eines Referenten entscheiden. Das vereinfachte Verfahren wird gewählt, wenn die Prüfung der Sache vor oder nach dem Schriftenwechsel ergibt, dass die Kriterien von Art. 36a Abs. 1 oder 2 OG erfüllt sind. Demgegenüber findet das Vorprüfungsverfahren automatisch in jedem Fall statt; dabei stützt sich die Vorprüfung einzig auf die Beschwerdeschrift und die Beilagen, insbesondere den angefochtenen Entscheid.

Das Kriterium der offensichtlichen Aussichtslosigkeit ist ziemlich streng, so dass wohl nur ein relativ geringer Teil der Beschwerden im Vorprüfungsverfahren definitiv erledigt werden könnte. Es wäre aber auch denkbar, ein Kriterium mit einer stärkeren Filterwirkung zu wählen, indem beispielsweise



darauf abgestellt würde, ob keinerlei Anhaltspunkte für eine Rechtsverletzung bestehen, welche auf den Ausgang des Verfahrens einen Einfluss haben.

### 553.2 Verfassungsgrundlage

Welchen Zugangsbeschränkungen bzw. besonderen Entscheidungsverfahren oder allenfalls einem Kombinationsmodell der Vorzug zu geben ist, muss der Gesetzgeber entscheiden. Auf Verfassungsstufe ist wichtig, in diesem Punkt einen offenen Text zu haben, welcher dem Gesetzgeber ermöglicht, auf veränderte Verhältnisse flexibel zu reagieren. Auch kann sich zeigen, dass eine sachgerechte Lösung, die zu einer bestimmten Zeit z.B. wegen politischer Inopportunität verworfen werden musste, später aufgrund veränderter Einschätzung Akzeptanz findet. Ein offener Verfassungstext will dem Gesetzgeber den nötigen Spielraum einräumen.

Eine Verfassungsgrundlage für Zugangsbeschränkungen an das Bundesgericht ist erforderlich, obwohl keine Rechtsweggarantie an das Bundesgericht statuiert wird. Die Verfassung muss Klarheit darüber schaffen, dass die Zuständigkeiten des Bundesgerichts nicht im Sinne einer Verpflichtung, in jedem Fall tätig zu werden, zu verstehen sind. Im Interesse der legitimen Rechtsschutzbedürfnisse Privater muss die Verfassung allerdings dem Gesetzgeber gewisse Schranken setzen. Der Verfassungstext hat klarzustellen, dass Zugangsbeschränkungen nicht obligatorisch sind, sondern eingeführt werden können, wenn dies für die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des obersten Gerichtes notwendig wird; darüber hinaus muss bereits die Verfassung klarstellen, dass in allen wichtigen Fällen der Zugang gewährleistet ist. Wichtig sind alle Fälle, in welchen Rechtsfragen von grundlegender Bedeutung zur Diskussion stehen oder gewichtige Interessen der beteiligten Parteien auf dem Spiel stehen.

## 554 Unabhängigkeit und Stellung des Bundesgerichts und seiner Mitglieder

Ging es im vorangehenden Abschnitt um die Funktionstüchtigkeit des Bundesgerichts als oberstes Gericht, richtet sich das Augenmerk im folgenden auf die organisationsrechtliche Seite des Bundesgerichts als oberstes Gericht.

### 554.1 Stellung des Bundesgerichts

#### Übersicht

Zum Justizverfassungsrecht im materiellen Sinn zählen die Regeln über Zuständigkeiten und Stellung der obersten Gerichte. Es ist also richtig, in der Verfassungsurkunde die Position des Bundesgerichts zu beschreiben. Die Stellung des Bundesgerichts wird einerseits vom Prinzip der Gewaltentrennung und andererseits vom Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit geprägt. Kennzeichnend für das schweizerische Bundesgericht ist sodann, dass es oberstes Gericht des Bundes ist und sich als solches mit Rechtsfragen des Zivil-, Straf- und öffentlichen Rechts befasst.

### Grundsatz der Gewaltentrennung

Der Grundsatz der Gewaltentrennung liegt der geltenden Verfassung als ungeschriebenes Organisationsprinzip zugrunde. Aus Gründen der Stellung des Bundesgerichts ist seine explizite Verankerung in der Verfassung nicht notwendig.

### Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit

Die revidierte Verfassung sollte das Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit explizit gewährleisten. Denn es ist die spezifische Unabhängigkeit der Gerichte, welche ihr Wesen und ihre Stellung entscheidend prägt. Sie bildet notwendiges Charakteristikum der Gerichte. Nur eine unabhängige Justiz vermag qualifizierten Rechtsschutz zu gewähren, wie er einem Rechtsstaat eigen sein muss. Insofern stellt die Unabhängigkeit der richterlichen Gewalt ein Rechtsstaatsprinzip dar. Diese grundlegende Bedeutung rechtfertigt die Aufnahme des Prinzips in die Verfassungsurkunde<sup>21</sup>. Dafür spricht auch, dass die richterliche Unabhängigkeit die Grenzen anderer Institute, namentlich der parlamentarischen Oberaufsicht, bestimmt, welche ihrerseits in der Verfassung verankert sind.

Das positiviertete Unabhängigkeitsprinzip weist mehrere Dimensionen auf. Es ist zunächst organisationsrechtliche Festlegung und prägt die Stellung der Gerichte. Dieser Aspekt spricht dafür, das Unabhängigkeitsprinzip im Kapitel über die Bundesgerichtsbarkeit festzuschreiben. Das wird als Neuerung vorgeschlagen. Was die grundrechtliche Dimension der Unabhängigkeit der Gerichte anbelangt, könnte das Prinzip auch bei den Justizgrundsätzen im Grundrechtskatalog verankert werden<sup>22</sup>.

### Bundesgericht als oberste rechtsprechende Behörde

Die Rechtspflegebefugnisse der Bundesversammlung sind auf eine Restkompetenz zusammengeschmolzen und diejenigen des Bundesrates sollen weiter abgebaut werden. Damit erweist sich das Bundesgericht als diejenige Behörde, welche dazu berufen ist, auf höchster Ebene Recht zu sprechen. Diese Stellung des Bundesgerichts soll durch einen entsprechenden Verfassungsartikel verdeutlicht werden. Dabei schliesst die Tatsache, dass höchstinstanzliche Rechtspflege primär dem Bundesgericht zusteht, nicht aus, dass in berechtigten Ausnahmefällen auch andere Behörden, namentlich der Bundesrat, diese Funktion wahrnehmen.

---

21 Die richterliche Unabhängigkeit wird ebenfalls ausdrücklich garantiert in den Verfassungen von Deutschland (Art. 97), Österreich (Art. 87 und 88), Frankreich (Art. 64), Belgien (Art. 100), Italien (Art. 101 und 104 Abs. 1), Spanien (Art. 117), Griechenland (Art. 87), Irland (Art. 35 Abs. 2), Dänemark (§ 64) und Portugal (Art. 206 und 218).

22 Vgl. Art. 24 Abs. 1 des Nachführungsentwurfs. Diesen Standort wählen der VE-77 (Art. 20 Abs. 2) und die Modell-Studie (Art. 21 Abs. 2). Der Entwurf Kölz/Müller garantiert das Prinzip sowohl im Grundrechtsteil als auch im Kapitel über die Bundesgerichtsbarkeit (Art. 14 Abs. 2, 97 Satz 2).

Nebst seiner Stammfunktion, der Rechtsprechung, besitzt das Bundesgericht gewisse Rechtsetzungs-<sup>23</sup> und Verwaltungsbefugnisse<sup>24</sup>. Wie bisher ist darauf zu verzichten, die Rechtsetzungsbefugnisse des Bundesgerichts in die Verfassung aufzunehmen. Zum einen erreicht ihre Bedeutung kaum Verfassungsrang. Zum anderen soll der Gesetzgeber frei sein, das Bundesgericht von Rechtsetzungsaufgaben zu entlasten, die ihm nicht unbedingt zustehen müssen. Unbegründet ist namentlich die Rechtsetzungskompetenz des Bundesgerichts im Schuldbetreibungs- und Konkurswesen, nicht aber die Befugnis, Reglemente über die interne Gerichtsorganisation und die Tarife zu erlassen. Denn diese steht in Konnex mit der Rechtsprechungsaufgabe bzw. fließt aus der Kompetenz des Bundesgerichts, seine Kanzlei selbst zu bestellen. Letztere Befugnis ist wie bisher (Art. 109 BV) in die Verfassung aufzunehmen. Die entsprechende Verfassungsnorm schafft Klarheit und vermeidet so Kompetenzkonflikte mit der Exekutive. Gleichzeitig ist aufgezeigt, dass dem Bundesgericht weitergehende Selbstverwaltungskompetenzen, etwa hinsichtlich des Budgets, nicht zustehen. Daran soll in Zukunft nichts geändert werden. Es bestehen keine Gründe, die Verwaltungskompetenzen des Bundesgerichts auszuweiten.

#### Organisation und Sitz

Die Organisation des Bundesgerichts stellt nicht eine grundlegende, staatsgestaltende Regelungsmaterie dar, die dem Verfassungsgeber vorbehalten sein muss. Sie kann daher Aufgabe des Gesetzgebers bleiben. Die Frage, ob der Gesetzgeber - wie in der geltenden Verfassung (Art. 107 Abs. 2) - ausdrücklich mit dieser Aufgabe zu beauftragen ist, muss in Übereinstimmung mit der in den anderen Bereichen getroffenen Lösung beantwortet werden (Querschnittsproblem). Hier ist festzuhalten, dass es aus Gründen der Flexibilität nicht angezeigt ist, in der Verfassung Vorgaben bezüglich der Organisation des Bundesgerichts<sup>25</sup> aufzustellen.

Hinsichtlich des Sitzes des Bundesgerichts drängt sich keine Neuerung auf. Wie nach geltender Rechtslage (Art. 115 BV) braucht er nicht schon auf Verfassungsstufe bestimmt zu werden.

### 554.2 Wahl und Stellung der Mitglieder des Bundesgerichts

#### Allgemeines

Im Bereich der Wahl und Stellung der Bundesrichter besteht kein materieller Reformbedarf. Der Bereich ist vor allem Thema der Nachführung. Änderungen ergeben sich hinsichtlich der systematischen Einordnung der Normie-

<sup>23</sup> Solche bestehen nur in wenigen Bereichen: Schuldbetreibungs- und Konkurswesen (Art. 15 SchKG), Verfahren der eidgenössischen Schätzungskommissionen (Art. 63 EntG), gerichtsinterne Organisation, Tarife (Art. 3a Abs. 2, 8, 14 Abs. 1 und 160 OG).

<sup>24</sup> Befugnis zur Bestellung der eigenen Kanzlei (Art. 109 BV).

<sup>25</sup> Z.B. betreffend die Anzahl Richter oder die Unterteilung in spezialisierte Abteilungen oder die Vorgabe, wonach Organisation und Verfahren einfach und effizient auszugestalten seien.



rungen im Verfassungstext; ferner fallen einzelne bisher in der BV geregelte Aspekte weg, da sie nicht zum materiellen Verfassungsrecht gehören.

Eine allgemeine Bemerkung betrifft die Terminologie. Die geltende Verfassung unterscheidet in Mitglieder des Bundesgerichts und Ersatzmänner (Art. 107). Diese Terminologie entspricht der heutigen Wirklichkeit und Gesetzessprache nicht mehr (vgl. Art. 1 Abs. 1 OG in der Fassung vom 4.10.1991). Die am Bundesgericht tätigen nebenamtlichen Richter erfüllen de facto ein ordentliches, wenn auch reduziertes Pensum. Sie werden nicht nur ausnahmsweise beigezogen, wie dies auf Ersatzrichter zutrifft. Es wird daher vorgeschlagen, in der Verfassung neu den neutralen Ausdruck "Richterinnen und Richter des Bundesgerichts" zu verwenden. Er erfasst alle Kategorien von Bundesrichtern. Damit wird weder vorgeschrieben noch ausgeschlossen, dass Ersatzrichter am Bundesgericht tätig sind. Ersatzrichter hätten aber gegebenenfalls den in der Verfassung für die Richter des Bundesgerichts aufgestellten Vorschriften zu entsprechen.

### Wahl

Auf Verfassungsstufe gehören Wahlorgan und Wählbarkeitsvoraussetzungen. Ihre Bedeutung ist grundlegend. Das Wahlprozedere sowie allfällige institutionelle Neuerungen bei der Nomination von Kandidaten kann demgegenüber der Gesetzgeber regeln. Kein Verfassungsrang besitzt der geltende Art. 107 Abs. 1 Satz 2 BV, wonach bei der Wahl darauf Bedacht zu nehmen ist, dass alle drei Amtssprachen des Bundes vertreten sind. Will man solche Auswahlkriterien vorschreiben, kann dies von der Bedeutung her auf Gesetzesstufe erfolgen, zumal es sich nur um Ordnungsvorschriften handeln würde.<sup>26</sup>

Die Bundesversammlung ist als Wahlorgan beizubehalten. Dabei genügt es, die entsprechende Wahlbefugnis im Kompetenzkatalog der Bundesversammlung niederzuschreiben. Eine besondere Bestimmung im Kapitel über die Bundesgerichtsbarkeit, wie sie jetzt mit Art. 107 Abs. 1 Satz 1 BV besteht, erübrigt sich. Sodann soll angesichts der Tatsache, dass in der Praxis nie Probleme entstanden sind, das Prinzip der allgemeinen Zugänglichkeit öffentlicher Ämter weiterhin auch für das Bundesrichteramt gelten. Einzige Wählbarkeitsvoraussetzung bildet somit die Stimmberechtigung. Als richtiger Standort für ihre Verankerung bieten sich die allgemeinen Bestimmungen über die Bundesbehörden an.

### Amtsduer

Das Erfordernis der Wiederwahl prägt die Stellung der Bundesrichter sehr wesentlich und tangiert die richterliche Unabhängigkeit. Eine diesbezügliche Verfassungsnorm ist daher gerechtfertigt. Anders als bisher (Art. 107 Abs. 2 BV) sollte die Bestimmung der Amtsdauer nicht dem Gesetzgeber überlassen werden. Denn die Bejahung eines Wiederwählerfordernisses hängt eng zusammen mit der Dauer der Amtsperiode. So würde sich bei-

---

<sup>26</sup> Die vorgeschlagene Verfassungsdichte entspricht dem VE-77, der Modellstudie und dem Entwurf Kölz/Müller.



spielsweise eine zwei oder gar einjährige Amtsdauer für Richter mit dem Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit nicht vertragen und müsste abgelehnt werden. Die revidierte Verfassung sollte daher bei den allgemeinen Bestimmungen für die Bundesbehörden auch die Amtsdauer für die Richter des Bundesgerichts festlegen.

Dabei spricht die richterliche Unabhängigkeit für Beibehalten der sechsjährigen Amtsdauer<sup>27</sup>. Der Richter soll eine längere "ungestörte" Zeitspanne zur Verfügung haben. Zum andern entlastet eine längere Amtsdauer das Wahlorgan. Eine mindestens 6 Jahre dauernde Amtsperiode rechtfertigt sich für Bundesrichter vor allem auch deshalb, weil sie neu die Befugnis zur akzessorischen Ueberprüfung von Erlassen der Bundesversammlung bzw. des Gesetzgebers erhalten, womit das Unabhängigkeitsbedürfnis zunimmt.

#### **Unvereinbarkeiten und Verwandtenausschluss**

Auf Verfassungsstufe zu regeln sind jedenfalls diejenigen Inkompatibilitäten, welche das Gewaltentrennungsprinzip verwirklichen. Anders motivierte Unvereinbarkeitsbestimmungen zählen demgegenüber nicht notwendigerweise zur Verfassung im materiellen Sinn<sup>28</sup>. Ihre Regelung auf Verfassungsstufe dient aber der Klarheit<sup>29</sup>.

Der Verwandtenausschluss zählt zu den Unvereinbarkeiten im weiteren Sinn. Auch er kann Thema der Gesetzgebung bleiben. Eine Verfassungsnorm wäre nur erforderlich, wenn untersagt werden soll, dass Personen, die miteinander verheiratet oder in bestimmtem Grad verwandt oder verschwägert sind, gleichzeitig der Bundesversammlung, dem Bundesrat bzw. dem Bundesgericht angehören. Eine solche Vorschrift ist aber als zu weitgehend abzulehnen.

#### **Persönliche Garantien, Verantwortlichkeit, Besoldung**

Die Regelung all dieser Aspekte der Stellung der Bundesrichter kann dem Gesetzgeber überlassen bleiben. Sie sind nicht von derart fundamentaler Bedeutung, dass sie in die Verfassung gehören. Zudem sind diese Regelungen schwerlich in der für Verfassungsnormen gebotenen Einfachheit abzufassen. Eines ausdrücklichen Auftrages an den Gesetzgeber, die Besoldung der Bundesrichter zu regeln, wie er in der geltenden Verfassung enthalten ist (Art. 107 Abs. 2), bedarf es nicht. Die Entgeltlichkeit der Tätigkeit als Bundesrichter erscheint selbstverständlich.

---

27 So Art. 123 des Nachführungsentwurfs. Der VE-77 (Art. 72), die Modell-Studie (Art. 90) und der Entwurf Kölz/Müller (Art. 67) halten ebenfalls an der sechsjährigen Amtsdauer fest.

28 WERNER BEELER, Personelle Gewaltentrennung und Unvereinbarkeit in Bund und Kantonen, Diss. Zürich 1983, 62 f., insb. Fn. 6.

29 Vgl. Art. 122 des Nachführungsentwurfs.

## 56 Reformbereich III: Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit

## 561 Gründe

Der Ausschluss der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen in Art. 113 Abs. 3 (und 114bis Abs. 3) BV ist historisch vor dem Hintergrund einer Situation zu verstehen, in welcher die Bundeskompetenzen äusserst beschränkt waren und der Freiheit der Bürger v.a. von Seiten der mächtigen Kantone Gefahr drohte. Dogmatisch beruht Art. 113 Abs. 3 BV auf einem Gewaltenteilungsmodell, das einerseits vom Primat des demokratischen Gesetzgebers ausgeht und andererseits klar zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung i.S. des blossen Nachvollzugs des gesetzgeberischen Willens unterscheidet. Seit 1874 haben sich die Verhältnisse derart stark geändert, dass diesen Motiven gegen die Verfassungsgerichtsbarkeit nur noch beschränkte Bedeutung zukommt. Heute sprechen für die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen und Bundesbeschlüssen v.a. folgende Gründe<sup>30</sup>:

- Zentrale Aufgabe des Bundesgerichtes ist die Sicherung "der Essentialien von Bundesstaat, Demokratie und Rechtsstaat"<sup>31</sup>: Das Bundesgericht hat auf dem Weg der Konkretisierung der Verfassung jene Grundsätze zu bestimmen und durchzusetzen, die sowohl für den betroffenen Privaten als auch für die demokratischen Prozesse und die föderalistischen Strukturen der Schweiz besonders bedeutungsvoll sind. Gegenüber dem Gesetzgeber, der sich meist auf die politische Aktualität und die Wirksamkeit seiner Massnahmen konzentriert, hat der Verfassungsrichter die auf Langfristigkeit angelegten Grundwerte der Verfassung, wie sie in den Grundrechten enthalten sind, wahrzunehmen; damit vermag er - im Sinne von checks and balances - als Korrekturinstanz zu wirken, welche die Entwicklung der Rechtsordnung im Sinne der Grundrechte sicherstellt. Diese Aufgabe ist nicht nur gegenüber den Kantonen, sondern auch auf der Bundesebene wirksam wahrzunehmen. Dieses Modell sich gegenseitig ergänzender und beschränkender Gewalten entspricht der schweizerischen Verfassungswirklichkeit besser als die überholte Vorstellung einer starren Trennung von Gesetzgeber, der Recht schafft, und Richter, der bloss den gesetzgeberischen Willen

<sup>30</sup> Siehe dazu Bericht der Arbeitsgruppe Wahlen (Fn. 2), 416 ff.; Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, (Fn. 4), 178 ff. und aus der Literatur etwa RENÉ A. RHINOW, Überprüfung der Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen durch das Bundesgericht - Ja oder Nein?, in: Verfassungsgerichtsbarkeit, Schriftenreihe SAV, Bd. 3, Zürich 1988, 37 ff.; FRIDOLIN SCHIESSER, Die akzessorische Prüfung, Diss. Zürich 1984, 240 ff.; WALTER HALLER, Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit?, in: ZSR 1978 I, 501 ff.; OTTO K. KAUFMANN, Verfassungsgerichtsbarkeit 1875-1974-19..?, in: ZSR 1974 I, 339 ff., 352 ff. Vgl. auch PETER ALEXANDER MÜLLER, die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen, EuGRZ 1988, 218 ff.; ANDREAS AUER, Grundlagen und aktuelle Probleme der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Bd. 40, Tübingen 1991/1992, 11 ff., 123 ff.

<sup>31</sup> JÖRG P. MÜLLER, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in: VVDStRL 39/1981, 53 ff.; siehe auch WALTER KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, Bern 1987.



nachvollzieht. In diesem Zusammenhang erscheint es bedeutungsvoll, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit sich in den Verfassungsstaaten westlicher Prägung heute voll durchgesetzt hat; nicht nur in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, sondern auch in den neuen Demokratien Osteuropas<sup>32</sup> gehört sie zum unverzichtbaren Gehalt einer demokratisch-rechtsstaatlichen Ordnung.

- Die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesebene rechtfertigt sich angesichts der gewachsenen Bedeutung der Bundesgesetzgebung, die potentiell in die meisten Freiheitsbereiche eindringen kann. Mit der gewaltigen Verlagerung der Kompetenzen auf den Bund hat Art. 113 Abs. 3 BV eine ganz andere Tragweite erhalten. Zwar sind auf Bundesebene Gesetzesbestimmungen, die als solche klar verfassungsmässige Rechte verletzen, relativ selten<sup>33</sup>, es existieren aber Fälle, in welchen sich eine Bestimmung in einem speziellen Anwendungsfall als verfassungswidrig erweist<sup>34</sup>. Denkbar ist auch, dass eine ursprünglich verfassungskonforme Norm im Laufe der Zeit verfassungswidrig wird, weil sich die Grundrechte weiter entwickeln, die Auffassungen über die Zulässigkeit bestimmter Freiheitsbeschränkungen sich wandeln oder die faktischen Rahmenbedingungen tiefgreifenden Änderungen unterliegen. Die Bundesversammlung ist nicht in der Lage, alle diese Fälle im voraus zu erkennen. Nachträgliche richterliche Überprüfung bedeutet deshalb nicht zwingend, dass das Bundesgericht sich mit seinem Entscheid, in einem Anwendungsfall eine Bestimmung eines Bundesgesetzes wegen Verfassungswidrigkeit nicht anzuwenden, über den Willen des Gesetzgebers hinwegsetzt. Vielmehr stellt die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit sicher, dass Bundesversammlung und Bundesgericht die beiden zukommende Aufgabe, als Hüter der Verfassung zu wirken, in je getrennten Verfahren und mit je spezifischer Eignung wahrnehmen<sup>35</sup>.
- Somit ist nicht zu befürchten, dass das Bundesgericht sich eine Rolle anmasst, die ihm nicht zusteht. Im Gegenteil: Die Erfahrungen mit der Überprüfung kantonaler Gesetze durch das Bundesgericht, wie sie im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde seit jeher besteht, belegen, dass Verfassungsgerichtsbarkeit die Freiheit der Privaten wesentlich fördern kann, ohne dass die Demokratie durch übermächtige Richter gefährdet wird. Zu beachten ist auch, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesebene v.a. präventiv wirken würde, indem der Bundesgesetzgeber gezwungen wäre, die Frage der Verfassungskonformität von Bundesgesetzen noch ernsthafter zu prüfen, als dies bereits der Fall ist. Sollte tatsächlich einmal ein bundesgerichtlicher Entscheid einer Mehrheit nicht akzeptabel erscheinen, besteht zudem in der Schweiz

<sup>32</sup> Vgl. dazu GEORG BRUNNER, Die neue Verfassungsgerichtsbarkeit in Osteuropa, ZaöRV 1993, 819 ff.

<sup>33</sup> Vgl. immerhin die Regelung von Art. 21b AsylG (Kinderzulagen), die vom Parlament in Kenntnis ihrer Verfassungswidrigkeit (siehe BGE 114 Ia 1 ff.) angenommen wurde.

<sup>34</sup> Ein eindrückliches Beispiel beschreibt OTTO K. KAUFMANN, Etoilauto contra Confédération, in: Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, 139 ff.

<sup>35</sup> So RHINOW (Fn. 30), 43.

immer die Möglichkeit, auf dem Weg der Verfassungsrevision die Rechtslage zu korrigieren.

- Sodann lässt sich nicht verkennen, dass die bundesgerichtliche Praxis bereits heute einzelne Elemente einer Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesebene aufweist. Das Bundesgericht anerkennt etwa, dass Art. 113 Abs. 3 BV das Bundesgericht zwar zwingt, auch verfassungswidrige Bundesgesetze anzuwenden, aber kein Verbot darstellt, die Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen im Anwendungsfall vorfrageweise zu überprüfen und gegebenenfalls den Gesetzgeber einzuladen, die betreffende Bestimmung zu ändern. Art. 113 Abs. 3 bzw. 114bis Abs. 3 BV statuieren nur ein Anwendungsgebot, kein Prüfungsverbot<sup>36</sup>. Der Schritt zur eigentlichen Verfassungsgerichtsbarkeit ist gar nicht mehr so gross, wenn man die bereits erfolgten prätorischen Annäherungen (verfassungskonforme Interpretation, Anerkennung von Gesetzeslücken, Überprüfung von kantonalen Erlassen, die analoge Normen eines Bundesgesetzes enthalten) in Betracht zieht<sup>37</sup>.
- Vor allem aber ist die fehlende nationale Verfassungsjustiz gegenüber Bundesgesetzen mit dem Inkrafttreten der EMRK fragwürdig geworden. Gemäss Art. 113 Abs. 3 bzw. 114bis Abs. 3 BV ist das Bundesgericht an Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse gebunden. Die gleiche Bindung gilt demgegenüber für die Strassburger Organe nicht. Sie können Bundesgesetze auf ihre Vereinbarkeit mit der EMRK prüfen. So wurde zum Beispiel in einem konkreten Fall vor Bundesgericht geltend gemacht, das in Art. 150 ZGB vorgesehene Wiederverheiratsverbot (Wartefrist nach Ehescheidung) verstosse gegen die Ehefreiheit des Art. 12 EMRK. Das Bundesgericht beurteilte die Rüge wegen Art. 113 Abs. 3 BV nicht, worauf der Beschwerdeführer nach Strassburg gelangte. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat daraufhin die Frage geprüft und die Beschwerde gutgeheissen<sup>38</sup>. Die Kognition der Strassburger Organe ist demnach in diesem wichtigen Punkt grösser als diejenige des Bundesgerichts, wodurch dieses insoweit zur blossen Durchlaufinstanz degradiert wird. Das Bundesgericht hat dieses Problem erkannt und ist nun seit einigen Jahren bereit, Bundesgesetze auf ihre EMRK-Konformität hin zu überprüfen<sup>39</sup>. Dies wiederum hat dazu geführt, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit im Grundrechtsbereich faktisch bereits zu einem grossen Teil eingeführt ist, weil sich die EMRK-Garantien - abgesehen von Bereichen wie v.a. der Eigentumsgarantie und der HGF - mit den Grundrechten der BV stark überschneiden. Wo es dem Beschwerdeführer wegen Art. 113 Abs. 3 BV versagt bleibt, die Verfassungswidrigkeit eines Bundesgesetzes geltend zu machen, hat er nun oft die Möglichkeit, sich statt dessen auf die EMRK zu berufen. Es

<sup>36</sup> So ausdrücklich BGE 117 Ib 373 E. f; vgl. auch BGE 118 Ia 353 E. 5.

<sup>37</sup> Hierauf macht RHINOW (Fn. 30), 41 aufmerksam. Zu diesen Annäherungen ausführlich KÄLIN (Fn. 15), 13 ff.

<sup>38</sup> Fall F. contra Schweiz, Urteil vom 18.12.1987, in: VPB 1987 Nr. 86; weiteres Beispiel: Fall Burghartz contra Schweiz, Urteil vom 22.2.1994, in: VPB 1994 Nr. 121 (Ungleichbehandlung der Ehegatten bei der Wahl ihres Namens [Art. 160 ZGB] verstösst gegen Art. 8 in Verbindung mit Art. 14 EMRK).

<sup>39</sup> So erstmals in BGE 117 Ib 371. ff.



lässt sich nicht verkennen, dass die Bundesverfassung durch diese Rechtsprechung eine Abwertung erfährt, da nicht sie, sondern das Völkerrecht Prüfungsmassstab der Normenkontrolle wird. Hier gilt es, mit der Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit die normative Kraft der Verfassung gegenüber dem Völkerrecht zurückzugewinnen.

- Die EMRK liefert noch einen weiteren Grund für den Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit: Nach Art. 13 EMRK besitzt der Einzelne das Recht auf einen nationalen Rechtsbehelf gegen Konventionsverletzungen. Die Frage, ob das nationale Recht auch eine Beschwerde gegen Gesetze vorsehen muss, ist in der Literatur umstritten. Die Strassburger Organe sehen nach dem gegenwärtigen Stand ihrer Praxis von einer solchen Forderung ab. Eine abstrakte Normenkontrolle ist nicht verlangt<sup>40</sup>. Ob die Praxis der Strassburger Organe auf Dauer so bleiben wird, ist allerdings offen. Heute können Individualbeschwerden gemäss Art. 25 EMRK auch unmittelbar gegen Gesetze eingereicht werden, wenn der Beschwerdeführer durch die beanstandete Regelung bereits unmittelbar betroffen wird oder unmittelbar dem Risiko ausgesetzt ist, betroffen zu werden. Einzelne Autoren treten längerfristig für einen entsprechenden Ausbau der nationalen Verfassungsgerichtsbarkeit ein<sup>41</sup>. Mit Blick auf derart weitgehende Forderungen erscheint die Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen wenigstens im Sinne der konkreten Normenkontrolle als längst fälliger Schritt.
- Der Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit ist schliesslich auch aus foederalistischen Gründen geboten. Die Massgeblichkeit der Bundesgesetze und allgemein verbindlichen Bundesbeschlüsse gibt Bund und Kantone ungleich lange Spiesse in die Hand. Heute kann der Bund die Kantone vor das Bundesgericht zitieren, wenn ihre Gesetzgebung Bundesrecht verletzt. Umgekehrt ist es den Kantonen aber verwehrt, sich beim Bundesgericht gegen die Missachtung der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung durch den Bund zu beschweren. Zudem müssten die Kantone am Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit auch deshalb interessiert sein, weil die Verletzung von Bundesverfassungsrecht immer auch eine Missachtung des Ständemehrs bedeutet<sup>42</sup>.

Aus diesen Gründen ist die Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit eindeutig zu bejahen. Für die konkrete Ausgestaltung kommen verschiedene Modelle in Betracht:

## 562 Modelle

Wie rechtsvergleichende Untersuchungen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa zeigen, besteht eine Vielzahl von Modellen der Verfassungsgerichts-

---

<sup>40</sup> ARTHUR HAEFLIGER, *Die EMRK und die Schweiz*, Bern 1993, 273; Yvo HANGARTNER, *Das Recht auf eine wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK und seine Durchsetzung in der Schweiz*, in: AJP 1994, 3 ff., 6 m.H.; MARK E. VILLIGER, *Handbuch der EMRK*, Zürich 1993, 371.

<sup>41</sup> HANGARTNER (Fn. 40), 7.

<sup>42</sup> So RHINOW (Fn. 30), 43.

barkeit. Diese lassen sich allerdings zum grössten Teil auf die unterschiedliche Kombination einiger Grundelemente zurückführen. Diese Elemente können als fünf Gegensatzpaare beschrieben werden<sup>43</sup>:

- Präventive / repressive Normenkontrolle: Präventiv ist die Kontrolle der Verfassungsmässigkeit von Normen, wenn diese Frage vor dem Inkrafttreten geprüft wird (z.B. in Frankreich), wobei von "Kontrolle" nur gesprochen werden kann, wenn die Entscheidung nicht bloss eine Begutachtung zuhanden des Gesetzgebers darstellt, sondern verbindlich ist und das Inkrafttreten der Norm verhindert. Von repressiver Kontrolle lässt sich überall da sprechen, wo die Verfassungsgerichtsbarkeit ein bereits in Kraft stehendes Gesetz betrifft.
- Diffuse / konzentrierte Verfassungsgerichtsbarkeit: In konzentrierten Systemen (z.B. Österreich, Deutschland, Italien und Frankreich) kann bloss ein Gericht die Verfassungsgerichtsbarkeit ausüben, in dezentralen Ordnungen sind grundsätzlich alle Richter berechtigt, oder gar verpflichtet, die Vereinbarkeit von Normen mit der Verfassung zu prüfen (z.B. USA, Schweiz für kantonale Erlasse und Verordnungen des Bundesrates).
- Abstrakte / konkrete Normenkontrolle: Abstrakt ist die Normenkontrolle, wenn das Gesetz als solches Anfechtungsgegenstand der Beschwerde ist und seine Verfassungsmässigkeit unabhängig von jedem Anwendungsfall überprüft wird. Konkret ist sie demgegenüber, wo Anfechtungsobjekt eine Verfügung oder ein Urteil ist, und vorfrageweise untersucht wird, ob sich das Gesetz im Anwendungsfall als verfassungswidrig erweist. Mit Ausnahme von Frankreich kennen alle Staaten mit Verfassungsgerichtsbarkeit die konkrete Normenkontrolle; die abstrakte Kontrolle ist demgegenüber fast nur in Staaten mit konzentriertem System zu finden (Österreich, Italien, Deutschland).
- Verfassungsgerichtsbarkeit durch das oberste Gericht / durch ein spezielles Verfassungsgericht: Verfassungsgerichtsbarkeit kann durch das oberste Gericht im normalen Instanzenzug ausgeübt werden oder aber einem speziellen Verfassungsgericht vorbehalten bleiben, das über allen anderen Gerichten steht. Spezielle Verfassungsgerichte sind v.a. in konzentrierten Systemen zu finden, während in Ländern, wo das oberste ordentliche Gericht auch die Verfassungsgerichtsbarkeit ausübt, sowohl diffuse als auch konzentrierte Systeme möglich sind.
- Verfassungsgerichtsbarkeit auf Beschwerde / auf Vorlage unterer Instanzen hin: Normalerweise werden Gerichte auch im Bereich der Verfassungsgerichtsbarkeit auf Beschwerde oder Klage hin tätig, wobei die Befugnis dazu nicht nur Privaten, sondern auch staatlichen Organen (Parlament, Regierung, Gliedstaaten in Bundesstaaten) zustehen kann (z.B. Deutschland). Konzentrierte Systeme anerkennen darüber hinaus z.T. das Recht unterer Instanzen, das mit der Verfassungsgerichtsbarkeit betraute Gericht anzurufen und ihm die Frage der Verfassungsmässigkeit einer Norm vorzulegen.

---

<sup>43</sup> Siehe dazu beispielsweise ANDREAS AUER, Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, Basel und Frankfurt a.M. 1984, 13 ff.; AUBERT (Fn. 1), 22 ff.



## 563 Vorschlag

Vorgeschlagen wird, in bezug auf kantonale Erlasse und Konkordate vollumfänglich an den bestehenden Normenkontrollverfahren festzuhalten:

- Präventive Kontrolle der Kantonsverfassungen durch die Bundesversammlung.
- Repressive, konkrete Kontrolle aller kantonalen Erlasse sowie der Konkordate mit grundsätzlich diffusem System. Gefordert wird namentlich die konkrete Kontrolle auch der Kantonsverfassungen durch das Bundesgericht. Zur Realisierung dieses Postulates bedarf es einer Änderung der Bundesgerichtspraxis.
- Abstrakte Kontrolle aller kantonalen Erlasse (mit Ausnahme der Kantonsverfassungen) und der Konkordate durch das Bundesgericht. Es steht den Kantonen frei, ihrerseits abstrakte Normenkontrollverfahren gegenüber ihren Erlassen vorzusehen.

Ebenfalls keine Änderung wird hinsichtlich der Überprüfung von Verordnungen des Bundesrates (und des Bundesgerichts) vorgeschlagen. Sie sollen nach wie vor im Anwendungsfall vorfrageweise überprüft werden können, und zwar - mit den gebotenen Einschränkungen für untere Verwaltungsstellen - grundsätzlich von allen rechtsanwendenden Behörden. Die Einführung einer abstrakten Normenkontrolle drängt sich nicht auf. Dem mit der Überprüfung von Bundesverordnungen angestrebten Schutz der Gewaltentrennung ist mit einer konkreten Kontrolle Genüge getan.

Als Neuerung wird vorgeschlagen, die Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen gemäss den folgenden Grundsätzen auszubauen:

- a. Beschränkung der zulässigen Beschwerdegründe auf die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten der Bundesverfassung und von internationalem Recht, weil bei Beschwerden Privater die primäre Aufgabe des Gerichtes im Individualrechtsschutz besteht. Somit bleiben Bundesgesetze und allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse massgebend, soweit sie nicht verfassungsmässige Rechte oder internationales Recht verletzen.

Darüber hinaus sollen die Kantone (und nur die Kantone) die Befugnis erhalten, beim Bundesgericht die Verletzung der Kompetenzordnung durch ein Bundesgesetz oder einen Bundesbeschluss geltend zu machen. Diese Lösung stellt eine Alternative dar zur Neukonzipierung der Rolle des Ständerates; darin besteht der andere Weg, um die Kantone zu befähigen, sich gegen den Bundesgesetzgeber zu wehren, wenn dieser ihre Rechte verletzt. Die Möglichkeit, dass neben den Kantonen auch Private rügen können, ein Bundesgesetz verstosse gegen die Kompetenzordnung, muss ausgeschlossen werden, da eine solche Ausweitung der Beschwerdegründe systemfremd wäre und zu einer Mehrbelastung des Bundesgerichts führen würde.

- b. Verzicht auf die Schaffung eines speziellen Verfassungsgerichtes, weil durch ein solches Gericht eine zusätzliche Instanz geschaffen und das Bundesgericht eine gewisse "Abwertung" erfahren würde. Wie die Verfassungsgerichtsbarkeit innerhalb des Bundesgerichts ausgeübt wird, d.h. ob dies im ordentlichen Verfahren geschehen soll oder ob bei-

spielsweise eine spezielle "Verfassungskammer" zu schaffen ist, die allein oder zusammen mit einer Fachabteilung urteilt, kann der Gesetzgeber frei festlegen. Um zum Ausdruck zu bringen, dass das Bundesgericht primär oberstes Gericht ist und als solches die Verfassungsgerichtsbarkeit als eine Zuständigkeit neben anderen ausübt, soll - im Gegensatz zu verschiedenen ausländischen Verfassungen - darauf verzichtet werden, die Tätigkeit des Bundesgerichtes als Verfassungsgericht im Verfassungstext durch einen speziellen Artikel besonders herauszuheben.

- c. Zentralisierung der Entscheidkompetenz beim Bundesgericht, weil es nicht Sache kantonaler Gerichte sein kann, Bundesgesetzen die Anwendung zu versagen (oder - im Rahmen von Appellentscheiden - den Bundesgesetzgeber aufzufordern, eine verfassungskonforme Regelung zu treffen). Die Verfassungsgerichtsbarkeit weist wegen des hohen Abstraktionsgrades von Verfassungsnormen eine ausgeprägt rechtsschöpferische Dimension auf. Diese rechtsetzende Funktion muss aus bundesstaatlichen Gründen dem Bundesgericht vorbehalten bleiben und kann nicht den kantonalen Gerichten zustehen<sup>44</sup>. Die Tatsache, dass für die Überprüfung von Bundesratsverordnungen ein grundsätzlich diffuses System gilt, muss nicht zum Gleichschritt in bezug auf die Überprüfung von Bundesgesetzen führen. Zum einen nutzen die kantonalen Gerichte ihre Kontrollkompetenz gegenüber Bundesratsverordnungen selten<sup>45</sup>. Zum andern steht bei der Überprüfung von Verordnungen in der Regel die Gesetzmässigkeit (und nicht die Verfassungs- oder Völkerrechtskonformität) im Vordergrund. Vor allem aber wäre ein diffuses System deshalb problematisch, weil es die Rechtssicherheit und die Einheit der Verfassungsrechtsprechung in Frage stellt<sup>46</sup>. Diese Gründe sprechen für ein konzentriertes System. Mit einem Vorlageverfahren könnte verhindert werden, dass der Instanzenzug als blosser Leerlauf durchschritten werden muss, wenn die Verfassungs- bzw. Völkerrechtskonformität einer anzuwendenden Gesetzesnorm in Frage steht. Danach hätten untere Instanzen ihren Entscheid auszusetzen und das diesbezügliche Urteil des Bundesgerichts einzuholen. Das Vorlageverfahren ist jedenfalls in jenen Bereichen vorzusehen, in welchen Beschwerdeführer infolge von Zugangsbeschränkungen nicht vor das Bundesgericht gelangen können, um auch dort die zentrale Verfassungsrechtsprechung durch das Bundesgericht sicherzustellen.
- d. Beschränkung auf die konkrete Normenkontrolle, weil die Zurückbindung des Bundesgerichtes auf die punktuelle Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes im Kontext eines Einzelfalles sich mit den Rechten des Volkes in der Referendumsdemokratie besser vereinbaren lässt als die abstrakte Beurteilung losgelöst von der Anwendung.

---

44 Vgl. WALTER KÄLIN, Chancen und Grenzen kantonaler Verfassungsgerichtsbarkeit, in: ZBl 1987, 233 ff., 242.

45 AUBERT (Fn. 1), 22; KURT EICHENBERGER, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in den Gliedstaaten der Schweiz, in: Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Teilband I, Baden-Baden 1983, 435 ff., 442.

46 Vgl. HALLER (Fn. 30), 524 f., insb. Fn. 66.



Eine abstrakte Normenkontrolle ist nicht angezeigt; sie wird auch nicht von Art. 13 EMRK verlangt<sup>47</sup>.

Denkbar wäre, für die Rüge der Kantone im Kompetenzbereich die abstrakte Normenkontrolle vorzusehen<sup>48</sup>. Eine solche Regelung hätte den Vorteil, die Rechtssicherheit zu stärken. Weil sie aber im Fall eines Konfliktes das Bundesgericht gewissermassen in die Rolle des Schiedsrichters zwischen Bund und Kantonen drängt, wird auf einen entsprechenden Vorschlag verzichtet. Demgegenüber ist es sinnvoll, dass die Kantone im Anwendungsfall vorbringen können, ein Hoheitsakt beruhe auf einem kompetenzwidrigen Bundesgesetz. Damit diese Möglichkeit ausserhalb von Klageverfahren praktisch relevant werden kann, setzt diese Lösung eine entsprechende Behördenbeschwerde voraus. Bei der Ausformulierung der Uebergangsbestimmungen wird zu prüfen sein, ob diese Möglichkeit der Kantone aus Rechtssicherheitsgründen für bereits in Kraft stehende Gesetze ausgeschlossen werden sollte.

- e. Beibehaltung der Massgeblichkeit der Staatsverträge, weil die Grundsätze der Vertragstreue (*pacta sunt servanda*, Art. 26 VRK) und der derogatorischen Kraft des Völkerrechts dies verlangen. Gemäss Art. 27 VRK kann die Verbindlichkeit völkerrechtlicher Verträge nicht mit Argumenten entgegenstehenden innerstaatlichen Rechts unterlaufen werden. Es bliebe daher ohne praktische Auswirkung, wenn ratifizierte Völkerrechtsverträge nachträglich auf ihre Bundesverfassungskonformität überprüft würden. Mit einer solchen Aufgabe von bloss theoretischem Wert soll das Bundesgericht nicht belastet werden.

Von der Frage der Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Staatsverträgen ist das Problem zu unterscheiden, wieweit Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen im Konfliktfall Vorrang vor Völkerrecht zukommt. Bundesgericht und Bundesbehörden anerkennen in einer Praxis, welche in die Anfänge unseres Bundesstaates zurückreicht<sup>49</sup> und in neuerer Zeit wieder bekräftigt worden ist<sup>50</sup>, den grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechtes gegenüber Bundesgesetzen. Einzig dort, wo der Gesetzgeber die Verletzung internationalen Rechts bewusst in Kauf genommen hat, verzichtet das Bundesgericht seit dem Entscheid "Schubert"<sup>51</sup> ausnahmsweise darauf, dem völkerrechtswidrigen Bundesgesetz die Anwendung zu versagen. Zugunsten dieser Praxis lässt sich anführen, dass es kaum Aufgabe des Richters ist, korrigierend

<sup>47</sup> Vgl. die Angaben in Fn. 40.

<sup>48</sup> So in der Literatur etwa RHINOW (Fn. 30), 42.

<sup>49</sup> Vgl. BGE 7 783 sowie BGE 18 193, wonach ein neues Bundesgesetz "widersprechende Bestimmungen der bestehenden Staatsverträge ... ohne Verletzung völkerrechtlicher Pflichten" nicht derogieren könne.

<sup>50</sup> BGE 119 V 175 ff., 118 Ib 281 E. b, 117 Ib 370 E. b, 117 IV 128 E. b, 99 Ib 43 f.; Gemeinsame Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz und der Direktion für Völkerrecht über das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht im Rahmen der schweizerischen Rechtsordnung vom 26.4.1989, abgedruckt in: VPB 1989 Nr. 54; Botschaft des Bundesrates vom 18.5.1992 zur Genehmigung des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, BBl 1992 IV 87 ff.

<sup>51</sup> BGE 99 Ib 39 ff., bestätigt in BGE 118 Ib 281 E. b, 112 II 13 E. 8, 111 V 203 E. 2b.

einzugreifen, wenn der Gesetzgeber bewusst Völkerrecht verletzt hat und damit bereit ist, die Konsequenzen des Rechtsbruchs zu tragen. Die Justizreform soll deshalb dem Bundesgericht die Möglichkeit lassen, in solchen - seltenen - Ausnahmefällen weiterhin auf die Durchsetzung des Vorrangs des Völkerrechts zu verzichten.

- f. Möglichkeit des Vorlageverfahrens für Fälle, die von einer Vorinstanz endgültig entschieden werden, weil ein Verzicht darauf bedeuten würde, dass gewisse Gesetze der Verfassungsgerichtsbarkeit entzogen blieben.

Zusammenfassend: In bezug auf die Überprüfbarkeit von Bundesgesetzen und Bundesbeschlüssen wird ein konzentriertes System mit repressiver, konkreter Normenkontrolle und beschränkten Beschwerdegründen vorgeschlagen, welches von einem speziellen Verfassungsgericht absieht.

Dieser Vorschlag verzichtet auf ein Maximalmodell der Verfassungsgerichtsbarkeit, wie sie heute verschiedene Staaten kennen, wo ein spezielles Verfassungsgericht Gesetze auch abstrakt oder gar präventiv prüfen kann. Umgekehrt geht der Vorschlag auch über eine Minimallösung hinaus, welche im Sinne einer Nachführung im Verfassungstext explizit festhalten würde, dass das Bundesgericht zwar an Bundesgesetze und allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse gebunden ist (Anwendungsgebot), ihre Verfassungsmässigkeit aber prüfen und gegebenenfalls in einem Appellentscheid zuhanden des Gesetzgebers feststellen kann, dass sich eine Bestimmung als verfassungswidrig erwiesen hat.

## 57 Reformbereich IV: Vereinheitlichung des Prozessrechts

### 571 Im Bereich des Strafrechts

Das EJPD hat am 31. Mai 1994 eine Expertenkommission zur Prüfung der Frage eingesetzt, ob im Interesse einer wirksamen Strafverfolgung, insbesondere in den Bereichen der Wirtschaftskriminalität und des organisierten Verbrechens, eine vollständige oder teilweise Vereinheitlichung des Strafprozessrechts oder andere zweckdienliche Massnahmen angezeigt sind. Gemäss ihrem Auftrag hat diese Expertenkommission "des weiteren Notwendigkeit, Opportunität und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen einer Ausweitung der Bundesgerichtsbarkeit sowie die allenfalls daraus folgenden Konsequenzen für die Gerichtsorganisation" zu prüfen.

In ihrem Zwischenbericht vom 19. Januar 1995 kommt diese Expertenkommission zum Schluss, dass das Strafprozessrecht vereinheitlicht werden sollte. Zur Begründung führt sie im wesentlichen an:

- Der Bundesgesetzgeber hat bereits in bedeutendem Ausmass unifizierend auf das Strafverfahren eingewirkt (Nichtigkeitsbeschwerde gegen kantonale Entscheide, Verfahrensbestimmungen im StGB, BStP und etwa auch im OHG);
- Durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts bzw. der Strassburger Organe zur persönlichen Freiheit, Art. 4, 58 BV bzw. zu Art. 5 und 6 EMRK ist es faktisch bereits zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts in bezug auf grundlegende Minimalanforderungen sowohl des Verfahrens als auch der Organisation der Strafverfolgung und Strafjustiz gekommen;



- Die kantonsübergreifende Strafverfolgung wird durch die verschiedenen Verfahrensordnungen und Rechtshilfeersuchen erschwert;
- Die Vereinheitlichung des Prozessrechts würde die Rechtssicherheit erhöhen;
- Das Prozessrecht und das materielle Strafrecht stehen in engem Konnex zueinander: Ersteres dient der Durchsetzung des letzteren und muss daher optimal auf das materielle Recht abgestimmt sein. Dies lässt sich besser erreichen, wenn für beides die Gesetzgebungskompetenz beim gleichen Hoheitsträger, also beim Bund, liegt;
- Die wissenschaftliche Betrachtung des Strafprozessrechts und der Praxis würde durch eine einheitliche Ordnung erleichtert. Gewünschte Auskünfte, namentlich gegenüber dem Ausland oder gewissen internationalen Organisationen, könnten wieder klar und bestimmt erteilt werden, was heute wegen der herrschenden Rechtszersplitterung oftmals kaum möglich ist;
- Ein im ganzen Territorium der Schweiz geltendes Strafprozessrecht erlaubt die effizientere Bekämpfung einer Kriminalität, die an Mobilität, Organisation, Professionalität und Spezialisierung ständig zunimmt;
- Neue Forderungen, die z.B. aus der Rechtsprechung der Strassburger Organe resultieren, lassen sich rascher in einheitliches Recht überführen, als wenn jedesmal 29 Prozessordnungen angepasst werden müssen;
- In einer Zeit der Internationalisierung der Kriminalität und der Strafverfahren erscheint unser zersplittertes Prozessrecht mehr als fragwürdig. Selbst ein Jurist hat Mühe, die anwendbaren Normen aufzufinden und, wenn ihm dies noch gelingt, so kennt er doch ihre Auslegung durch die kantonalen Behörden nicht. Eine eidgenössische Strafprozessordnung hätte den Vorteil, das sie durch das Bundesgericht in eindeutiger Weise interpretiert werden könnte.

Das EJPD kann sich dieser Einschätzung anschliessen und befürwortet die Vereinheitlichung des Strafprozessrechts. Es gibt keine rationalen Gründe, die dagegen sprechen. Ebenso wenig verlangen föderalistische Erwägungen die Beibehaltung des status quo. Denn das kriminalpolitisch-technische Problem einer möglichst wirksamen Verbrechensbekämpfung bei Wahrung der rechtsstaatlichen Prinzipien stellt sich jedem Staat gleichermassen und hat wenig mit den Besonderheiten der verschiedenen Kantone zu tun. Die Kantone würden deshalb nichts von ihrer Eigenart einbüssen.

Dies gilt jedenfalls für die Verfahrensordnung, wo der Schwerpunkt des Vereinheitlichungsbedarfs liegt. Jedoch kann auch die Behördenorganisation nicht vollends ausgenommen werden. Zum einen lassen sich die beiden Bereiche nicht immer strikte trennen<sup>52</sup>. Zum anderen kann sich punktuell auch bezüglich der Organisation das Bedürfnis nach einer einheitlichen Regelung manifestieren<sup>53</sup>. Immerhin erscheint es richtig, dass der Bund im

<sup>52</sup> Wenn zum Beispiel ein Verfahren zur gerichtlichen Überprüfung der Haft vorgeschrieben wird, resultieren daraus auch organisatorische Konsequenzen (Hafttrichter).

<sup>53</sup> Wie das Beispiel von Art. 10 OHG zeigt, wonach zwingend auch Frauen im Gericht vertreten sein müssen.

Organisationsbereich nur massvoll eingreift. Kantonale Besonderheiten in der Gerichtsorganisation können bestehen bleiben. An der Organisationshoheit der Kantone ist daher grundsätzlich festzuhalten.

Die Vereinheitlichung des Strafverfahrensrechts braucht eine klare Verfassungsgrundlage, welche die revidierte Verfassung bereitstellen soll.

Die Expertenkommission "Vereinheitlichung des Strafprozessrechts" ortete die Mängel der schweizerischen Strafverfolgung aber nicht nur bei der Rechtszersplitterung und der teilweise unzureichenden Ausgestaltung und Handhabung der Verfahrensordnungen, sondern auch beim personellen Ungenügen, der mangelnden Erfahrung gewisser, vor allem kleinerer Kantone bei der Verfolgung von Delikten aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität und des organisierten Verbrechens. Sie empfiehlt daher zusätzlich zur Prozessvereinheitlichung flankierende, kürzerfristig zu realisierende Massnahmen, darunter namentlich die folgenden:

- Ausweitung der Bundesstrafgerichtsbarkeit auf das organisierte Verbrechen;
- Recht der Kantone, dem Bund in schweren und komplexen Fällen von Wirtschaftskriminalität zu beantragen, dass er die Ermittlung übernimmt;
- Anreiz zur Rekrutierung spezialisierten und qualifizierten Personals durch Subventionierung entsprechender kantonaler Vorkehrungen.

Inwieweit sich diese Massnahmen ohne Verfassungsänderung verwirklichen lassen, kann hier offen bleiben. Die vorgeschlagene Ausweitung der Bundesstrafgerichtsbarkeit bildet aber mit einem Grund, ein organisatorisch selbständiges, erstinstanzlich urteilendes Bundesstrafgericht einzurichten (vgl. Ziffer 552.2).

## 572 Im Bereich des Zivilrechts

Im Bereich des Zivilprozesses präsentiert sich die Lage über weite Strecken analog zum Strafprozess:

- Auch hier führt die bestehende horizontale (27 Prozessordnungen) und vertikale (zahlreiche Einwirkungen des Bundesgesetzgebers und der Rechtsprechung) Rechtszersplitterung zu einer unannehmbaren Unübersichtlichkeit und Rechtsunsicherheit. Dadurch wird die Anspruchsdurchsetzung erheblich erschwert. Für einen auswärtigen Anwalt, geschweige denn für den Rechtssuchenden selbst, ist es ein grosses Risiko, in einem anderen Kanton zu prozessieren;
- Die unterschiedlichen Verfahrensordnungen bewirken zudem eine Ungleichbehandlung<sup>54</sup>, ein Zustand, den ein Rechtsstaat nicht tolerieren darf;
- Mochte es sich 1898, als die Einheit des materiellen Zivilrechts hergestellt wurde, noch vertreten lassen, das Prozessrecht weiterhin kantonal zu regeln (die Wirtschafts- und Gesellschaftsstrukturen waren noch viel

---

<sup>54</sup> So kann zum Beispiel in einem Kanton mit Eventualmaxime und strengem Novenrecht die Beibringung eines Beweises verwirkt und deshalb vielleicht sogar der Prozess verloren sein, während in einem anderen Kanton das Beweismittel noch hätte eingelegt werden können.



mehr in sich geschlossen), gilt dies in der heutigen Zeit mit ihrer Tendenz zu grösseren Wirtschaftsräumen nicht mehr. Damit ist eine wichtige Rechtfertigung kantonaler Zivilprozessordnungen dahingefallen<sup>55</sup>;

- Das Lugano-Uebereinkommen<sup>56</sup> vereinheitlicht im Raum Europa grosse Teile des Zivilprozessrechts, namentlich das Gerichtsstandsrecht, die Rechtshängigkeit sowie die Anerkennung und Vollstreckung von Zivilurteilen. Es sind Bestrebungen im Gang, das Gerichtsstandsrecht und verwandte Fragen (insbesondere die Rechtshängigkeit) auch innerhalb der Schweiz zu vereinheitlichen<sup>57</sup>. Damit wird für einen wichtigen Bereich des Prozessrechts bereits eine bundesrechtliche Regelung anvisiert.
- Vor allem aber ist es mit Blick auf eine Integration der Schweiz in ein Europa, das sich seinerseits um eine Annäherung der nationalen Prozessrechte bemüht<sup>58</sup>, kaum mehr verständlich, dass die kleinräumige Schweiz weiterhin mit 27 Zivilprozessordnungen operieren möchte.

Freilich geht das Bedürfnis nach Vereinheitlichung im Zivilprozessrecht nicht so weit wie im Strafprozessrecht. Aus den genannten Gründen drängt sich aber immerhin eine bundesrechtliche Harmonisierung des Zivilverfahrensrechts auf. Dafür ist eine Verfassungsgrundlage zu schaffen und in Aenderung der geltenden Kompetenzverteilung (Art. 64 Abs. 3 BV) dem Bund die Befugnis einzuräumen, Bestimmungen über die Vereinheitlichung des Zivilverfahrensrecht zu erlassen. Demgegenüber kann die Gerichtsorganisation den Kantonen zur eigenständigen Regelung überlassen bleiben.

### 573 Im Bereich des Verwaltungsrechts

In der öffentlichen Rechtspflege fallen die Unterschiede der kantonalen Verfahrensordnungen weniger ins Gewicht als im Zivil- und Strafprozess, was vor allem historisch zu erklären ist. Die Kodifizierung des Verwaltungsverfahrensrechts hat erst im Laufe dieses Jahrhunderts eingesetzt. Dabei hat die Vorbildwirkung des VwVG des Bundes die Rechtsharmonisierung stark gefördert.

Eine Verfassungsbestimmung, welche dem Bund die Kompetenz zur Regelung des Verfahrens im Bereich des Vollzugs von Bundesverwaltungsrecht durch die Kantone einräumt, ist daher entbehrlich. Dort, wo die einheitliche

<sup>55</sup> So STOLZ/GASS (Fn. 13), 6.

<sup>56</sup> Uebereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, abgeschlossen in Lugano am 16.9.1988 (SR 0.275.11), in Kraft seit 1.1.1992.

<sup>57</sup> Eine Kommission des Schweizerischen Anwaltsverbandes arbeitet in Verbindung mit einem Vertreter des Bundesamtes für Justiz einen Entwurf für ein entsprechendes Bundesgesetz aus. Die Kommission will den ausformulierten Entwurf mit Begleitbericht bereits Ende 1995 vorlegen.

<sup>58</sup> Mit Vertrag vom 22.2.1990 hat die Europäische Gemeinschaft eine "Commission European Judiciary Code" mit der entsprechenden Aufgabe eingesetzt (Angabe bei VOGEL [Fn. 13], AJP 1992, 462). Vgl. auch den Expertenvorschlag für eine Richtlinie betreffend eine Europäische Zivilprozessordnung mit Bemerkungen von GERHARD WALTER, Tu felix Europa, zum Entwurf einer Europäischen Zivilprozessordnung, in: AJP 1994, 425 ff.

Durchsetzung des materiellen Rechts eidgenössische Verfahrensregelungen erfordert, ist der Bund aufgrund seiner materiellen Gesetzgebungskompetenz implizite hierzu befugt.

Eine eidgenössische Verfahrensordnung im Bereich des Vollzugs von Bundesverwaltungsrecht würde faktisch auch zu einer Aufhebung der Verfahrensautonomie der Kantone beim Vollzug ihres eigenen Verwaltungsrechts führen. Denn es wäre kaum praktikabel, zwei Verfahrensgesetze nebeneinander anzuwenden, zumal kantonales und eidgenössisches Verwaltungsrecht häufig ineinander greifen.

Für eine umfassende Bundeskompetenz zur Regelung der kantonalen Verwaltungsrechtspflege besteht keine Notwendigkeit. Indem den Kantonen in der revidierten Verfassung vorgeschrieben wird, richterliche Vorinstanzen im Bereich des Bundesverwaltungsrechts wie auch ihres eigenen kantonalen Verwaltungsrechts zu institutionalisieren, ist ein wichtiges Anliegen konstitutionell abgedeckt. Aus dem Grundsatz der Einheit des Verfahrens ergeben sich sodann - wo nicht bereits Art. 1 Abs. 3 VwVG greift - ohne weiteres gewisse Konsequenzen für die Ausgestaltung des Verfahrens. So dürfen die Prozessurteilsvoraussetzungen und die Kognition vor den kantonalen Vorinstanzen nicht enger gefasst sein, als vor der Rechtsmittelinstanz des Bundes. Die aus dem genannten Prinzip sowie aus Art. 4 BV fließenden Anforderungen an das kantonale Verfahren garantieren einen einheitlichen Mindeststandard. Es genügt, wenn dieser bei den Justizgrundsätzen reflektiert wird; einer entsprechenden Kompetenznorm bedarf es nicht.

## 58 Reformkonzept des EJPD

### 581 Formelles

Der heutige Verfassungstext ist im Bereich der Justizverfassung in formeller Hinsicht durch eine mittlere Regelungsdichte geprägt: Sie hat eine grosse Flexibilität auf Gesetzesstufe bewirkt, die es ermöglichte, das OG den Bedürfnissen der Zeit anzupassen. Eine mittlere Regelungsdichte gemäss dem Motto "So offen wie möglich, so geschlossen wie nötig" sollte auch eine revidierte Justizverfassung prägen, damit der Verfassungstext dem Gesetzgeber nicht allzu enge Grenzen setzt, gleichzeitig aber mit genügender Deutlichkeit darüber informiert, welches die Struktur und Zuständigkeit der Bundesgerichtsbarkeit sind.

### 582 Inhalt der verfassungsrechtlichen Regelung - Zusammenfassung

Das hier präsentierte Reformkonzept beruht auf folgenden Grundpfeilern:

- Stärkung der Stellung des Bundesgerichts als oberstes Gericht.

Der Verfassungstext soll klar zum Ausdruck bringen, dass das Bundesgericht oberstes Gericht des Bundes ist, welches sich mit Streitigkeiten betreffend Bundesrecht, interkantonales Recht, verfassungsmässige Rechte der Kantone und internationalem Recht befasst. Ferner soll die Zuständigkeit des Bundesgerichts auf die politischen Rechte des Bundes erweitert werden durch Uebertragung der diesbezüglichen



Rechtsprechungsaufgaben des Bundesrates und des Nationalrates (Art. 81 und 82 Bundesgesetz über die politischen Rechte).

- Ausbau der richterlichen Vorinstanzen des Bundesgerichts.

Grundsätzlich soll das Bundesgericht nicht mehr als erste gerichtliche Instanz entscheiden. Dies bedingt den Ausbau der verwaltungsgerichtlichen Behörden des Bundes und die Schaffung eines erstinstanzlichen Bundesstrafgerichts. Die Kantone sollen verpflichtet werden, auch im Bereich des kantonalen Verwaltungsrechts richterliche Behörden zu errichten. Direktprozesse vor dem Bundesgericht soll es nur noch, soweit sachlich gerechtfertigt, geben.

- Schaffung einer Verfassungsgrundlage für Zugangsbeschränkungen an das Bundesgericht und, als Kompensation dazu, Verankerung einer - allerdings nicht absolut geltenden - Garantie, an ein Gericht zu gelangen.

Der Gesetzgeber soll die Befugnis erhalten, den Zugang zum Bundesgericht einzuschränken. Vorgeschlagen wird ein Verfassungstext, der dem Gesetzgeber bei der Wahl allfälliger Zugangsbeschränkungen (z.B. Annahme- oder Vorprüfungsverfahren) grundsätzlich die Freiheit lässt, jedoch sicherstellt, dass jedenfalls bei objektiver oder subjektiver Erheblichkeit einer Streitigkeit der Zugang zum Bundesgericht gewährleistet bleibt.

Im Gegenzug zu der Möglichkeit von Zugangsbeschränkungen zum Bundesgericht enthält das Reformpaket die Garantie, dass alle Streitigkeiten einem unabhängigen Gericht (nicht notwendigerweise dem Bundesgericht) unterbreitet werden können. Begründete Ausnahmen von der Rechtsweggarantie sollen aber möglich sein (z.B. nicht justiziable Regierungs- und Parlamentsakte).

- Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen.

Das Bundesgericht soll befugt sein, eine angewendete Gesetzesnorm auf ihre Vereinbarkeit mit den verfassungsmässigen Rechten und dem internationalen Recht zu überprüfen und sie bei einer Verletzung im konkreten Fall nicht anzuwenden. Vorgeschlagen wird also nur eine konkrete und keine abstrakte Normenkontrolle. Befürwortet wird ein konzentriertes System, bei dem ausschliesslich das Bundesgericht zur Überprüfung von Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen befugt ist. Die Schaffung eines vom Bundesgericht losgelösten, übergeordneten Verfassungsgerichts wird abgelehnt. Ein solches Organisationsmodell hätte eine unerwünschte Komplizierung und Verlängerung der Verfahren zur Folge.

Völkerrechtsverträge sollen demgegenüber massgeblich bleiben.

- Keine Aenderung bezüglich Wahl und Stellung der Bundesrichter, aber explizite Verankerung des Prinzips der richterlichen Unabhängigkeit.

In diesem Bereich manifestiert sich auf Verfassungsstufe kein materieller Reformbedarf. Insbesondere soll an der Wahl der Bundesrichter auf eine sechsjährige Amtsdauer durch die Bundesversammlung festgehalten werden. Die grundlegende Bedeutung des Prinzips der richterlichen

Unabhängigkeit rechtfertigt es aber, diesen Grundsatz neu explizit in der Verfassung zu gewährleisten.

- Vereinheitlichung des Strafverfahrensrechts, Harmonisierung des Zivilverfahrensrechts, Mindeststandard in der öffentlichen Rechtspflege.

Der Bund soll die Kompetenz erhalten, Rechtseinheit auch im formellen Strafrecht herzustellen, jedenfalls betreffend das Verfahren. Etwas weniger weit geht der Vorschlag für das Zivilverfahrensrechts. Dort soll der Bund durch entsprechende Rahmenvorschriften eine Harmonisierung herbeiführen können. Die Gerichtsorganisation verbleibt im Straf- und Zivilrecht grundsätzlich den Kantonen. Im öffentlichen Prozessrecht genügt es, den Kantonen richterliche Behörden im ganzen Bereich des eidgenössischen und des kantonalen Verwaltungsrechts vorzuschreiben.

### 583 Nicht auf Verfassungsstufe zu regelnde Fragen

Die Offenheit der geltenden Bundesverfassung im Bereich der Bundesgerichtsbarkeit und der Verzicht auf jegliche Normierung der Verfahren hat sich bisher als Vorteil erwiesen, wenn es darum ging, die Bundesrechtspflege den gewandelten Verhältnissen anzupassen. Diese Flexibilität soll erhalten bleiben. Insbesondere ist darauf zu verzichten, die einzelnen Rechtsmittel abschliessend aufzuzählen, die Legitimation zu bestimmen oder die Grundzüge des Verfahrens und die Frage der abstrakten Normenkontrolle kantonalen Erlasse zu regeln.

Ebenfalls nicht in der Verfassung zu fixieren, ist die konkrete Organisation des Bundesgerichts, also etwa Anzahl Richter, die Unterteilung in spezialisierte Abteilungen oder die Grösse der Spruchkörper. Auch in diesem Bereich ist Flexibilität erwünscht.

Bezüglich Wahl und Stellung der Bundesrichter muss die Verfassung nur das Wichtigste regeln, also Wahlorgan, Wählbarkeitsvoraussetzung, Amtsdauer und Unvereinbarkeiten, soweit sie das Gewaltentrennungsprinzip sichern. Alles weitere (Auswahlkriterien, Wahlprozedere, Verwandtenausschluss und weitere Unvereinbarkeiten, persönliche Garantien, Verantwortlichkeit, Besoldung) kann dem Gesetzgeber zur Regelung überlassen werden.

Auf Gesetzesstufe zu regeln sind ferner die Struktur, Organisation und Zuständigkeit der unterinstanzlichen Gerichte des Bundes, einschliesslich die Wahl ihrer Richter.



## 59 Erläuterungen

**4. KAPITEL: BUNDESGERICHTSBARKEIT****Art. 162 Bundesgericht**

1 Das Bundesgericht ist das oberste Gericht des Bundes.

2 Es bestellt seine Kanzlei.

*Kommentar:***Absatz 1**

Diese Norm beschreibt die Stellung des Bundesgerichts. Im Konzept der geltenden Verfassung teilt das Bundesgericht den Rang der "obersten" Rechtspflegebehörde mit dem Bundesrat (und der Bundesversammlung). Mit dem Abbau der Rechtspflegekompetenzen des Bundesrates rechtfertigt es sich, die Stellung des Bundesgerichts zu verdeutlichen und es ausdrücklich als oberstes Gericht zu bezeichnen. Damit kommt zum Ausdruck, dass primär das Bundesgericht (und nicht der Bundesrat oder die Bundesversammlung) dazu berufen ist, auf höchster Ebene Recht zu sprechen. Klargestellt wird sodann das Verhältnis des Bundesgerichts zu den weiteren richterlichen Behörden des Bundes: Ihnen gegenüber nimmt es die Stellung der übergeordneten Rechtsmittelinstanz ein. Als Spitze der Judikative steht das Bundesgericht innerhalb des Gewaltengefüges auf gleichrangiger Stufe wie der Bundesrat als "oberste vollziehende Behörde".

**Absatz 2**

In Übereinstimmung mit der geltenden Verfassung (Art. 109) wird das Bundesgericht befugt, seine Kanzlei selbst zu bestellen. Es rechtfertigt sich, diese Kompetenz in der Verfassung ausdrücklich festzuschreiben<sup>59</sup>, da sie einen Einbruch in das funktionelle Gewaltentrennungsprinzip darstellt, gemäss welchem die verwaltende Tätigkeit der Exekutive obliegt. Wieviele und welche Stellen dem Bundesgericht zur Verfügung stehen, bestimmt nach wie vor die Bundesversammlung<sup>60</sup>. Das Bundesgericht wählt und beaufsichtigt sein Personal aber selber. Über den heutigen Rechtszustand hinausgehende Selbstverwaltungskompetenzen, insbesondere eine Finanzautonomie des Bundesgerichts, sind aus Gründen der Einheit der Staatsadministration und der Belastung des Bundesgerichts abzulehnen. Die Justizverwaltung wird deshalb nicht generell zur Sache des Bundesgerichts erklärt.

**Art. 163 Zuständigkeit des Bundesgerichts**

1 Das Bundesgericht beurteilt Streitigkeiten wegen Verletzung:

- a von Bundesrecht, interkantonalem Recht und internationalem Recht;
- b von kantonalen verfassungsmässigen Rechten;
- c von verfassungsmässigen Garantien der Kantone zugunsten der Gemeinden und anderer öffentlichrechtlicher Körperschaften;

<sup>59</sup> Anders der VE-77, die Modell-Studie und der Entwurf Kölz/Müller.

<sup>60</sup> Art. 85 Ziff. 3 BV, Art. 7 Abs. 1 und 123 Abs. 3 OG.

d. von eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die politischen Rechte.

2 Das Gesetz kann weitere Zuständigkeiten des Bundesgerichts begründen oder die Zuständigkeit unter Vorbehalt der Vorlagemöglichkeit für bestimmte Sachgebiete ausschliessen.

*Kommentar:*

#### Absatz 1

Dieser Absatz umschreibt die Hauptaufgabe des Bundesgerichts, die Entscheidung von Streitigkeiten. Die Verfassung fixiert nur die zulässigen Rügegründe, lässt aber namentlich offen, wer beschwerdebefugt ist<sup>61</sup>. Der Gesetzgeber besitzt also volle Freiheit bei der Umschreibung der Legitimation.

Buchstabe a: Bundesrecht: In Abweichung von Art. 109 Abs. 1 bzw. 110 VE-77, Art. 125/126 Modell-Studie und Art. 98/99 Entwurf Kölz/Müller wird der Beschwerdegrund der Verletzung der Verfassung und derjenige der Verletzung von Bundesgesetzen zum Beschwerdegrund der Verletzung von "Bundesrecht" verschmolzen, um dem Gedanken der Einheitsbeschwerde Ausdruck zu geben. Der Text ist allerdings so gefasst, dass die Einheitsbeschwerde nicht obligatorisch ist; die bisherige Ordnung der Rechtsmittel könnte also beibehalten werden. Auch in diesem Fall würde die Bestimmung immer noch zum Ausdruck bringen, dass das Bundesgericht nicht primär Verfassungsgericht, sondern Höchstgericht ist. Auf die Auflistung der einzelnen Bereiche (Privat-, Straf-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht) kann verzichtet werden; Der Begriff "Bundesrecht" ist umfassend. Er beinhaltet auch die verfassungsmässigen Rechte der Bundesverfassung.

Interkantonaies Recht: Wie bisher kann die Verletzung von kantonalem Recht nicht selbständig gerügt werden; im Sinne einer "Dienstleistung" des Bundes an die Kantone soll das Bundesgericht jedoch weiterhin Konkordatsbeschwerden behandeln.

Internationales Recht: Der Rügegrund der Verletzung von "internationalem Recht" geht nicht einfach im Begriff der Verletzung von "Bundesrecht" auf, sondern ist selbständig aufzuführen. Internationales Recht und Bundesrecht beruhen auf verschiedenen Rechtsquellen.

Buchstabe b: Die generelle Beurteilung von Streitigkeiten betreffend Kantonsverfassungen durch den Bund würde die kantonale Eigenständigkeit zu stark beeinträchtigen. Es soll daher weiterhin nur die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden dürfen. Dieser Rügegrund ist v.a. angesichts der Trends neuerer Kantonsverfassungen, eigenständige Grundrechte zu verankern, aktuell und im Interesse eines lebendigen Föderalismus in die Verfassung aufzunehmen.

---

<sup>61</sup> Im Gegensatz zum geltenden Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV, der die Befugnis zur Geltendmachung der Verletzung verfassungsmässiger Rechte auf "Bürger und Private" einschränkt.

Buchstabe c: Es rechtfertigt sich, die Autonomiebeschwerde separat aufzuführen: Sie unterscheidet sich von der Verfassungsbeschwerde durch den Beschwerdeführer (nicht Private, sondern ein Gemeinwesen) und den Rügegrund: Die Autonomie von Gemeinden und anderen öffentlichrechtlichen Körperschaften hat zwar eine freiheitssichernde Funktion, sie ist aber nicht ein Grundrecht der Privaten gegen den Staat. Neben der Gemeindeautonomie, die den Hauptanwendungsfall bilden dürfte, erfasst der Text auch verfassungsmässige Autonomie- oder Bestandegarantien zugunsten anderer öffentlichrechtlicher Körperschaften, wie etwa der Landeskirchen. Der Text macht deutlich, dass es sich dabei um Garantien des kantonalen Verfassungsrechts handelt.

Buchstabe d: Die Stimmrechtsbeschwerde in kantonalen Angelegenheiten ist als zentrales Instrument zum Schutz der Demokratie bedeutsam genug, um in der Verfassung genannt zu werden. Sie geht nicht in der Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte auf, da auch künftig die Rüge der Verletzung von kantonalem Gesetzesrecht, welches die politischen Rechte normiert, zulässig sein soll. Im Interesse der Entlastung des Bundesrates und des Nationalrates von Justizaufgaben soll dem Bundesgericht auch der Schutz der politischen Rechte im Bund übertragen werden. Da Akte des Bundesrates und der Bundesversammlung nicht anfechtbar sind (Art. 167 Abs. 2), bleiben aber bundesrätliche Beschlüsse im Bereich der politischen Rechte oder die Ungültigerklärung einer Volksinitiative durch die Bundesversammlung von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ausgeschlossen. Möchte man dies vermeiden müsste die Anfechtbarkeit im Sinne einer *lex specialis* zu Art. 167 Abs. 2 explizit statuiert werden (vgl. hierzu auch oben Ziff. 544).

#### Absatz 2:

Eine abschliessende Regelung der Zuständigkeit des Bundesgerichts würde dem Gesetzgeber allzu enge Fesseln anlegen und ist zu vermeiden. Der Gesetzgeber kann die Zuständigkeiten des Bundesgerichts ausdehnen. Er kann aber auch, wie dies bereits die geltende Verfassung ermöglicht, bestimmte Sachgebiete von der Bundesgerichtsbarkeit ausnehmen und einer anderen Instanz zur endgültigen Entscheidung zuweisen. Neu muss in diesen (und nur in diesen) Fällen vorgesehen werden, dass die letzte Instanz die Frage der Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen dem Bundesgericht auf dem Wege der Vorlage unterbreitet: Dies ist die zwingende Konsequenz des Entscheides, die Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen beim Bundesgericht zu konzentrieren. Der Gesetzgeber hat zu entscheiden, wie das Vorlageverfahren ausgestaltet wird und ob weitere Vorlagegründe (z.B. ernsthafte Zweifel an der Auslegung eines Bundesgesetzes) vorzusehen sind.

#### Art. 164 Zugang zum Bundesgericht

1 Das Bundesgericht beurteilt:

- a. Beschwerden gegen Entscheide letzter kantonalen Instanzen;
- b. Beschwerden gegen Entscheide richterlicher Vorinstanzen des Bundes;



- c. Klagen in Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen oder Kantonen unter sich und über Schadenersatzansprüche aus der Amtstätigkeit von Magistratspersonen des Bundes.

2 Das Gesetz kann den Zugang zum Bundesgericht beschränken. Dieser ist zu gewährleisten, wenn es um eine Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung geht oder einer Partei ein gewichtiger Nachteil droht.

*Kommentar:*

Absatz 1:

Während Artikel 163 die Zuständigkeit des Bundesgerichts in sachlicher Hinsicht absteckt, geht es bei Artikel 164 Absatz 1 um die Stellung des Bundesgerichts im Instanzenzug (funktionelle Zuständigkeit). Dabei wird der Grundsatz statuiert, dass das Bundesgericht zum einen nicht als erste Instanz entscheidet, und zum andern keine Beschwerden das Gericht erreichen sollen, die nicht bereits durch eine richterliche Vorinstanz behandelt worden sind. Dieser Grundsatz kennt Ausnahmen.

Buchstabe a: Streitigkeiten, die in den Kantonen beginnen und von dort direkt zum Bundesgericht gelangen, können erst an das Bundesgericht gezogen werden, wenn der kantonale Instanzenzug ausgeschöpft ist. Dies bringt der Terminus "letzter kantonaler Instanzen" zum Ausdruck. Dass es sich dabei grundsätzlich um eine richterliche Instanz handeln muss, ergibt sich aus Artikel 166. Der kantonale Gesetzgeber darf aber Ausnahmen von der Rechtsweggarantie vorsehen (Art. 167 Abs. 1 Satz 2). In diesen Ausnahmefällen entscheidet dann die Regierung oder das Parlament, also kein Gericht, als letzte kantonale Instanz. Da auch deren Entscheide an das Bundesgericht weitergezogen werden können, spricht Buchstabe a neutral von Entscheiden "letzter kantonaler Instanzen" und nicht von Entscheiden "letzter kantonaler, richterlicher Instanzen". Weiterhin als erste und einzige Instanz urteilt das Bundesgericht in Verfahren gegen kantonale Erlasse<sup>62</sup>, soweit die Kantone darauf verzichten, kantonsintern die abstrakte Normenkontrolle einzuführen.

Buchstabe b: Streitigkeiten, die in die Zuständigkeit der Rechtspflegebehörden des Bundes fallen, führen nur über den Weg einer richterlichen Vorinstanz an das Bundesgericht. Hier ist (anders als in Bst. a) die Spezifizierung "richterlich" zutreffend. Zwar darf auch der Bundesgesetzgeber für das Bundesrecht Ausnahmen von der Rechtsweggarantie vorsehen (Art. 167 Abs. 1 Satz 2). Solche vom Bundesrat oder von der Bundesversammlung als Verfügungs- oder Rechtsmittelbehörde getroffene Entscheide können aber nicht an das Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 167 Abs. 2).

Buchstabe c: Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen oder zwischen Kantonen unter sich müssen auch weiterhin vom obersten Gericht beurteilt werden. Es kann sich um Streitigkeiten aus dem ganzen Bereich des Zivilrechts oder des öffentlichen Rechts handeln. Dies bedeutet z. T. eine Ausweitung gegenüber der geltenden Verfassung, die von den öffentlich-

---

<sup>62</sup> Sofern der Bundesgesetzgeber an der abstrakten Normenkontrolle kantonaler Erlasse festhält, was die Verfassung nicht vorschreibt; vgl. Kommentar zu Art. 167 Abs. 1.



rechtlichen Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen nur die Kompetenzkonflikte in die direkte Zuständigkeit des Bundesgerichts legt (Art. 113 Abs. 1 Ziff. 1 BV). Das Bundesgericht entscheidet über bundesstaatliche Streitigkeiten auf Klage hin, also als erste und einzige Instanz. Das Prinzip der richterlichen Vorinstanz muss auch für Schadenersatzklagen aus der Amtstätigkeit von Magistratspersonen des Bundes durchbrochen werden. Die Stellung der als Parteien involvierten Personen verlangt, dass ausschliesslich das oberste Gericht diese Streitigkeiten beurteilt.

Absatz 2:

Die Rechtsweggarantie (Art. 167) garantiert den Zugang an irgendein Gericht, erstreckt sich aber nicht notwendigerweise auf die Verfahren vor Bundesgericht. Art. 164 Abs. 2 geht davon aus, dass im Zuständigkeitsbereich des Bundesgerichts grundsätzlich Zugang besteht, dieser aber (soweit dies zur Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des Bundesgerichts und seiner Stellung notwendig erscheint) gesetzlich beschränkt werden kann. Der Text lässt Raum für verschiedene Lösungen (Vorprüfung, Annahme, Streitwertgrenze, Ausschluss von Sachgebieten etc.), und überträgt den Entscheid, welche Zugangsbeschränkungen konkret vorgesehen werden, dem Gesetzgeber. Dieser muss allerdings gewährleisten, dass für alle Rechtsfragen von grundlegender Bedeutung und alle Fälle, in welchen der betroffenen Partei ein gewichtiger Nachteil droht, der Zugang erhalten bleibt. Mit dieser Regelung verankert die Verfassung den Grundsatz, dass alle objektiv oder subjektiv wichtigen Fälle weiterhin vom Bundesgericht beurteilt werden. Zu den Fällen, welche Rechtsfragen von grundlegender Bedeutung aufwerfen, gehören etwa Beschwerden, bei welchen Anhaltspunkte für die Verletzung verfassungsmässiger Rechte bestehen oder bei welchen die Vorinstanz von der Rechtsprechung des Bundesgerichtes abgewichen ist. Verfassungskonform ist nicht nur ein Annahmeverfahren, welches die Kriterien von Art. 164 Abs. 2 in die Form von Annahmegründen giesst, sondern etwa auch ein Vorprüfungsverfahren mit Ausschluss der wegen Aussichtslosigkeit unerheblichen Fälle oder eine Regelung mit einem Streitwert, der die angesichts der auf dem Spiel stehenden Beträge subjektiv wichtigen Fälle erfasst.

#### **Art. 165 Weitere richterliche Behörden des Bundes**

- 1 Der Bund bestellt ein Strafgericht, das für die Beurteilung von Fällen zuständig ist, welche das Gesetz der Strafgerichtsbarkeit des Bundes zuweist. Durch Gesetz können weitere Zuständigkeiten des Bundesstrafgerichts begründet werden.
- 2 Der Bund schafft weitere richterliche Behörden für die Beurteilung von Beschwerden gegen Akte der Bundesverwaltung.
- 3 Das Gesetz kann weitere richterliche Behörden des Bundes vorsehen.

*Kommentar:*

In diesem Artikel werden die weiteren richterlichen Behörden des Bundes angesprochen<sup>63</sup>. Die Verfassung macht damit deutlich, dass die Gerichtsbarkeit des Bundes nicht allein vom Bundesgericht ausgeübt wird und dass sie zweistufig ausgestaltet werden kann. Zusammen mit Art. 166 und 167 garantiert diese Bestimmung sodann, dass grundsätzlich der Rechtsweg an ein Gericht offen steht.

**Absatz 1:**

Hier wird die Verfassungsgrundlage für die Schaffung eines erstinstanzlichen Bundesstrafgerichts bereitgestellt, welches die Fälle beurteilt, die das Gesetz der Strafgerichtsbarkeit des Bundes zuweist<sup>64</sup>. Da Art. 112 BV in der Praxis weitgehend obsolet geworden ist<sup>65</sup>, kann das Institut der Bundesassisen und die Auflistung der entsprechenden Fälle auf Verfassungsebene ersatzlos gestrichen werden. Es genügt, wenn das Gesetz die Zuständigkeit des Bundesstrafgerichts erster Instanz umschreibt.

An der Aufteilung der Zuständigkeiten von Bund und Kantonen in der Strafrechtspflege ändert diese Verfassungsbestimmung nichts. Sie sagt nur, dass die Strafgerichtsbarkeit im Bund zweistufig abläuft, und zwar auf erster Stufe neu durch ein organisatorisch und personell selbständiges, vom Bundesgericht losgelöstes Bundesstrafgericht. Welche Bereiche der Strafjustiz in die ausschliessliche Zuständigkeit des Bundes fallen, bestimmt der Gesetzgeber.

Das Bundesstrafgericht soll nebst seiner Hauptaufgabe, der Ausübung der erstinstanzlichen Bundesstrafgerichtsbarkeit, weitere Rechtsprechungsfunktionen übernehmen können, namentlich diejenigen, welche heute die Anklagekammer des Bundesgerichts ausübt. Satz 2 ermöglicht dies.

**Absatz 2:**

Hier wird als Konsequenz der Entlastung des Bundesrates und des Parlamentes im Bereich der Verwaltungsrechtspflege der Grundsatz verankert, dass auf Bundesebene generell verwaltungsunabhängige Instanzen eingeführt werden, bei welchen Akte der Bundesverwaltung anzufechten sind, bevor sie gegebenenfalls an das Bundesgericht gezogen werden können. Ob es sich dabei um Rekurskommissionen oder um ein oder mehrere allgemeine Bundesverwaltungsgerichte handeln wird, ist vom Gesetzgeber zu entscheiden. Es ist deshalb die Rede von "weiteren" und nicht etwa von "besonderen" richterlichen Behörden, um zum Ausdruck zu bringen, dass

---

<sup>63</sup> Im Gegensatz zur geltenden Verfassung, die in Art. 106 Abs. 1 nur gerade das Bundesgericht erwähnt, was zur Auffassung geführt hat, dass - jedenfalls die Zivil- und Strafgerichtsbarkeit des Bundes - nicht zweistufig ausgestaltet werden dürfte (WALTER HALLER in Kommentar BV, Art. 106, Rz. 8). Betreffend die Organisation der Administrativjustiz lässt der geltende Art. 114<sup>bis</sup> BV dem Gesetzgeber dagegen die Freiheit, weitere richterliche Behörden zu schaffen.

<sup>64</sup> Art. 7-10 BStP bzw. Art. 340-344 StGB.

<sup>65</sup> Gemäss WALTER HALLER in Kommentar BV, Art. 112, Rz. 9, traten die Bundesassisen in diesem Jahrhundert erst zweimal zusammen, nämlich 1927 (Fall Justh) und 1933 (Fall Nicole).

nicht unbedingt auf bestimmte Rechtsgebiete spezialisierte Gerichtsbehörden gemeint sind.

Bewusst ist nur die Rede von "richterlichen Behörden für die Beurteilung von Beschwerden gegen Akte der Bundesverwaltung" und nicht umfassender von "richterlichen Behörden für die Beurteilung von Streitigkeiten betreffend öffentliches Recht des Bundes". Dadurch soll klargestellt werden, dass mit dieser Bestimmung nicht etwa eine Verlagerung des Vollzugs von Bundesverwaltungsrecht von den Kantonen auf den Bund angestrebt wird. Der Sinn dieser Verfassungsnorm besteht vielmehr darin, innerhalb des Bundes die nachträgliche Verwaltungsrechtspflege generell gerichtlich zu organisieren<sup>66</sup>. An die Stelle der verwaltungsinternen Rechtspflege tritt die Verwaltungsgerichtsbarkeit, und zwar - nach dem hier postulierten Prinzip der richterlichen Vorinstanz - grundsätzlich die zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit (soweit nicht der Gesetzgeber gestützt auf Art. 163 Abs. 2 und 164 Abs. 2 die Weiterzugsmöglichkeit an das Bundesgericht ausschliesst).

Der Begriff "Akte" lässt auf Verfassungsebene offen, gegen welche Anfechtungsobjekte Beschwerde geführt werden kann. Der Gesetzgeber kann also namentlich auch gegen verfügungsfreies Handeln der Verwaltungsbehörden den Rechtsweg vorsehen. Die Möglichkeit von Beschwerden gegen Realakte ist unter anderem auch ein Postulat von Art. 13 EMRK<sup>67</sup>.

**Absatz 3:**

Dieser Absatz schafft die Grundlage für allfällige weitere Gerichte auf Bundesebene, die dem Bundesgericht untergeordnet sind. Er deckt namentlich auch die Schiedskommissionen konstitutionell ab. Diese entscheiden Streitigkeiten erstinstanzlich, auf Klage hin, und sind deshalb von Absatz 2, welcher von den richterlichen Behörden zur Beurteilung von Beschwerden handelt, nicht miterfasst. Absatz 3 bildet ferner dann die Verfassungsgrundlage für die Rekurskommissionen (bzw. für ein oder mehrere allgemeine Bundesverwaltungsgerichte), wenn diese Beschwerden gegen Akte letzter kantonalen Instanzen beurteilen, also nicht solche gegen Akte der Bundesverwaltung, wie sie in Absatz 2 einzig anvisiert sind.

Die Regelung von Organisation, Verfahren und Zuständigkeit der weiteren Gerichte des Bundes gehört nicht auf Verfassungsebene, sondern ist dem Gesetzgeber zu überlassen. Das Gleiche gilt für die Wahl ihrer Mitglieder.

#### **Art. 166 Richterliche Behörden der Kantone**

Die Kantone bestellen:

- a. richterliche Behörden für die Beurteilung zivilrechtlicher Streitigkeiten und von Straffällen;
- b. richterliche Behörden für die Beurteilung öffentlichrechtlicher Streitigkeiten.

*Kommentar:*

<sup>66</sup> Art. 167 Abs. 1 lässt begründete Ausnahmen zu.

<sup>67</sup> HANGARTNER (Fn. 40), 6.



Die Bestimmung hat einerseits reine Informationsfunktion (Bst. a), andererseits schafft sie die verfassungsrechtliche Grundlage für bundesrechtliche Einbrüche in die Organisationsautonomie der Kantone (Bst. b). Dabei geht es im Bereich der Anwendung von Bundesverwaltungsrecht um die Bereinigung einer Situation, welche in der Literatur z.T. als verfassungswidrig bezeichnet wurde<sup>68</sup>. Soweit im Interesse der Entlastung des Bundesgerichts den Kantonen obligatorisch die Verwaltungsgerichtsbarkeit auch im Bereich des kantonalen Verwaltungsrechts vorgeschrieben werden soll, bedarf es dafür einer klaren verfassungsrechtlichen Grundlage. Die Ausnahmen regelt Artikel 167 über die Rechtsweggarantie.

#### Art. 167 Rechtsweggarantie

- 1 Natürliche und juristische Personen können in Streitigkeiten eine richterliche Behörde anrufen. Bund und Kantone sind jedoch befugt, die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen durch Gesetz auszuschliessen.
- 2 Akte der Bundesversammlung und des Bundesrates können beim Bundesgericht nicht angefochten werden.

#### *Kommentar:*

##### Absatz 1:

Hier wird die Rechtsweggarantie im Sinne des Zugangs an ein Gericht in grundsätzlich allen Streitigkeiten verankert. Bund und Kantone können jedoch die Gerichtsinstanz in Ausnahmefällen durch Gesetz ausschliessen. Der Ausschluss des Zugangs zu einem Richter kommt aber ausdrücklich nur für Ausnahmefälle in Betracht, d.h. es müssen spezifische Gründe dafür vorliegen. Solche können etwa sein: mangelnde Justiziabilität (z.B. Regierungsakte, bei denen sich vorwiegend politische Fragen stellen, die einer richterlichen Ueberprüfung nicht zugänglich sind), spezielle Ausgestaltung der demokratischen Mitwirkungsrechte in einem Kanton (z.B. referendumsfähige Beschlüsse des Parlamentes) oder Argumente der Gewaltentrennung. Die Formulierung des Verfassungstextes lässt es grundsätzlich zu, dass der kantonale Gesetzgeber nicht nur für das kantonale Recht Ausnahmen von der Rechtsweggarantie vorsieht, sondern auch für das Bundesrecht. Immer müssen die Ausnahmen aber durch wichtige Gründe gerechtfertigt sein. Streitigkeiten, für welche Art. 6 Ziff. 1 EMRK einen Gerichtszugang verlangt, dürfen die Kantone nicht von der Rechtsweggarantie ausnehmen, da sonst das Bundesgericht die in Art. 6 Ziff. 1 EMRK gewährleistete Garantie einer richterlichen Ueberprüfung bei voller Rechts- und Sachverhaltskontrolle erfüllen müsste. Die Kantone sollen selbst das EMRK-konforme Gericht zur Verfügung stellen.

Die hier statuierte Rechtsweggarantie verlangt kein abstraktes Gesetzesprüfungsverfahren durch ein Gericht<sup>69</sup>, schliesst ein solches aber auch nicht aus.

---

<sup>68</sup> PETER SALADIN in Kommentar BV, Art. 3, Rz. 105.

<sup>69</sup> Ebensowenig die Rechtsweggarantie des Art. 6 Ziff. 1 EMRK: ANDREAS KLEISTRULLER, Der Anspruch auf richterliche Beurteilung "zivilrechtlicher" Strei-



In welchem Zeitpunkt des Verfahrens natürliche und juristische Personen an den Richter gelangen können, legt die Verfassung nicht fest. Dies bestimmt der Gesetzgeber. Bund und Kantone können somit vorsehen, dass zunächst eine Verwaltungsbehörde entscheidet und erst dann der Zugang zum Richter offen steht.

Der Artikel legt nicht abschliessend fest, wer beschwerdebefugt ist; insbesondere lässt er offen, wieweit die Beschwerdebefugnis ausländischen Staaten zukommt. Diese Frage wird der Gesetzgeber zu klären haben, wobei er die Beschwerdebefugnis ausländischer Staaten grosszügiger als das heutige Recht regeln darf.

**Absatz 2:**

Eine wichtige Ausnahme von der Rechtsweggarantie des Absatz 1 hält die Verfassung in Absatz 2 selber fest: Akte der Bundesversammlung und des Bundesrates können beim Bundesgericht - nur dieses kommt für die genannten Akte als richterliche Ueberprüfungsinstanz überhaupt in Betracht - nicht angefochten werden<sup>70</sup>. Diese Ausnahme von der Rechtsweggarantie rechtfertigt sich durch Argumente der Gewaltentrennung. Der Begriff "Akte" umfasst dabei nicht nur individuell-konkrete Anordnungen, sondern namentlich auch generell-abstrakte Regelungen. Die abstrakte Normenkontrolle in bezug auf Bundeserlasse<sup>71</sup> ist demnach ausgeschlossen. Dies bedeutet nach der aktuellen Praxis der Strassburger Organe keine Verletzung von Artikel 13 EMRK<sup>72</sup>. Probleme können sich demgegenüber bei Einzelakten ergeben, gegen welche gemäss Art. 13 EMRK an sich eine wirksame Beschwerde zur Verfügung stehen müsste. Sie können weitgehend vermieden werden, wenn der Gesetzgeber darauf achtet, Entscheide, welche Menschenrechtsgarantien der EMRK beschränken, nicht in die Kompetenz von Bundesrat und Bundesversammlung zu legen. So wäre beispielsweise die Disziplinargewalt des Bundesrates im Beamtenrecht<sup>73</sup> auf den jeweiligen Departementschef zu verlagern, da die Rechtsprechung der Strassburger Organe dazu tendiert, pekuniäre Disziplinarmassnahmen als "zivilrechtlich" im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK anzusehen, womit die dort gewährleisteten Garantien anwendbar sind und mit einer wirksamen Beschwerde durchsetzbar sein müssen<sup>74</sup>.

---

tigkeiten im Bereich des Verwaltungsrechts sowie von Disziplinar- und Verwaltungsstrafen gemäss Art. 6 EMRK, in: AJP 1994, 23 ff., 42 m.H. Zu Art. 13 EMRK, der nach der gegenwärtigen Rechtsprechung der Strassburger Organe ebenfalls keine abstrakte Normenkontrolle verlangt, vgl. die Angaben in Fn. 40.

70 Von der Frage der Anfechtbarkeit ist jene der *vorfrageweisen* Ueberprüfung von Akten der Bundesversammlung und des Bundesrates zu unterscheiden. Dazu äussert sich Art. 168.

71 Bundesratsverordnungen, Bundesbeschlüsse, Bundesgesetze; Für die beiden letzteren ergibt sich der Ausschluss der abstrakten Normenkontrolle auch aus Art. 168.

72 Vgl. die Angaben in Fn. 40.

73 Art. 33 Bst. a BtG.

74 KLEY-STRULLER (FN. 69), 27 m.H.

**Art. 168 Normenkontrolle**

- 1 Völkerrecht, Bundesgesetze und allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse sind massgebend.
- 2 Das Bundesgericht prüft im Zusammenhang mit einem Anwendungsakt auf Beschwerde oder auf Vorlage einer Vorinstanz sowie auf Klage hin, ob ein Bundesgesetz oder ein allgemeinverbindlicher Bundesbeschluss gegen verfassungsmässige Rechte oder internationales Recht verstösst. Es entscheidet, ob und in welchem Mass das Bundesgesetz oder der Bundesbeschluss anzuwenden ist.
- 3 In diesen Fällen kann das Bundesgericht überdies die Rüge eines Kantons prüfen, dass ein Bundesgesetz oder ein Bundesbeschluss die verfassungsmässig gewährleisteten Kompetenzen der Kantone verletzt.

*Kommentar:*

Dieser Artikel normiert eine wichtige Neuerung: Die Einführung der konkreten Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen und Bundesbeschlüssen. In Abweichung von Art. 109 VE-77, Art. 125 Modell-Studie und Art. 98 Entwurf Kölz-Müller, welche mit Ausnahme der Modell-Studie diese Neuerung auch postulieren, lautet hier der Randtitel nicht "Verfassungsgerichtsbarkeit", sondern "Normenkontrolle", da sich neben dem Thema Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen und Bundesbeschlüssen auch die Frage der Vereinbarkeit mit dem internationalen Recht stellt.

**Absatz 1:**

Hier wird am Grundsatz von Art. 113 Abs. 3 BV festgehalten: Völkerrecht, Bundesgesetze und allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse sind für alle rechtsanwendenden Behörden massgebend, jedoch mit Ausnahmen für das Bundesgericht (Absätze 2 und 3). Damit wird jede diffuse Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen ausgeschlossen.

**Absatz 2:**

Im Sinne einer Ausnahme vom Grundsatz des Absatz 1 wird vorgesehen, dass das Bundesgericht zur konkreten Normenkontrolle von Bundesgesetzen und Bundesbeschlüssen befugt ist. Im einzelnen sind folgende Aspekte auseinanderzuhalten:

- Der Absatz stellt sicher, dass nur das Bundesgericht diese Kompetenz besitzt (konzentriertes System). Gleichzeitig wird auch festgelegt, dass kein vom Bundesgericht unabhängiges (ihm übergeordnetes) Verfassungsgericht besteht; vielmehr ist die Verfassungsgerichtsbarkeit in die Tätigkeit des Bundesgerichts einzuordnen, wobei das konkrete Verfahren vom Gesetzgeber zu bestimmen ist. Um zu verhindern, dass eine untere Instanz gezwungen wird<sup>75</sup>, ein von ihr als verfassungswidrig erkanntes Gesetz anzuwenden, sieht der Text ein Vorlageverfahren vor. Dessen Anwendungsbereich und konkrete Ausgestaltung ist vom Gesetzgeber zu regeln.

---

<sup>75</sup> Auf dieses Problem weist AUBERT (Fn. 1), 19, hin.

- Die abstrakte Normenkontrolle von Bundesgesetzen und Bundesbeschlüssen wird ausgeschlossen. Sie sind nur im Anwendungsfall überprüfbar.
- Aus den oben genannten Gründen (Ziff. 563 a.) ist im Regelfall die Normenkontrolle auf die Frage der Verletzung verfassungsmässiger Rechte beschränkt. Eine Ausnahme wird für die Kantone in Absatz 3 vorgesehen. Sie können die Verletzung der verfassungsmässigen Kompetenzordnung geltend machen.
- Neben der eigentlichen Verfassungsgerichtsbarkeit statuiert dieser Absatz auch die vom Bundesgericht heute<sup>76</sup> anerkannte Befugnis, die Vereinbarkeit von Bundesgesetzen und Bundesbeschlüssen mit dem internationalen Recht zu prüfen.
- Satz 2 von Absatz 2 ist bewusst gewählt: Er eröffnet die Möglichkeit, Konflikte zwischen Bundesgesetzen und Verfassung auf dem Weg der verfassungskonformen Auslegung zu entschärfen oder dort, wo - z.B. wegen der Vielfalt möglicher verfassungskonformer Lösungen - die Konsequenzen der Nichtanwendung des Gesetzes bloss vom Gesetzgeber bewältigt werden können, auf eine Aufhebung des angefochtenen Hoheitsaktes zu verzichten und gleichzeitig an den Gesetzgeber zu appellieren, innert nützlicher Frist für Abhilfe zu sorgen. Die Formulierung erlaubt auch einen sachgerechten Umgang mit Konflikten zwischen Bundesgesetzen und Völkerrecht: Auszugehen ist von Art. 4 Abs. 4 des Reformentwurfes, welcher den grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechts statuiert. Absatz 2 Satz 1 stellt das verfahrensmässige Gegenstück zu dieser Bestimmung dar; Satz 2 präzisiert gleichzeitig, dass es Sache des Bundesgerichts ist zu entscheiden, ob und in welchem Umfang eine völkerrechtswidrige Bestimmung in einem Bundesgesetz oder allgemeinverbindlichen Bundesbeschluss anzuwenden ist. Diese Lösung ermöglicht dem Bundesgericht, dem Völkerrecht soweit als nötig Vorrang einzuräumen. Damit erhält das Bundesgericht ein Instrument, um die Einheitlichkeit der Rechtsordnung auf all ihren Stufen (innerstaatlich und international) sicherzustellen. Absatz 2 Satz 2 erlaubt dem Bundesgericht aber auch, den Gesetzgeber zu alarmieren, indem es ihn in einem sog. "Appellentscheid" auffordert, die Konsequenzen aus einem Konflikt zwischen Völkerrecht und Landesrecht zu ziehen. In jenen seltenen Fällen, in welchen klar ist, dass der Gesetzgeber bewusst Völkerrecht verletzen wollte, lässt die Formulierung dem Bundesgericht schliesslich Raum, im Sinne einer modifizierten Schubert-Praxis<sup>77</sup> darauf zu verzichten, den gesetzgeberischen Entscheid zu korrigieren. Im Lichte von Art. 4 Abs. 4 des Reformentwurfes kommt dieser Schritt aber nur in ausgesprochenen Ausnahmefällen in Frage.

#### Absatz 3:

Das Bundesgericht kann ein Bundesgesetz oder einen Bundesbeschluss überdies auf die Einhaltung der verfassungsmässigen Kompetenzordnung hin prüfen. Zur Rüge der Kompetenzwidrigkeit sind ausschliesslich die Kan-

<sup>76</sup> Vgl. BGE 117 Ia 373.

<sup>77</sup> Begründet in BGE 99 Ib 39 ff.



tone befugt. Die Formulierung "in diesen Fällen" knüpft an Absatz 2 an und macht deutlich, dass auch hier die konkrete Normenkontrolle gemeint ist. Die Kantone können also nur im Zusammenhang mit einem Anwendungsakt geltend machen, das Bundesgesetz oder der Bundesbeschluss, auf den sich der angefochtene Anwendungsakt stützt, entbehre der Kompetenzgrundlage.

#### **Art. 169 Richterliche Unabhängigkeit**

Die richterlichen Behörden sind in ihrer rechtsprechenden Tätigkeit unabhängig und nur dem Recht verpflichtet.

##### *Kommentar:*

Hier wird neu das Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit ausdrücklich in der Verfassung verankert und damit die hervorragende Bedeutung dieses Grundsatzes in einem Rechtsstaat unterstrichen<sup>78</sup>.

Die Richter geniessen ihre spezifische Unabhängigkeit nicht als Privileg des Richterstandes, sondern im Interesse einer der Gerechtigkeit angenäherten Rechtsprechung. Die richterliche Unabhängigkeit kann daher nur soweit reichen, wie sie diesem Ziel dient. Die Begrenzung auf die rechtsprechende Tätigkeit bringt dies zum Ausdruck.

Die Bindung an das Recht ist an sich als "immanente Einschränkung"<sup>79</sup> der richterlichen Unabhängigkeit selbstverständlich. Die Erwähnung der Bindung an das Recht erinnert aber vor allem auch an das demokratische Prinzip und dient der Anschaulichkeit. Diese Schranke wird daher ausdrücklich angesprochen.

Die richterliche Unabhängigkeit gilt nicht nur für das Bundesgericht, sondern für alle eidgenössischen Gerichte. Um dies zu verdeutlichen, wird das Prinzip in einem eigenen Artikel am Schluss des Abschnittes über die Bundesgerichtsbarkeit verankert.

#### **Art. 101 Zivilrecht**

1 Der Bund ist zur Gesetzgebung im Gebiet des Zivilrechts befugt.

2 Er kann Bestimmungen über die Vereinheitlichung des gerichtlichen Verfahrens erlassen.

##### *Kommentar:*

Absatz 2 dieses Artikels räumt dem Bund die Befugnis ein, im Bereich des Zivilverfahrensrechts harmonisierende Rahmenbestimmungen aufzustellen. Der Bund darf also - anders als im Strafprozess - nicht eine eidgenössische Zivilprozessordnung erlassen; er darf nur die Harmonisierung vorschreiben.

---

<sup>78</sup> Der VE-77 (Art. 20 Abs. 2), die Modell-Studie (Art. 21 Abs. 2) sowie der Entwurf Kötz/Müller (Art. 14 Abs. 2 und 97 Satz 2) schlagen dies ebenfalls vor. Auch die Arbeitsgruppe "Wahlen" sprach sich klar dafür aus, die richterliche Unabhängigkeit in der Verfassung explizit zu gewährleisten (Schlussbericht 1973, 174).

<sup>79</sup> KURT EICHENBERGER, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern 1960, 92.



Punktuelle Verfahrensbestimmungen in einzelnen Bundesgesetzen bleiben aber zulässig, soweit solche zur Durchsetzung bzw. einheitlichen Anwendung des Bundesprivatrechts notwendig sind.

Innerhalb des bundesrechtlich abgesteckten Rahmens regeln die Kantone das Zivilverfahren eigenständig. Ebenso verbleiben wie bis anhin die Organisation der Gerichte und die Rechtsprechung in der Zuständigkeit der Kantone. Eine Verfassungsbestimmung, welche dies ausdrücklich festhält, ist nicht nötig. Die entsprechende Befugnis der Kantone resultiert ohne weiteres aus dem Kompetenzsystem der Verfassung (subsidiäre Generalkompetenz der Kantone). Zudem wird die Eigenständigkeit der Kantone in Art. 33 des Nachführungsentwurfs im Sinne einer Klarstellung explizit verankert.

### **Art. 102 Strafrecht**

1 Der Bund ist zur Gesetzgebung im Gebiet des Strafrechts befugt.

2 ...

3 Er kann Bestimmungen über das Verfahren erlassen.

#### *Kommentar:*

Mit Absatz 3 dieser Bestimmung wird die Verfassungsgrundlage für die Vereinheitlichung des Strafverfahrensrechts geschaffen. Es handelt sich um eine konkurrierende Kompetenz. Das heisst, die Kantone bleiben zuständig, soweit und solange der Bund nicht legiferiert.

Anders als im Zivilprozess, der durchwegs als gerichtliches Verfahren abläuft, wird die Legiferierungskompetenz des Bundes im Strafprozess nicht auf das gerichtliche Verfahren beschränkt. Denn das Bedürfnis nach einheitlichen Regelungen kann sich gerade auch im Ermittlungs- und Ueberweisungsverfahren vor den Untersuchungs- und Anklagebehörden manifestieren.

Die Vereinheitlichung des Strafverfahrensrechts lässt sich ohne gewisse Eingriffe in die Organisationshoheit der Kantone möglicherweise nicht realisieren. Solche Einbrüche dürfen aber nur erfolgen, soweit sie zur Durchführung des vereinheitlichten Verfahrens notwendig sind. Im übrigen obliegt die Gerichts- und Behördenorganisation weiterhin den Kantonen. Eine Verfassungsbestimmung, welche dies ausdrücklich festhält, ist nicht nötig. Die entsprechende Befugnis der Kantone resultiert ohne weiteres aus dem Kompetenzsystem der Verfassung (subsidiäre Generalkompetenz der Kantone). Zudem wird die Eigenständigkeit der Kantone in Art. 33 des Nachführungsentwurfs im Sinne einer Klarstellung explizit verankert.

# Erläuterungen

1	Einleitung	weiss
2	Nachführung des Verfassungsrechts	weiss
3	Varianten	weiss
4	Reformvorschläge Volksrechte	blau
5	Reformvorschläge Justiz	grün
6	Abkürzungen	weiss
7	Anhang: Fragen zur Verfassungsreform	weiss

# Erläuterungen zum Verfassungsentwurf

<b>1</b>	<b>Einleitung</b>	<b>weiss</b>
<b>2</b>	<b>Nachführung des Verfassungsrechts</b>	<b>weiss</b>
<b>3</b>	<b>Varianten</b>	<b>weiss</b>
<b>4</b>	<b>Reformvorschläge Volksrechte</b>	<b>blau</b>
<b>5</b>	<b>Reformvorschläge Justiz</b>	<b>grün</b>
<b>6</b>	<b>Abkürzungen</b>	<b>weiss</b>
<b>7</b>	<b>Anhang: Fragen zur Verfassungsreform</b>	<b>weiss</b>

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
BBl	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BGE	Urteil des Bundesgerichts (Bundesgerichtsentscheid)
BPR	Bundesgesetz vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte
BRB	Beschluss des Bundesrats
Bst.	Buchstabe
BStP	Bundesgesetz vom 15. Juni 1934 über die Bundesstrafrechtspflege (SR 312.0)
BtG	Beamtengesetz vom 30. Juni 1927 (SR 172.221.10)
BV	Bundesverfassung vom 29. Mai 1874
DBG	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (SR 642.11)
EFTA	European Free Trade Association
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
EntG	Bundesgesetz vom 20. Juni 1930 über die Enteignung (SR 711)
EU	Europäische Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWR-Vertrag	Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum
FHG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 über den eidgenössischen Finanzhaushalt (Finanzhaushaltsgesetz)
Fn.	Fussnote
FWG	Bundesgesetz vom 4. Oktober 1985 über Fuss- und Wanderwege
GRN	Geschäftsreglement des Nationalrates vom 22. Juni 1990
GRS	Geschäftsreglement des Ständerates vom 24. September 1986
GVG	Bundesgesetz vom 23. März 1962 über den Geschäftsverkehr der Bundesversammlung sowie über die Form, die Bekanntmachung und das Inkrafttreten ihrer Erlasse (Geschäftsverkehrsgesetz)
IRSG	Bundesgesetz vom 20. März 1981 über internationale Rechtshilfe (Rechtshilfegesetz)
Kölz/Müller	Alfred Kölz und Jörg Paul Müller: Entwurf für eine neue Bundesverfassung, 2. Aufl. vom 14. Juli 1990
Modell-Studie	des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 6. November 1985
NBG	Nationalbankgesetz vom 23. Dezember 1953
NSG	Bundesgesetz vom 8. März 1960 über die Nationalstrassen (Nationalstrassengesetz)
OG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (SR 173.110)
OHG	Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über die Hilfe an Opfer von Straftaten (SR 312.5)
Pakt I	UNO-Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (SR 0.103.1)



Pakt II	UNO-Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2)
PRG	Bundesgesetz vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte (SR 161.1)
recht	recht, Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
Rz.	Randziffer
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
SchKG	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SNB	Schweizerische Nationalbank
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937
StHG	Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
UeB	Übergangsbestimmung
VE	Verfassungsentwurf vom 29. Mai 1995
VE-77	Verfassungsentwurf 1977, Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VRK	Wiener Konvention über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969
VStrR	Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (SR 313.0)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwOG	Bundesgesetz vom 19. September 1978 über die Organisation und die Geschäftsführung des Bundesrates und der Bundesverwaltung (Verwaltungsorganisationsgesetz)
VwVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren
WAG	Bundesgesetz vom 4. Oktober über den Wald (Waldgesetz)
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht

# Erläuterungen

<b>1</b>	<b>Einleitung</b>	<b>weiss</b>
<b>2</b>	<b>Nachführung des Verfassungsrechts</b>	<b>weiss</b>
<b>3</b>	<b>Varianten</b>	<b>weiss</b>
<b>4</b>	<b>Reformvorschläge Volksrechte</b>	<b>blau</b>
<b>5</b>	<b>Reformvorschläge Justiz</b>	<b>grün</b>
<b>6</b>	<b>Abkürzungen</b>	<b>weiss</b>
<b>7</b>	<b>Anhang: Fragen zur Verfassungsreform</b>	<b>weiss</b>

# Erläuterungen zum Verfassungsentwurf

<b>1</b>	<b>Einleitung</b>	<b>weiss</b>
<b>2</b>	<b>Nachführung des Verfassungsrechts</b>	<b>weiss</b>
<b>3</b>	<b>Varianten</b>	<b>weiss</b>
<b>4</b>	<b>Reformvorschläge Volksrechte</b>	<b>blau</b>
<b>5</b>	<b>Reformvorschläge Justiz</b>	<b>grün</b>
<b>6</b>	<b>Abkürzungen</b>	<b>weiss</b>
<b>7</b>	<b>Anhang: Fragen zur Verfassungsreform</b>	<b>weiss</b>

## Grundsatzfragen

1. **Notwendigkeit der Verfassungsreform**  
Erachten Sie grundsätzlich eine Verfassungsreform als notwendig ?
  
2. **Nachführung des geltenden Verfassungsrechts**  
Erachten Sie die Nachführung des geltenden geschriebenen und ungeschriebenen Verfassungsrechts als sinnvoll ?
  
3. **Verbindung mit Reformen**  
Soll die Nachführung des Verfassungsrechts mit Reformen in einzelnen Punkten oder Sachbereichen verbunden werden ?
  
4. **Volksrechte und Justiz als prioritäre Reformbereiche**  
Erachten Sie es als richtig, dass vorerst Reformen im Bereich der Volksrechte und der Justiz zur Diskussion gestellt werden und andere Bereiche in einer späteren Phase einbezogen werden können (Verfassungsreform als offener Prozess) ?
  
5. **Weitere Reformbereiche**  
Welche weiteren Reformbereiche sind aus Ihrer Sicht in die Verfassungsreform einzubeziehen (z.B. Parlamentsreform, Regierungsreform, Föderalismus, Finanzordnung, Grund- und Sozialrechte, etc.) ?

## Nachführung des geltenden Verfassungsrechts

6. **Sprache und Stil**  
Sind Sprache und Stil des Verfassungsentwurfs verständlich ?
  
7. **Gliederung**  
Erleichtert die Gliederung des Entwurfs den Zugang zum Verfassungsrecht ?
  
8. **Dichte**  
Ist die Normierungsdichte (Detaillierungsgrad) der einzelnen Teile des Entwurfs angemessen ?
  
9. **Vollständigkeit**  
Gibt es Verfassungsrecht, das im Entwurf Ihrer Ansicht nach zu Unrecht fehlt ?



**10. Verfassungswürdigkeit**

Enthält der Entwurf Ihrer Ansicht nach Bestimmungen, die nicht verfassungswürdig sind und auf der Gesetzesstufe geregelt werden könnten ?

**Varianten (punktuelle Neuerungen)****11. Vorgeschlagene Varianten**

Erachten Sie die vier vorgeschlagenen Varianten als wichtig ?

**12. Weitere Varianten**

Welche weiteren punktuellen Neuerungen erachten Sie als vordringlich ?

**Reform der Volksrechte****13. Reformbedürftigkeit**

Bedürfen die Volksrechte grundsätzlich einer Reform ?

**14. Ausgewogenheit der Reform**

Erachten Sie die Vorschläge im Bereich der Volksrechte insgesamt als ausreichend und ausgewogen (Umgestaltung und Verfeinerung der Volksrechte, jedoch kein einseitiger Aus- oder Abbau) ?

**15. Allgemeine Volksinitiative**

Soll das Volk die Möglichkeit erhalten, nicht nur Verfassungsänderungen zu verlangen, sondern auf dem Weg der Volksinitiative (allgemeine Volksinitiative oder allenfalls auch Gesetzesinitiative) auch Anliegen einzubringen, die auf Gesetzesebene verwirklicht werden können ?

**16. Finanz- und Verwaltungsreferendum**

Sollen nicht nur rechtsetzende Erlasse, sondern auch andere Entscheide von grosser Tragweite (bedeutsame Werke, wichtige Ausgabenbeschlüsse, etc.) dem fakultativen Referendum unterstellt werden können ?

**17. Staatsvertragsreferendum - Referendum gegen Ausführungserlasse**

Sind Sie mit dem Vorschlag einverstanden, das fakultative Staatsvertragsreferendum zu erweitern, dafür aber die Möglichkeit zu schaffen, das Gesetzesreferendum bei der Umsetzung von Staatsverträgen einzuschränken ?

**18. Vorrang des Völkerrechts**

Soll der Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts ausdrücklich in der Verfassung verankert werden ?

**19. Gültigkeit von Volksinitiativen**

Soll der Entscheid über die Ungültigerklärung einer Volksinitiative vom Bundesgericht getroffen werden ?

**20. Unterschriftenzahl**

Erachten Sie eine Erhöhung der Unterschriftenzahl für Volksinitiativen (auf 200'000) und Referenden (auf 100'000) im Gleichschritt mit einer Ausdehnung des Initiativ- und Referendumsrechts als vertretbar ?

**Justizreform****21. Rechtsweggarantie**

Soll jede Person grundsätzlich den Anspruch erhalten, Rechtsstreite einem unabhängigen Gericht zu unterbreiten, oder reicht in gewissen Fällen eine Beurteilung durch eine Verwaltungsbehörde (unter Vorbehalt der Garantien der Europäischen Menschenrechtskonvention) ?

**22. Letzte Instanz**

Ist es vertretbar, dass bestimmte Streitigkeiten nur vor ein kantonales Gericht oder eine untere richterliche Instanz getragen werden können, oder soll es in jedem Fall möglich sein, an das Bundesgericht zu gelangen ?

**23. Bundesverwaltungsgericht**

Erachten Sie es als richtig, wenn zur Entlastung des Bundesgerichts ein Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes auf unterer Stufe (z.B. durch die Schaffung von Rekurskommissionen) angestrebt wird ?

**24. Bundesstrafgericht**

Soll zur Entlastung des Bundesgerichts von erstinstanzlichen Strafprozessen und Aufsichtsbefugnissen sowie zur Beurteilung komplexer Straffälle (Organisiertes Verbrechen, Wirtschaftskriminalität) ein erstinstanzliches Strafgericht des Bundes geschaffen werden ?

**25. Ermöglichung von Zugangsbeschränkungen**

Erachten Sie die Ermöglichung von Zugangsbeschränkungen als vertretbar, sofern die Garantie besteht, bei Rechtsfragen von grundlegender Bedeutung, oder wenn einer Partei ein gewichtiger Nachteil droht, an das Bundesgericht gelangen zu können ?

**26. Verfassungsgerichtsbarkeit**

Soll das Bundesgericht in konkreten Fällen - wie gegenüber kantonalem Recht - prüfen, ob die Bundesgesetze mit den verfassungsmässigen Rechten und mit dem Völkerrecht übereinstimmen und ihnen allenfalls die Anwendung versagen können ?

**27. Strafprozessrecht**

Soll der Bund namentlich zur Verbesserung der interkantonalen und internationalen Verbrechensbekämpfung den Strafprozess einheitlich regeln und selbst Verfahren führen können ?

**28. Zivilprozessrecht**

Soll der Bund ermächtigt werden, Bestimmungen über die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts zu erlassen ?



**Renforcer la Suisse**

# **Réforme de la Constitution fédérale**

**Consolider l'acquis**

**Construire l'avenir**

**Exposé des motifs du  
projet de Constitution**



---

# Exposé des motifs

<b>1</b>	<b>Introduction</b>	<b>blanc</b>
<b>2</b>	<b>Mise à jour du droit constitutionnel</b>	<b>blanc</b>
<b>3</b>	<b>Variantes</b>	<b>blanc</b>
<b>4</b>	<b>Réforme des droits populaires</b>	<b>bleu</b>
<b>5</b>	<b>Réforme de la justice</b>	<b>vert</b>
<b>6</b>	<b>Abréviations</b>	<b>blanc</b>
<b>7</b>	<b>Annexe: Questionnaire sur la réforme de la Constitution</b>	<b>blanc</b>



**Aperçu**

<b>1</b>	<b>Introduction</b>	<b>5</b>
11	Nécessité d'une réforme constitutionnelle	7
12	Situation initiale et mandat parlementaire	8
13	La revision constitutionnelle: une procédure ouverte	10
14	Mise à jour de la Constitution en vigueur	11
15	Nouveautés ponctuelles ("variantes")	14
16	Réforme des droits populaires	15
17	Réforme de la justice	18
18	Déroulement des travaux et questions de procédure	20
<b>2</b>	<b>Mise à jour du droit constitutionnel</b>	<b>23</b>
21	Une marge de manoeuvre limitée	25
22	Portée de la mise à jour	25
23	Comblar les lacunes formelles et matérielles	26
24	Portée juridique	26
25	Signes distinctifs de la Constitution mise à jour	27
26	Commentaire du projet de Constitution	29
<b>3</b>	<b>Variantes au projet de Constitution</b>	<b>201</b>
31	Introduction	203
32	Texte et commentaire des dispositions de variantes	203
<b>4</b>	<b>Réforme des droits populaires</b>	<b>209</b>
	<b>Première Partie: Observations générales sur la réforme des droits populaires fédéraux</b>	<b>211</b>
41	Introduction	211
42	Les droits populaires en matière constitutionnelle	215
43	Les droits populaires en matières législative et administrative	222
44	Les droits populaires en matière internationale	229
45	Conclusion	232
	<b>Deuxième Partie: Commentaire</b>	<b>234</b>
<b>5</b>	<b>Réforme de la justice</b>	<b>249</b>
51	Bases du rapport	251
52	Nécessité d'une réforme	251
53	Buts de la réforme	259
54	Domaine de réforme I: Protection juridique	260
55	Domaine de réforme II: Le Tribunal fédéral en tant que juridiction suprême	264
56	Domaine de réforme III: Développement de la juridiction constitutionnelle	278
57	Domaine de réforme IV: Unification du droit de procédure	288
58	Grands traits de la réforme proposée	292
59	Dispositions proposées et commentaire	295
	<b>Abréviations</b>	<b>309</b>
	<b>Annexe: Questionnaire sur la réforme de la Constitution</b>	<b>315</b>





# Exposé des motifs

<b>1</b>	<b>Introduction</b>	<b>blanc</b>
<b>2</b>	<b>Mise à jour du droit constitutionnel</b>	<b>blanc</b>
<b>3</b>	<b>Variantes</b>	<b>blanc</b>
<b>4</b>	<b>Réforme des droits populaires</b>	<b>bleu</b>
<b>5</b>	<b>Réforme de la justice</b>	<b>vert</b>
<b>6</b>	<b>Abréviations</b>	<b>blanc</b>
<b>7</b>	<b>Annexe: Questionnaire sur la réforme de la Constitution</b>	<b>blanc</b>

# Exposé des motifs du projet de Constitution

<b>1</b>	<b>Introduction</b>	<b>blanc</b>
<b>2</b>	<b>Mise à jour du droit constitutionnel</b>	<b>blanc</b>
<b>3</b>	<b>Variantes</b>	<b>blanc</b>
<b>4</b>	<b>Réforme des droits populaires</b>	<b>bleu</b>
<b>5</b>	<b>Réforme de la justice</b>	<b>vert</b>
<b>6</b>	<b>Abréviations</b>	<b>blanc</b>
<b>7</b>	<b>Annexe: Questionnaire sur la réforme de la Constitution</b>	<b>blanc</b>

## 11 Nécessité d'une réforme constitutionnelle

### Présenter le droit constitutionnel en vigueur

La Constitution, qui détermine l'organisation fondamentale de notre Etat, doit être rajeunie. Le fondement juridique de notre Confédération est certes toujours sain. Les éléments essentiels de notre Etat fédéral, qui a maintenant près de 150 ans, ont fait leurs preuves et ne nécessitent pas de modifications fondamentales. Mais, durant cette période, la Constitution a subi pas moins de 136 modifications, ce qui a conduit à un assemblage disparate, confus, obscur et difficilement lisible de dispositions tantôt essentielles, tantôt accessoires. En outre, la Constitution actuelle ne rend compte qu'imparfaitement du droit constitutionnel en vigueur. Un des buts essentiels de cette réforme est justement de rédiger une constitution exhaustive, compréhensible, et donc proche des citoyennes et des citoyens. Une nouvelle constitution rédigée dans la langue de notre temps favorisera l'identification des citoyennes et des citoyens avec la Constitution et donnera une nouvelle assise démocratique au droit constitutionnel en vigueur. La relation entre autorités et population ainsi que la confiance dans l'Etat en seront renforcées.

### Sauvegarder la capacité d'action de l'Etat et l'efficacité des institutions

Outre la correction des défauts formels et matériels évoqués ci-dessus, la réforme de la Constitution vise également à améliorer les conditions-cadre de l'action étatique et à renforcer les institutions de notre pays. La capacité d'action de l'Etat et le fonctionnement de nos institutions démocratiques pourront ainsi être améliorés, afin de permettre une meilleure prévisibilité de l'action étatique et, par là même, d'en renforcer la crédibilité à l'intérieur comme à l'extérieur du pays. La réforme de la Constitution nous donne l'occasion et la chance de pouvoir adapter notre loi fondamentale aux exigences de notre époque sans subir de pressions extérieures et de nous procurer la liberté d'action nécessaire. Dans le respect de nos particularités, nous voulons raffermir les bases de notre Etat afin de répondre aux défis futurs. Notre pays a besoin d'un fondement constitutionnel rajeuni pour le prochain siècle. Notre héritage politique doit être transmis aux citoyennes et aux citoyens dans une forme nouvelle. La réforme constitutionnelle jouera donc un rôle déterminant pour notre avenir.

### Le moment est venu!

Une réforme constitutionnelle de ce type, qui vise à renforcer l'efficacité de notre Etat, nous concerne tous. Une "pression populaire" en faveur d'une telle réforme n'est pas nécessaire. Il suffit d'être convaincu de la nécessité d'un changement. Dans d'autres pays, une pression populaire en faveur de réformes constitutionnelles ne s'est guère produite que dans des périodes de révolutions. Si, dans notre démocratie directe, une pression populaire se manifestait, elle devrait être interprétée comme un signe de crise. Les cantons n'ont du reste pas connu de telles pressions populaires. Pourquoi la Confédération ne devrait-elle pas être capable de réaliser, en cette fin de XXème siècle, ce que 12 cantons ont réussi ces trente dernières années: une révision de leurs constitutions?

Une réforme constitutionnelle n'a de chances de succès que si une partie aussi importante que possible de la population est confrontée au projet, et en approuve les lignes directrices. Ceci est d'autant plus important que la Constitution actuelle est devenue étrangère à de nombreuses couches de la population. Le Conseil fédéral est toutefois persuadé que les citoyennes et les citoyens de ce pays seront disposés à accepter les modifications proposées, car ils savent et ils sentent que les temps ont changé et que l'avenir nous impose de nouveaux défis. Le peuple désire une Suisse forte, consciente de sa valeur, qui sache s'affirmer dans ses rapports avec les autres Etats à l'avenir également. Nous pouvons jusqu'à un certain point être fier de cet "édifice constitutionnel" rénové et rajeuni. Une constitution nouvelle qui tient compte de l'évolution qu'a connue le droit constitutionnel depuis plus d'un siècle et qui trace la voie du futur, représente également un témoignage de notre époque.

## 12 Situation initiale et mandat parlementaire

### Le besoin de réforme

La Constitution actuelle date de 1874. Elle est le résultat de l'unique révision totale de la première Constitution de 1848, par laquelle la Suisse est devenue un Etat fédéral. Depuis lors, la Constitution n'a plus fait l'objet d'une révision totale. Toutefois, pendant ces 121 ans, le peuple et les cantons suisses ont modifié plus de 130 fois le texte d'origine. Ces révisions partielles ont produit un assemblage disparate, auquel s'est ajouté le poids des ans. La cohérence interne du texte n'existe plus. Seuls des experts arrivent encore à comprendre certaines de ses parties. Notre Constitution est devenue étrangère aux citoyennes et aux citoyens de notre pays. Ils ne la connaissent plus et ne s'y identifient plus. Dans de larges couches de la population, la Constitution ne représente plus guère la "loi fondamentale" de la Confédération helvétique. Elle a perdu en valeur et en importance. La Constitution perd ainsi toujours plus sa fonction principale, à savoir sa fonction directrice pour l'ensemble de l'action étatique.

La Suisse a donc besoin d'une nouvelle Constitution: une constitution qui traduise la réalité de notre Etat fédéral dans la langue et de notre époque et d'une manière compréhensible. Il y a près de 30 ans maintenant que l'Assemblée fédérale acceptait les motions du Conseiller aux Etats Karl Obrecht et du Conseiller national Peter Dürrenmatt, qui demandaient une révision totale de la Constitution. Trente ans de discussions d'experts et de débats politiques suffisent: nous devons terminer ce siècle encore la rénovation de notre édifice constitutionnel.

### Les travaux préparatoires pour une réforme de la Constitution

Les projets et les propositions pour une nouvelle Constitution n'ont pas manqué. Deux commissions d'experts - le groupe de travail de l'ancien Conseiller fédéral Friedrich Traugott Wahlen (1967-73) et la grande commission d'experts sous la direction du Conseiller fédéral Kurt Furgler (1973-77) - ont établi un diagnostic détaillé des vices formels et matériels de notre Constitution, envisagé des solutions et proposé un projet de nouvelle Constitution. Ce projet de Constitution, accompagné d'un rapport



explicatif, a été rendu public et mis en discussion. Il réussit à susciter, même à l'étranger, un intérêt extrêmement grand. On s'accorda à en reconnaître les mérites, même si tous ne partagèrent pas totalement ses conclusions. En particulier, les cantons et les associations économiques se montrèrent critiques à son égard.

Au regard des résultats de la procédure de consultation, le Département fédéral de justice et police retravailla le projet Furgler et établit un rapport approfondi à l'appui d'un nouveau projet - l'essai de modèle du DFJP de 1985 ("La nouvelle constitution telle qu'elle pourrait se présenter", publié dans la Feuille fédérale 1985 III 1). De son côté, le Conseil fédéral reconnut la nécessité d'une révision totale de la Constitution, mais décida pourtant de soumettre cette question à nouveau à l'Assemblée fédérale.

### L'arrêté fédéral de 1987

Après d'intenses discussions au sein des commissions parlementaires, les Chambres fédérales approuvèrent le 3 juin 1987 trois décisions procédurales importantes (cf., pour les débats et pour l'arrêté, le Bulletin officiel du Conseil des Etats 1986 783-808 et du Conseil national 1987 626-673):

#### *Art. 1*

*"La révision totale de la Constitution fédérale du 29 mai 1874 est décrétée (art. 120 cst.)."*

#### *Art. 2*

*"Le Conseil fédéral soumettra à l'Assemblée fédérale le projet d'une nouvelle constitution"*

#### *Art. 3*

*"Le projet mettra à jour le droit constitutionnel actuel, écrit et non écrit, le rendra compréhensible, l'ordonnera systématiquement et en unifiera la langue ainsi que la densité normative."*

Le Conseil fédéral a ainsi reçu le mandat d'élaborer un projet de Constitution qui présente le droit constitutionnel *actuel*, qui l'unifie et qui le rend compréhensible: le droit constitutionnel tel qu'il a évolué et tel qu'il a été appliqué pendant les quelque 150 ans de notre histoire fédérale. Le mandat parlementaire établissait clairement les principes pour la poursuite de la réforme constitutionnelle: pas de nouvel ordre étatique, car les principes essentiels de la Confédération - en particulier la structure fédérale, les institutions de notre démocratie directe, les rapports fondamentaux entre le Conseil fédéral et le Parlement, la neutralité et la solidarité en matière de politique étrangère, l'ordre social et économique - ne sauraient être considérés comme dépassés. Par contre, l'ensemble du droit constitutionnel en vigueur doit être mis à jour de manière claire, compréhensible, lisible et convaincante. Dans la mesure où le Conseil fédéral estime certaines modifications constitutionnelles nécessaires, il doit, selon les volontés du Parlement, les présenter sous forme de variantes distinctes du texte constitutionnel mis à jour.

### **Rapport avec la question de l'intégration européenne**

A la fin des années 1980, la possibilité de négociations multilatérales entre les Etats membres de l'Association européenne de libre-échange (AELE), dont la Suisse, et l'Union européenne (UE), a engendré une situation nouvelle, car la conclusion de l'Accord sur l'Espace économique européen (EEE) est devenue prioritaire. Le Conseil fédéral était d'avis que la revision constitutionnelle ne devait être poursuivie qu'après l'entrée en vigueur de l'Accord sur l'EEE.

Le peuple et la cantons ont, comme on le sait, refusé l'Accord sur l'EEE le 6 décembre 1992. Après avoir à nouveau procédé à une analyse de la situation, le Conseil fédéral est arrivé à la conclusion qu'il serait faux de faire dépendre la revision constitutionnelle de l'évolution des rapports entre la Suisse et l'UE. Il s'agit au contraire maintenant de "faire de l'ordre chez soi". Les efforts du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale pour réaliser une réforme gouvernementale et parlementaire s'inscrivent également dans ce contexte. Plusieurs interventions parlementaires, mais avant tout des demandes émanant des cantons eux-mêmes, visent à une nouvelle définition des relations entre la Confédération et les cantons. Ces différents désirs de réformes manifestent en fin de compte le besoin croissant d'une réforme des institutions étatiques.

### **La motion Josi Meier**

Dans sa motion du 28 avril 1993, la Conseillère aux Etats Josi Meier demandait au Conseil fédéral de mener à bien la revision totale de la Constitution de manière à permettre à l'Assemblée fédérale de discuter et d'adopter un projet en 1998, à l'occasion des 150 ans de notre Etat fédéral. Le Conseil des Etats a adopté la motion le 16 décembre 1993 sans opposition, et le Conseil national l'a transmise par 105 voix contre 54. D'autres interventions visent au même but. Les débats ont toutefois révélé que la mise à jour de la Constitution n'était certes que la première étape d'un vaste et long processus de réformes, mais que cette mise à jour était un préalable aux réformes futures. Le Parlement s'est en quelque sorte lui-même obligé à respecter, lors des débats, les délais ambitieux qu'il a fixés (cf. le Bulletin officiel du Conseil des Etats, 1993 1101-1106, et du Conseil national 1994 1665-1647 et 2439-2447).

## **13 La revision constitutionnelle: une procédure ouverte**

### **Le besoin de coordination**

Il est certes nécessaire de coordonner les différents projets de réformes politiques (réforme des droits populaires, réforme judiciaire, réforme du gouvernement et du parlement, réforme financière, réforme du fédéralisme). Ce serait un argument pour une revision globale sur la plan matériel de la Constitution, telle qu'elle a été conçue dans les années 1970. Le Conseil fédéral est toutefois persuadé que cette option serait vouée à l'échec. En outre, le Parlement a clairement refusé cette manière de procéder en adoptant l'arrêté fédéral de 1987, qui est toujours déterminant. Une revision totale au sens classique du terme, qui entraînerait un examen

complet et une nouvelle organisation du droit constitutionnel dans le cadre d'une unique procédure de réforme, n'est pas nécessaire à ce stade; elle dépasserait nos forces. Le temps et la volonté politique nous manquent pour une réforme de l'Etat d'une si grande envergure. Avec cette réforme constitutionnelle, il n'est pas question de résoudre d'un seul coup l'ensemble des problèmes des prochaines décennies.

#### **La réforme constitutionnelle comme "jeu de construction"**

Le Conseil fédéral est d'avis qu'une révision constitutionnelle sera plus judicieuse et aura plus de chances de succès si elle se déroule en étapes distinctes. Il s'est donc décidé à concevoir la réforme constitutionnelle comme une procédure ouverte. Une nouvelle Constitution mise à jour est toutefois la base nécessaire de réformes sur le plan matériel. C'est à cette base, comme dans un jeu de construction, que pourront s'ajouter, lorsqu'elles auront été mûries, les réformes matérielles sur des points précis ou dans des domaines plus vastes. La mise à jour a donc une importance particulière, puisqu'elle constitue un préalable juridique et politique favorable à des réformes plus vastes. La mise à jour, ainsi comprise dans le sens de l'arrêté fédéral de 1987, n'est donc pas qu'un exercice juridique délicat et difficile. Elle l'est certes aussi! Mais elle a une portée politique particulière puisque cette réforme constitutionnelle est conçue comme une procédure ouverte.

Il est certes appréciable de disposer d'une constitution facilement compréhensible et lisible et qui reflète les éléments essentiels de notre Etat. Toutefois, une simple mise à jour ne saurait satisfaire. Nous ne pouvons plus aujourd'hui nous contenter uniquement d'une présentation du droit constitutionnel en vigueur. Le besoin de réformes est devenu trop vif dans beaucoup de domaines. Une série de révisions partielles de la Constitution ne serait pas une solution satisfaisante, car les différents domaines de réformes sont étroitement liés entre eux et ne peuvent être résolus que d'une manière globale. En outre, une succession de révisions partielles aggraverait encore le caractère disparate de la Constitution.

## **14 Mise à jour de la Constitution en vigueur**

### **Lignes directrices**

L'objectif poursuivi par la mise à jour est de rendre compréhensible et lisible le droit constitutionnel en vigueur, écrit et non écrit. Une telle démarche est faite pour créer la transparence, car elle permet aux citoyens d'avoir une meilleure vue des normes fondamentales de notre Etat et d'y accéder plus facilement. La nouvelle Constitution devra donner de notre Etat une image moderne, ce qui n'est aujourd'hui, dans une large mesure, plus le cas. La Constitution est quelquefois muette là où elle devrait se prononcer, tandis qu'ailleurs le texte constitutionnel est parfois devenu ambigu ou a perdu sa signification. Il devient ainsi impossible de saisir la réalité de notre Etat.

La mise à jour s'est attachée à laisser s'exprimer dans le nouveau texte les éléments qui nous tiennent à coeur et qui ont fait leurs preuves. Là où cela s'est avéré possible et judicieux, dans le contenu et dans les notions

utilisées, nous avons jeté des ponts entre l'ancien et le nouveau texte. Nous avons renoncé à faire du modernisme à tout prix. Les citoyens peuvent ainsi mieux s'identifier à la loi fondamentale de leur communauté politique.

### **Difficultés**

Une mise à jour représente davantage qu'une performance juridique et technique ou un exercice de rédaction. Elle pose de délicats problèmes d'appréciation et d'évaluation, lorsqu'il s'agit, par exemple, d'identifier et de prendre la mesure du droit constitutionnel non écrit, de ramener du droit constitutionnel au niveau de la loi ou à l'inverse d'élever des dispositions légales au rang de dispositions constitutionnelles. Ces difficultés ont été résolues avec un soin et une retenue particuliers. Le critère qui a présidé à chaque choix a été celui de la constance de la pratique suivie par les autorités de référence que sont l'Assemblée fédérale, le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral. Il a été tenu compte des avis de la doctrine dans la mesure où ceux-ci jouissent véritablement d'une reconnaissance générale et solide.

### **Intérêt politique**

En réécrivant l'ensemble du droit constitutionnel en vigueur, la mise à jour met en évidence le contenu normatif positif du droit constitutionnel non écrit et le projette ainsi dans la conscience politique des citoyens. Elle offre l'occasion de donner expressément à toutes les parties du droit constitutionnel une légitimation et une consécration démocratiques qui faisaient parfois défaut. Ainsi, par exemple, les droits fondamentaux et le droit international, que ce soit dans la jurisprudence ou les conventions internationales conclues par la Suisse, se sont développés sans l'approbation expresse du souverain. Les critères selon lesquels les traités internationaux sont soumis au référendum ne sont en partie pas satisfaisants (cf. p. ex. le Pacte II de l'ONU et la Charte sociale européenne). C'est pourquoi il est primordial sur le plan politique, mais aussi du point de vue de la démocratie, d'offrir une base solide au développement du droit constitutionnel. La consultation du peuple sur l'intégralité du droit constitutionnel en vigueur devrait contribuer à "affermer l'alliance des confédérés", pour reprendre les termes du préambule actuel, ainsi qu'à renouveler cette alliance, ce qui représente sans aucun doute une entreprise digne du 150ème anniversaire de l'Etat fédéral.

Toute chose qui n'est pas renouvelée de temps à autre perd de sa substance, même si elle a fait ses preuves. La teneur matérielle de la Constitution ne s'en trouve pas modifiée pour autant, mais sa substance, grâce à la mise à jour, se fait plus visible et prend une autre valeur. C'est ainsi que la mise à jour contribue à renforcer notre environnement institutionnel, la capacité de manoeuvre des organes de l'Etat et, par là, la crédibilité de l'action de l'Etat.



### **Mise à jour et domaines de réforme**

Une révision constitutionnelle qui se veut ouverte ne doit pas fixer une fois pour toutes les réformes à réaliser. Certaines réformes sont plus avancées que d'autres. Les projets de réforme arrivés à maturité peuvent être réalisés en parallèle avec la mise à jour, d'autres suivront plus tard. Actuellement, le Conseil fédéral a en point de mire le renouvellement des droits populaires et la réforme de l'organisation judiciaire au niveau fédéral, deux domaines dans lesquels le besoin de réforme est urgent et manifeste. C'est pourquoi le Conseil fédéral soumet à l'attention du public un train de propositions de réforme pour chacun de ces domaines. Il entend ainsi concentrer les réformes prioritaires. A l'échéance de la procédure de consultation, il examinera à nouveau la situation sur la base des résultats obtenus et prendra la décision soit de ne soumettre aux Chambres fédérales que le projet de Constitution mise à jour, soit de le compléter par des propositions de réformes matérielles. La question peut aujourd'hui rester ouverte de savoir si les propositions de réforme du Conseil fédéral iront au-delà du domaine des droits populaires et de la justice pour s'étendre à ceux du Gouvernement, du Parlement et du fédéralisme. Le Conseil fédéral prendra sa décision en fonction du degré d'avancement des travaux dans la perspective de la discussion au Parlement au moment où il adoptera son message. Il n'est pas impossible que de nouveaux domaines de réforme soient mis en discussion au cours des débats parlementaires.

### **Péréquation financière et réforme du fédéralisme**

Si l'on excepte les droits populaires et la réforme de la justice, le Conseil fédéral entend se limiter à présenter une mise à jour de la Constitution en vigueur. C'est pourquoi le projet de Constitution présenté ici ne contient pas d'innovations matérielles en matière de péréquation financière (article 114), en dépit du fait qu'au milieu de l'année dernière, conscient des lacunes du système de péréquation financière en vigueur, le Conseil fédéral a chargé un groupe de travail composé de représentants de la Confédération et des cantons de revoir entièrement la réglementation en la matière. Les grandes lignes de cette nouvelle réglementation devront être présentées au Conseil fédéral d'ici à la fin de l'année 1995. Les premières mises en consultation politiques sont prévues pour le début de l'année 1996.

L'objectif premier du nouvel ordre de péréquation financière est de donner un coup de fouet au fédéralisme en renforçant le sens des responsabilités des cantons et leur capacité de financement propre. En conséquence, la nouvelle réglementation touchera la Constitution sous deux angles: elle offrira une base nouvelle à la péréquation financière entre la Confédération et les cantons, ainsi qu'entre les cantons, prise dans son sens le plus étroit. Mais, dans certains domaines, elle postulera également une nouvelle répartition des tâches entre la Confédération et les cantons. On peut donc d'ores et déjà prévoir qu'un nouvel ordre de péréquation financière nécessitera à moyen terme des modifications de la Constitution. Celles-ci pourront être présentées sous forme d'objet séparé ou dans le cadre de la réforme du fédéralisme en cours. En effet, un groupe de travail formé par les cantons, mais dans lequel la Confédération est également représentée, s'occupe de la réforme du fédéralisme.

## 15 Nouveautés ponctuelles ("variantes")

### Propositions de variantes à la Constitution fédérale mise à jour

Lors de l'adoption en 1987 de l'arrêté parlementaire relatif à la révision constitutionnelle, le Parlement a clairement encouragé le Conseil fédéral à proposer des modifications matérielles ponctuelles à côté du texte constitutionnel mis à jour. Pour des raisons de transparence, elles doivent prendre la forme de variantes. Dans le cadre de la réforme de la Constitution, nous saisissons cette opportunité et nous mettons en discussion publique quatre variantes. Nous nous sommes volontairement limités à quelques variantes "politiques", qui répondent à une préoccupation de réforme politique reconnue.

Les variantes proposées doivent avoir un effet d'intégration et visent avant tout à améliorer les conditions-cadre institutionnelles de notre Etat fédéral, sans ébranler l'équilibre des compétences entre la Confédération et les cantons. Elles sont donc régies par les mêmes principes que la réforme constitutionnelle, dont elles constituent un élément. Ces variantes représentent - en plus des deux grands domaines de réforme - un complément nécessaire à la mise à jour du droit constitutionnel actuel. Nous montrons de cette manière que nous accordons la plus grande attention au mandat qui nous a été donné de réaliser la mise à jour de la Constitution en respectant le principe de transparence. Les variantes ont encore pour but de démontrer la capacité de renouvellement de notre droit constitutionnel dans le contexte d'un concept élargi de mise à jour, ainsi que dans la perspective de la suite de la réforme constitutionnelle.

### Quatre propositions de variantes

Les propositions de variantes qui vous sont soumises concernent les points suivants (cf. chif. 3 pour le texte des variantes avec les commentaires correspondants) :

- la participation des cantons à la politique extérieure de la Confédération
- les modifications de territoire facilitées entre les cantons
- le principe de la publicité dans l'administration fédérale
- la protection du secret de rédaction

Nous n'avons pas, en l'état actuel, pris en considération d'autres variantes discutées au sein de l'administration. Elles concernaient notamment la suppression de l'article sur les évêchés, l'introduction d'un article sur les villes, l'introduction d'un article sur la jeunesse, une disposition sur l'intégration des étrangers et un article sur les partis. En se limitant aux quatre variantes ci-dessus, le Conseil fédéral n'entend toutefois pas exclure que d'autres modifications ponctuelles soient finalement introduites dans le projet de Constitution à un stade ultérieur, par exemple dans le message destiné à l'Assemblée fédérale. Ceci dépendra également du résultat de la procédure de consultation.

### **Rapports avec le projet de revision partielle des dispositions constitutionnelles relatives à l'Assemblée fédérale**

La commission des institutions politiques du Conseil national a soumis à l'Assemblée fédérale le 21 octobre 1994 un projet de revision partielle des dispositions constitutionnelles relatives à l'Assemblée fédérale (FF 1995 I 1113). Dans le cadre de la procédure de consultation menée en été 1994, ces propositions ont rencontré un écho presque entièrement positif parmi les partis et les cantons. Ces propositions concernent notamment les incompatibilités (par ex. interdiction de l'élection d'ecclésiastiques au Conseil national), l'élection à la présidence des Conseils, l'indemnisation des membres du Conseil des Etats par la Confédération au lieu des cantons, les commissions, et le rattachement des Services du Parlement à l'Assemblée fédérale. Dans la mesure où ces propositions dépassent le cadre d'une simple mise à jour, et pour des raisons de transparence, elles ne pouvaient par conséquent pas figurer dans le texte mis à jour. On peut toutefois admettre qu'elles y seront intégrées lors d'une phase postérieure de la revision totale.

## **16 Réforme des droits populaires**

### **Réforme, renforcement et revitalisation des droits populaires: voter sur l'essentiel et maintenir la substance**

Les droits populaires font partie de l'essence de l'identité suisse. Ils caractérisent de manière déterminante la Suisse et façonnent également son image à l'étranger. Sans eux, l'histoire de notre pays aurait peut-être, et même vraisemblablement, connu un déroulement très différent. Depuis quelque temps, ils suscitent même un engouement nouveau puisque la moitié de tous les projets soumis au peuple depuis la création de l'Etat fédéral l'ont été au cours de ces 30 dernières années. Parallèlement, l'intérêt des citoyens à une participation directe aux affaires publiques et aux questions politiques décisives n'a cessé de croître. Les taux de participation ont, ces dernières années, à nouveau clairement augmenté par rapport à autrefois (avec un taux de participation d'env. 50 % durant la présente législature). Simultanément, il apparaît de plus en plus manifeste qu'une réforme est, dans une certaine mesure, nécessaire.

D'une part, notre Constitution ne prévoit pas la possibilité pour le peuple de participer à certains objets dont l'enjeu est important. D'autre part, il est indéniable que nos droits populaires, conçus au siècle passé pour les besoins et selon les données de l'époque, ne correspondent plus aux exigences actuelles s'agissant de l'action et du fonctionnement d'un Etat moderne. La crédibilité et la prévisibilité de notre politique - qui constituent les grands atouts de notre pays dans les relations internationales - ont diminué. Pour cette raison, nous avons pour tâche et pour mission d'examiner les possibilités de maintenir et de revitaliser la substance des droits populaires tout en les développant pour satisfaire aux exigences d'un Etat tel que nous le concevons à la fin du XXe siècle. Il va de soi que toute réforme dans ce domaine aura d'importantes répercussions au niveau politique.

### **Train de mesures équilibré**

En raison de ce qui précède, ces réformes doivent être abordées avec circonspection et tenir compte du contexte politique. Il ne saurait être question de réduire simplement les droits de participation du peuple, ni de les étendre fondamentalement. Les réformes proposées visent beaucoup plus à remodeler, à renforcer et à affiner les droits populaires. L'objectif de la réforme consiste ainsi à créer, dans le cadre d'un train de mesures global, un nouvel équilibre et à étendre les possibilités d'ajustement de nos instruments démocratiques à chaque situation. Dans ce domaine, l'ensemble des réformes doit présenter un système équilibré et intelligible pour les citoyens. Il s'agit ainsi de retrouver une certaine pondération entre une participation par représentation et une participation démocratique directe à la gestion de notre Etat. Finalement, l'objectif est d'assurer pour l'avenir le fonctionnement et la crédibilité de notre démocratie directe.

### **Commission d'experts "Droits populaires"**

Les propositions de réforme dans le domaine des droits populaires se fondent sur les travaux d'une commission d'experts présidée par le professeur de droit constitutionnel Jean-François Aubert, de Neuchâtel. Cette commission, qui a travaillé de manière particulièrement intensive, a procédé à un examen d'ensemble et à une évaluation de notre système des droits populaires. L'analyse et les conclusions de ces travaux, comprenant des propositions, ont été consignées dans un rapport qui a servi de base de discussion principale au Département fédéral de justice et police (DFJP) et au Conseil fédéral. Il va de soi que le Chef du DFJP s'est réservé le droit de porter dans certains secteurs une appréciation politique différente de celle de la commission d'experts, même s'il a suivi les propositions de la commission sur les points les plus importants.

### **Innovations dans le domaine des droits politiques**

Les propositions de réforme principales du DFJP que le Conseil fédéral entend mettre en discussion dans le public concernant les droits populaires sont les suivantes:

- **Introduction d'une initiative populaire générale.** En vertu de celle-ci, 100'000 citoyens peuvent exiger, sous la forme d'une proposition générale, l'adoption ou l'abrogation d'une ou de plusieurs dispositions constitutionnelles ou légales. Cette solution permet de disposer dorénavant d'une initiative populaire, sous forme de proposition générale, qui vaudra également pour le niveau législatif.
- **Possibilité pour l'Assemblée fédérale d'opposer dans un seul vote référendaire deux propositions alternatives.** Dans les cas où l'Assemblée fédérale recourt à cette procédure, elle offre aux citoyens, en présence de questions délicates, la faculté de choisir entre deux propositions. On renonce par contre à introduire le "référendum constructif", car une réglementation nouvelle de ce genre créerait trop de problèmes non encore résolus.
- **Introduction d'un référendum facultatif administratif et financier.** En vertu de celui-ci, un tiers des membres des deux conseils peuvent de-



mander que les décisions importantes sur le plan technique ou financier, comme celles, par exemple, qui concernent des concessions relatives à des installations de grande importance ou qui portent sur de grosses dépenses et qui ne peuvent être arrêtées dans une loi ou dans le cadre du budget, soient soumises au vote du peuple. Cette proposition étend de manière importante les droits de participation du peuple. La Constitution prévoit expressément certaines exceptions.

- **Elargissement du référendum facultatif sur les traités internationaux.** Il s'agit là d'un renforcement des droits populaires dans le domaine international. Cette innovation devrait permettre de familiariser davantage la population avec la politique étrangère. A l'avenir, les traités internationaux qui nous obligent directement ou indirectement à légiférer doivent être soumis au référendum. Le peuple doit ainsi pouvoir se prononcer avant que les engagements de droit international NE soient conclus, et non seulement - comme c'est le cas aujourd'hui - au moment d'introduire les obligations qui en découlent dans le droit national. Un tel déplacement en amont de la participation du peuple permet de **renoncer à soumettre au référendum la transposition d'un traité dans le droit national**, pour autant toutefois que cette transposition soit la conséquence nécessaire de ce traité. Il sera toujours possible de faire voter le peuple a posteriori par le biais de l'initiative populaire générale.
- **Possibilité pour l'Assemblée fédérale de soumettre au peuple et aux cantons simultanément plusieurs initiatives portant sur le même objet.** Cette innovation entend répondre à la multiplication des initiatives populaires distinctes, souvent contradictoires mais portant sur le même objet, telles que, par exemple, les initiatives dans le domaine de la drogue, de la politique européenne, de la politique agricole ou de l'AVS. Pour le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale, mais également pour le souverain, il serait important que toutes ces initiatives puissent être soumises au vote le même jour pour éviter d'éventuels résultats contradictoires.
- **Augmentation du nombre de signatures requises pour le référendum facultatif (100'000 signatures) ainsi que pour l'initiative tendant à une révision partielle ou totale de la Constitution (200'000 signatures).** Le même nombre de signatures est exigé pour la nouvelle initiative populaire générale que pour le référendum législatif; en effet, dans de nombreux cas, cette nouvelle initiative populaire concernera également la matière législative et constituera, à dessein, une sorte de référendum législatif a posteriori. L'augmentation du nombre de signatures requises s'impose pour des motifs démographiques. En particulier, il est aujourd'hui devenu trop facile de recourir au référendum législatif et cela entrave considérablement la capacité d'action de l'Etat. Il est conforme au principe de proportionnalité d'exiger au moins 100'000 signatures – sur 4,6 millions de citoyens actifs – pour soumettre au peuple une loi adoptée par le Parlement. Il en va de même d'une augmentation du nombre de signatures à 200'000 pour demander la modification de la Constitution. Une telle solution permettra d'ailleurs de conserver le rapport existant actuellement entre l'initiative et le référendum.
- **L'affirmation claire, dans le texte constitutionnel, du principe - déjà reconnu aujourd'hui - de la primauté du droit international sur le droit**

interne. Le Conseil fédéral, l'Assemblée fédérale et le Tribunal fédéral et la majeure partie de la doctrine reconnaissent depuis longtemps ce principe; il garantit la crédibilité de notre pays sur le plan de la politique étrangère et conditionne le respect par nos partenaires de leurs engagements. Le principe n'exclut pas qu'au moment de l'application du droit, il puisse y avoir des cas où, après pondération des intérêts nationaux et internationaux en présence, certaines raisons commandent de faire primer les intérêts du pays. C'est pourquoi la clause de primauté telle qu'elle est proposée n'est pas accompagnée d'une règle de sanction. On prévoit toutefois que le Tribunal fédéral pourra refuser d'appliquer dans un cas d'espèce une disposition de la législation suisse qui serait contraire au droit international.

- **Consécration du principe selon lequel les initiatives populaires qui violent les règles impératives du droit international sont nulles.** Ce principe correspond à la pratique du Tribunal fédéral et de l'Assemblée fédérale selon laquelle une initiative doit être déclarée nulle dans certains cas exceptionnels, par exemple lorsqu'elle viole l'interdiction de la torture. L'invalidation totale ne peut être prononcée que si aucune solution moins grave (invalidation partielle) n'est possible. Contrairement à la réglementation actuelle, il appartiendra au Tribunal fédéral de se prononcer sur la nullité éventuelle d'une initiative populaire, car cette question relève, ou devrait relever, du domaine juridique et non du domaine politique. Le Tribunal fédéral est, dans ce cas, beaucoup mieux placé pour se prononcer que l'Assemblée fédérale. Le Tribunal fédéral a déjà aujourd'hui une compétence similaire s'agissant des initiatives populaires en matière cantonale. Cette expérience montre que la crainte, partiellement entretenue, d'une politisation du Tribunal fédéral est injustifiée. Enfin, on doit s'attendre à ce que les cas où cette innovation devrait s'appliquer soient rares en pratique.

## 17 Réforme de la justice

### **Juridiction du Tribunal fédéral, protection juridique, droit procédural**

Une réforme urgente est également nécessaire dans le domaine de la "justice", terme qui doit être compris dans le sens large où l'entend la procédure fédérale. Compte tenu de la surcharge chronique du Tribunal fédéral, il est nécessaire de procéder à des modifications structurelles, si nous ne voulons pas être contraints d'augmenter le nombre des juges fédéraux, ce qui ne constituerait qu'une solution provisoire, et dont l'efficacité n'est qu'apparente. L'idée centrale de cette réforme consiste à assurer le fonctionnement et la qualité de la jurisprudence du Tribunal fédéral. En tant que Cour suprême, le Tribunal fédéral a au moins trois missions à remplir: assurer une protection juridique effective, garantir l'unité du droit et contribuer au développement de ce dernier. Or, ces missions, il ne parvient plus à les assumer de façon optimale dans les périodes de surcharge persistante. Les difficultés de fonctionnement de notre Cour suprême sont de plus en plus nombreuses. Une telle situation implique que l'on prenne aujourd'hui des mesures efficaces pour permettre de la décharger.

On ne peut plus nier aujourd'hui que notre système de protection juridique est lacunaire. Au regard de l'accroissement considérable des compétences

fédérales au cours des dernières décennies, il n'est plus possible de défendre avec conviction l'idée que les actes législatifs les plus importants de la Confédération soient totalement exclus du contrôle judiciaire. On se trouve aujourd'hui dans la situation paradoxale où, dans une contestation suisse, les juges de la CEDH ont davantage de pouvoirs de décision que nos juges fédéraux à Lausanne. Par ailleurs, une garantie d'accès au juge fait presque complètement défaut dans le domaine des droits politiques de la Confédération.

Enfin, une harmonisation dans le domaine du droit de procédure est de plus en plus nécessaire. 26 lois de procédure (27, en droit civil, avec la loi fédérale; 29, en droit pénal, avec les 3 lois fédérales) ne sont plus conformes aux exigences de notre époque. Au regard de l'enchevêtrement de plus en plus marqué de nos sociétés, les désavantages d'un tel système apparaissent toujours plus nettement. En particulier, l'actuel morcellement du droit fait obstacle à une lutte efficace contre le crime organisé et la criminalité économique. Pour cette raison, divers cantons ont déjà demandé une unification des droits de procédure pénale.

#### **Commission d'experts "Réforme de la justice"**

Pour examiner en détail l'ensemble du système de l'organisation judiciaire fédérale au regard de la Constitution, le Chef du DFJP a institué une commission d'experts placée sous la direction du professeur Walter Kälin, de Berne. Cette commission d'experts a examiné de manière très approfondie les questions qui lui étaient posées et a soumis au Chef du DFJP un rapport complet en formulant un certain nombre de propositions de réforme. Ce rapport a également servi de base de discussion au Conseil fédéral. Comme dans le cas du rapport de la commission d'experts "Droits populaires", le Chef du DFJP a également approuvé dans son principe le rapport de la commission dans le domaine de la "Réforme de la justice"; il a toutefois porté une appréciation différente sur les propositions de réforme selon les secteurs.

#### **Innovations dans le domaine de la procédure fédérale**

Les propositions de réforme et les innovations les plus importantes dans le domaine de la "justice" sont les suivantes:

- **Création d'autorités judiciaires inférieures au Tribunal fédéral dans la mesure où celles-ci n'existent pas encore.** Le Tribunal fédéral ne devrait en principe plus trancher en tant que première instance judiciaire. Cela implique le développement des autorités judiciaires en matière de juridiction administrative fédérale et la création d'un tribunal pénal fédéral qui jugerait en première instance. Les cantons devraient également être tenus de créer des autorités judiciaires dans le domaine du droit administratif cantonal.
- **Création d'une base constitutionnelle permettant de limiter l'accès au Tribunal fédéral et, à titre de compensation, consécration dans la Constitution d'une garantie d'accès à un tribunal.**

Il est proposé que le texte constitutionnel soit conçu de façon à laisser au législateur une certaine marge de manoeuvre qui lui permette d'in-

roduire des limitations d'accès et, le cas échéant, de les définir (p. ex. procédure d'admission ou procédure d'examen préalable). Le Tribunal fédéral doit avant tout s'occuper de contestations portant sur des questions de principe. Dans ce cadre, la formulation proposée garantit qu'en tout état de cause les contestations exposant une partie à un désavantage important sur le plan objectif et subjectif continuent à être jugées par le Tribunal fédéral. Des exceptions justifiées à la garantie des voies de droit sont envisageables (p. ex. actes gouvernementaux ou parlementaires non justiciables).

- **Introduction de la juridiction constitutionnelle dans des cas d'application concrets.** Le Tribunal fédéral devrait être habilité à examiner la conformité aux droits constitutionnels et au droit international d'une décision ou d'un jugement rendus en application d'une norme législative. Il pourrait donc, dans un cas concret, refuser d'appliquer la norme contraire à la Constitution. On renonce par là à un contrôle abstrait des normes, difficile à concilier avec notre système politique. On propose un système centralisé dans lequel seul le Tribunal fédéral est habilité à examiner les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale et on renonce à créer une cour constitutionnelle supérieure distincte du Tribunal fédéral, comme on en trouve par exemple en Allemagne ou en Autriche. En effet, un tel système aurait pour conséquence une complication et un allongement indésirable de la procédure et susciterait également un certain nombre de réserves dans le cadre de notre système politique.
- **Unification du droit de procédure pénale; harmonisation du droit de procédure civile.** Il y a lieu d'attribuer à la Confédération la compétence d'unifier totalement ou partiellement le droit de procédure pénale. Par contre, en droit civil, les besoins portent avant tout sur l'harmonisation des prescriptions de procédure, par exemple par le biais de dispositions-cadres. L'organisation judiciaire en matière de droit pénal et civil demeure de la compétence des cantons.

## 18 Déroulement des travaux et questions de procédure

La discussion publique sur le projet de nouvelle Constitution fédérale, sur les variantes, ainsi que sur les propositions de réforme dans les domaines des "droits populaires" et de la "justice" durera jusqu'à fin février 1996. Le DFJP procédera ensuite à une récapitulation des avis exprimés et à une première évaluation de la consultation à l'intention du Conseil fédéral. Sur la base de ces résultats, le Conseil fédéral décidera, en été 1996, de la suite à donner aux travaux relatifs à cette réforme de la Constitution, et il chargera le DFJP d'élaborer le projet du message qu'il adressera aux Chambres fédérales. C'est seulement lors de l'adoption de ce message, vraisemblablement en automne 1996, que le Conseil fédéral se déterminera, à titre définitif, sur le projet de mise à jour de la Constitution fédérale. C'est à ce moment-là également qu'il dira si et comment il entend compléter cette mise à jour par des variantes ponctuelles, par les domaines de réforme proposés ainsi que, le cas échéant, par d'autres réformes.

A l'heure actuelle, la question de savoir selon quelles modalités l'on votera sur le projet de nouvelle Constitution fédérale est encore ouverte.



D'après la Constitution en vigueur, la nouvelle Constitution doit être soumise, dans son entier et donc en une fois, à l'adoption ou au rejet du peuple et des cantons. Le Conseil fédéral est d'avis que les "règles du jeu" fixées par la Constitution actuelle ne doivent pas être changées. Cette opinion est partagée par les Commissions des institutions politiques de l'Assemblée fédérale. Le Conseil fédéral a donc renoncé à proposer une modification des dispositions constitutionnelles relatives aux modalités de vote actuellement en vigueur.

Si le Conseil fédéral n'envisage pas de remanier en profondeur les "règles du jeu" relatives à la votation, on pourrait néanmoins songer à modifier, dans les limites du droit constitutionnel en vigueur, certaines des dispositions de procédure existant au niveau de la loi, en vue d'en préciser les modalités. Le Conseil fédéral approfondira cette question lors de l'élaboration du message, et il formulera, le cas échéant, des propositions sur le genre et l'étendue des modifications matérielles souhaitables.

Si le Conseil fédéral renonce en principe à modifier les "règles du jeu" pour la votation relative à la présente réforme, cela n'exclut pas que, dans la perspective de revisions futures, il propose à l'Assemblée fédérale de modifier les dispositions relatives à la revision de la Constitution, ainsi que l'ont fait plusieurs cantons qui viennent de procéder à une réforme de leur propre Constitution. Certains d'entre eux ont ainsi introduit la possibilité de former des "paquets" de revisions constitutionnelles, qui peuvent être soumis à la votation simultanément ou de manière échelonnée. Quelques Constitutions cantonales prévoient également la possibilité de voter sur des questions de principe ou sur des variantes. Dans le message qu'il adressera au Parlement, le Conseil fédéral examinera de manière approfondie s'il convient, dans la perspective de revisions futures, d'introduire de tels assouplissements des modalités de vote à l'échelon fédéral.

Dans certains cantons, la Constitution prévoit aussi qu'avant de s'engager sur la voie d'une revision totale de la Constitution, il y a lieu de soumettre au peuple la question de principe de savoir s'il souhaite une telle revision. Procéder de la sorte à l'échelon fédéral nécessiterait une revision préalable de la Constitution, à laquelle le Conseil fédéral a également décidé de renoncer en l'occurrence. Une telle manière de procéder conduirait à retarder inutilement la réforme de la Constitution en cours. Elle serait, de surcroît, ressentie comme inopportune, l'Assemblée fédérale ayant pris une décision de principe à cet égard en 1987. Après quelque 30 ans de travaux préparatoires, le Conseil fédéral a donc préféré tout mettre en oeuvre pour qu'une réforme de la Constitution puisse être soumise à la décision du peuple et des cantons avant la fin du siècle.

C'est encore et principalement pour cette raison que le Conseil fédéral et les Commissions des institutions politiques des Chambres fédérales ont renoncé à la création d'un Conseil constitutionnel. La mise en place d'un tel organe aurait nécessité, elle aussi, une revision préalable de la Constitution, car le texte en vigueur n'en prévoit point. Il aurait ainsi fallu régler tout d'abord des questions délicates touchant l'organisation de cette institution, par exemple le choix d'un système uni- ou bi-caméral, le nombre de membres, les incompatibilités, etc. En outre, la coexistence, pendant plusieurs années, de l'Assemblée fédérale et d'un Conseil constitutionnel

n'aurait pas été sans poser des problèmes. On a aussi tenu compte du fait que l'Assemblée fédérale dispose, de par son caractère permanent, d'une meilleure connaissance de la matière et d'une plus grande expérience. Toutes ces raisons ont conduit à renoncer à la création d'un Conseil constitutionnel. Il appartiendra à l'Assemblée fédérale de s'organiser de manière à pouvoir maîtriser les tâches supplémentaires qui lui incomberont, afin qu'un projet de nouvelle Constitution susceptible d'être soumis à la votation puisse être adopté en 1998 - année commémorative de la naissance de l'Etat fédéral -, conformément à la motion déposée par Mme Josi Meier.

# Exposé des motifs

<b>1</b>	<b>Introduction</b>	<b>blanc</b>
<b>2</b>	<b>Mise à jour du droit constitutionnel</b>	<b>blanc</b>
<b>3</b>	<b>Variantes</b>	<b>blanc</b>
<b>4</b>	<b>Réforme des droits populaires</b>	<b>bleu</b>
<b>5</b>	<b>Réforme de la justice</b>	<b>vert</b>
<b>6</b>	<b>Abréviations</b>	<b>blanc</b>
<b>7</b>	<b>Annexe: Questionnaire sur la réforme de la Constitution</b>	<b>blanc</b>

# Exposé des motifs du projet de Constitution

<b>1</b>	<b>Introduction</b>	<b>blanc</b>
<b>2</b>	<b>Mise à jour du droit constitutionnel</b>	<b>blanc</b>
<b>3</b>	<b>Variantes</b>	<b>blanc</b>
<b>4</b>	<b>Réforme des droits populaires</b>	<b>bleu</b>
<b>5</b>	<b>Réforme de la justice</b>	<b>vert</b>
<b>6</b>	<b>Abréviations</b>	<b>blanc</b>
<b>7</b>	<b>Annexe: Questionnaire sur la réforme de la Constitution</b>	<b>blanc</b>



## 21 Une marge de manoeuvre limitée

A l'inverse des tentatives précédentes visant à la revision totale de la Constitution fédérale, lesquelles avaient pour objectif de refaçonner intégralement le droit constitutionnel fédéral, le projet présenté ici ne fait que reprendre fidèlement le droit constitutionnel en vigueur, écrit et non écrit, ce qui correspond au mandat du Parlement de 1987. Les Commissions Wahlen et Furgler, qui ont donné leur empreinte au projet de Constitution de 1977, avaient au contraire eu pour mission, comme le demandaient les motions du Conseiller aux Etats Karl Obrecht et du Conseiller national Peter Dürrenmatt de 1965, de suivre les préoccupations politiques d'alors, dans l'esprit que "les fondements de notre Etat fédéral, dans le domaine des idées et des institutions, n'étaient plus suffisants et qu'il était nécessaire de procéder à une revision approfondie et à une large adaptation pour répondre aux besoins du futur" (cf. Rapport du Conseil fédéral du 6 novembre 1985, p. 55). Le projet de Constitution présenté ici s'appuie certes sur les travaux précédents, mais ne doit justement pas, parce que les circonstances ne sont plus les mêmes, être jugé à l'aune de telles exigences politiques.

## 22 Portée de la mise à jour

Conformément à l'art. 3 de l'arrêté fédéral du 3 juin 1977, le projet de Constitution "mettra à jour le droit constitutionnel actuel, écrit et non écrit, le rendra compréhensible, l'ordonnera systématiquement et en unifiera la langue ainsi que la densité normative". Cela représente plus qu'une simple revision formelle de la Constitution fédérale qui se limiterait à un remaniement du texte sur le plan linguistique et systématique. Il s'agit de reformuler l'ensemble des dispositions, d'élaguer le texte en le débarrassant des dispositions devenues désuètes et des dispositions mineures qui ne méritent pas de figurer dans la Constitution, et, enfin, de combler les lacunes. Le droit constitutionnel matériel issu de la pratique des autorités fédérales, particulièrement de celle du Tribunal fédéral, ainsi que de la doctrine juridique et du développement du droit international, doit trouver sa place dans le texte écrit de la Constitution. Cela correspond en tout cas au voeu des Chambres fédérales (cf. BO CN 1986 783 ss et CE 1987 626ss).

Les travaux préparatoires, ainsi que les débats lors des séances de commission et du plénum du Conseil des Etats (Conseil prioritaire) permettent de circonscrire précisément la signification et la portée de l'art. 3: le projet du Conseil fédéral doit combler les lacunes de la Constitution en vigueur par une mise à jour fidèle à la réalité (cf. à ce propos l'article intitulé "Realitätsbezogene Verfassungsreform" de Kurt Eichenberger paru dans la NZZ du 12 mai 1986). Le droit constitutionnel doit être codifié dans son intégralité et son actualité, de manière uniforme, systématique, claire et compréhensible. On veillera toutefois à maintenir les structures de base de l'ordre constitutionnel actuel et à rapprocher le projet autant que possible de l'état du droit positif.

## 23 Comblent les lacunes formelles et matérielles

La Constitution fédérale actuelle a de grandes lacunes. Nul ne l'ignore et chacun s'y résigne; la pratique juridique connaît ces imperfections et s'en accomode. Pourtant la nécessité d'un nouvel ordre constitutionnel s'impose en raison des améliorations essentielles qu'il permet d'apporter:

- des expressions et des tournures démodées sont remplacées par des formulations plus actuelles et ainsi rendues plus compréhensibles;
- l'uniformité de la langue, qui s'était perdue au fil des nombreuses révisions partielles et des traductions dans les trois langues officielles, est rétablie;
- les articles de la Constitution fédérale sont numérotés de façon suivie;
- les différentes matières de la Constitution fédérale, qui ne suivent aujourd'hui aucune structure claire, ni aucun ordre systématique, peuvent être réordonnées plus proprement et plus finement;
- des dispositions devenues sans objet ou désuètes peuvent être supprimées sans regret, tandis que des dispositions démodées sont actualisées;
- des dispositions d'importance secondaire peuvent être retirées de la Constitution et renvoyées au niveau de la loi;
- des lacunes peuvent être comblées (p. ex. dans la partie relative aux droits fondamentaux), des dispositions complétées (p. ex. les dispositions sur la collaboration entre la Confédération et les cantons) ou enrichies (p. ex. les règles définissant les buts et l'organisation de la Confédération);
- la densité normative est unifiée et la répartition des compétences dans l'Etat fédéral réordonnée systématiquement;
- le droit constitutionnel est mis au diapason de la réalité constitutionnelle (p. ex. concernant l'Etat social, l'aide au développement, la politique d'encouragement à la culture, la pratique en matière de délégation et la conclusion des traités internationaux).

## 24 Portée juridique

Si l'on suit les intentions de ses auteurs, la réforme constitutionnelle doit refléter la réalité en s'inspirant des usages bien établis et qui ont fait leurs preuves; elle doit également faire le lien, dans sa teneur, son texte et son style, entre l'ancien et le nouveau, afin de permettre aux citoyens de s'identifier à leur Constitution et de renouer avec la tradition. Mais même s'il ne s'agit finalement que de présenter le droit constitutionnel actuel, tel que la doctrine et la pratique le comprennent, l'appliquent et l'interprètent, sous un jour nouveau, il ne faut pas exclure l'éventualité que la mise à jour ait des incidences juridiques importantes et qu'elle entraîne des déplacements dans les priorités:

- il n'est pas possible d'arrêter une fois pour toutes quelles dispositions méritent d'être ancrées dans la Constitution, à savoir quelles dispositions constitutionnelles doivent être renvoyées au niveau de la loi et quelles dispositions doivent être élevées au rang de dispositions constitutionnelles. Tout dépend de la manière dont on comprend la notion de

Constitution (étendue, densité, style) et de l'appréciation qu'on porte sur l'état du droit actuel (force juridique, "caractère" constitutionnel). Il n'est déjà pas facile d'identifier le droit constitutionnel en vigueur. Le projet de Constitution présenté ici tente de rendre l'état du droit en vigueur avec soin et dans son intégralité, mais c'est au Constituant qu'il appartiendra toujours, en dernier ressort, de modeler la Constitution.

- les dispositions constitutionnelles qui sont renvoyées au niveau de la loi perdent leur force juridique constitutionnelle et leur existence n'est plus garantie par la procédure qualifiée applicable aux revisions constitutionnelles. Il en va de même, mais avec l'effet inverse, lorsque des dispositions légales en vigueur sont élevées au rang de droit constitutionnel.
- l'ordonnance nouvelle des dispositions constitutionnelles d'un point de vue systématique et l'uniformisation de la densité normative et de la langue ouvrent des perspectives supplémentaires d'interprétation et de développement du droit constitutionnel. Les priorités ont pu être (involontairement) déplacées, du fait que des normes existantes ont été actualisées (p. ex. l'art. sur le but de la Confédération) ou que de nouvelles normes ont été introduites (p. ex. dans le domaine de la protection des données et de l'aide au développement).
- enfin, le fait que le Constituant tranche des questions laissées ouvertes ne manquera pas d'avoir des incidences matérielles. L'inscription de principes constitutionnels implicites, mais reconnus unanimement (p. ex. le principe de la légalité) ou la consécration d'une pratique constitutionnelle généralement admise (p. ex. les limites de la délégation législative) ne sont à elles seules pas sans conséquences. Cela sera d'autant plus le cas lorsqu'il s'agira d'éclaircir au niveau constitutionnel des questions controversées jusqu'ici laissées ouvertes. Ce dernier point devra être réservé au Constituant et ne saurait relever de la mise à jour. Le Conseil fédéral et l'administration ont veillé à ne pas céder à des idéaux de politique juridique, à ne rien retrancher, ni améliorer, mais à restituer fidèlement l'état du droit et à signaler, dans les annotations et dans le commentaire, toute incertitude concernant le rang constitutionnel ou la portée d'un principe ou d'une norme.

## 25 Signes distinctifs de la Constitution mise à jour

Le projet de Constitution rend pour la première fois le droit constitutionnel matériel de la Confédération dans son intégralité et de manière à la fois claire, structurée et compréhensible. On permet ainsi aux citoyens de saisir l'état du droit constitutionnel actuel sans avoir besoin de connaissances spéciales. Simultanément, on fait en sorte que les débats parlementaires partent sur des bases ouvertes et transparentes. La Constitution fédérale mise à jour représente donc le point de départ idéal pour d'éventuelles innovations.

On peut décrire ainsi les avantages de la mise à jour:

- le **découpage** du projet de Constitution apporte une meilleure vue d'ensemble; la matière est ordonnée en fonction de critères objectifs et les

titres intermédiaires et titres marginaux permettent à l'utilisateur de s'y retrouver plus facilement dans le texte. La langue est plus actuelle, tandis que les termes et tournures hérités du XIXe siècle qui gênent la compréhension du texte sont remplacés par leur équivalent moderne. La densité normative est mieux équilibrée;

- les **principes qui régissent le fonctionnement** de l'Etat sont désignés expressément dans la Constitution (art. 4); en font partie le principe de la légalité, le respect de l'intérêt public et le principe de proportionnalité, de même que le principe de la bonne foi. Ces principes et d'autres encore, qui sous-tendent implicitement la Constitution (p. ex. la séparation des pouvoirs) servent à consolider, sur le plan juridique et dans sa totalité, l'Etat de droit;
- les **droits fondamentaux** apparaissent pour la première fois intégralement dans le texte constitutionnel (art. 6ss); on y trouve les garanties de procédure (art. 23ss) qui y gagnent une consécration générale. Un catalogue des buts sociaux (art. 31) résume les droits sociaux à caractère programmatique qui étaient jusqu'ici disséminés de part et d'autre;
- les différentes dispositions consacrées aux rapports entre la Confédération et les cantons sont rassemblées de manière à donner une image cohérente de l'Etat fédéral (art. 1, 3 et 32ss). La réussite que représente le fédéralisme suisse gagne ainsi en relief. Le projet offre dès lors une base idéale pour la future réforme sur la collaboration entre la Confédération et les cantons;
- le **droit de vote** et les **droits populaires** (droits de référendum et d'initiative) sont catalogués, ce qui donne une image complète des droits politiques (art. 115ss);
- les **fonctions, tâches et compétences des organes de la Confédération** sont présentés de manière nettement plus intelligible dans la partie qui leur est consacrée (art. 121ss), ce qui contribue à une meilleure vue d'ensemble.



## 26 Commentaire du projet de Constitution

### Préambule

Le préambule est une introduction solennelle qui a une valeur symbolique et non pas normative. C'est une forme que l'on rencontre traditionnellement surtout dans les traités. Dans les constitutions, elle sert à souligner le caractère fondateur du document constitutionnel et à légitimer la volonté de créer un Etat.

L'invocation divine perpétue une tradition, observée depuis les premiers pactes qui ont lié les anciens Confédérés. Elle rappelle qu'il existe, au-dessus de l'Etat et de l'homme, une puissance transcendante, qui n'est cependant, en raison des différentes religions et conceptions philosophiques, pas nécessairement marquée du sceau du christianisme; chacun peut prêter aux termes "Dieu Tout-Puissant" un sens qui lui est personnel.

La référence au pouvoir constituant, que l'on nomme narration dans le texte de l'actuelle Constitution, est formulée de manière courte et sans pathétisme. Il n'y a plus lieu de dire, à la différence de ce qui se passait en 1848, qu'avec la Constitution, c'est la création de l'Etat fédéral qui est décidée. Dans le cas où l'on préférerait une narration plus longue, on pourrait reprendre le préambule proposé dans le projet de 1977, dont la teneur est la suivante:

*"Au nom de Dieu tout puissant!  
Le peuple et les cantons de la Suisse,  
Résolus à renouveler l'alliance des Confédérés,  
Conscients que seul restera libre celui qui use de sa liberté,  
Sachant que la force d'une communauté se mesure au bien-être du plus faible de ses membres,  
Reconnaissant les limites du pouvoir de l'Etat,  
Soucieux du devoir qui leur incombe de contribuer à la paix du monde,  
ont arrêté la Constitution que voici:"*

### Titre premier: Dispositions générales

#### Art. 1 Structure

L'article du projet correspond à l'article 1er de la Constitution fédérale.

Il énumère les Etats fédérés qui forment la Confédération suisse. Cette énumération fixe, de manière impérative, leur nombre et leur territoire. La modification de ce nombre suppose nécessairement, comme c'est le cas actuellement, une révision de la Constitution.

Les autres principes qui concernent la modification du nombre et du territoire des cantons et qui sont déduits de l'article 1er Cst.féd. sont consacrés non pas à l'article 1er, mais à l'article 39 du projet.

Bien qu'il n'ait plus d'effet juridique, l'ordre d'énumération des cantons a été maintenu dans sa forme actuelle: d'abord les trois cantons directeurs selon le Pacte de 1815, puis les autres cantons selon leur ordre d'entrée dans la Confédération. Rien ne justifie d'adopter un autre ordre.

La citation entre parenthèse des demi-cantons est abandonnée. Conformément au droit constitutionnel actuel, ils sont des Etats fédérés à part entière. Dans la mesure où ils sont soumis à d'autres règles que le reste des cantons, celles-ci sont consacrées dans des dispositions spécifiques du projet (voix des cantons, art. 120, al. 4; composition du Conseil des Etats, art. 128, al. 2).

## Art. 2

### But

L'article 2 du projet reprend, sous une forme plus actuelle, l'article 2 de la Constitution fédérale.

Tous les buts de la Confédération ont, dans le principe, une égale importance. Comme c'est le cas déjà actuellement, ils ne fondent aucune compétence (en faveur de la Confédération ou d'une de ses autorités) et ils ne donnent pas de règles directement applicables. L'article 2 sert à une meilleure compréhension de la Constitution et peut contribuer à l'interprétation de ses autres dispositions.

Les deux premiers buts cités dans la Constitution actuelle (assurer l'indépendance de la patrie contre l'étranger et maintenir la tranquillité et l'ordre à l'intérieur) ont été réunis dans une expression commune, "l'indépendance et la sécurité du pays", car les menaces qui pèsent de nos jours sur les sociétés ne permettent plus guère de dissocier la sécurité intérieure de la sécurité extérieure.

La protection des droits et des libertés est en principe une activité aussi importante aujourd'hui qu'au siècle dernier, mais elle prend, à cause des tâches croissantes de l'Etat, une orientation différente: d'une part, parce que l'Etat doit défendre l'exercice des droits fondamentaux par des mesures positives et, d'autre part, parce que les libertés des hommes ne sont plus seulement menacées par les pouvoirs publics, mais parce qu'elles peuvent aussi l'être par des personnes privées qui occupent une position dominante.

Pour une grande partie de la population, l'encouragement de la prospérité commune est, aujourd'hui encore, un but élémentaire de l'Etat. Il convient, en outre, de mentionner expressément deux autres tâches fondamentales de l'Etat, qui se sont considérablement développées ces cent-cinquante dernières années et qui font partie intégrante, en quelque sorte, de sa raison d'être:

La Suisse ne pourra survivre que si elle maintient ou rétablit son milieu vital naturel. Si la protection de l'environnement figure dans la Constitution fédérale à titre de tâche de la Confédération (art.24 septies Cst.féd/art.51 du projet), il se justifie aujourd'hui de la mentionner aussi dans l'article sur les buts.

La contribution de la Suisse à un ordre international juste et pacifique est le dernier but énoncé dans l'article 2 du projet. A la différence de ce qui

se passait au XIXème siècle, lorsque le nouvel Etat ne pouvait exister que s'il se démarquait nettement de ses voisins, l'imbrication et la responsabilité collectives internationales dans le domaine de la paix n'ont cessé de croître (voir, par exemple, le rôle que joue la Suisse dans le développement du droit humanitaire international, en particulier dans le cadre de la Croix-Rouge et des organisations équivalentes). Ce but mérite donc également d'être inscrit dans la Constitution. Il n'impose cependant aucune forme déterminée de collaboration internationale; comme par le passé, la Suisse décide de manière autonome la forme de cette collaboration et les buts concrets qu'elle entend poursuivre; en particulier, elle décide librement si elle veut adhérer à une organisation internationale ou supranationale.

### **Art. 3 Fédéralisme**

L'article 3 du projet reprend textuellement l'actuel article 3 de la Constitution fédérale. Dans ce domaine très sensible, c'est un souci de continuité qui doit prévaloir, même si, ce faisant, on retient certaines notions dont le contenu, depuis 1848, a évolué.

Selon la doctrine constitutionnelle actuelle, les cantons ne peuvent plus guère être qualifiés d'Etats "souverains". Ils sont encore des Etats, en ce sens qu'ils exercent toutes les compétences qui ne sont pas attribuées à la Confédération, qu'ils sont dotés d'une puissance publique originaire sur leur territoire et qu'ils ont une très large autonomie d'organisation (la Cst.féd. ne leur fixe que des limites assez larges: voir, par exemple, les art.32-39 du projet). S'ils étaient des Etats souverains au sens du droit international, ils pourraient décider unilatéralement de sortir de l'Etat fédéral, faculté que le droit suisse cependant ne leur reconnaît pas. Mais les qualifier d'Etats fédérés ou d'Etats membres de l'Etat fédéral, ce qui serait pourtant conforme au vocabulaire juridique actuel, paraît insuffisant dans le cadre d'une simple mise à jour du droit constitutionnel positif.

Parmi les "droits qui ne sont pas délégués au pouvoir fédéral", il y a notamment le pouvoir de police, dont les cantons disposent en vertu de l'exercice de la puissance publique. Si chaque canton a le droit d'exiger des personnes qui se trouvent sur son territoire qu'elles observent ses lois, il a, corrélativement, le devoir de leur assurer la sécurité. Ce n'est qu'à titre subsidiaire qu'existe, parallèlement au pouvoir de police des cantons, la compétence fédérale de maintenir l'ordre et la tranquillité dans le pays (art.37 et 159 du projet). Les écoles ou la santé sont deux autres domaines essentiels dans lesquels la Confédération n'a que peu de tâches à remplir.

### **Art. 4 Principes de l'activité de l'Etat**

L'article 4 du projet formule des règles non écrites de la Constitution fédérale.

L'alinéa 1 consacre les deux aspects du principe de la légalité lato sensu, c'est-à-dire la primauté et la réserve du droit.

Le terme "droit" recouvre l'ensemble des règles de droit, quel que soit leur niveau respectif (droit international, droit national, droit constitutionnel, loi, ordonnance). Pour aménager la coexistence entre ces niveaux différents et à l'intérieur de ceux-ci, la jurisprudence et la doctrine ont développé un certain nombre de règles de conflit, telles que, par exemple, la règle de la primauté du droit de rang supérieur, celle de la primauté du droit postérieur sur le droit antérieur ou celle encore de la primauté de la norme spéciale sur la norme générale. L'alinéa 1 renvoie donc implicitement à l'ensemble de ces règles de conflit.

La primauté du droit commande que les règles de droit, lorsqu'elles ont été régulièrement édictées, soient observées non seulement par les particuliers mais par tous les organes de l'Etat, y compris par celui qui les a adoptées.

La réserve du droit, ou l'exigence de la base légale, veut que toute action de l'Etat, qu'elle soit de restriction ou de promotion, repose en principe sur une règle de droit générale et abstraite. Ce principe de la règle de droit connaît toutefois quelques exceptions, dans la mesure où l'Etat agit parfois directement en vertu d'habilitations implicites ou partiellement implicites tirées de la Constitution fédérale (pleins pouvoirs, clause générale de police, actes de Gouvernement, octroi de certaines subventions notamment dans le domaine de la politique étrangère). Cette consécration du principe de la règle de droit n'exclut pas non plus que, dans le domaine de la politique étrangère en particulier, certains actes peuvent être fondés directement sur la Constitution.

L'alinéa 1 ne précise pas les qualités auxquelles doit satisfaire la règle de droit générale et abstraite. Selon la jurisprudence actuelle, elle doit, en principe, figurer dans une loi formelle (ATF 103 la 369ss; 118 la 245ss; 305ss; 120 la 1ss; voir, récemment encore, l'arrêt de la 2ème Cour de droit public, du 27 janvier 1995, relatif au numerus clausus pour les études de médecine à l'Université de Zurich, NZZ 28/29 janvier 1995, no 23, p.56). Très souvent, toutefois, la base immédiate d'un acte de l'autorité administrative ou judiciaire fédérale ou cantonale est une ordonnance du gouvernement. Il faut alors, pour que le principe de la légalité strictu sensu soit respecté, que cette ordonnance, si elle ne résulte pas de la Constitution fédérale ou cantonale, se fonde elle-même sur une loi formelle. Et, pour que le principe ne soit pas vidé de sa substance, il faut que la loi formelle qui sert de base à l'ordonnance contienne les "traits essentiels" ("Grundzüge") de la législation déléguée (problème de la délégation législative; ATF 103 la, 369, 374-377; 118 la 245, 247-248; 305, 310-311). Cependant, en matière d'administration de prestation, la jurisprudence relativise cette dernière condition, en ce sens que la règle de délégation peut être large pour permettre à l'autorité exécutive de modifier facilement ses ordonnances (notamment dans les domaines mal connus où l'autorité doit pouvoir procéder par expérimentation; ATF 103 la 388-392). Les articles 141, alinéa 2, et 156, alinéa 1, du projet règlent en ce sens cette matière au niveau fédéral. A l'égard des cantons, c'est la jurisprudence du Tribunal fédéral qui est déterminante. Par ailleurs, le projet règle, à l'article 30 (Restrictions des droits fondamentaux), le problème de l'exigence de la base légale en matière de droits fondamentaux.



Ajoutons que l'article 4, alinéa 1, du projet formule des principes et non des droits constitutionnels qu'on peut invoquer de manière autonome. Sous-jacents à l'ensemble de l'ordre juridique, ils peuvent être invoqués dans le cadre d'un recours ordinaire (recours en réforme, pourvoi en nullité, recours de droit administratif) et dans celui du recours de droit public pour violation des droits politiques, de la séparation des pouvoirs ou d'un droit fondamental.

L'alinéa 2 consacre des principes non écrits du droit constitutionnel, que le Tribunal fédéral déduit de l'article 4 de la Constitution fédérale. Il s'agit des principes de l'intérêt public et de la proportionnalité. Ces principes ont pour but de limiter le pouvoir de l'Etat en déterminant quand il doit l'exercer, la mesure dans laquelle il doit le faire et la manière dont il doit se comporter quand il exerce ses droits et exécute ses devoirs.

L'intérêt public comprend les valeurs dites policières, c'est-à-dire l'ordre public, la sécurité publique, la santé publique, la moralité publique, la tranquillité publique, ainsi que la bonne foi dans les affaires (ATF 116 la 355, 356; 118 la 175, 177; 119 la 41, 43). L'intérêt public s'étend à d'autres valeurs encore, sociales, culturelles, historiques, scientifiques, à la protection de l'environnement, à l'aménagement raisonnable du territoire, aux économies d'énergie, etc. Il inclut également ce qu'on peut appeler l'intérêt de l'Etat, c'est-à-dire son indépendance, sa réputation, sa crédibilité, etc. L'intérêt public peut varier dans le temps, il peut aussi varier dans l'espace (ATF 108 la 41, 45-46; 106 la 267, 271-272).

Le principe de la proportionnalité se décompose en trois sous-principes: il faut que la restriction soit propre à atteindre le but d'intérêt public visé (principe de l'adéquation); il faut que, considérée dans ses aspects matériel, spatial, temporel et personnel, la mesure ne soit pas plus rigoureuse qu'il n'est nécessaire pour atteindre le but recherché (principe du caractère indispensable); il faut enfin que la mesure, adéquate et indispensable, soit dans un rapport raisonnable avec le but qu'il s'agit d'atteindre (principe de la proportionnalité au sens étroit ou du sacrifice exigible). Le principe de la proportionnalité s'applique dans le domaine de l'administration de prestation comme dans celui de l'administration de restriction. Dans ces deux domaines, il s'adresse non seulement aux autorités d'application du droit, mais aussi au législateur (ATF 96 I 234, 242, cons.5).

L'alinéa 3 consacre le principe de la bonne foi. Il a paru utile de le nommer expressément parmi les principes de l'activité de l'Etat, même si, conformément à la jurisprudence, il apparaît surtout comme un droit constitutionnel autonome qui protège les particuliers (ATF 119 la 117; 118 la 245) et qu'à ce titre, il figure aussi dans le catalogue des droits fondamentaux (art.8 du projet). Le contenu du principe de la bonne foi, recoupant largement celui du droit individuel, est décrit dans le commentaire relatif à l'article 8 du projet.

## Art. 5

### Langues nationales

L'article 5 du projet reprend l'actuel art.116, alinéa 1, de la Constitution fédérale.

Les quatre langues du pays sont un élément constitutif important de la Confédération suisse. Elles sont, en tant que langues nationales, égales entre elles, ce qu'elles ne sont pas, en revanche, en tant que langues officielles de la Confédération (art.124 du projet); dans ce dernier cas, en effet, le romanche n'a pas le même statut que les trois autres langues. Il paraît plus approprié de placer cette disposition sur les langues nationales, qui a indubitablement la valeur d'une déclaration politique (G. Malinverni, in Commentaire de la Constitution fédérale, art.116, no 1), dans la partie introductive de la Constitution que dans la partie réservée à l'organisation de la Confédération.

Au niveau de la terminologie, la version allemande du projet, plutôt que de reprendre de la Constitution actuelle le terme de "Nationalsprache", recourt à celui, plus actuel, de "Landessprache".

La disposition sur les langues nationales est en rapport étroit avec celle sur les langues officielles. Elle n'exige ni de la Confédération ni des cantons qu'ils considèrent les mêmes langues comme langues nationales ou comme langues officielles. La Confédération le prouve en aménageant, à l'article 124 du projet, un statut différent au romanche; un canton peut, parmi les quatre langues nationales, déclarer l'une ou plusieurs d'entre elles langues officielles du canton et tenir compte ainsi de la composition linguistique de sa population.

Le droit suisse en matière de langue ne résulte pas des seuls articles 5 et 124; d'autres dispositions du projet sont encore déterminantes à cet égard: l'article 14 (Liberté de la langue), qui règle l'usage individuel d'autres langues également, les articles 25 et 26 (Privation de liberté et Procédure pénale), qui garantissent à une personne le droit à un interprète en cas de privation de liberté ou d'action pénale dirigée contre elle, et, enfin, l'article 73 (Culture), qui prévoit des mesures d'encouragement des minorités linguistiques suisses. Il appartient, en effet, à l'avenir aussi, à la Confédération de prendre les mesures propres à assurer à l'italien et au romanche une égalité effective.

## **Titre 2: Droits fondamentaux et buts sociaux**

### **Chapitre premier: Droits fondamentaux**

#### **Art. 6 Dignité humaine**

L'article 6 du projet correspond à l'actuel droit constitutionnel non écrit de la liberté personnelle (ATF 90 I 36). Il recouvre en outre le droit à une sépulture décente, garanti actuellement par l'article 53, alinéa 2, de la Constitution fédérale.

Cet article garantit le respect et la protection de la dignité humaine. Il protège le droit de tout être humain d'être traité de manière humaine et non dégradante. Le droit à la dignité peut être invoqué aussi bien pour un cas de torture que pour le simple fait de ridiculiser une personne en raison de son appartenance à une minorité ou de porter atteinte à son identité. Une atteinte à l'intégrité physique ou psychique n'est pas nécessaire. Il découle des articles 15 de la CEDH, 4 du Pacte II et 3 de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (RS 0.518.42)

que même la guerre ou un autre danger public menaçant la vie de la nation ne permettent pas de limiter ce droit. La dignité humaine est un droit des plus importants de notre ordre juridique, en ce sens qu'il détermine le contenu des autres droits fondamentaux et constitue une valeur indicative pour leur interprétation et leur concrétisation. Les problèmes d'atteintes à la dignité humaine se posent particulièrement dans les domaines de la détention, de l'interrogatoire, de l'extradition, de l'expulsion, de la médecine, de l'environnement et de la politique des étrangers.

L'actuel article 53, alinéa 2, de la Constitution consacrant le droit à une sépulture décente n'a pas été repris dans le projet. Selon la Constitution actuelle, le droit de disposer des lieux de sépulture appartient aux autorités civiles. A supposer qu'on veuille mentionner expressément cette évidence, il faudrait le faire dans la partie consacrée à la répartition des compétences.

#### **Art. 7**      **Principe d'égalité**

L'article 7 du projet correspond à l'article 4 de la Constitution fédérale. L'art.26 du Pacte II garantit le principe d'égalité. En le ratifiant, la Suisse a toutefois formulé une réserve, qui limite cette garantie aux autres droits consacrés par le Pacte II (RO 1993 750, 797).

L'alinéa 1 garantit le droit à l'égalité juridique (art.4, al.1, Cst.féd.). Ce droit protège une égalité juridique, par opposition à une égalité économique ou à une égalité sociale qui ne peuvent faire l'objet que de programmes politiques. La garantie constitutionnelle du droit à l'égalité juridique s'adresse à ceux qui font les lois et à ceux qui les appliquent. L'autorité qui édicte des règles de droit doit traiter semblablement les situations semblables et différemment les situations différentes (notamment, ATF 116 la 323; 117 la 101). Quand les situations présentent entre elles à la fois des similitudes et des différences qui justifieraient des traitements semblables ou différents, l'auteur de la règle de droit dispose alors d'une marge d'appréciation (ATF 109 la 327-328). Le caractère raisonnable d'une distinction juridique peut s'apprécier de manière différente selon les époques et suivant les conceptions, idéologies et situations du moment (ATF 118 la 3 et les citations). Les autorités qui prennent des décisions d'espèce doivent, de la même manière, traiter semblablement les situations semblables et différemment les situations différentes (notamment, ATF 104 la 377; 113 la 304).

L'alinéa 2, qui est une autre manière de formuler l'idée contenue à l'article 4, alinéa 1, 2ème phrase, de la Constitution fédérale, consacre le principe de non-discrimination. Selon ce principe, aucun fait ne peut justifier de traiter différemment un groupe de personnes quand ce fait est pris comme motif pour le déprécier. L'alinéa 2 énumère, à titre exemplaire, un certain nombre de ces critères sensibles qui sont impropres à justifier des différences de traitement. Il s'agit de ceux dont l'histoire récente a encore montré qu'ils sont souvent à l'origine de discriminations (sexe, langue, convictions religieuses, philosophiques ou politiques) et ceux dont le caractère inadmissible ne peut être déduit directement d'un autre droit fondamental expressément garanti dans le projet (race ou origine sociale). Inversement n'ont pas été repris, dans la liste, les critères qui, importants

en 1848, ont perdu depuis lors de leur actualité ("sujets, privilèges de lieu, de naissance, de famille"). Mais, de manière générale, tout critère doit être écarté quand il est pris comme motif pour déprécier un groupe d'individus (par exemple, la nationalité ou l'orientation sexuelle). Rappelons, en outre, que toute mesure qui entraîne un désavantage, voire un préjudice, pour certaines personnes n'est pas nécessairement discriminatoire au sens de l'article 7, alinéa 2, du projet. Par exemple, des mesures positives prises pour améliorer le statut d'un groupe longtemps discriminé ne sont pas illicites du fait qu'elles désavantagent simultanément d'autres personnes, car les préjudices qui en résultent pour celles-ci n'ont pas pour motif des considérations dépréciatives.

L'alinéa 3 reprend l'article 4, alinéa 2, de la Constitution fédérale, qui garantit un aspect particulier du principe d'égalité, soit l'égalité entre les hommes et les femmes. La première de ses phrases précise le droit à l'égalité juridique de l'alinéa 1; la deuxième donne un mandat au législateur de pourvoir à l'égalité entre les sexes et indique, à titre d'exemples, quelques domaines où ce mandat est particulièrement nécessaire; ce mandat se distingue de celui de la première phrase en ce qu'il commande au législateur de pourvoir, dans la mesure du possible, à l'égalité de fait (ATF 116 Ib 282-283; 297; ZBI 1994, p.380); la troisième phrase pose une règle particulière au droit du travail, l'égalité de salaire pour un travail de valeur égale: cette règle est directement opposable aux employeurs publics ou privés. La première et la troisième phrases confèrent un droit constitutionnel, la deuxième donne un mandat au législateur (ATF 114 la 331; 117 la 265).

Le droit constitutionnel à l'égalité juridique appartient à toute personne (physique ou morale, nationale ou étrangère, etc.), ce qui ne signifie pas que le critère du type de personnalité ou celui de la nationalité ne puisse pas objectivement justifier une différence de traitement. C'est là une question de fond, non de titularité.

#### **Art. 8 Protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi**

L'article 8 du projet consacre deux droits constitutionnels que le Tribunal fédéral déduit de l'article 4, alinéa 1, de la Constitution fédérale, à savoir la protection contre l'arbitraire (ATF 101 la 392; 102 la 288; 109 la 19; 111 la 12; 116 la 83; 119 la 117) et la protection de la bonne foi (ATF 94 I 520ss; 99 Ib 94ss; 101 la 328ss; 108 Ib 377, 384ss; 116 Ib 185ss; V 298ss; 117 la 285ss; 118 la 245ss).

L'interdiction de l'arbitraire et la bonne foi sont deux principes de l'activité de l'Etat (voir, pour la bonne foi, l'art.4, al.3, du projet), auxquels le Tribunal fédéral a aussi conféré la qualité de droits constitutionnels autonomes, c'est-à-dire que les particuliers peuvent s'en prévaloir directement dans une procédure. C'est pourquoi ils sont inscrits l'un et l'autre dans le catalogue des droits fondamentaux.

Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, la protection contre l'arbitraire a pour but d'assurer au particulier, dans ses rapports avec les pouvoirs publics, un minimum de justice. A cause de son caractère minimal, ce droit individuel apparaît comme un droit constitutionnel subsi-



diaire, qu'on invoque lorsqu'on ne peut pas se prévaloir d'un droit fondamental ou d'un autre droit spécifique (ATF 102 la 321). Quand l'interdiction de l'arbitraire s'adresse au législateur, elle signifie qu'un "acte législatif viole l'interdiction de l'arbitraire lorsqu'on ne peut pas le fonder sur des motifs sérieux ou lorsqu'il est dépourvu de sens et de but" (ATF 116 la 83). A vrai dire, rares sont les cas où l'interdiction a une portée indépendante, distincte de celle de tout autre droit constitutionnel; c'est-à-dire qu'une loi à laquelle on peut reprocher d'être arbitraire au sens qui vient d'être vu est, presque toujours, en même temps, contraire au principe d'égalité ou à un autre droit fondamental (ATF 101 la 392; 102 la 288). C'est quand l'interdiction de l'arbitraire s'adresse aux autorités d'application du droit qu'elle exerce une fonction propre. La jurisprudence la comprend, ici, de la façon suivante: "Il n'y a pas encore d'arbitraire lorsqu'une autre solution aurait été possible ou même préférable; le Tribunal fédéral ne s'écarte de la décision des autorités cantonales que lorsque cette décision est manifestement insoutenable, qu'elle est clairement contraire à la situation de fait, qu'elle viole grossièrement une règle de droit ou un principe juridique incontesté ou qu'elle contredit de manière choquante le sentiment de la justice" (ATF 119 la 117). Comme l'application du droit fédéral peut, en général, être librement revue par le Tribunal fédéral dans le cadre de recours ordinaires (recours en réforme, pourvoi en nullité, recours de droit administratif), la reconnaissance d'un droit constitutionnel spécial à la protection contre l'arbitraire est surtout utile en cas d'application du droit cantonal. La Constitution fédérale ne garantit, en effet, pas de droit général à la bonne application du droit cantonal. Il est donc utile qu'elle consacre au moins un droit à ce que l'application du droit cantonal ne soit pas grossièrement erronée, c'est-à-dire à ce que son interprétation ne soit pas manifestement insoutenable.

Tout en reconnaissant un droit constitutionnel à être protégé contre l'arbitraire, le Tribunal fédéral a limité la portée pratique de ce droit en n'accordant la qualité pour recourir contre un acte arbitraire qu'aux personnes qui peuvent tirer un droit de la législation applicable. Autrement dit, si une loi qui n'a d'autre but que de protéger l'intérêt public est appliquée à un particulier, celui-ci n'a qu'un intérêt de fait à obtenir l'annulation de l'acte d'application et n'est donc pas qualifié pour recourir. C'est là une question non de titularité du droit mais de qualité pour recourir. Cette dernière question, qui relève de la jurisprudence du Tribunal fédéral, n'est en rien modifiée par la consécration, à l'article 8 du projet, du droit constitutionnel à la protection contre l'arbitraire.

Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, la protection de la bonne foi permet à un particulier d'exiger d'une autorité qu'elle se conforme à ses assurances ou à ses comportements, qu'elle évite de se contredire, ou, en d'autres termes, qu'elle ne trompe pas la confiance qu'elle a raisonnablement pu faire naître chez lui. Le principe de la bonne foi commande l'ensemble des actes des organes de l'Etat (art.4, al.3, du projet). Cependant toute violation de ce principe ne fonde pas nécessairement un droit à ce que l'autorité modifie sa décision ou en prenne une; un tel droit n'existe, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, que dans certaines circonstances précises: l'autorité doit "être intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées", elle doit "avoir agi

ou être censée avoir agi dans les limites de sa compétence", l'administré doit "avoir eu de sérieuses raisons de croire à la validité de l'acte suivant lequel il a réglé sa conduite", il doit "s'être fondé sur les assurances et le comportement dont il se prévaut pour prendre des dispositions qu'il ne saurait modifier sans subir un préjudice", enfin la législation, lorsqu'elle dépend d'une autre autorité, ne doit pas avoir été modifiée entre le moment où l'autorité s'est prononcée et celui où l'administré a pris ses dispositions (sur l'ensemble de ces circonstances, voir, notamment, ATF 108 Ib 385). Ces circonstances étant réunies, l'administré peut prétendre à la protection de sa bonne foi. Toutefois, cette protection peut se heurter à des intérêts publics dignes d'être, eux aussi, protégés, tels que, par exemple, le principe de la légalité ou celui de l'égalité. Il faut donc procéder à une pesée des intérêts contraires pour connaître les conséquences juridiques de la protection de la bonne foi.

**Art. 9      Droit à la vie, liberté personnelle et droit à une existence conforme à la dignité humaine**

L'article 9 du projet correspond à l'actuel droit constitutionnel non écrit de la liberté personnelle (ATF 115 la 234, 117 la 69, 119 la 28). Il reprend en outre l'interdiction de la peine de mort prévue à l'article 65 de la Constitution fédérale et le droit au minimum vital; l'existence de ce dernier droit est aujourd'hui unanimement admise par la doctrine, avec des rattachements divers dans la constitution actuelle: article 48, article 4, dignité humaine, droit à la vie, liberté personnelle ou droit indépendant (le Tribunal fédéral ne s'est pas encore prononcé). L'article 9 recouvre enfin l'interdiction de la contrainte par corps prévue à l'article 59, alinéa 3, de la Constitution fédérale actuelle.

L'alinéa 1, première phrase, garantit le droit à la vie, qui fait partie du noyau intangible de la liberté personnelle. Ce droit protège le début et la fin de la vie de toute personne. Il ne se limite toutefois pas à l'existence physique. Il garantit également l'ensemble des fonctions corporelles et morales d'importance vitale (essentielle). La protection du droit à la vie est absolue à l'encontre des atteintes intentionnelles, excepté dans les cas suivants: un acte de guerre légitime peut avoir pour but la mort d'un ennemi; dans des cas exceptionnels, la police peut, pour prévenir un danger imminent, recourir à un acte susceptible d'entraîner la mort d'une personne, par exemple d'un preneur d'otages pour libérer ceux-ci en cas de mise en danger de leur vie; enfin, l'attaque sans droit ou la menace sans droit d'une attaque imminente autorise la personne attaquée ou menacée à repousser l'attaque (légitime défense, art. 33 CP). L'alinéa 1, deuxième phrase, interdit la peine de mort en temps de paix comme en temps de guerre. Ce principe ne souffre aucune exception. La réintroduction de cette peine est exclue par le protocole additionnel no 6 à la CEDH et le protocole facultatif no 2 au Pacte II (FF 1993 I 943; JAAC 56.64).

L'alinéa 2, première phrase, garantit les éléments traditionnels de la liberté personnelle (ATF 115 la 234, 117 la 69, 119 la 28). Il protège tout d'abord le droit à l'intégrité physique et psychique, qui est un pilier de notre ordre juridique et qui constitue une condition à l'exercice d'autres droits constitutionnels. Le droit à l'intégrité physique interdit la torture, les

peines corporelles ou une exécution de peine mettant en danger la vie ou la santé du condamné. Ce droit peut aussi être invoqué contre toute autre intervention dans le corps humain, telle qu'une prise de sang en vue d'expertise, les vaccinations obligatoires, l'obligation pour un prisonnier en détention préventive de se raser la barbe. Le droit à l'intégrité psychique garantit à toute personne la faculté d'apprécier une situation donnée et de se déterminer d'après cette appréciation. Il protège les possibilités fondamentales de choix et d'activité, qui sont essentielles pour l'épanouissement de la personnalité et que devrait posséder tout être humain (ATF 101 la 336). Le droit à l'intégrité physique et psychique est invoqué, en particulier, dans les domaines des droits des détenus et de la protection de la personnalité. En raison du caractère personnel de ce droit, les personnes morales ne peuvent pas bénéficier de cette protection, sauf en ce qui concerne la protection de l'honneur. Est encore garanti le droit à la liberté de mouvement. Dans son sens large, il est le droit pour toute personne de se déplacer librement. Toutefois, il protège seulement les libertés qui constituent des aspects élémentaires du développement de la personnalité. Dans son sens étroit, la protection de la liberté de mouvement signifie avant tout protection contre les privations de liberté (détention préventive, arrestation, privation de liberté en tant que sanction pénale, placement dans une institution pour des motifs d'ordre administratif, détention d'un étranger en cas de refoulement impossible). Pour déterminer si une privation de liberté est admissible, il faut prendre en considération les garanties de l'article 5 CEDH (ATF 105 la 29). Les étrangers, qui ne bénéficient pas de la liberté d'établissement, peuvent être soumis à des restrictions de liberté de mouvement, en ce sens qu'ils peuvent être tenus de quitter la Suisse (art.12 de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers, RS 142.20). Leur liberté de mouvement peut encore être limitée par la loi fédérale du 18 mars 1994 sur les mesures de contrainte en matière de droit des étrangers. L'alinéa 2, 2ème phrase, consacre, conformément à la CEDH et au Pacte II, l'interdiction absolue de la torture et de tout traitement cruel, inhumain ou dégradant.

La formulation distincte du droit à la vie et de la liberté personnelle entend, en conformité avec la CEDH et les Pactes, donner un contenu autonome aux différents aspects de ces droits.

L'alinéa 3 garantit à toute personne dans le besoin le droit de bénéficier d'une assistance sociale minimale, à la fois matérielle (moyens nécessaires à une existence conforme à la dignité humaine) et personnelle (conseil et assistance). L'exigence d'une situation de besoin marque le caractère subsidiaire et individualisé de l'assistance. L'aide doit viser avant tout la réinsertion sociale de la personne ("Hilfe zur Selbsthilfe"). La garantie d'un droit fondamental directement déductible en justice permet cependant l'établissement, par la jurisprudence, d'un standard minimal applicable à l'ensemble du territoire. Actuellement une initiative parlementaire de la Commission de la sécurité sociale du Conseil national demande l'insertion d'une telle norme dans la Constitution. Contrairement à cette initiative, l'alinéa 3 ne touche pas la répartition entre les cantons et la Confédération s'agissant des compétences de légiférer en matière d'assistance. Cette répartition est régie par l'article 95 du projet, qui s'en tient au système de l'article 48 de la Constitution fédérale: la compétence matérielle



appartient aux cantons, alors que la Confédération n'est compétente qu'en ce qui concerne la répartition des compétences et le règlement des conflits de compétence entre les cantons (une des variantes proposées par l'initiative parlementaire mentionnée ci-dessus va plus loin, en donnant à la Confédération une compétence législative qui lui permettrait d'édicter des dispositions sur les prestations minimales de l'assistance et d'établir les principes applicables à la procédure et au droit de recours).

N'ont pas été repris de la Constitution fédérale l'article 65, alinéa 1 (interdiction de la peine de mort pour les crimes politiques), dont la formulation est jugée obsolète, l'article 65, alinéa 2 (interdiction des peines corporelles), dont le principe est déjà concrétisé dans la législation fédérale et qui est déjà protégé par la liberté personnelle, ainsi que l'article 59, alinéa 3 (abolition de la contrainte par corps), dont le principe est déjà concrétisé dans la législation fédérale.

#### **Art. 10      Respect de la vie privée et de la vie familiale**

Le respect de la vie privée et de la vie familiale, parce qu'il constitue une condition indispensable au développement de la personnalité humaine et à l'exercice de nombreux droits fondamentaux, est reconnu comme un droit constitutionnel non écrit.

Pour la jurisprudence et la doctrine, les différents contenus de l'article 10 du projet forment parfois des droits fondamentaux spécifiques. A l'image de la Convention européenne des droits de l'homme (art.8), ils sont rassemblés ici dans une seule disposition pour éviter des répétitions et pour permettre de mieux les adapter à l'évolution sociale.

Le respect de la vie privée confère à une personne le droit d'organiser sa vie et d'entretenir des rapports avec d'autres personnes, sans que l'Etat ne l'en empêche. Cette protection s'étend non seulement aux espaces privés et clos mais aussi aux lieux publics et aux espaces extérieurs. Une personne qui se montre en public, s'il est vrai qu'elle s'offre au regard et à l'écoute d'autrui, ne consent pas pour autant à ce que des organes de l'Etat consignent, par l'écrit, l'image ou le son, son comportement ou ses déclarations. A travers la législation, le principe du respect de la vie privée est aussi valable, certes d'une manière différente, dans les rapports entre particuliers (notamment par les règles du droit civil sur la protection de la personnalité ou par celles du droit pénal sur la protection de l'honneur ou du secret). En revanche, les organes de l'Etat ne peuvent, en aucun cas, porter atteinte à la dignité, à l'honneur et à la réputation d'une personne (ATF 107 Ia 52). Les domaines protégés par la dignité humaine, la liberté personnelle et le droit à la vie privée sont ici très proches les uns des autres (l'art.17 du Pacte II mentionne expressément l'interdiction de toute atteinte illégale à l'honneur ou à la réputation).

On entend par "rapports avec d'autres personnes", les rapports occasionnels et les rapports stables et, en particulier, tous les rapports en relation avec la vie sexuelle. La protection des rapports entre les individus recoupe, en grande partie, celle de la vie familiale; cependant les rapports stables à l'intérieur de la famille bénéficient de garanties supplémentaires. La question de savoir si d'autres formes de vie en commun, notamment



celle des couples non mariés ou des partenaires du mêmes sexe, peuvent bénéficier du droit fondamental à la protection de la vie familiale connaît une évolution à laquelle le juge et le législateur prennent une part active.

L'article 10 du projet mentionne expressément le respect du domicile, le secret de la correspondance et celui des postes et des télécommunications ainsi que la protection des données personnelles, car ces différents éléments réclament une protection particulière ou connaissent des restrictions spécifiques.

Le droit au respect de la correspondance dépasse le cadre de la garantie du secret des postes et des télécommunications. Il sert notamment aux personnes qui ne recourent pas directement aux services postaux mais passent par des intermédiaires: c'est le cas, par exemple, des prisonniers, des personnes hospitalisées, des pensionnaires d'institutions, des employés, des militaires.

Dans les constitutions cantonales, le respect du domicile est souvent garanti comme un droit fondamental autonome. Selon le Tribunal fédéral, la protection s'étend également aux locaux professionnels, aux espaces extérieurs non clos, aux locaux occupés à titre provisoire, tels que les chambres d'hôtel, les caravanes ou les tentes. En revanche, la question est controversée pour les véhicules automobiles (J.P. Müller, *Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung*, 2e éd., p.46).

L'alinéa 2 garantit le secret des postes et des télécommunications. Les nouvelles formes de communication, par exemple, l'enregistrement ou l'envoi de données informatisées, relèvent également de ce domaine de protection. Dans l'éventualité d'un réaménagement ou d'une suppression du monopole actuel des postes et télécommunications, le législateur devrait assujettir au respect du secret l'ensemble des nouveaux services de distribution. Le secret des postes et des télécommunications couvre aussi les informations sur les prestations fournies.

L'alinéa 3, qui garantit le droit d'être protégé contre l'emploi abusif par l'Etat des données personnelles, n'est pas conçu comme un droit fondamental dans la Constitution actuelle. Il se justifie cependant de rattacher en principe à la protection de la sphère privée les différentes exigences que l'Etat doit observer quand il traite des données personnelles; ces exigences commandent que le traitement des données réponde à une nécessité et soit conforme et proportionnel au but visé. Entre les particuliers, le droit à la protection des données doit être concrétisé, comme c'est le cas actuellement, dans une loi dont la base se trouve dans la compétence fédérale en matière de droit privé (art.101 du projet). La protection des données implique, tant dans le domaine public que dans le domaine privé, le droit de faire corriger ou d'éliminer du dossier tout ce qu'il contient d'erreur.

#### **Art. 11      Droit au mariage**

L'article 11 du projet reprend, dans une formulation modernisée, l'article 54, alinéa 1, de la Constitution fédérale, qui place le droit au mariage sous la protection de la Confédération. Le droit au mariage (ou: liberté de

se marier) est aussi garanti par les articles 12 CEDH et 23, par.2, du Pacte II, qui comprennent en outre le droit de fonder une famille.

La garantie du droit au mariage comporte une garantie individuelle, directement déductible en justice. Elle protège la liberté de se marier des individus en âge nubile, dans le cadre de la législation nationale; celle-ci peut donc déterminer l'âge minimum ainsi que les empêchements au mariage, mais ces restrictions ne sauraient vider le droit au mariage de son contenu. La protection porte sur le mariage monogame classique et traditionnel, c'est-à-dire entre une femme et un homme; le droit au mariage ainsi garanti ne s'étend pas aux mariages de transsexuels, ni aux mariages homosexuels. Le droit de fonder une famille comporte celui d'avoir et d'éduquer des enfants, ainsi que celui d'en adopter, dans les limites fixées par la législation nationale; ce droit appartient exclusivement, dans le cadre de cette disposition, aux personnes mariées; il ne peut être revendiqué par les couples consensuels, ni par les personnes seules. Les organes de la Convention européenne des droits de l'homme ne se sont pas prononcés jusqu'ici sur la question de savoir si l'article 12 comporte le droit de recourir aux techniques de procréation assistée; le Tribunal fédéral a pour sa part laissé la question ouverte (mais il a admis ce droit sous l'angle de la liberté personnelle: ATF 115 Ib 234, 248 et 249).

La garantie du droit au mariage implique aussi une protection du mariage en tant qu'institution, qui permet au législateur - voire l'y oblige - d'accorder au mariage une protection particulière, notamment par rapport aux autres formes de vie commune.

Les alinéas 2, 3 et 5 de l'article 54 de la Constitution fédérale, aujourd'hui obsolètes (depuis que la réglementation des empêchements au mariage a été unifiée par le code civil), ne sont pas repris par le projet.

## **Art. 12 Liberté de conscience et de croyance**

Cette disposition reprend en partie les articles 27, alinéa 3, 49 et 50 de la Constitution fédérale qui garantissent la neutralité confessionnelle des écoles publiques, la liberté de conscience et de croyance et la liberté des cultes. Il s'agit d'une nouvelle formulation qui tient compte de l'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de liberté religieuse.

Elle met désormais l'accent davantage sur le droit individuel à la liberté religieuse que sur la garantie de la paix religieuse qui n'est plus aujourd'hui aussi menacée que par le passé.

L'alinéa 1 garantit de manière générale la liberté de conscience et de croyance.

L'alinéa 2 concrétise cette liberté en consacrant le droit, pour toute personne, d'avoir sa propre conviction religieuse, c'est-à-dire de croire en Dieu, de croire en plusieurs dieux ou de ne croire en aucun Dieu, de professer une croyance particulière, de s'exprimer (par la parole, l'écriture, l'image, la musique, le film ou toute autre expression), d'accomplir, seul ou en communauté, des actes cultuels et de former librement des associations religieuses. La religion doit être entendue ici dans un sens très large qui couvre toutes les relations de l'homme à la divinité ou au transcendant. Sont donc protégées toutes les religions et toutes les sectes in-

dépendamment de leur importance numérique en Suisse pour autant qu'elles aient une certaine signification essentielle et philosophique et qu'elles correspondent à une vision globale du monde. Par actes culturels individuels, on entend généralement la prière, la confession, la méditation, le jeûne ou la toilette rituelle. Par actes culturels communautaires, il faut entendre notamment le service religieux, la prédication, la messe, les danses rituelles, les processions, l'administration des sacrements, le baptême, le mariage, les chants religieux, la sonnerie des cloches de l'église ou la prière du vendredi des musulmans. En vertu de ce premier alinéa, l'Etat peut être obligé d'agir en vue de préserver la liberté de chacun de manifester sa religion ou ses convictions. La même disposition peut aussi engendrer un droit à une prestation positive de l'Etat (ex.: les prisonniers musulmans ont le droit à ce qu'une prière commune du vendredi soit organisée pour eux). L'alinéa 2 confère aussi à toute personne le droit, sans aucune contrainte, d'accomplir ou non un acte religieux, d'adhérer à une communauté religieuse et d'en sortir en tout temps et de suivre ou de ne pas suivre un enseignement religieux. Cet alinéa interdit donc l'enseignement religieux obligatoire dans les écoles publiques. Il confère également à toute personne le même droit pour ses convictions philosophiques. Personne ne peut toutefois se prévaloir de cette disposition pour exiger son maintien dans une communauté religieuse qui compte l'exclure.

La liberté de conscience et de croyance appartient à toutes les personnes physiques et aux personnes morales qui poursuivent des buts religieux ou ecclésiastiques (ATF 97 I 227; 118 la 52). La question de l'appartenance de cette liberté religieuse aux personnes mineures est concrétisée à l'article 303 du code civil.

La liberté de conscience et de croyance implique le principe de la neutralité confessionnelle de l'Etat, c'est-à-dire une ouverture à l'égard de toutes les convictions religieuses et philosophiques. Mais ce principe n'exige pas de l'Etat une attitude dénuée de tout aspect religieux ou philosophique. L'Etat peut dès lors privilégier, dans certaines limites (par exemple, en reconnaissant des églises nationales), des communautés religieuses sans porter atteinte à la liberté religieuse (ATF 103 la 245).

L'alinéa 3 concrétise, dans le domaine de l'enseignement, le principe de la neutralité confessionnelle de l'Etat. Il vise à garantir aux adhérents de toutes les confessions la fréquentation des écoles publiques sans qu'ils aient à supporter des atteintes à leur liberté religieuse. L'enseignement dans les écoles publiques doit ainsi être organisé dans le respect de la neutralité confessionnelle. Par écoles publiques, il faut entendre les écoles de tous les niveaux, placées sous la responsabilité des collectivités publiques (Confédération, canton, district, commune, syndicat de communes). Cette disposition empêche donc la création d'école publique confessionnelle. Toute référence à un fondement religieux n'est cependant pas interdite. Les prescriptions cantonales prévoyant que l'enseignement doit être fondé sur des bases chrétiennes sont conformes à la présente norme constitutionnelle, car elles renvoient à des prescriptions d'ordre moral qui résultent de la tradition chrétienne occidentale et qui sont généralement reconnues comme fondement de la société.



L'alinéa 4 subordonne la création d'évêchés à l'approbation de la Confédération. Il s'agit là d'une restriction explicite à la liberté de conscience et de croyance. L'approbation de la Confédération est nécessaire, selon la doctrine et la jurisprudence, non seulement lorsqu'un nouvel évêché est érigé, mais aussi lors de chaque modification territoriale des évêchés. L'approbation fédérale constitue un acte administratif et relève donc en principe de la compétence du Conseil fédéral. Les modifications territoriales d'un évêché interviennent par le biais d'un traité international et doivent dès lors être approuvées, en règle générale, par les Chambres fédérales. Toutefois, dans la pratique, de tels traités ont souvent été conclus par le Conseil fédéral, car ils n'entraînent pas de nouvelles obligations pour la Suisse ou la perte de droits.

S'agissant de cet alinéa 4, on pourrait aussi - à titre d'innovation - l'abroger et tenir ainsi compte d'une motion d'une commission du Conseil national, du 14 décembre 1972, adoptée à l'unanimité par les deux conseils (cf. BO/CN 1972, p. 1420-1421; BO/CE 1972, p. 900), qui demandait l'abrogation de l'article 50, alinéa 4, de la Constitution fédérale. Le Conseil des Etats a adopté, le 12 juin 1995, une initiative parlementaire du 13 décembre 1994 (initiative Huber - 94.433) qui va dans le même sens.

N'ont pas été repris de la Constitution fédérale, l'article 49, alinéa 3, qui se trouve dans l'article 303 du code civil, les articles 49, alinéas 4, 5 et 6 et 50, alinéa 1, qui se déduisent naturellement de l'alinéa 2 de la présente disposition et l'article 50, alinéa 2, qui est en grande partie concrétisé dans le code pénal. L'article 50, alinéa 3, de la Constitution fédérale peut être repris au niveau de la loi et ne doit pas nécessairement figurer dans la nouvelle constitution. Notons enfin que la seule restriction à la liberté de conscience et de croyance, formulée expressément à l'article 49, alinéa 5, de la Constitution fédérale et qui précise que "nul ne peut, pour cause d'opinions religieuses, s'affranchir d'un devoir civique", est toujours valable. Elle ne doit cependant plus figurer dans la nouvelle constitution, à l'instar de toutes les autres restrictions aux droits fondamentaux. La seule exception admise se rapporte aux restrictions particulières, susceptibles notamment de toucher l'essence même d'un droit fondamental (ex. art. 16, al. 3 du projet).

## **Art. 13**

### **Liberté d'opinion et d'information et liberté des médias**

L'article 13 du projet regroupe en une seule disposition plusieurs éléments du droit constitutionnel actuel: il recouvre, d'abord, la liberté d'opinion et d'information, qui est garantie par le droit constitutionnel non écrit (ATF 91 I 480, 485; 101 la 252, 255; 104 la 88, 94; 105 la 181, 182) et par les articles 19 Pacte II et 10 CEDH; il reprend, ensuite, l'article 55 de la Constitution fédérale, qui garantit la liberté de la presse et qui est un des aspects de la liberté d'opinion; enfin, conformément à la jurisprudence relative à l'article 10 CEDH, l'article 13 du projet intègre la radio et la télévision dans le contexte de la liberté d'opinion et d'information.

Le domaine protégé par l'article 13 du projet couvre l'ensemble des "produits" ou messages de la pensée humaine, qu'il s'agisse d'un sentiment, d'une réflexion, d'une opinion, d'une observation d'un fait, d'une information ou encore, selon la jurisprudence récente de la Cour européenne



des droits de l'homme, d'une publicité commerciale (arrêt Casado Coca, du 24 février 1994, Série A, vol.285, § 35-37). Quant aux moyens, sont protégés tous ceux qui sont propres à établir la communication de ces messages: la parole, l'écrit, la forme artistique, les cassettes, les films, les calicots, les haut-parleurs, les badges, les drapeaux (ATF 117 la 472, 478) ainsi que la radio et la télévision (voir les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme: Groppera Radio AG et autres, du 28 mars 1990, Série A, vol.173, § 55; Autronic AG, Série A, vol.178, § 47). La liberté d'opinion et d'information appartient à toute personne physique ou morale, étrangère ou nationale, mineure ou majeure, etc.

L'alinéa 1 affirme la garantie de la liberté d'opinion et d'information. Les alinéas 2 et 3 la concrétisent en mettant en évidence ses deux aspects principaux: d'une part, le droit de former librement son opinion, de l'exprimer et de la répandre par la parole, l'écrit, l'image ou d'une autre manière; d'autre part, le droit de s'informer librement aux sources généralement accessibles et de répandre les informations.

L'alinéa 4 rassemble dans une seule disposition la liberté des médias qui, dans la Constitution actuelle, est répartie entre les art.55 et 55 bis.

La liberté de la presse protège les produits de la presse écrite périodique et non périodique. Bien que le Tribunal fédéral la considère comme un aspect particulier de la liberté d'opinion (ATF 113 la 309, 316), le rôle essentiel et quasi institutionnel qui, dans un régime politique démocratique, lui échoit, justifie pleinement qu'on la rappelle expressément dans la Constitution.

La liberté de la radio et de la télévision constitue aussi un aspect de la liberté d'expression au sens de l'art.10 CEDH (voir les arrêts précités). Ancrer cette liberté dans le catalogue des droits fondamentaux, comme le requiert la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, a l'avantage de montrer clairement que le principe de l'indépendance de la radio et de la télévision et de l'autonomie dans la conception des programmes (art.55 bis, al.3, Cst.féd./art.68, al.3, du projet) n'est pas seulement une règle d'organisation du régime public des médias, mais qu'il recouvre un droit fondamental, et comme tel, qu'il lie l'ensemble des organes de l'Etat, y compris le législateur fédéral. C'est par souci de continuité que la notion d'indépendance et d'autonomie dans la conception des programmes a été conservée à l'art.68, al.3, du projet, bien qu'elle soit entièrement contenue dans celle de liberté de la radio et de la télévision du présent article.

Cette garantie de la liberté de la radio et de la télévision implique notamment que l'Etat ne peut constituer un monopole en régie en ce domaine (voir un arrêt du Tribunal fédéral du 17 octobre 1980, ZBI 1982, p.219 ss, 222, dans lequel ce tribunal arrivait déjà à cette conclusion au nom de la liberté d'opinion du public; cf. aussi le message concernant l'article constitutionnel sur la radio et la télévision, FF 1981 II 849ss, 910), ni instituer un régime de la radio et de la télévision qui ferait obstacle à toute pluralité des sources de diffusion (voir le message concernant la loi fédérale sur la radio et la télévision, FF 1987 III 661ss, 709s.; voir aussi l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, Informationsverein Lentia et autres, du 24 novembre 1993, Série A, vol. 276, § 39ss).

Cependant cette liberté de la radio et de la télévision n'empêche pas, en raison de certaines spécificités techniques qui subsistent malgré la multiplication considérable des sources de diffusion, d'aménager un régime particulier pour la radio et la télévision (régime de la concession ou de l'autorisation de diffuser) et de soumettre à certaines conditions matérielles (mandat de prestation) la diffusion de programmes, pour préserver la liberté d'information du public (arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, Informationsverein Lentia et autres, précité, § 32, 39). Ces restrictions spécifiques de la liberté de la radio et de la télévision sont consacrées à l'article 68 du projet (Radio et télévision).

L'alinéa 4 in fine, en interdisant la censure préalable, délimite le noyau intangible de la liberté de la presse, de la radio et de la télévision. Cette interdiction de la censure préalable est mentionnée dans ce contexte, car c'est là qu'elle trouve son application majeure. Mais il est évident que l'interdiction vaut pour tous les domaines d'expression garantis par la liberté d'opinion.

#### **Art. 14 Liberté de la langue**

Cette disposition garantit la liberté de la langue. Cette liberté, avec le correctif du principe de la territorialité, a été reconnue par le Tribunal fédéral, en 1965, en tant que droit constitutionnel non écrit (ATF 91 I 480). Elle est également consacrée en droit international - en partie du moins - par l'article 27 du Pacte II qui prévoit, selon la pratique du Comité des droits de l'homme et la doctrine (W. Kälin/G. Malinverni/M. Nowak, *La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1991, p. 44-45 et 214 ss) un droit individuel destiné aux membres de minorités linguistiques.

La liberté de la langue garantit l'usage de la langue maternelle (ATF 116 la 346-347). Il faut entendre par là autant la langue orale que la langue écrite et les dialectes. Et non seulement la première langue apprise durant l'enfance, mais également une deuxième ou une troisième langue qu'une personne maîtrise bien (ZBI 1982, p. 361). Selon la doctrine, cette liberté garantit même l'usage de la langue de son choix (G. Malinverni, in *Commentaire de la Constitution fédérale, Liberté de la langue*, n° 6; C. A. Morand, *Liberté de la langue et principe de territorialité. Variations sur un thème encore méconnu*, in RDS, 1993, vol. 112, p. 20 ss). Cette extension a été admise par le Conseil fédéral (FF 1991 II 324). Le contenu de la liberté de la langue diffère selon qu'il s'agissent des relations entre particuliers ou des rapports entre particuliers et l'Etat. Dans le premier cas, il s'agit du droit de s'exprimer dans la langue de son choix. Dans le deuxième cas, il s'agit du droit minimal qui garantit pour l'essentiel l'utilisation d'une langue nationale minoritaire dans une circonscription donnée. Autrement dit, le droit des minorités historiques nationales de ne pas se voir imposer une seule langue officielle ou une seule langue d'enseignement public. Le Tribunal fédéral admet des restrictions, fondées sur le principe de la territorialité, à la liberté de la langue dans les rapports entre les particuliers et l'Etat (ATF 91 I 486; 100 la 465; 106 la 302). Cette jurisprudence est très critiquée par la doctrine qui estime que le principe de la territorialité devrait circonscrire les mesures de protection d'une lan-

gue menacée et non pas discriminer, au nom de l'homogénéité linguistique, les minorités linguistiques (Malinverni, op. cit., n° 42; Morand, op. cit., p. 35). C'est aussi l'avis du Conseil fédéral (FF 1991 II 325). C'est pourquoi nous avons donné la préférence à une formulation générale, sans le correctif du principe de la territorialité, qui permet certes au Tribunal fédéral de maintenir sa jurisprudence actuelle tout en laissant néanmoins la porte ouverte à une évolution de cette jurisprudence dans le sens indiqué par la doctrine précitée.

On pourrait néanmoins choisir une autre formulation qui garantirait la liberté de la langue dans les limites du principe de la territorialité. Cette formulation traduirait fidèlement la jurisprudence du Tribunal fédéral. Elle présenterait toutefois l'inconvénient de figer cette jurisprudence et d'empêcher l'évolution du principe de la territorialité dans le sens exprimé par la doctrine récente. Cette solution tiendrait, en outre, compte des débats récents des Chambres fédérales au sujet de la révision de l'article 116 de la Constitution fédérale. En effet, le Parlement a refusé de consacrer la liberté de la langue sans le correctif du principe de la territorialité (BO CE, 1992, p. 1057 ss et BO CN 1993, p. 1559 ss). Actuellement, le projet d'article 116 se réduit à une compétence d'encouragement.

#### **Art. 15 Libertés de l'art et de la science**

Cette disposition regroupe, en un seul article, deux libertés culturelles, à savoir la liberté de l'art et la liberté de l'enseignement et de la recherche scientifiques.

La liberté de l'art et la liberté de l'enseignement et de la recherche scientifiques ne sont pas reconnues par le Tribunal fédéral en tant que droits constitutionnels non écrits. Ce dernier considère néanmoins qu'elles sont garanties par la liberté d'expression au sens large (ZBI 1965, p. 365). Le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale considèrent, eux, que la liberté de l'enseignement et de la recherche scientifiques est un droit constitutionnel non écrit (FF 1981 III 1037; FF 1988 I 725; BO 1982/2, CN, p. 1746). Le législateur fédéral a même consacré expressément cette liberté dans la loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la recherche (art.3; RS 420.1) et dans la loi fédérale du 4 octobre 1991 sur les écoles polytechniques fédérales (art.5, al.3; RS 414.110). La liberté de l'art est reconnue, en droit international, par l'article 15, par.3, du Pacte I. La liberté de l'enseignement et de la recherche scientifiques est consacrée, elle, par l'article 15, par.3, du Pacte I. Ces deux libertés sont également reconnues, en tant que partie intégrante de la liberté d'expression, par l'article 19, par.2, du Pacte II et par l'article 10 de la CEDH.

La liberté de l'art protège, d'une part, la création artistique et, d'autre part, sa présentation (ZBI 1963, p. 365) et son produit (ZBI 1986, p. 129). Elle ne protège pas uniquement les artistes, mais également les intermédiaires, à savoir les personnes qui participent à la diffusion de l'oeuvre d'art, notamment le propriétaire d'une galerie, l'imprésario d'un artiste, l'éditeur d'un livre ou le propriétaire d'un cinéma. La liberté de l'art exige aussi une intervention de l'Etat, qui doit mettre à disposition une infrastructure appropriée, indispensable à l'exercice de cette liberté. La Confédération intervient, par exemple, pour encourager la production



cinématographique suisse et les activités culturelles déployées dans le domaine du cinéma (cf. art.27ter Cst.féd./ art.73 du projet). La liberté de l'art n'implique pas toutefois de droit individuel à une prestation positive de l'Etat.

La liberté de l'enseignement confère au corps enseignant et aux hautes écoles publiques une autonomie et une large liberté d'action quant à l'application des méthodes d'enseignement et au choix des matières à enseigner. En tant que liberté d'instruire et de s'instruire, elle confère également au destinataire de l'enseignement scientifique le droit de choisir librement les matières et le maître et d'organiser librement ses études et son travail scientifique, ainsi que le droit de choisir librement sa profession. La liberté de la recherche protège, elle, l'indépendance intellectuelle et méthodologique du chercheur contre les interventions de l'Etat (FF 1981 III 1037 s.; 1988 I 725 s.). La liberté de l'enseignement et de la recherche scientifiques exige une intervention de l'Etat (ex. mise à disposition d'une infrastructure appropriée, indispensable à la recherche fondamentale, création d'université, etc.), mais n'implique pas un droit individuel à des prestations positives de l'Etat. Ainsi, la liberté de l'étude ne crée pas un droit en matière d'aménagement des plans d'études, d'enseignement et d'organisation des examens (FF 1988 I 726). Quant à la liberté de la recherche, elle ne crée pas un droit à bénéficier de fonds budgétaires déterminés (W. Haller, *Die Forschungsfreiheit*, in *Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef*, p. 133).

#### Art. 16 Liberté de réunion

Etant un droit constitutionnel non écrit, reconnu par le Tribunal fédéral depuis 1970 en tant que condition de l'exercice des droits politiques (cf. ATF 96 I 218), la liberté de réunion constitue un élément indispensable de notre régime démocratique.

S'agissant d'une liberté idéale, son but est également de permettre l'échange des idées et la formation des opinions. L'alinéa 1 garantit de manière générale la liberté de réunion. Celle-ci assure à toute personne le droit de se réunir avec d'autres personnes en vue de poursuivre ou de réaliser un but commun, d'échanger des opinions ou de les communiquer à des tiers. Par réunion, il faut entendre un groupement de personnes qui se rassemblent pour une durée déterminée afin de poursuivre ensemble un but commun. Pendant longtemps, la jurisprudence et une partie de la doctrine ont estimé pouvoir distinguer entre réunion et manifestation par le fait que cette dernière se caractérise par l'appel au public (ATF 100 Ia 392, 396; Malinverni in *Commentaire de la Constitution fédérale, Liberté de réunion*, n° 18). Cette distinction a perdu de son importance à partir du moment où le Tribunal fédéral a refusé de reconnaître la liberté de manifestation comme droit constitutionnel non écrit en affirmant que les manifestations et les cortèges sont protégés par la liberté d'expression et par la liberté de réunion (ATF 107 Ia 226, 230). En dépit de sa finalité démocratique, la liberté de réunion ne protège pas uniquement les rassemblements de caractère politique, mais également les rencontres amicales, scientifiques, artistiques, sportives ou récréatives. Ainsi, la nature des opinions échangées est sans importance pour qu'un rassemblement de



personnes soit protégé par la liberté de réunion. Celle-ci ne peut être invoquée que pour les réunions et les manifestations pacifiques (ATF 111 la 322; art. 11, par.1, CEDH et art. 21 Pacte II).

L'alinéa 2 concrétise la liberté de réunion sans pour autant déterminer de manière exhaustive son contenu, ce qui permet une évolution inspirée de la jurisprudence et du droit international. Toute personne a le droit de convoquer une réunion et de l'organiser selon les buts visés. Personne ne peut, en outre, être contraint d'y participer ou de ne point y participer.

La liberté de réunion appartient à toute personne physique. Elle peut aussi, dans certains cas, être invoquée par des personnes morales, notamment lorsqu'une association organise une rencontre ouverte au public (Malinverni, op. cit., n° 44).

L'alinéa 3 règle le droit de réunion sur le domaine public. De telles réunions impliquent, en effet, un usage accru du domaine public. Elles peuvent dès lors être soumises à une autorisation préalable. Une telle restriction n'est toutefois plus possible aujourd'hui, selon une partie de la doctrine, sans base légale (le TF est d'un autre avis, cf. ATF 107 la 66; voir, cependant, ATF 119 la 445, 449, où il semble amorcer un changement de jurisprudence). En effet, d'après cette doctrine, aussi bien l'article 11, par.2, CEDH que l'article 21 du Pacte II subordonnent les restrictions à la liberté de réunion à l'existence d'une base légale suffisante. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, une base légale matérielle est suffisante lorsqu'elle trouve son fondement dans une loi au sens formel (cf. Mark E. Villiger, *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage*, Zurich, 1993, p. 312). Une loi au sens matériel peut donc suffire pour soumettre les réunions et les manifestations sur le domaine public à une autorisation préalable. Naturellement, la clause générale de police demeure réservée.

S'agissant, en l'espèce, d'une restriction susceptible de porter atteinte à l'essence même de la liberté de réunion, il importe de la consacrer expressément dans la nouvelle constitution.

## **Art. 17 Liberté d'association**

L'article 17 du projet reprend, sous une forme plus moderne et en le concrétisant, l'actuel article 56 de la Constitution fédérale, qui garantit la liberté d'association. La liberté d'association est en outre garantie (avec celle de réunion) par les articles 11 CEDH et 22 du Pacte II.

Bien que l'article 56 de la Constitution fédérale se limite au "droit de former des associations", il est généralement admis que cette liberté a une portée plus vaste. Elle comprend, dans son aspect positif, le droit de créer librement des associations, d'y adhérer, d'exercer en leur sein des activités, internes à l'association ou externes (on admet cependant que les assemblées organisées par une association mais ouvertes au public sont protégées par la liberté de réunion), ainsi que le droit de les dissoudre. Dans son aspect négatif, elle garantit aussi le droit de ne pas adhérer à une association ou d'en sortir. Tandis que l'alinéa 1 affirme la garantie de la liberté d'association, l'alinéa 2 exprime une partie de ses différents

aspects - les principaux - et il concrétise ainsi la formule générale de l'alinéa 1. L'alinéa 2 pourrait être complété par une formule qui inscrirait le droit de ne pas adhérer à une association ou celui d'en sortir, permettant ainsi de préciser la portée négative de la liberté d'association.

La notion d'association doit être interprétée largement et ne se confond pas avec celle des articles 60 ss du code civil. Historiquement conçue pour garantir la libre formation des partis politiques, la liberté d'association protège tout groupement durable de personnes poursuivant un but idéal commun (associations politiques, scientifiques, littéraires, culturelles, sportives, etc.). La question de savoir si la protection s'étend aux groupements sans personnalité juridique poursuivant des buts mal définis (communautés, "squatters", etc.) ou éphémères (comités d'action ou de soutien, etc.) est discutée en doctrine. Ne sont en revanche pas protégées les associations qui, de par leur but ou les moyens qu'elles emploient, sont illicites ou dangereuses, en particulier celles qui mettent en danger l'existence de l'Etat; elles peuvent être interdites (voir art. 275ter CP, ainsi que 17 CEDH). La liberté d'association empêche l'instauration d'un système d'autorisation ou de déclaration préalable à la création d'une association.

La liberté d'association protège les particuliers contre l'Etat, en leur garantissant le droit de faire partie d'une association ou de n'en pas faire partie sans que celui-ci ne les y oblige ou ne les en empêche. En revanche, elle n'a pas d'effets horizontaux directs et ne donne donc pas le droit de devenir membre d'une association déterminée: celle-ci a la faculté de délimiter librement le cercle de ses membres (sauf si elle assume des tâches déléguées par la collectivité publique en relation avec une obligation d'adhésion).

La liberté d'association politique des étrangers peut faire l'objet de restrictions particulières (art. 16 CEDH). D'autre part, le Tribunal fédéral semble limiter le bénéfice de la liberté d'association aux personnes physiques (ATF 100 la 277, 286; 97 I 116, 121), mais la doctrine admet que les personnes morales (de droit privé) doivent aussi pouvoir l'invoquer. Enfin, la portée négative de cette liberté peut aussi être restreinte, dans certains cas et à certaines conditions, par une obligation d'adhésion, dans le cadre d'une corporation de droit public notamment (exemples: affiliation obligatoire à une société de tir [art. 124 OM et 5 de l'ord. sur le tir hors service, du 27 février 1991, RS 512.31]; la nouvelle loi sur l'armée et l'administration militaire renonce à cette obligation d'affiliation: FF 1993 IV 1, 73 et 181; à une corporation professionnelle [ATF 78 I 409 ss]; à une association d'étudiants [ATF 110 la 36 ss: l'adhésion obligatoire n'est admise que si l'association respecte l'exigence de neutralité politique]). La liberté d'association peut faire l'objet de restrictions particulières, plus étendues, pour les personnes se trouvant dans un rapport de droit spécial, notamment les fonctionnaires (ATF 99 Ib 129 ss; art. 11, par.2, in fine CEDH, qui autorise "des restrictions légitimes ... à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat"). Le Pacte II est plus restrictif; il ne tolère de telles restrictions spéciales que pour les membres des forces armées et de la police (art. 22, par.2).

**Art. 18 Liberté d'établissement**

L'article 18 du projet reprend l'article 45, alinéa 1, de la Constitution fédérale.

L'alinéa 1 garantit à tous les Suisses le droit de s'établir en un lieu quelconque du pays, que ce soit pour y constituer son domicile ou simplement pour y séjourner. Il s'ensuit que les communes et les cantons ont d'une part l'obligation de permettre à toute personne de citoyenneté suisse de s'établir sur leur territoire et d'autre part l'interdiction d'empêcher ou de rendre plus difficile son départ dans une autre commune ou un autre canton. La liberté d'établissement ne peut pas être restreinte pour des raisons de police, d'assistance ou fiscales. Par contre, sont admises à certaines conditions les restrictions résultant de rapports dus à un statut particulier, comme l'obligation de résidence, qui oblige le fonctionnaire à élire domicile sur le territoire de la commune avec laquelle il entretient un rapport de service. Les étrangers et les personnes morales ne peuvent pas se prévaloir de l'article 18 du projet. Les conditions de l'établissement des étrangers sont fixées par la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (RS 142.20). Quant aux personnes morales, elles sont soumises aux règles de droit civil.

L'alinéa 2 consacre le droit pour tout Suisse de pouvoir quitter la Suisse et d'y rentrer en tout temps. Ce droit, qui concrétise la liberté d'établissement, implique aussi la liberté d'émigrer (D. Chr. Dicke, Commentaire de la Constitution fédérale, art.45, no 14; U. Haefelin/W. Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 3e éd., no 1537).

**Art. 19 Protection contre l'expulsion, l'extradition et le refoulement**

L'alinéa 1 reprend la règle de l'art.45, alinéa 2, de la Constitution fédérale qui interdit l'expulsion d'un ressortissant suisse. L'alinéa 2 consacre une norme du droit international impératif qui interdit le refoulement de personnes menacées.

L'interdiction d'expulser des ressortissants suisses est la conséquence obligée du droit sur la nationalité et de la liberté d'établissement. En effet, l'expulsion d'un ressortissant suisse ne peut se concilier en particulier avec son droit de rentrer en tout temps dans le pays (art.18, al.2, du projet).

L'expulsion ("Ausweisung") est la décision par laquelle l'Etat ordonne à une personne déterminée de quitter le territoire; l'expulsion est régulièrement assortie d'une interdiction de rentrer dans ledit pays. Le refoulement ("Ausschaffung") est la mesure d'exécution par contrainte directe d'une décision d'expulsion. Une personne peut être refoulée soit vers le pays par lequel elle est entrée en Suisse ("Rückschaffung") soit vers un pays de son choix. L'extradition ("Auslieferung") est la décision par laquelle l'Etat remet une personne déterminée à une autorité étrangère qui la réclame en vue d'une poursuite pénale ou de l'exécution d'une peine.

A la différence de l'expulsion, l'extradition d'un ressortissant suisse poursuivi ou condamné pénalement n'est pas en contradiction avec son droit

de rentrer en tout temps dans le pays. Toutefois, l'ancienne loi fédérale du 22 janvier 1892 sur l'extradition aux Etats étrangers et maintenant la loi sur l'entraide pénale internationale (EIMP; RS 351.1) ont interprété la Constitution fédérale de telle manière que l'extradition d'un ressortissant suisse n'est accordée que si celui-ci y consent (art.7 EIMP). Si un délinquant suisse est poursuivi en Suisse pour un crime ou un délit commis à l'étranger, il sera jugé en Suisse et y exécutera sa peine, s'il est condamné (art.6 CP). La Suisse a répété ce principe en ratifiant, avec une réserve en ce sens, la Convention européenne d'extradition (RS 0.353.1) et la Convention européenne pour la répression du terrorisme (RS 0.353.3). Si maintenant on élève au rang constitutionnel ce principe particulier en matière extradition, il devrait être formulé de manière à ne pas entrer en contradiction avec un développement futur du droit international. En vertu de traités internationaux relatifs à la répression des crimes de guerre ou d'autres crimes graves contre l'humanité (voir l'énumération de ces crimes imprescriptibles à l'art.75 bis CP), des dérogations au principe de l'interdiction de l'extradition sont possibles dans certains cas. La disposition du projet ne s'oppose pas, à notre avis, à une d'extradition, limitée à la durée et aux besoins d'une procédure, si la Suisse obtient la garantie que la personne concernée sera renvoyée en Suisse à l'issue de la procédure. On pourrait le préciser dans le texte constitutionnel même.

En principe, la Constitution fédérale n'interdit pas l'expulsion de ressortissants étrangers (cf. art.100 du projet). Cependant, en vertu des articles 2 et 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 3 de la Convention de l'ONU contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (RS 0.105), la Suisse ne peut notamment pas extraditer une personne vers un Etat où cette personne pourrait être torturée, traitée de manière inhumaine ou exécutée sans jugement conforme au droit. L'article 37 de la loi sur l'entraide pénale internationale va plus loin en précisant que l'extradition ne sera pas accordée si l'Etat requérant ne garantit pas que la personne poursuivie ne sera pas exécutée. Conformément à l'art.33 de la Convention relative au statut des réfugiés (RS 0.142.30), ceux-ci ne peuvent être acheminés vers le territoire des Etats dans lesquels ils encourent une persécution (principe du non-refoulement) ou pourraient être jugés dans une procédure contraire aux droits fondamentaux (art.5 et 6 CEDH, art.37, al.2, EIMP).

L'alinéa 2 rassemble en une disposition les obligations qui résultent de la Convention européenne des droits de l'homme, de la Convention sur les réfugiés et de l'article 2 sur l'entraide pénale internationale, car le principe du non-refoulement a indubitablement le rang d'un droit constitutionnel.

## **Art. 20**

### **Garantie de la propriété**

La disposition relative à la garantie de la propriété correspond à l'article 22ter de la Constitution fédérale actuelle.

Le 1er alinéa garantit l'existence de la "propriété" en tant qu'institution (garantie institutionnelle), les droits patrimoniaux concrets des individus (garantie des positions juridiques), ainsi que, à certaines conditions, le droit à une indemnité en cas de restrictions valablement apportées à la propriété (garantie de la valeur). Quant au champ d'application matériel, la



garantie couvre la propriété en tant que droit réel, les droits réels restreints et la possession, les droits résultant d'une obligation (p. ex. droit au salaire ou créances à l'égard des assurances sociales), ainsi que les droits de propriété intellectuelle. La protection des droits acquis découle en premier lieu de l'article 4 Cst. Le champ d'application personnel s'étend aux personnes physiques et morales, ainsi qu'à la collectivité publique dans la mesure où celle-ci agit comme personne privée. La nationalité du propriétaire ne joue en principe aucun rôle.

Selon le 2e alinéa, les restrictions valables de la propriété sont indemnisées en fonction de la garantie de la valeur. Donnent lieu à indemnisation la privation de la propriété (expropriation formelle), ainsi que les restrictions apportées à l'exercice de la propriété qui équivalent à une expropriation (expropriation matérielle; cf. pour cette notion notamment ATF 118 Ib 41 consid. 2a). Le projet de Constitution prescrit une "pleine" indemnisation: l'atteinte dommageable ne doit procurer ni perte, ni bénéfice à l'exproprié; ce dernier doit être rétabli dans la situation économique qui était la sienne précédemment. Notons ici que la version française s'est alignée sur la version allemande du projet - et de la Constitution actuelle - plutôt que de reprendre le terme constitutionnel français actuel de "juste" indemnité".

L'article 22ter, 2e alinéa, Cst., qui autorise la Confédération et les cantons à prévoir, dans la mesure de leurs attributions constitutionnelles, l'expropriation et des restrictions de la propriété, n'a pas de signification propre puisque les questions générales concernant la limitation des droits fondamentaux sont désormais réglées à l'article 30 du projet (Restrictions des droits fondamentaux).

## Art. 21

### Liberté économique

L'article 21 du projet correspond à l'article 31 de la Constitution fédérale.

L'alinéa 1 garantit de manière générale le principe de la libre activité économique privée. La notion de liberté du commerce et de l'industrie, devenue trop étroite, a été abandonnée, sans qu'un changement matériel soit toutefois voulu. Le droit fondamental garanti, maintenant comme avant, la libre activité économique privée, quel que soit le domaine où elle s'exerce: commerce, industrie ou tout autre domaine.

L'alinéa 2 met en évidence trois aspects principaux du droit fondamental, à savoir le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique privée et son libre exercice (R.A. Rhinow, dans Commentaire de la Constitution fédérale, art.31, nos 68ss). Le projet entend souligner, de la sorte, la nature de droit individuel de cette liberté (libre développement de la personnalité dans le domaine économique; cf. ATF 116 Ia 240; art.4 CEDH; art.8 Pacte II). A la différence des autres libertés garanties dans le projet, la formule choisie ici n'est pas personnalisée pour tenir compte ainsi de la jurisprudence récente, mais non encore consolidée, du Tribunal fédéral, aux termes de laquelle non seulement les Suisses mais encore certaines catégories d'étrangers bénéficient de cette liberté (ATF 119 Ia 38). Cette formule impersonnelle, qui reprend d'ailleurs celle de l'actuel art.31 Cst.féd. ne remet aucunement en question la nature de droit cons-

titutionnel individuel (art.113 Cst.féd./art.163 du projet) de la liberté économique.

La liberté économique prévient les atteintes de l'Etat. Elle ne donne cependant pas droit à des prestations positives de l'Etat (ATF 117 Ib 394; cf., cependant, 113 V 22ss) ni à l'octroi de mandats publics (ATF 102 la 542). Toutefois peut aussi se prévaloir de cette liberté une personne qui entend user du domaine public pour exercer son activité (ATF 101 la 480). Il n'est pas contraire à la liberté de percevoir des impôts ou des taxes spécifiques; ceux-ci ne doivent toutefois pas être prohibitifs ni protectionnistes (R.A. Rhinow, in Commentaire de la Constitution fédérale, art.31, nos 216ss, et les références).

A la différence du texte constitutionnel actuel, la dimension fédéraliste du droit fondamental n'est pas mentionnée dans l'article 21 du projet. La garantie du libre exercice de la liberté économique "sur tout le territoire de la Confédération" (art.31, al.1, Cst.féd.) ou, en d'autres termes, la protection des échanges économiques intercantonaux va de soi de nos jours (encore que la réalisation effective de cet aspect réserve aujourd'hui quelques difficultés). C'est pourquoi il n'est pas nécessaire de l'inscrire expressément à l'article 21 du projet, ce d'autant moins que le principe d'un espace économique intercantonal est garanti de manière précise ailleurs dans le projet (art.76). Par ailleurs, il est généralement admis actuellement que la liberté économique vaut également pour les échanges économiques avec l'étranger. Là non plus, il n'est pas nécessaire de le dire expressément dans la Constitution.

Comme c'est déjà le cas, la liberté économique n'entraîne pas d'effets directs entre les particuliers. Comme aujourd'hui, c'est à la législation en matière de droit civil, pénal ou administrative de protéger un particulier contre toute atteinte qu'un autre particulier porte à l'exercice de son activité économique (voir, par exemple, l'art.28 CC ainsi que la législation sur les cartels).

L'alinéa 3 rend compte de l'idée, répandue dans la jurisprudence et dans la doctrine, selon laquelle la liberté du commerce et de l'industrie joue un rôle essentiel dans la définition du système économique. L'article 31 de la Constitution garantit une économie en principe libre de toute ingérence de l'Etat et implique notamment le refus de toute soumission de l'économie à une planification centrale (sur le principe de la liberté de l'économie ("Staatsfreiheit der Wirtschaft"), cf. Leo Schürmann, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 3e éd. Berne 1994, 16ss). Inversement l'article 31 n'impose pas un modèle politique déterminé de système économique. La rédaction de l'alinéa 3 tient compte des considérations suivantes:

Conformément à la pratique du Tribunal fédéral et des autres autorités de la Confédération, tout intérêt public ne suffit pas à justifier une atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie. Sont en principe licites les mesures de police économique et celles de politique sociale (sur ce dernier point, depuis l'ATF 97 I 506). Sont, en revanche, illicites les mesures dites de politique économique "qui ont pour but d'entraver la libre concurrence, d'avantager certaines entreprises ou certaines formes d'entreprises, et qui tendent à diriger la vie économique selon un plan déterminé" (ATF 116 la 356s.; voir aussi en ce sens, ATF 116 la 348; ATF 118 la 176;

117 la 445). Les concurrents économiques doivent, en principe, être traités de manière égale (ATF 112 la 34; cf. aussi ATF 116 la 348). En ce sens, le droit constitutionnel actuel garantit, dans son principe, une libre concurrence qu'aucune mesure étatique ne saurait venir fausser (ATF 118 la 176; 111 la 186). Cette formule du Tribunal fédéral a sa source dans l'article 31, alinéa 2, de la Constitution fédérale, selon lequel les cantons peuvent adopter des prescriptions sur l'exercice du commerce et de l'industrie ainsi que sur leur imposition; toutefois celles-ci ne doivent pas "déroger au principe de la liberté du commerce et de l'industrie à moins que la constitution fédérale n'en dispose autrement". Une telle limite existe également à l'égard du législateur fédéral: la Confédération doit "respecter le principe de la liberté du commerce et de l'industrie" (art.31, al.2, Cst.féd.), à moins que la Constitution ne l'autorise à y déroger (réserve constitutionnelle en faveur des mesures dérogatoires audit principe, c'est-à-dire des mesures qui sont contraire au "système"; cf., par exemple, l'art.31bis, al.3, 31ter, al.1, 31 quinquies, al.2, 32bis Cst.féd.).

La terminologie du Tribunal fédéral s'appuie sur une notion spécifique de la "politique économique", qui ne correspond ni à celle du langage courant, ni à celle de la science économique, ce qui est de plus en plus perçu comme un problème. Aussi la doctrine et la pratique récentes s'en sont-elles écartées et, plutôt que de l'interdiction (de principe) des mesures de politique économique, parlent du respect, de la part de la collectivité, du principe de la neutralité en matière de concurrence ou de la neutralité concurrentielle (cf. par exemple, ATF 118 la 177; R.A. Rhinow, dans *Commentaire de la Constitution fédérale*, art.31 no 166, 183; Tobias Jaag, *Wettbewerbsneutralität bei der Gewährung von Privilegien im Wirtschaftsverwaltungsrecht*, dans: *Mélanges pour l'Assemblée de la Société suisse des juristes 1994*, Zurich 1994, 477ss et les références; cf. aussi, maintenant, l'art.8, al.2 et 4, Disp.trans). Le projet de Constitution n'endosse pas cette évolution de la terminologie, laquelle, soit dit en passant, n'entraîne pas de modifications matérielles importantes; mais il se réfère à une autre notion traditionnelle de la jurisprudence du Tribunal fédéral (la "libre concurrence").

Le principe de la libre concurrence ne doit pas être confondu avec le principe selon lequel l'Etat doit garantir le fonctionnement de la concurrence économique. Ni l'article 21, alinéa 3, ni l'article 75 du projet ne constituent la base nécessaire pour mener une politique active en matière de concurrence. Une telle politique s'appuiera plutôt sur l'article 78 du projet (Politique de concurrence) et respectera les conditions-cadre qui y sont posées. En d'autres termes, le principe de la libre concurrence ne vise pas les ententes des particuliers qui limitent les effets de la concurrence; il comprend seulement - mais c'est tout de même quelque chose - une garantie "négative" de la concurrence, c'est-à-dire une garantie qui est dirigée contre l'Etat et qui implique un devoir d'abstention de sa part. Il reste à souligner qu'en principe l'article 21, alinéa 3, du projet n'empêche pas de restreindre la liberté économique, comme c'est le cas actuellement, pour des motifs de police économique, de politique sociale, de politique de l'environnement ou pour d'autres motifs non économiques.

Les restrictions de la liberté économique obéissent aux règles générales sur le régime des restrictions des droits fondamentaux, qui est réglé à



l'article 30 du projet. Aussi n'est-il plus nécessaire d'assortir la règle sur la garantie de la liberté économique d'une autre règle, qui lui fait suite immédiatement, sur les restrictions (ce que font notamment les art.31, al.1, i.f., ou 31 bis, al.2, Cst.féd.). Les autres conditions-cadre pour la législation en matière économique résultent des articles 75 et suivants du projet. Même une règle spéciale qui réserve la compétence législative des cantons en matière économique est superflue: une telle compétence résulte déjà de l'article 3 Cst.féd./art.3 et, de surcroît, 32 du projet; quant au respect de principe, par la Confédération, de la liberté du commerce et de l'industrie (art.31bis, al.2, Cst.féd.), il se déduit de l'alinéa 3 de l'article 21 ainsi que de l'article 75 du projet. Il faut signaler enfin que la distinction opérée par le Tribunal fédéral entre les mesures de police économique et de politique sociale, qui sont en principe licites, et celles dites de politique économique, qui dérogent au "système" et sont en principe illicites (cf. ATF 118 la 176) est très problématique (cf. R. A. Rhinow, dans *Commentaire*, art.31, nos 164ss). C'est pourquoi le texte constitutionnel proposé ne s'y réfère pas.

La terminologie de l'article 21 du projet adopte des notions bien reçues et établies dans la jurisprudence et dans la doctrine récentes (pour le terme "liberté économique", voir les § 20 Cst.AG; art.23 Cst.BE; Hans Marti, *die Wirtschaftsfreiheit der schweizerischen Bundesverfassung*, Bâle/Stuttgart 1976; Klaus A. Vallender, *Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung*, 2e éd., Berne 1991; pour le terme "libre concurrence", cf. ATF 118 la 176).

On pourrait proposer une autre rédaction de l'article 21, qui perpétuerait, dans le titre et - voire ou - dans le texte même, le terme traditionnel, quoique moins précis, de "liberté du commerce et de l'industrie". Au lieu des mots "principe de la libre concurrence" (cf. ATF 116 la 356s. (en français); 111 la 186; 118 la 176), on pourrait utiliser soit les notions de "principe de la neutralité en matière de concurrence", voire de "neutralité concurrentielle", qui résultent de la doctrine ou de la pratique (ATF 116 la 351; 118 la 176; 120 la 238; R. A. Rhinow, *op.cit.*, nos 166 et 183; art.8, al.2 et 4, *Disp.trans*), soit même celle de "principe de la liberté économique", qui s'inspire de la conception du texte constitutionnel actuel (cf. art.31, al.2, Cst.féd.: "Principe de la liberté du commerce et de l'industrie").

## **Art. 22 Liberté syndicale**

L'article 22 du projet explicite, dans une disposition spécifique, la liberté de coalition (ou liberté syndicale), garantie aujourd'hui implicitement dans le cadre de la liberté d'association de l'article 56 de la Constitution fédérale. La liberté syndicale est garantie aussi par les articles 11 CEDH et 22 du Pacte II, ainsi que, de manière plus précise et détaillée, par l'article 8 du Pacte I. Enfin, le droit et la liberté de coalition sont aussi garantis par la convention OIT n° 87, de 1948, ratifiée par la Suisse en 1976.

D'après la doctrine dominante, la garantie de la liberté syndicale implique celle du droit de grève et de lock-out (lesquels sont parfois aussi rattachés à d'autres dispositions constitutionnelles: art.31 ss et 34ter). Dans un arrêt de 1985, le Tribunal fédéral avait pour sa part laissé ouverte la ques-



tion de savoir si le droit de grève est protégé en tant que droit fondamental (ATF 111 II 245, 253). Aujourd'hui, le droit de grève est garanti, en Suisse, par deux instruments internationaux: l'article 8 du Pacte I, qui le mentionne explicitement (art.8, par.1, let. d), et la Convention OIT n° 87, selon la pratique des organes de l'OIT, pour lesquels le droit de grève constitue "un corollaire indissociable du droit d'association syndicale protégé par la convention n° 87".

L'alinéa 1 explicite les différents aspects du contenu de la liberté de coalition. Celle-ci représente un aspect particulier de la liberté d'association. Conçue spécifiquement dans le contexte des relations (collectives) de travail, elle garantit le droit, pour les travailleurs et les employeurs, de se syndiquer et de créer des syndicats, c'est-à-dire des associations pour la défense de leurs intérêts et la sauvegarde de leurs conditions de travail. Elle comprend en outre le droit, pour les individus, de s'affilier à un tel syndicat (portée positive), comme celui de ne pas y adhérer ou d'en sortir (portée négative), ainsi que le droit de ces syndicats d'exercer librement leur activité et de se fédérer (art.8, par.1, let. b et c, Pacte I; art.3 et 5 Conv. OIT 87). La liberté de coalition interdit la dissolution ou la suspension des organisations syndicales par voie administrative.

L'alinéa 2 de l'article 22 du projet garantit les droits de grève et de lock-out en tant que corollaires de cette liberté. Toutefois, comme le précise la seconde phrase de l'alinéa 2, l'exercice du droit de grève ou de lock-out peut être réglementé et limité par la loi; le recours à la grève peut même être interdit pour certaines catégories de personnes. S'ils garantissent certes la liberté syndicale et le droit de grève, les deux accords internationaux évoqués ci-dessus autorisent le droit national à les soumettre à des restrictions légales particulières pour "les membres des forces armées, de la police ou de la fonction publique" (art.8, par.2, Pacte I). Ces restrictions peuvent consister soit en une limitation - mais non une interdiction - générale, c'est-à-dire applicable à l'ensemble de la fonction publique, soit en une interdiction générale pour certaines catégories de fonctionnaires seulement, soit encore en une combinaison de ces deux mesures. Une interdiction générale de la grève pour l'ensemble de la fonction publique, comme celle que connaît le droit positif suisse pour les fonctionnaires fédéraux (art. 23 StF; plusieurs cantons ont une disposition analogue), ne paraît en revanche pas conforme aux normes du droit international. Les règles légales relatives aux modalités d'exercice du droit de grève et à ses restrictions dans la fonction publique peuvent porter par exemple sur les buts de la grève (grèves "politiques"), sur ses moyens (contrainte, violences, etc.), sur la garantie du maintien de services essentiels ou d'un service minimum négocié. Les restrictions dans la fonction publique doivent être assorties de garanties compensatoires (de négociation, par exemple).

Sont titulaires de la liberté de coalition les travailleurs et les employeurs individuels (droit d'adhérer ou de ne pas adhérer à un syndicat), ainsi que les organisations syndicales et patronales elles-mêmes (libre exercice de leur activité, droit de se fédérer). La liberté de coalition des étrangers ne peut faire l'objet de restrictions spécifiques.

**Art. 23 Garanties générales de procédure**

L'article 23 du projet rassemble en une disposition les différents aspects de l'interdiction du déni de justice formel, tels que les a concrétisés la jurisprudence sur l'article 4 de la Constitution fédérale. La disposition adopte la systématique traditionnelle suivie par la doctrine et la jurisprudence (cf. les Répertoires généraux décennaux du Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse, titre "Interdiction du déni de justice formel"; Häfelin/Haller, *Bundesstaatsrecht*, p.496ss; G. Müller, in *Commentaire de la Constitution fédérale*, art.4, nos 85).

A la différence des garanties contenues dans les articles 24 à 26 du projet, l'art.23 pose des droits qui valent de manière générale pour tous les types de procédure, judiciaire ou administrative. L'alinéa 1 garantit le droit à une procédure équitable, ce qui implique notamment l'interdiction du déni de justice (formel) stricto sensu, du retard injustifié et du formalisme excessif. Le retard injustifié est une forme atténuée du déni de justice: dans ce dernier cas, l'autorité judiciaire ou administrative compétente reste totalement inactive ou n'examine qu'incomplètement la demande, dans le premier, elle rend sa décision dans un délai inapproprié (ATF 107 Ib 160, 164). Le formalisme excessif constitue aussi une forme particulière du déni de justice, en ce sens que le recours aux moyens de droit est bloqué par des exigences de forme excessives (ATF 119 la 4, 6). Enfin l'interdiction du déni de justice implique également le droit à ce que la composition de l'autorité qui statue soit conforme à la loi (ATF 117 la 408ss). Ce même droit est consacré de manière autonome pour les procédures judiciaires (cf. art.24, al.1, du projet). Le droit d'être entendu, consacré à l'alinéa 2, permet à la personne qui est impliquée dans une procédure judiciaire ou administrative d'y prendre part. Cette garantie n'a pas pour seul but d'établir correctement les faits mais est un droit, indissociable de la personnalité, de participer à la prise d'une décision (ATF 112 la 1, 3). Parmi les aspects les plus importants de ce droit, il y a celui d'être préalablement instruit de la situation et de s'exprimer à ce sujet, celui de consulter le dossier, de se déterminer à son propos, de proposer des moyens de preuve, d'obtenir une décision motivée. Le droit de prendre part à la procédure implique, dans certaines circonstances, celui de pouvoir bénéficier de l'assistance judiciaire - lato sensu - gratuite. C'est ce droit que consacre l'alinéa 3. Cette disposition énonce les conditions générales, valables pour tous les types de procédure, auxquelles est subordonnée cette assistance judiciaire gratuite, à savoir l'indigence, une cause non dépourvue de chance de succès et - pour obtenir de surcroît l'assistance gratuite d'un avocat - l'intérêt à une bonne administration de la justice; il ressort clairement de cette norme que le droit vaut aussi dans le cas d'une procédure non judiciaire.

Le Tribunal fédéral a tiré de l'article 4 de la Constitution fédérale l'ensemble de ces différents aspects de l'interdiction du déni de justice formel. Le droit international contribue également à concrétiser ces garanties générales de procédure, notamment l'art.6 CEDH qui pose le principe du procès équitable ("fair trial") et la jurisprudence qui s'y rapporte.

**Art. 24 Garanties de procédure judiciaire**

L'article 24 du projet rassemble différentes garanties de procédure, parmi lesquelles certaines figurent déjà dans la Constitution actuelle (garantie du juge constitutionnel et garantie du juge du domicile des art.58 et 59, al. 1 et 2), d'autres dans les droits cantonaux (principe de la publicité garanti soit dans la Constitution soit dans les lois de procédure des cantons) ou encore dans les traités internationaux (art.6 CEDH). A la différence des garanties de l'article 23 du projet, l'article 24 ne concerne que les procédures judiciaires.

L'alinéa 1 doit assurer que l'application du droit se fasse par un tribunal régulièrement constitué et composé, compétent en raison de la matière et du lieu, indépendant et impartial. La garantie constitue à la fois une concrétisation du principe de la séparation des pouvoirs et une règle permettant une procédure équitable et, en fin de compte, un jugement juste (ATF 114 la 50, 55). Par rapport au texte constitutionnel actuel (art.58, al.1, Cst.féd.), l'article 24 du projet ne mentionne plus expressément l'interdiction des tribunaux d'exception. D'une part, ce principe résulte du droit d'être jugé par un tribunal légalement constitué: en effet un tribunal ne doit en aucun cas tirer sa compétence d'une règle spécifique en raison d'une circonstance ou d'une personne déterminée, mais sa compétence doit résulter d'une règle générale et abstraite (pas nécessairement du niveau constitutionnel). D'autre part, l'article 24 du projet pose expressément, comme le fait l'art.6, par.1, CEDH, la garantie du juge indépendant et impartial, que le Tribunal fédéral a très tôt déduit de l'art.58 de la Constitution fédérale et qui lie aussi les cantons. Enfin, l'article 24 renonce, comme on l'a fait dans d'autres projets de constitution, à répéter la règle de l'art.58, al.2, Cst.féd. qui interdit les tribunaux ecclésiastiques. Cette règle est aujourd'hui désuète.

La formule "toute personne dont la cause doit être jugée en procédure judiciaire" laisse entendre qu'il existe des cas dans lesquels une partie à une procédure peut exiger qu'ils soient portés devant un tribunal. Conformément à l'article 6, par.1, CEDH, relèvent d'une procédure judiciaire les "contestations sur des droits et obligations de caractère civil" ou "le bien fondé d'une accusation pénale". Selon la jurisprudence des organes de la Convention, ces deux notions sont autonomes, c'est-à-dire qu'elles doivent être interprétées indépendamment du droit national (voir le premier arrêt en ce sens de la Cour européenne des droits de l'homme en la cause Ringeisen c. A., Série A, vol.13, chif.94); en particulier, elles ne se recoupent pas avec les concepts de "droit civil" et de "droit pénal" des articles 101 et 102 du projet. Pour assurer l'unité de langage dans la Constitution, il a paru préférable de ne pas ajouter à la terminologie constitutionnelle celle du droit international. On a aussi renoncé à l'idée de reformuler, avec ce que cela supposait de précision et de concision constitutionnelle, ces deux notions de l'article 6, par.1, CEDH. L'article 24 du projet n'en rappelle pas moins qu'il y a des cas dans lesquels les parties peuvent exiger une procédure judiciaire; dans quels cas cela est nécessaire est une question dont la réponse continue à dépendre du droit international, notamment de l'article 6, par.1, CEDH, précité, et de la jurisprudence qui s'y rapporte.

L'alinéa 2 conserve le principe de la garantie du juge du domicile (art.59, al.1, Cst.féd.). Par rapport à la Constitution actuelle, l'article 24 du projet abandonne certaines conditions (notamment celles qui limitent le bénéfice du droit au juge du domicile aux "réclamations personnelles" et à la solvabilité du débiteur). A première vue, cette extension du champ d'application à toutes les "actions civiles" peut paraître dépasser le cadre de la mise à jour. Cependant il faut considérer cette règle en relation avec la phrase suivante, aux termes de laquelle la loi (c'est-à-dire une loi de la Confédération ou des cantons ou un traité international) peut déterminer d'autres fors. L'extension aux actions non personnelles ne devient donc effective que dans la mesure où la "loi" ne prévoit pas un autre fors, notamment si elle ne prévoit pas de fors. Quant à la seconde phrase, elle a pour effet d'entériner l'état en matière de fors, en particulier de lever les "inconstitutionnalités" qui affectent actuellement le principe du juge du domicile pour les réclamations personnelles. Ces "inconstitutionnalités" sont la conséquence des nombreuses exceptions légales fédérales qui, en instituant des fors spéciaux en matière d'action personnelle, dérogent à la règle de principe de la Constitution. A cela s'ajoute le fait qu'en ratifiant la Convention de Lugano, la Suisse a dû, en raison de l'article 59, al.1, Cst.féd., formuler une réserve qui arrive à échéance en 1999. L'adoption de cette seconde phrase de l'alinéa 2 de l'article 24 du projet rendrait donc superflue, parce qu'elle en tiendrait lieu, la révision constitutionnelle annoncée dans la Convention de Lugano. Quant à la forme, cette norme s'inspire d'une proposition présentée par une commission de la Fédération suisse des avocats, qui prévoit l'unification des fors judiciaires et diverses dispositions sur la reconnaissance et l'exécution des jugements civils rendus dans un autre canton.

L'alinéa 3 consacre expressément dans le projet le principe, actuellement non écrit dans la Constitution fédérale, de la publicité de la procédure judiciaire. Ce principe a pris beaucoup d'importance au cours des dernières années sous l'influence de la jurisprudence rendue en application de l'article 6, par.1, CEDH. La formule du projet montre bien que le principe vise les débats et le prononcé du jugement, non pas la délibération. Le droit à la publicité peut, selon les circonstances, être restreint pour protéger des intérêts privés ou publics (cf. l'énumération contenue à l'art.6, par.1, CEDH; ATF 119 la 99, 100s.; arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme en la cause Schuler-Z'graggen c/CH, Série A, vol. 263).

## **Art. 25**

### **Privation de liberté**

L'article 25 du projet rassemble toutes les garanties de procédure dont dispose une personne privée de liberté. Ces différentes garanties concrétisent soit le droit d'être entendu soit le droit fondamental non écrit de la liberté personnelle (le Tribunal fédéral n'a pas tranché sur ce dernier point, ATF 119 la 221, 233s.). Tandis que l'alinéa 1 a pour seul modèle l'article 5, par.1, CEDH, l'alinéa 2 s'inspire de dispositions contenues dans de précédents projets de constitution, à savoir l'article 22 du modèle de 1985 (Garanties accordées en cas de privation de liberté) et l'article 15 du projet Kölz/Müller (Garanties pour les détenus et les internés), lui-même inspiré du projet de 1977 (art.21).



L'alinéa 1 rappelle d'abord qu'une personne ne peut être privée de sa liberté que dans les cas prévus par la loi (cf. art.9, al.2, en relation avec l'art.30, al.1 et 2, du projet). En outre, la privation de liberté ne peut avoir lieu que dans les formes prévues par la loi. La Constitution renvoie ainsi au droit cantonal ou fédéral applicable dans le cas concret et une violation dudit droit constitue donc simultanément une violation de la garantie constitutionnelle.

L'alinéa 2 se subdivise en trois lettres. La lettre a vise tous les types de privation de liberté, en particulier aussi la privation de liberté à des fins d'assistance au sens des articles 397ss CC. La garantie énoncée à la lettre a est une concrétisation du droit d'être entendu (cf. art.23, al.2 et 3, du projet). La gravité de l'atteinte subie justifie qu'on souligne expressément ce droit dans ce contexte, mais on ne saurait en tirer un argument a contrario pour le refuser dans le cadre d'autres procédures (notamment dans le cadre d'une procédure pénale, cf. art.26 du projet). La lettre b ne s'applique qu'aux cas de détention préventive. La garantie d'être aussitôt traduit devant le juge doit assurer un premier contrôle indépendant et impartial de la détention. Toutefois, conformément à la jurisprudence sur l'article 5, par.3, CEDH, ce contrôle ne doit pas obligatoirement être fait par un tribunal (au sens de la lettre c qui suit ou de l'art.24 du projet); il peut aussi être fait par un juge d'instruction, à la condition que celui-ci ne soutienne pas ultérieurement l'accusation dans la même affaire (ATF 117 la 199ss; cet arrêt est la conséquence de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme en la cause Huber v. CH, Série A, vol.188). Le second membre de la phrase de la lettre b concrétise un aspect de la liberté personnelle, en accordant à une personne détenue à titre préventif le droit d'être jugée dans un délai raisonnable. Cette disposition, qui implique une limitation de la durée de la détention préventive, ne constitue, à vrai dire, pas une garantie au sens strict du terme; mais, en raison de la connexité matérielle qu'elle a avec l'objet de la garantie de la lettre b, il se justifie de l'inscrire ici. La garantie de la lettre c vaut, à nouveau, pour l'ensemble des types de privation de liberté et non pas seulement pour la détention préventive. Toute personne privée de liberté a le droit de faire examiner par un tribunal la licéité de cette privation. La seule exception est celle d'une privation de liberté qui résulte déjà d'une décision d'un tribunal (notamment donc d'une condamnation à une peine privative de liberté). La disposition dit expressément que la personne privée de liberté peut en tout temps saisir le tribunal, ce qui, suivant les motifs de la privation, implique aussi le droit de faire réexaminer plusieurs fois, à intervalles raisonnables, sa licéité (arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme en la cause Winterwerp v. NL, Série A, vol.33).

## Art. 26

### Procédure pénale

Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a posé diverses garanties minimales qui appartiennent spécifiquement aux personnes poursuivies ou accusées d'une infraction pénale. Il les a déduit de l'article 4 de la Constitution fédérale et a continué à les développer en relation avec l'article 6 CEDH. Une partie d'entre elles ne fait que concrétiser spécifiquement pour la procédure pénale des droits déjà garantis de manière générale ailleurs

(cf. art.23 du projet: droit à une procédure équitable, droit d'être entendu, droit à l'assistance judiciaire gratuite). Mais le fait que la procédure pénale porte une atteinte particulièrement sensible aux droits de la personne justifie qu'on rappelle spécialement ces garanties ici.

L'alinéa 1 consacre expressément le principe de la présomption d'innocence, c'est-à-dire le droit de toute personne poursuivie pour une infraction pénale - ou accusée - d'être présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité soit légalement établie. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, ce principe pose principalement deux règles, l'une sur le fardeau de la preuve et l'autre sur l'appréciation des preuves (ATF 120 la 31, 35ss). Il incombe aux autorités de poursuite d'établir la culpabilité et non pas à la personne poursuivie d'établir son innocence (règle sur le fardeau de la preuve). En outre la personne accusée doit être libérée, quand le tribunal, après avoir dûment pesé les preuves à charge et à décharge, conserve "un doute en faveur de l'accusé qui ne peut absolument pas être surmonté" (règle sur l'appréciation des preuves, *in dubio pro reo*). Ce dernier principe implique notamment l'interdiction de tout propos qui laisse conclure prématurément à la culpabilité d'une personne non encore jugée (ATF 116 la 14ss; 116 IV 31, 39ss) ou qui laisse planer le doute sur l'innocence d'une personne acquittée (arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme en la cause *Sekanina v. A.*, Série A, vol.266-A), de même que l'interdiction de principe d'imputer des frais de justice en cas d'acquittement ou de classement de la procédure (ATF 116 la 162ss).

L'alinéa 2 est une concrétisation du droit d'être entendu. Il décrit d'abord la prémisses nécessaire pour qu'une personne puisse se défendre de manière efficace (à savoir, être informée en temps utile et de manière détaillée des accusations portées contre elle). Parmi les droits de la défense auxquels renvoie cet alinéa, il y a notamment le droit de préparer convenablement sa défense, celui de l'assurer soi-même, celui de la confier à un défenseur de son choix ou d'obtenir, s'il y a lieu, un défenseur d'office, celui d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge et, dans certaines circonstances, celui de se faire assister gratuitement d'un défenseur.

L'alinéa 3 consacre le droit de toute personne jugée coupable d'une infraction pénale de faire examiner le jugement par une juridiction supérieure. La garantie d'une instance de recours résulte, aujourd'hui déjà, de l'article 2 du Protocole no 7 de la CEDH et de l'article 15, chif. 5, du Pacte II. A la différence de l'article 2 du protocole no 7, l'article 26, al. 3, du projet ne mentionne que l'exception du jugement rendu par la plus haute juridiction. Les deux autres exceptions tolérées par la CEDH (infraction mineure ou condamnation prononcée par une autorité de recours après un acquittement en première instance) sont, si même elles ont jamais eu une portée pratique dans notre ordre juridique, devenues désuètes depuis l'entrée en vigueur du Pacte II: en effet, selon son article 15, chif.5, la garantie d'une instance de recours est absolue; c'est pourquoi la Suisse a dû réserver, lors de la ratification du pacte, les cas où le Tribunal fédéral statue en "première instance" (c'est-à-dire en instance unique).

On pourrait aussi - dans le sens d'une innovation - biffer la seconde phrase de cet alinéa 3 dans le cas où on introduirait une autorité judiciaire fédérale de première instance avant le Tribunal fédéral.

#### **Art. 27**      **Droit de pétition**

L'article 27 du projet correspond à l'article 57 de la Constitution fédérale, qui garantit le droit de pétition.

La première phrase définit le droit de pétition: conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, c'est le droit d'adresser en tout temps aux autorités des requêtes, des propositions, des critiques ou des réclamations dans des affaires de leur compétence, sans avoir à craindre pour cela des désagréments ou des conséquences juridiques préjudiciables de quelque nature que ce soit (ATF 104 la 434, 437).

La seconde phrase précise, comme le fait le Tribunal fédéral, que l'autorité est tenue de prendre connaissance de la pétition - ce qui implique l'obligation de la transmettre, s'il y a lieu, à l'autorité compétente (ATF 98 la 484, 488s.; 119 la 53, 55).

Le droit de pétition appartient à toute personne, physique ou morale, étrangère ou nationale, mineure ou majeure. Elle n'a pas à respecter de forme spécifique pour présenter sa demande.

On pourrait prévoir ici une innovation qui aurait pour but d'étendre le droit de pétition. Le Tribunal fédéral a refusé d'imposer aux autorités - fédérales ou cantonales - l'obligation de traiter matériellement les pétitions et d'y répondre, estimant qu'il appartenait au législateur de prévoir une telle obligation (ATF 119 la 55). Cette jurisprudence est généralement critiquée, notamment dans la doctrine, qui estime que la pétition ne peut remplir réellement sa fonction de communication directe entre l'administré et l'autorité que dans la mesure où celle-ci examine la pétition sur le fond et y répond, montrant ainsi qu'elle attache le sérieux qu'il convient à la demande de l'administré. Dans la pratique, on constate, en général, que les autorités vont plus loin que la simple obligation de prendre connaissance de la pétition. Ainsi les autorités politiques fédérales prévoient, pour les pétitions adressées au Parlement fédéral, l'obligation de traiter matériellement la pétition: voir l'article 45 du Règlement du Conseil national (RS 171.13) et l'article 37 du Règlement du Conseil des Etats (RS 171.14). Il en va de même de la pratique du Conseil fédéral et de l'administration fédérale (JAAC 39. 43 et les citations; 48. 25). Quant aux cantons, la plupart de ceux qui ont révisé récemment leur constitution prescrivent expressément l'obligation de répondre aux pétitions, voire de les examiner sur le fond: art.20 Cst. BE; art.21 Cst. OW; art.60 Cst. GL; art.26 Cst. SO; §10 Cst. BL; §19 Cst. AG; §12 Cst. TG; art.80 Cst. JU.

#### **Art. 28**      **Liberté de vote**

L'article 28 du projet consacre un droit constitutionnel non écrit que le Tribunal fédéral infère, en général, du droit de vote garanti par la Constitution fédérale (ATF 75 I 244, 245; 89 I 442, 443; 90 I 69, 73; 98 la 602, 610; 104 la 215, 223; 106 la 20, 22; 113 la 291, 294; 114 la

427, 432; 117 la 41, 46; 452, 455; 118 la 259, 261; 119 la 271, 272). L'art.25 du Pacte II garantit les droits politiques des citoyens, en particulier, le droit de participer à des élections et à des votations dans un scrutin secret. Lors de la ratification, la Suisse a formulé une réserve en faveur des réglementations cantonales sur les "Landsgemeinden" et les assemblées de commune (RO 1993 750, 797).

Selon le Tribunal fédéral, "le droit de vote en matière politique est un droit constitutionnel garanti par le droit fédéral. Il donne notamment au citoyen le droit d'exiger que le résultat des élections ou des votations ne soit pas reconnu, s'il n'est pas l'expression sûre et véritable de la libre volonté du corps électoral (...). Il confère donc à l'électeur le droit notamment de s'exprimer en pleine liberté, c'est-à-dire non seulement de voter dans le secret et à l'abri de toute influence extérieure, mais aussi de remplir son bulletin d'une manière conforme à sa volonté réelle" (ATF 90 I 69, 73). Ce droit constitutionnel apparaît donc comme la garantie individuelle minimale d'un fonctionnement libre de la démocratie, quel que soit le niveau, fédéral, cantonal ou communal, où ce droit est exercé.

Il résulte de l'abondante jurisprudence du Tribunal fédéral que la liberté de vote implique notamment la garantie du secret du vote (ATF 98 la 602, 610), l'obligation, pour les autorités, de poser "correctement" (sur le fond et en la forme) les questions (ATF 106 la 20, 27) et de respecter, en particulier, le principe de l'unité de la matière (ATF 104 la 215, 223), le devoir d'exactitude des autorités quand elles informent l'électeur sur l'objet d'un vote, l'interdiction absolue qui leur est faite d'intervenir dans les élections (ATF 113 la 291, 296), le devoir de réserve qui leur incombe dans les campagnes référendaires (ATF 114 la 427), l'obligation, pour les particuliers (notamment la presse), de ne pas pratiquer une propagande électorale ou référendaire mensongère (cf. B. Knapp, in Commentaire de la Constitution fédérale, art.5, nos 62ss).

L'alinéa 1 pose la garantie. L'alinéa 2 la concrétise en reprenant les deux termes de la définition du Tribunal fédéral: la libre formation de l'opinion du citoyen et l'expression fidèle et sûre de sa volonté. L'alinéa 3 permet aux cantons de déroger au principe du secret du vote et réserve ainsi, en particulier, le cas de la "Landsgemeinde" et de l'assemblée de commune.

Les règles concernant la compétence en matière de droit de vote cantonal se trouvent à l'article 42 du projet (Exercice du droit de vote); celles portant sur le droit de vote en matière fédérale sont à l'article 115 du projet (Droit de vote).

## **Art. 29**

### **Réalisation des droits fondamentaux**

L'article 29 du projet consacre des principes non écrits du droit constitutionnel.

Les droits fondamentaux sont des droits qui sont reconnus aux particuliers et qui ont une importance fondamentale pour la détermination de leurs rapports avec la société et les pouvoirs publics. Leur fonction est, à la fois, défensive, c'est-à-dire qu'ils servent à limiter l'emprise de l'Etat sur les individus, et positive, c'est-à-dire qu'ils incitent l'Etat à agir ou même



lui en font une obligation. Dans les deux cas, le but recherché est le même: la réalisation effective des droits et libertés.

L'alinéa 1 pose le mandat général de pouvoir à la réalisation effective des droits fondamentaux. Ce mandat signifie que l'Etat doit user de tous les moyens propres à atteindre le but recherché, ce qui implique à la fois l'obligation de s'abstenir d'un comportement susceptible de nuire aux droits fondamentaux et celle d'en adopter un propre à les protéger et à les servir. Relevons que, dans ce dernier cas (fonction positive), le mandat s'adresse d'abord au législateur, car le choix des mesures à prendre est étroitement lié au pouvoir d'appréciation des autorités politiques (voir, par exemple, la réserve observée par le Tribunal fédéral dans son arrêt du 18 janvier 1985, ZBI 1985, p.492, 496).

L'alinéa 2 indique quels sont les destinataires, ou débiteurs, des droits fondamentaux, c'est-à-dire ceux qui doivent les respecter et les réaliser, soit en s'abstenant d'un comportement, soit en adoptant un comportement propre à les protéger et à les servir: ce sont les autorités de toutes les collectivités publiques (Confédération, cantons, communes) et toutes les personnes qui assument une tâche de l'Etat. En revanche, les personnes privées agissant comme particuliers à l'égard d'autres particuliers ne sont pas tenues de respecter de la même manière les droits fondamentaux (problème des effets horizontaux directs). En principe, les rapports entre les particuliers sont réglés par le droit privé (Code civil, Code des obligations, loi sur les cartels, loi sur la concurrence déloyale, etc.) et les atteintes les plus graves sont réprimées par le droit pénal (atteinte à la vie, à l'intégrité, à l'honneur, à la propriété, etc.). Dans tous ces cas, le particulier ne peut se fonder directement sur la Constitution pour se défendre contre un autre particulier; il doit invoquer les lois qui mettent en oeuvre les droits fondamentaux (voir l'alinéa 1) ou qui les protègent, en restreignant, en particulier, les droits fondamentaux concurrents d'autrui (art. 30, al. 1, du projet). Ce n'est qu'exceptionnellement, c'est-à-dire là où la Constitution le permet, qu'une disposition peut s'appliquer directement aux rapports entre les particuliers. L'exemple le plus connu est la règle sur l'égalité des salaires entre hommes et femmes (art.4, al.2, 3ème phrase, Cst.féd./ art. 7, al. 3, du projet).

## **Art. 30**

### **Restrictions des droits fondamentaux**

L'article 30 du projet consacre des règles non écrites du droit constitutionnel.

La Constitution garantit des droits fondamentaux. Or, pour des raisons évidentes, il est admis que ces droits ne peuvent être garantis de manière absolue et qu'ils peuvent - ou doivent même - être restreints. Mais, pour ne pas vider les droits fondamentaux de toute substance, il est nécessaire de limiter, à son tour, ce pouvoir de les restreindre, et le droit constitutionnel a défini à cet effet un régime des restrictions. Ainsi, pour être licite, une restriction doit avoir une base légale, être justifiée par la protection d'un intérêt public ou d'un droit fondamental - concurrent - d'autrui, être proportionnée et ne pas porter atteinte à l'essence même du droit fondamental concerné (ATF 109 la 244, 247; 115 la 247; 118 la 73; 436; 119 la 353; 478). Plutôt que d'énoncer ce régime général des res-

trictions à propos de chacun des droits fondamentaux garantis dans le projet - ce qui est notamment le système de la Convention européenne des droits de l'homme et des Pactes -, il a paru préférable de lui consacrer une disposition spécifique. Il n'en demeure pas moins que les restrictions peuvent varier d'un droit à l'autre: ce qui est interdit pour certains d'entre eux (par exemple, l'instauration d'un régime d'autorisation préalable en matière de liberté d'opinion et d'information ou de liberté d'association) est possible pour d'autres (par exemple, en matière de liberté de réunion). Dans ces cas quelque peu spéciaux, le texte constitutionnel mentionne expressément les restrictions particulières (voir, par exemple, les art.12, al.4, 13 en relation avec l'art.68, al.2, 16, al.3, 20, al.2, 21, al.3, 22, al.2, 2ème phrase, du projet).

L'alinéa 1 énumère les trois premières conditions qu'une restriction doit remplir pour être licite. Il faut d'abord que la restriction soit fondée sur une base légale, c'est-à-dire sur une règle de droit générale et abstraite; celle-ci peut être contenue dans une loi formelle ou dans une ordonnance, prise en vertu d'une délégation législative (voir aussi les commentaires ad art.4, al.1, et 141, al.2, du projet). La restriction doit ensuite être justifiée par la protection d'un intérêt public ou d'un droit fondamental d'autrui; la notion d'intérêt public, qui peut varier dans le temps et dans l'espace, recouvre une série de valeurs dites "policières" (ordre, sécurité, santé, moralité, tranquillité publics, etc.) ou de valeurs sociales, culturelles, historiques, scientifiques, etc. (voir aussi le commentaire ad art.4, al.2, du projet). Quant à la protection des droits fondamentaux d'autrui, cette notion exprime l'idée classique que la liberté de l'un finit là où commence la liberté de l'autre; il appartient au législateur de tracer la frontière respective de l'exercice individuel des libertés concurrentes: le législateur civil ou pénal limite, par exemple, la liberté d'expression au nom de la protection de la personnalité. C'est là une autre manière de formuler l'idée des effets horizontaux des droits fondamentaux (voir aussi le commentaire ad art.29, al.2, du projet). Il faut enfin que la restriction soit proportionnée au but visé, c'est-à-dire qu'elle soit adéquate, indispensable et dans un rapport raisonnable avec le but qu'il s'agit d'atteindre (voir aussi le commentaire ad art.4, al.2, du projet).

L'alinéa 2 précise que les exigences en matière de base légale sont d'autant plus élevées que l'atteinte portée à un droit fondamental est grave: celle-ci doit alors nécessairement figurer dans une loi formelle et le législateur n'a pas la liberté de déléguer son pouvoir législatif (voir aussi le commentaire ad art.4, al.1, et 141, al.2, du projet). La 2ème phrase de l'alinéa 2 réserve la clause générale de police, laquelle constitue, en cas de danger sérieux, direct et imminent, la base nécessaire pour poser une restriction; relevons que les autres conditions auxquelles peut être restreint un droit fondamental (protection d'un intérêt public ou d'un droit fondamental d'autrui, proportionnalité, respect de l'essence même du droit fondamental concerné) doivent, même en cas de danger sérieux, direct et imminent, être respectées.

L'alinéa 3 prévoit qu'un droit fondamental ne peut être restreint dans une mesure qui porte atteinte à son essence même. L'essence d'un droit fondamental, notion appelée parfois noyau intangible ("Kerngehalt"), est la partie du droit qui ne tolère aucune atteinte: par exemple, la dignité hu-

maine et le droit à la vie forment, selon le Tribunal fédéral, le noyau intangible de la liberté personnelle (ATF 109 la 244, 247; 273, 289-290). L'énoncé des différents droits individuels garantis dans le projet n'indique, en général, pas ce qui en constitue le noyau intangible, laissant cette tâche à la jurisprudence (voir cependant l'art.9, al.1, 2ème phrase, et al.2, 2ème phrase; art.13, al.4, 2ème membre de la phrase; art.19, al.2, 2ème phrase). Ce système a l'avantage d'être ouvert et de s'adapter aux problèmes et aux circonstances nouvelles.

Il n'a pas paru nécessaire de réserver un alinéa spécifique au problème des restrictions particulières opposables à certaines catégories de personnes (mineurs, étrangers, fonctionnaires, militaires, détenus, etc.), ce problème pouvant être abordé sous l'angle de l'intérêt public et de la proportionnalité. Ainsi, par exemple, les droits fondamentaux des personnes mineures ne peuvent être restreints, de surcroît, que dans la mesure où elles n'ont pas encore la capacité de discernement; ou encore, les droits fondamentaux des personnes liées à l'Etat par un rapport de droit spécial ne peuvent être restreints, de surcroît, que dans la mesure où l'exige l'intérêt public particulier qui a justifié l'établissement de ce rapport (ATF 101 la 175, 181; arrêt du Tribunal fédéral du 22 décembre 1983, ZBI 1984, 308, 311).

## Chapitre 2: Buts sociaux

### Art. 31

L'article 31 du projet constitue formellement une innovation par rapport à la Constitution fédérale actuelle, qui ne mentionne pas, comme tels, de buts sociaux. Ceux-ci sont cependant déjà concrétisés pour l'essentiel, sous forme de normes attributives de compétences ou de mandats législatifs, dans les articles 24novies, 27, alinéa 2, 31quinquies alinéa 1, 34 à 34novies et 69 de la Constitution fédérale. Par ailleurs, la Suisse s'est engagée, par la ratification du Pacte I, à reconnaître et garantir progressivement les droits au travail, à la sécurité et à l'assistance sociales, à la santé et à la formation. Cependant, aux termes du Pacte I, ces droits ne sont, en principe, pas directement applicables, mais ils peuvent acquérir parfois certains contenus directement applicables (voir, sur l'ensemble de ce problème à propos du droit à la formation, ATF 120 la 1, 10 ss); en outre, le Pacte I n'infère pas de solution quant aux modalités de la reconnaissance de ces droits, pas plus qu'en ce qui concerne la répartition des compétences dans l'ordre juridique interne.

L'article 31 du projet représente à cet égard une des solutions possibles, qui consiste à reconnaître des buts sociaux à côté des droits fondamentaux (traditionnels), tout en les distinguant cependant soigneusement de ces derniers. La formulation de l'article 31 du projet indique que la Confédération et les cantons prennent, chacun dans leur domaine de compétences, les mesures propres à réaliser ces objectifs (phrase introductive de l'alinéa 1). Elle précise aussi que ces buts seront réalisés en complément de l'initiative et de la responsabilité privées et dans le cadre des moyens disponibles. Elle marque clairement que les buts en question ne fondent pas des prétentions que les individus pourraient invoquer directement en justice, mais qu'ils constituent des injonctions à l'adresse du



législateur, fédéral ou cantonal, selon les cas. De telles prétentions ne peuvent naître que par la concrétisation législative des buts sociaux mentionnés dans la Constitution (alinéa 2).

Enfin, l'article 31 du projet ne tranche pas la question de la répartition des compétences entre les cantons et la Confédération s'agissant de la concrétisation des objectifs qu'il assigne. Cette question est réglée dans le Titre 3 du projet (spécialement dans la section 7 du chapitre 2, art. 88 et ss), où sont prévues les compétences et les tâches respectives de la Confédération et des cantons.

Rappelons enfin que les constitutions cantonales les plus récentes contiennent une disposition comparable (par exemple, Berne et Appenzell Rhodes-Extérieures).

### **Titre 3: Confédération et cantons**

#### **Chapitre premier: Rapports entre la Confédération et les cantons**

##### **Section 1: Statut des cantons**

##### **Art. 32 Tâches**

L'article 32 du projet reprend une partie du contenu de l'article 3 Cst., ainsi que le principe de la fidélité confédérale (Bundestreue) en tant que droit constitutionnel non écrit.

L'article 3 Cst., qui prévoit que les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale, est repris tel quel à l'article 3 du projet et à l'article 32 du projet, dans ce dernier sous la forme d'une disposition comportant deux parties: le 1<sup>er</sup> alinéa prévoit la compétence subsidiaire des cantons dans tous les domaines qui n'ont pas été attribués à la Confédération et le 3<sup>e</sup> alinéa fixe le principe selon lequel les cantons mettent en oeuvre le droit fédéral sous la surveillance de la Confédération. Ces deux aspects partiels réunis, soit l'accomplissement subsidiaire des tâches et le fédéralisme d'exécution, confèrent aux cantons leur caractère d'Etats et expliquent la notion, aujourd'hui quelque peu inappropriée dans un Etat fédéral, de souveraineté. De la norme-programme de l'article 3 Cst., l'article 32 du projet ne reprend que les éléments relatifs à la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons. Combiné avec l'article 3 du projet, qui renforce le caractère étatique propre des cantons, l'article 32 du projet consacre le fédéralisme, considéré comme un principe politique concret, aménagé sous une forme moderne et au sens du principe de subsidiarité, comme la structure fondamentale de l'Etat. Dès lors, il suffit de fixer dans la Constitution fédérale les seules compétences relevant de la Confédération; les cantons demeurent automatiquement compétents dans tous les autres domaines et ils sont appelés de surcroît dans la plupart des cas à compléter l'activité de la Confédération (cf. à l'inverse: l'art. 51 du projet 1977, qui confie aux cantons la responsabilité principale dans divers domaines; voir cependant l'art. 52, 1<sup>er</sup> al., du projet 1977). Cette disposition ne va toutefois pas jusqu'à fonder une présomption générale en faveur de la compétence des cantons en cas de doute; dans cette éventualité, les compétences attribuées à la Confédération doivent plutôt



être interprétées dans l'esprit de la Constitution fédérale. Si de nouvelles tâches doivent être attribuées à la Confédération, il appartient au constituant de décider de l'étendue (matérielle) de la compétence à attribuer et des conséquences juridiques qui en découlent pour le droit cantonal. La compétence de la Confédération, comme celle des cantons, implique toujours à la fois le droit et l'obligation d'accomplir une certaine tâche.

Le 2e alinéa définit la position des cantons en tant que membres de l'Etat fédéral et les associe à la formation de la volonté fédérale. Cette disposition a notamment trait au droit d'être consulté, à la majorité des cantons nécessaire pour modifier la Constitution fédérale, ainsi qu'à l'institution du Conseil des Etats.

Le 3e alinéa fixe le principe selon lequel les cantons mettent en oeuvre le droit fédéral. Il est vrai que ce dernier peut en décider autrement, auquel cas cette compétence d'exécution n'a plus qu'un caractère subsidiaire. Néanmoins, on peut admettre que, même dans ces cas, les cantons participent de manière substantielle à la définition de la mise en oeuvre en veillant à ce que celle-ci soit adaptée aux circonstances et aux particularités culturelles. La Confédération ne peut toutefois leur déléguer tout ou partie de sa tâche. Il incombe à la Confédération d'exercer la surveillance de l'exécution par les cantons et de faire examiner par ses organes judiciaires les erreurs commises dans l'application du droit fédéral, étant admis que cette vérification comporte en règle générale un pouvoir d'appréciation et ne se réduit pas à une simple surveillance sur les Etats-membres. Ces principes s'appliquent également - par le biais de la réserve d'approbation - en cas de délégation de compétences législatives aux cantons. A l'inverse, les cantons ne sont en principe pas admis à déléguer leurs propres tâches à la Confédération (cf. le comm. de l'art. 34 du projet).

Le 4e alinéa fonde l'obligation réciproque pour la Confédération et les cantons de se prêter mutuellement assistance et de collaborer dans l'accomplissement de leurs tâches. Le principe de la fidélité confédérale trouve son fondement dans le principe de la bonne foi (et dans l'interdiction de l'abus de droit) ainsi que dans un principe général de confiance. Il vise à l'intégration politique de l'Etat fédéral. Le fédéralisme en tant que norme fondamentale implique un devoir de considération mutuelle, l'obligation de respecter les sphères de compétences respectives et de se comporter loyalement dans les situations exceptionnelles, un devoir général de collaboration, ainsi qu'un devoir d'assistance positive, mais en situation de crise (seulement) et à condition que ce soutien soit possible sans dépenses financières excessives ni autres charges trop importantes pour celui qui l'apporte.

### **Art. 33**

#### **Indépendance**

L'article 33 du projet reprend des éléments de l'article 3 Cst. et de l'autonomie communale en tant que droit constitutionnel non écrit.

Le 1er alinéa garantit formellement l'indépendance (autonomie) des cantons. Les cantons disposent d'une substantielle autonomie en matière de

détermination et d'accomplissement de leurs tâches propres, de finances et d'organisation de la communauté politique, ce qui représente en définitive une part essentielle de leurs compétences étatiques originaires. Même si la Confédération peut, en principe, définir librement ses compétences, dans les formes requises pour la formation de la volonté fédérale, il ressort clairement de ce 1er alinéa que tout empiétement de sa part dans le noyau de l'autonomie des cantons violerait la Constitution. Cette disposition garantit ainsi le maintien d'un fédéralisme substantiel.

Le 2e alinéa prévoit que la Confédération protège l'autonomie des collectivités territoriales - il s'agit le plus souvent des communes - dans les limites fixées par le droit cantonal (garantie de l'autonomie communale).

L'article 40 du projet 1977 et l'article 47 du projet DFJP (tous deux aux 1er et 2e al.) mentionnaient expressément l'autonomie des cantons en matière d'organisation et de détermination des tâches.

A titre d'innovation, on pourrait éventuellement protéger l'autonomie des communes non seulement dans les limites du droit cantonal, mais prévoir une notion substantielle de ce principe dans le cadre du droit fédéral.

#### Art. 34

##### Collaboration

L'article 34 du projet représente une mise à jour de l'article 7 Cst. ainsi que du droit constitutionnel non écrit.

L'article 34 du projet autorise de manière générale les cantons à conclure entre eux des accords et des conventions sur des objets susceptibles de concerner les trois pouvoirs: législatif, exécutif et administratif, judiciaire. Il va de soi que l'on peut aussi au moyen de tels instruments instituer des organes communs (1er al.). Par analogie avec le principe applicable en droit international, les conventions passées entre les cantons priment le droit cantonal. Le droit fédéral en revanche prévaut également sur les concordats.

Le 2e alinéa énonce les limites à la compétence des cantons de conclure des conventions. Il s'agit premièrement du régime des compétences tel qu'il ressort de la Constitution fédérale; deuxièmement, des intérêts de la Confédération au sens large, en particulier du maintien du contrôle démocratique par les parlements cantonaux; et, troisièmement, des droits des autres cantons. L'adhésion à une convention est bien entendu laissée à l'appréciation des cantons; une déclaration de portée générale de la Confédération visant à lier les cantons serait en contradiction notoire avec la nature juridique des concordats; elle n'est d'ailleurs pas prévue. La Confédération pour sa part ne saurait être partie à de telles conventions que si elle est au bénéfice d'une compétence parallèle. Les cantons ne peuvent en principe conclure des conventions qui contiennent des règles de droit; dans de tels cas, on procédera par la voie de la législation fédérale.

La réserve d'approbation prévue au 3e alinéa doit permettre de vérifier que les limites posées par le droit fédéral sont respectées et d'harmoniser le droit concordataire; cet article n'a toutefois qu'une portée déclaratoire. Pour que la Confédération puisse empêcher l'application de conventions qui contreviendraient au droit fédéral ou léseraient les intérêts de la Confédération ou les droits d'autres cantons (art. 34, 2e al., du projet), il faut

draît que toutes les conventions soient portées à sa connaissance. Or, aujourd'hui déjà, la pratique est nettement en retrait par rapport à la prescription de l'article 7, 2<sup>e</sup> alinéa, 2<sup>e</sup> partie de la 1<sup>ère</sup> phrase, Cst.; limiter les réserves d'approbation aux conventions qui contiennent des règles de droit ne correspondrait toutefois pas au droit actuel.

L'article 7, 1<sup>er</sup> alinéa, Cst. est obsolète dans la mesure où il concerne l'interdiction d'alliances particulières, ces dernières étant impensables à l'heure actuelle. Par ailleurs, les traités de nature politique entre cantons dérogeraient au principe de la fidélité confédérale.

## Art. 35

### Respect du droit fédéral

L'article 35 du projet reprend certains aspects des articles 3 et 14 Cst., ainsi que de l'article 2 des dispositions transitoires.

L'article 35, 1<sup>er</sup> alinéa, du projet règle les conflits de normes au sein de l'Etat fédéral en posant le principe que le droit fédéral prévaut sur le droit cantonal qui lui est contraire. Ce principe est implicitement contenu dans la norme-programme de l'article 3 Cst., bien que la doctrine le rattache à l'article 2 des dispositions transitoires. La force dérogatoire du droit fédéral doit être respectée d'office par toutes les autorités; elle est un droit constitutionnel et peut être invoquée dans toutes les procédures, subsidiairement par la voie du recours de droit public au Tribunal fédéral. La dérogation entraîne l'invalidation avec effet direct et immédiat de tous les actes juridiques, en d'autres termes il provoque la nullité de l'acte en cause et non seulement sa suspension.

Le 2<sup>e</sup> alinéa consacre la haute surveillance de la Confédération sur l'exécution du droit fédéral par les cantons (cf. art. 32, 3<sup>e</sup> al., du projet). Pour assurer cette exécution, la Confédération peut, aux termes du 2<sup>e</sup> alinéa, 2<sup>e</sup> partie de la phrase, prendre si nécessaire tous les moyens appropriés: elle peut édicter des directives, prescrire l'établissement de rapports, soumettre réserver l'approbation, introduire une action devant le Tribunal fédéral, ordonner une exécution par substitution, envoyer des commissaires et, en ultime recours, intervenir militairement. Ces mesures ne sont pas mentionnées dans le projet en raison de leur nombre et de la diversité des besoins.

L'article 14 Cst. enjoint aux cantons de renoncer à toute voie de fait pour imposer leurs droits (ou à titre de rétorsion) vis-à-vis d'autres cantons et il renvoie à la procédure de décision de la Confédération, ainsi qu'aux voies de droit. Cette obligation ressortit à l'évidence au principe de la fidélité confédérale visé par l'article 32 du projet. La norme de l'article 2 des dispositions transitoires selon laquelle les dispositions des lois fédérales, des concordats et des constitutions ou des lois cantonales contraires à la présente Constitution cessent d'être en vigueur par le fait de l'adoption de celle-ci devra être reprise dans une disposition transitoire analogue de la nouvelle Constitution. Dans l'hypothèse où le projet se bornerait à la seule mise à jour du droit constitutionnel en vigueur et ne contiendrait aucune réforme, on pourrait aussi renoncer le cas échéant à une disposition de ce genre, puisqu'aucun conflit de normes ne serait possible.

**Art. 36**      **Entraide administrative et entraide judiciaire**

L'article 36 du projet met à jour les articles 61 et 67 Cst. et codifie le droit coutumier relatif à la compétence générale de la Confédération dans les domaines du droit civil et du droit pénal.

La reconnaissance des jugements civils étendue à toute la Suisse correspond à la garantie du for du domicile de l'article 59 Cst. Le bénéfice du for du domicile ne peut être assuré que par la reconnaissance dans l'ensemble de la Confédération des jugements civils passés en force. Le champ d'application de l'article 36 du projet est certes fort restreint par la LP qui règle de manière exclusive et en tant que *lex specialis* l'exécution des jugements civils par le paiement d'une somme d'argent (art. 81, 1er et 2e al., LP), mais cet article conserve néanmoins son importance pour la protection constitutionnelle des créanciers. La reconnaissance des jugements civils est assortie toutefois de certaines limites. Ainsi, le jugement civil en cause doit être reconnu par un tribunal compétent quant à la forme et quant au fond, il doit formellement avoir force de chose jugée, il doit être ce que l'on appelle un jugement final et il ne doit pas porter atteinte aux droits d'autres cantons ou léser l'une des règles procédurales découlant de l'article 4 Cst. (en particulier le droit d'être entendu). En outre, cette disposition règle l'entraide judiciaire entre les cantons et comprend l'assistance en matière d'enquêtes (assistance judiciaire au sens strict du terme) et en matière d'exécution de décisions administratives et judiciaires entrées en force; l'entraide judiciaire des cantons par rapport à la Confédération est réglée par la même disposition. Fondamentalement et dans son ensemble, cette disposition ne porte pas atteinte à la compétence cantonale en matière de procédure civile: elle veut simplement être une règle de conflit de droit fédéral. La 2e phrase précise que les jugements civils ayant force de chose jugée sont sans autre exécutoires dans toute la Suisse et élève en même temps la réglementation de l'article 81, 1er et 2e alinéas, LP au rang de norme constitutionnelle.

Le devoir d'extradition de l'article 67 Cst., y compris ses restrictions formulées dans la 2e partie de la phrase, est devenu obsolète car l'article 352 CP règle ce problème dans le cadre des affaires pénales, auxquelles le Code pénal ou une autre loi fédérale est applicable. Par ailleurs, la 2e partie de la phrase de la disposition constitutionnelle en vigueur est concrétisée par le 2e alinéa de l'article 352 CP; depuis 1942, cette dernière disposition n'a été appliquée qu'une seule fois et est ainsi considérée comme anachronique. Le groupe de travail pour la révision du troisième livre du Code pénal est en outre arrivé à la conclusion que l'article 67 Cst. et les dispositions d'application prévues aux 2e et 3e alinéas de l'article 352 CP doivent être abrogés.

Si, dans le cadre de la réforme de la justice, la Confédération devait se voir attribuer la compétence d'unifier le droit cantonal de procédure en matière civile et pénale, l'article 36 du projet devrait de toute manière être biffé, ou à tout le moins être considéré comme du droit transitoire jusqu'à ce que la Confédération ait achevé cette unification.



**Art. 37**      **Ordre constitutionnel et territoire**

L'article 37 du projet met à jour les articles 5 et 16 Cst.

Les objets de la garantie de l'article 37 du projet sont le territoire au sens géographique du terme (cf. l'exposé des motifs de l'art. 38 du projet), l'application territoriale du droit cantonal (souveraineté dans le sens de puissance publique), ainsi que, au premier chef, la liberté et les droits du peuple tels que fixés dans les constitutions cantonales. Le but de la disposition constitutionnelle est de faire face aux exigences formulées par l'article 6 Cst. (art. 38 du projet), c'est-à-dire de protéger vis-à-vis de l'Etat les droits individuels prévus dans le droit cantonal.

Le but de l'intervention de la Confédération, réglé au *2e alinéa*, est de rétablir l'ordre public dans un canton, lorsque celui-ci est troublé. Il s'agit en premier lieu de remplacer les organes gouvernementaux défailants par les autorités fédérales, la plupart du temps par un commissaire civil, doté de pleins pouvoirs et dûment mandaté, chargé de diriger les affaires exécutives cantonales au nom de la Confédération. En revanche, l'engagement de forces policières ou militaires de maintien de l'ordre n'est que subsidiaire. Il ressort de la doctrine et de la jurisprudence que, de son propre chef, la Confédération est légitimement habilitée à intervenir, à condition que l'ordre intérieur d'un canton soit perturbé ou directement menacé de troubles (cf. déjà FF 1889 1 659), raison pour laquelle on renonce à la possibilité pour le canton menacé de requérir le secours d'autres cantons, en avertissant immédiatement le Conseil fédéral; cette possibilité pourrait en effet susciter des malentendus. Dans le cas d'une telle intervention, point n'est besoin de citer expressément le respect des droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale ainsi que des droits individuels de la constitution cantonale garantie par la Confédération, qui doivent certes être sauvegardés au maximum (art. 16, 3e al., Cst.); les respect de ces droits est considéré comme découlant de l'art. 38 du projet ainsi que des droits fondamentaux.

Le 2e alinéa, 1ère phrase, de l'article 37 du projet (conditions de l'intervention fédérale) prend pour modèle le 1er alinéa de l'article 16 Cst.

A titre d'innovation, le 2e alinéa, 2e phrase (répartition des coûts), pourrait être adapté à la pratique de l'Assemblée fédérale et mettre en principe les frais d'intervention à la charge de la Confédération, à moins que l'Assemblée fédérale n'en décide autrement. Quoi qu'il en soit, on pourrait envisager de ne pas reprendre la réglementation actuelle de la répartition des coûts en cas d'intervention de la Confédération (art. 16, 4e al., Cst.); la décision en matière de répartition des coûts pourrait être laissée à l'appréciation de l'Assemblée fédérale de cas en cas.

**Art. 38**      **Constitutions cantonales**

L'article 38 du projet correspond à l'article 6 Cst.

Le *1er alinéa* pose les conditions matérielles que doivent remplir les constitutions cantonales pour obtenir la garantie fédérale. Ces constitutions satisfont aux exigences des principes démocratiques lorsqu'elles prévoient un parlement élu et - au moins dans une certaine mesure - le principe de la

séparation des pouvoirs (cf. FF 1995 I 965 avec indications bibliographiques). En outre, les constitutions et leurs révisions doivent être soumises au vote populaire obligatoire et, en tout temps, une initiative visant à la modification de la constitution doit pouvoir être déposée.

Le 2<sup>e</sup> alinéa oblige les cantons à requérir la garantie de la Confédération pour leurs constitutions. Cette garantie n'a qu'une valeur déclarative et c'est pourquoi les constitutions peuvent déjà être mises en vigueur avant que la garantie leur ait été octroyée. En cas de refus de la garantie, la décision a un effet *ex tunc*. Un éventuel octroi de la garantie signifie simplement que les conditions en sont remplies à ce moment-là. A relever aussi que la décision de garantir une constitution cantonale ne lie pas plus le Tribunal fédéral que d'autres autorités. Cette décision peut également être assortie de réserves. Ces réserves signifient que la règle constitutionnelle cantonale n'a qu'une marge d'application restreinte face au droit fédéral ou alors qu'une modification de la Constitution fédérale est nécessaire pour que le but de la règle cantonale puisse être réalisé.

Selon le 2<sup>e</sup> alinéa, les constitutions cantonales ne doivent rien contenir de contraire au droit fédéral. Le droit fédéral comprend également l'ensemble du droit international public valable pour la Suisse. Le contrôle de la compatibilité avec le droit fédéral se limite à un contrôle juridique. La garantie est accordée lorsque l'on peut imaginer ne fût-ce qu'un cas d'application pratique qui ne viole pas le droit fédéral; elle est refusée lorsque la règle constitutionnelle cantonale en cause ne se prête à aucune interprétation conforme au droit fédéral.

Dans le sens d'une variante rédactionnelle, le 2<sup>e</sup> alinéa pourrait être formulé ainsi: "La Confédération garantit les constitutions des cantons".

## Art. 39

### Modification du nombre et du territoire des cantons

L'article 39 du projet codifie les règles de droit constitutionnel essentiellement non écrites, qui se rapportent aux articles 1<sup>er</sup> et 5 Cst.

L'article 1<sup>er</sup> Cst. (garantie du nombre) garantit d'une part l'appartenance des cantons énumérés à la Confédération et d'autre part le nombre des cantons et, par conséquent, l'équilibre (culturel et politique) réalisé de par la structure fédéraliste de la Confédération. L'article 5 Cst. garantit aux cantons notamment leur territoire et leur impose le respect mutuel de leur intégrité territoriale (cf. le refus de garantie de l'article 138 de la Constitution cantonale jurassienne relatif à la réunification, FF 1977 II 268 ss; III 266). La création ou la suppression de cantons postule impérativement une modification de la Constitution (FF 1947 III 301; 1970 II 563; 1979 III 1132 s.), il y faut donc une approbation du peuple et des cantons, ce qui n'a d'ailleurs pas été contesté dans le cadre de procédures de révision passées (cf. les initiatives cantonales de Berne et Neuchâtel, BO (N) 1980 55 ss; 791ss, ainsi que le message du Conseil fédéral du 27 janvier 1993, FF 1993 I 971 ss). A l'article 1<sup>er</sup> du projet, la renonciation à la notion de "demi-cantons" permet de les revaloriser sous la réserve des articles 120, alinéa 4, et 128, alinéa 2. Les modifications territoriales doivent en premier lieu être distinguées des simples corrections de frontières, qui doivent rester possibles par une simple convention passée par les cantons en

cause (art. 7, 2e al., en relation avec les art. 102, chif. 7, et 85, chif. 5, Cst.). L'article 39 du projet propose de codifier le droit constitutionnel non-écrit et d'exiger, lors de modifications du territoire des cantons, l'approbation des populations concernées, ainsi que celle des cantons en cause, avec finalement la ratification du peuple suisse et des cantons.

La *variante* distingue entre les modifications du nombre et celles du territoire des cantons. Pour ces dernières, on prévoit seulement l'approbation de l'Assemblée fédérale (sous réserve d'un référendum facultatif), tandis que, pour un changement du nombre des cantons, l'approbation, en plus, du peuple et des cantons reste requise. Mais, dans les deux cas, il faut toujours le consentement des populations et des cantons concernés. La motion Gross du 17 mars 1993 (93.3132) demandait que l'on fasse abstraction de l'approbation du peuple et des cantons lorsque des communes isolées veulent changer de canton; la motion Bonny du 16 juin 1993 (93.3318; auparavant déjà 90.949) demandait une majorité qualifiée des 2/3 des populations concernées lors de modifications territoriales, pour empêcher des majorités de hasard. Le Conseil fédéral a promis de traiter ces deux motions dans le cadre de la révision totale de la Constitution fédérale.

#### Art. 40

##### Droit de cité et nationalité

L'article 40 du projet correspond aux articles 43, 1er et 4e alinéas, 44, 3e alinéa, 46, 1er alinéa, 47 et 60 Cst.

Le 1er alinéa prévoit que tout ressortissant suisse a la nationalité suisse et au moins un droit de cité cantonal et un droit de cité communal. Il n'est dès lors pas possible de ne posséder qu'un ou deux de ces droits de cité (art. 43, 1er al., Cst.). La teneur des droits et devoirs qui sont liés aux droits de cité ne découle pas, sous réserve du 2e alinéa, de cette norme constitutionnelle, mais bien de la réglementation des domaines correspondants (p. ex. exercice des droits politiques, obligation de servir, liberté d'établissement, etc.).

Le 2e alinéa interdit aux cantons et aux communes de traiter différemment leurs propres citoyens des citoyens d'autres cantons et communes ou les personnes naturalisées établis chez eux (art. 43, 4e al., 44, 3e al., et 60 Cst.). Cela signifie par exemple que les cantons et communes ne peuvent utiliser le droit de cité cantonal ou communal comme critère pour traiter différemment des personnes ayant la nationalité suisse, lorsque celles-ci ont leur domicile dans leur canton ou dans leur commune. Une exception à cette obligation absolue d'égalité de traitement n'est possible que lorsqu'il s'agit du droit de vote dans les bourgeoisies et les corporations ou d'une participation aux biens de telles collectivités.

L'article 46, 1er alinéa, Cst. est obsolète dans la mesure où on a de la peine à imaginer qu'il puisse trouver quelque application depuis l'unification du droit civil en Suisse.

L'article 47 Cst. est également obsolète. En effet, la Confédération ne s'est jamais conformée au mandat législatif qui lui était imparti depuis 1874, ce qui démontre bien qu'il n'existe aucun besoin de dispositions à ce sujet.

La sanction par le Conseil fédéral des lois cantonales sur l'établissement prévue par l'article 43, 6<sup>e</sup> alinéa, Cst. a beaucoup perdu de son importance depuis la révision, en 1975, de l'article 45 Cst. On peut ainsi renoncer à mentionner cette sanction dans la Constitution. De plus, le projet prévoit à l'article 160 une réglementation générale concernant le devoir de soumettre à l'approbation.

#### **Art. 41 Acquisition et perte de la nationalité**

L'article 41 du projet correspond aux articles 44 et 68 Cst.

Selon le *1<sup>er</sup> alinéa*, qui correspond littéralement à l'article 44, 1<sup>er</sup> alinéa, Cst., il incombe à la Confédération de régler l'acquisition et la perte des droits de cité par filiation, mariage ou adoption de même que la perte de la nationalité suisse et la réintégration dans celle-ci. La Confédération réglemente donc de manière globale et exclusive les conséquences en matière de nationalité de ces événements familiaux. Ces conséquences ne s'étendent pas uniquement à la nationalité suisse mais également aux droits de cité cantonal et communal.

Le *2<sup>e</sup> alinéa* traite de la naturalisation. La Constitution reconnaît que la qualité de ressortissant suisse peut être acquise autrement que par un événement familial. En matière de naturalisation, deux tâches sont dévolues à la Confédération. Elle doit tout d'abord édicter des dispositions minimales destinées à garantir un minimum d'égalité de traitement, tout en laissant cependant aux cantons des compétences législatives plus étendues. Selon le texte constitutionnel, la Confédération est compétente pour octroyer l'autorisation de naturalisation. C'est seulement lorsque cette autorisation fédérale intervient que le canton et la commune peuvent accéder à la demande de naturalisation ou la refuser. Les conditions pour une autorisation de naturalisation par la Confédération sont énoncées dans la législation fédérale. Les cantons et les communes peuvent encore fixer d'autres conditions et notamment exiger le paiement d'émoluments dont ils fixent eux-mêmes le montant.

La disposition constitutionnelle donne aussi compétence à la Confédération de prévoir une naturalisation facilitée, quand existe un élément de rattachement familial tel que mentionné au 1<sup>er</sup> alinéa.

L'octroi du droit de cité aux personnes sans nationalité (Heimatlose) est un problème de droit transitoire, si bien que l'article 68 Cst. est devenu obsolète. Pour empêcher de nouveaux cas, la compétence fédérale prévue au présent article suffit.

#### **Art. 42 Exercice du droit de vote**

L'article 42 du projet correspond aux articles 43, 2<sup>e</sup>, 3<sup>e</sup>, 5<sup>e</sup> et 6<sup>e</sup> alinéas, ainsi qu'à l'article 74, 4<sup>e</sup> alinéa, Cst.

Le *1<sup>er</sup> alinéa* prévoit qu'en principe le droit de vote s'exerce au lieu de domicile à tous les échelons de l'Etat. On veut aussi dire par là que les droits politiques sur les plans fédéral, cantonal et communal ne peuvent pas être exercés dans plus d'un canton (art. 43, 3<sup>e</sup> al., Cst.). Le projet



renonce à mentionner expressément quelque chose qui va de soi. C'est seulement dans des cas exceptionnels que des exceptions au principe du vote au lieu de domicile peuvent être prévues au niveau législatif.

Le *2e alinéa* prévoit que la Confédération règle le droit de vote au niveau fédéral. En revanche, aux niveaux cantonal et communal, ce sont les cantons qui sont compétents (conformément à l'art. 74, 5e al., Cst.). Dans le Titre 2 (Droits fondamentaux et buts sociaux), les aspects fondamentaux du droit de vote sont formulés dans un article séparé sur la liberté de vote.

Le *3e alinéa* garantit d'une part implicitement l'égalité de traitement des citoyens suisses établis en matière de droits politiques (droit de vote) et permet d'autre part expressément aux cantons de fixer un délai d'attente de trois mois au plus aux personnes nouvellement établies provenant d'un autre canton pour pouvoir exercer leur droit de vote aux niveaux cantonal et communal.

L'article 43, 6e alinéa, Cst. soumet à l'approbation de la Confédération les lois cantonales sur l'établissement et sur les droits électoraux que possèdent en matière communale les citoyens établis. Cette approbation a un effet constitutif (cf. art. 7a, 1er al., LOA, RS 172.010); autre opinion: Grisel, *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 43, no 76). Le 3e alinéa de la disposition du projet prévoit également une obligation de soumettre à l'approbation. On pourrait toutefois envisager de ramener au niveau de la loi cette obligation (voir la réglementation générale relative à l'obligation d'approbation prévue à l'art. 160 du projet).

#### **Art. 43 Statut des Suisses de l'étranger**

L'article 43 du projet correspond à l'article 45bis Cst. féd.

La norme constitutionnelle vise à renforcer autant que possible les liens qui unissent les Suisses de l'étranger entre eux et avec la Suisse. Elle donne un mandat d'encouragement et un mandat législatif aux termes duquel la Confédération doit édicter des dispositions sur l'exercice des droits politiques, l'accomplissement des obligations militaires ainsi qu'en matière d'assistance.

Quant au champ d'application personnel, l'article 43 du projet vise exclusivement les Suisses de l'étranger. Il s'agit de personnes qui possèdent la nationalité suisse selon la loi sur la nationalité (RS 141.0) mais qui ont leur domicile à l'étranger. La notion de "domicile" est définie de manière différenciée par la législation au gré des besoins concrets (Grisel *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 45bis, no 5). Toutefois, il faut, en règle générale, que le ressortissant suisse entretienne un lien durable et étroit avec le pays tiers pour que l'on puisse parler d'un domicile à l'étranger. En principe, les double-nationaux sont également compris dans la notion de Suisses de l'étranger. Toutefois, il appartient à la législation de préciser son champ d'application personnel et de dire par exemple, si elle s'applique aux Suisses de l'étranger.

L'*alinéa 1er* (comme déjà à l'art. 45bis Cst.) contient une clause générale, sans limites matérielles. Il permet ainsi toutes sortes de mesures d'encouragement. Le droit des gens fixe cependant des limites, car, selon le prin-

cipe de la souveraineté territoriale des Etats, les étrangers sont soumis au droit de l'Etat dans lequel ils séjournent.

Selon le *2e alinéa*, la Confédération peut légiférer dans trois domaines particuliers. Elle peut édicter des règles sur l'exercice des droits politiques par les Suisses de l'étranger. Toutefois cette compétence se limite à l'exercice des droits politiques à l'échelon fédéral (Grisel *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 45bis, no 10). En mentionnant l'accomplissement des obligations militaires, cet article délie constitutionnellement les Suisses de l'étranger de l'obligation de servir et de la taxe militaire. Enfin, la Confédération règle les questions d'assistance des Suisses de l'étranger. Selon l'article 3 de la loi fédérale sur l'assistance des Suisses de l'étranger (RS 852.1), c'est la Confédération qui prend ces frais à sa charge.

Selon l'article 45bis, 2e alinéa, 2e phrase, Cst., les cantons doivent être consultés lors de l'élaboration de la législation d'exécution. Comme le projet règle le principe de la consultation des cantons d'une manière générale, il n'est pas nécessaire de le consacrer expressément ici.

## Chapitre 2: Compétences

### Section 1: Relations avec l'étranger

#### Art. 44 Affaires étrangères

L'article 44 du projet correspond à l'article 8 Cst. féd.

Le *1er alinéa* confère à la Confédération une compétence globale dans le domaine des affaires étrangères.

La part la plus importante de cette compétence réside dans la compétence générale en matière de conclusion de traités internationaux. La Confédération peut également passer des traités dans des domaines qui, selon la répartition interne des tâches, ressortissent aux cantons. Les accords internationaux ne lient généralement que la Confédération. Dans la mesure où l'application des traités internationaux nécessite l'adoption d'une réglementation interne, cette législation est en principe l'affaire des cantons dans les domaines qui, en droit interne, relèvent de leur compétence. Mais la Confédération peut procéder elle-même à cette transposition lorsque l'accomplissement de ces obligations internationales l'exige. A relever que les cantons sont tenus d'exécuter les accords conclus par la Confédération de la même manière qu'ils doivent le faire pour la législation fédérale. Dans le cadre de son devoir de surveillance, la Confédération a par conséquent la faculté et même le devoir d'obliger les cantons à exécuter, en temps utile et d'une manière correcte, les traités internationaux.

Mais, à part le traité de droit international, la Confédération dispose, en vertu de sa compétence constitutionnelle, de toute une série d'autres instruments au service de la politique extérieure. De telles activités peuvent aussi prendre la forme d'actes étatiques découlant directement des normes constitutionnelles ou apparaître alors comme un acte de droit interne indépendant de tout élément conventionnel. Dans ce cas la Confédération, à la différence de ce qu'elle peut faire pour la conclusion de traités internationaux, est liée par la répartition interne des compétences. Ça signifie

que de tels actes ne sont licites que dans le domaine des relations extérieures.

Ce domaine ne saurait être circonscrit de manière exhaustive. Il comprend, par exemple, les mesures de la politique extérieure au sens traditionnel du terme, telles que la reconnaissance d'Etats et de gouvernements, l'entretien de relations diplomatiques et consulaires et la représentation de la Suisse auprès des organisations internationales, la protection diplomatique des Suisses à l'étranger ainsi que l'entraide judiciaire internationale. Il s'y ajoute des prestations effectuées au titre de la solidarité internationale, telles que l'offre de bons offices, l'aide au développement, la collaboration à des actions internationales d'aide en cas de catastrophe ou la participation à des opérations de maintien de la paix.

Le *2e alinéa* pose, à titre exemplaire, quelques buts importants de la politique extérieure de la Suisse. On ne saurait toutefois en déduire que cette tâche bénéficie, du fait de cette définition des buts, d'un statut privilégié par rapport aux autres domaines d'activité de l'Etat qui ne sont, eux, pas accompagnés d'une disposition équivalente. Le *2e alinéa* donne notamment la base formelle pour la collaboration et l'aide suisse au développement.

#### **Art. 45 Relations des cantons avec l'étranger**

L'article 45 du projet correspond aux articles 9 et 10 Cst.

Selon la doctrine dominante, les cantons peuvent conclure des traités de droit international sur tous les objets qui appartiennent à leur sphère de compétence (cf. FF 1994 II 608 ss). Cela n'est valable néanmoins que pour les domaines où la Confédération n'est pas intervenue elle-même contractuellement. Dès lors, la capacité de contracter des cantons a un caractère subsidiaire et exceptionnel (*1er al.*).

Selon le *2e alinéa*, les traités conclus par les cantons doivent être soumis à l'approbation de la Confédération. Le droit fédéral constitue une limite matérielle aux traités de droit international des cantons. Si un tel traité viole le droit fédéral, l'approbation est refusée. Il est précisé que ce refus se justifie lorsque les traités de droit international conclus par les cantons sont contraires aux intérêts de la Confédération et donc restreignent sa liberté d'action en politique extérieure. On doit cependant admettre qu'en pratique l'approbation est souvent omise.

Selon le *3e alinéa*, la conclusion de traités ainsi que les autres relations officielles des cantons avec l'étranger doivent avoir lieu par l'intermédiaire de la Confédération. Cela signifie qu'en principe c'est la Confédération qui mène les négociations pour la conclusion de traités internationaux des cantons et qu'elle les signe, bien entendu seulement avec l'assentiment de ceux-ci. Toutefois lorsque des négociations et les autres relations officielles se déroulent avec des autorités étrangères subalternes, les cantons peuvent traiter directement avec celles-ci.

#### **Art. 46 Prestations ou décorations offertes par des gouvernements étrangers**

L'article 46 du projet met à jour l'article 12 Cst.

Cet article veut empêcher que des titulaires de fonctions publiques de la Confédération, des membres des gouvernements et des parlements cantonaux, ainsi que des militaires n'acceptent des avantages pécuniaires et des décorations en provenance d'un Etat étranger; de tels présents pourraient en effet porter atteinte à l'indépendance de la Suisse. Cette interdiction d'accepter des cadeaux étrangers répond à l'idée que les personnes se trouvant au service de la Confédération ou d'un canton doivent avoir pour seul souci l'intérêt de la Confédération ou du canton et qu'elles ne doivent pas s'obliger, même moralement, par rapport à d'autres Etats. Par ailleurs, l'interdiction d'accepter des décorations répond au principe du maintien de l'égalité démocratique des citoyens suisses et elle est également destinée à empêcher que des militaires n'adoptent une attitude vaniteuse contraire aux principes démocratiques (Rapport du CF, FF 1929 II 783 ss).

Pour les titulaires d'une fonction publique cités au *1er alinéa*, l'article constitue une règle d'incompatibilité; c'est-à-dire que si la personne en cause ne renonce pas expressément à la prestation ou à la décoration ou qu'elle refuse de la rendre, elle n'est pas éligible ou doit démissionner de sa fonction. En cas d'infraction à cette disposition, l'autorité supérieure constatera la démission. Cette disposition comprend les pensions, appointements, titres, cadeaux et décorations. Sont concernés les pensions et les traitements versés par des gouvernements étrangers sans égard à la contre-prestation du bénéficiaire. Quant aux décorations, elles doivent avoir pour origine une décision étatique et être prévues par le droit public de l'Etat concerné (cela signifie qu'il doit s'agir d'une institution permanente ou durable); de plus, elles doivent avoir la forme d'un insigne à porter sur un vêtement. La dénomination des prestations et décorations est toutefois irrelevante. Ce qui est essentiel est qu'il s'agisse de prestations ou de décorations provenant d'un Etat; la notion de gouvernement est comprise dans un sens large du terme. Sont concernés par cette interdiction tous les membres des autorités fédérales, tous les fonctionnaires civils et militaires de la Confédération, y compris les personnes qui sont chargées d'une tâche durable de droit public, les représentants de la Confédération à l'étranger et les commissaires engagés par la Confédération à l'intérieur du pays, ainsi que les membres des gouvernements et parlements cantonaux. Le droit cantonal peut prévoir d'autres interdictions d'accepter des décorations.

Les 3e et 4e alinéas de l'article 12 Cst. (interdiction de porter des décorations pour les membres de l'Armée suisse) ont été concrétisés par l'Arrêté fédéral concernant l'interdiction des décorations pour l'armée (RS 514.118) selon lequel toute décoration ou titre émanant d'une autorité étrangère doit être refusé ou alors restitué immédiatement, ceci sous peine de sanctions disciplinaires. Le *2e alinéa* de l'article 46 du projet maintient cette interdiction au niveau de la Constitution.

## Section 2: Défense nationale et protection civile

### Art. 47 Obligation de servir

L'article 47 du projet reprend partiellement les articles 18 et 20 Cst., ainsi que l'article 6 DT Cst.



Même si cela ne ressort pas du texte constitutionnel, la compétence de la Confédération dans les affaires relevant de la défense nationale est globale et exclusive. Le fédéralisme militaire avec compétence principale des cantons a subsisté encore jusqu'à la deuxième moitié du XIXe siècle pour ne plus représenter en fin de compte que quelques compétences résiduelles de fait: aujourd'hui, pour l'essentiel, les cantons sont les organes d'exécution de la Confédération. Le texte constitutionnel actuel ne tient pourtant compte de cette évolution que dans une moindre mesure et les articles de la Constitution en vigueur ont perdu de leur actualité au gré des changements de circonstances.

Le *1er alinéa* prévoit l'obligation générale du service militaire pour les hommes, inscrite à l'article 18, 1er alinéa, Cst., et concrétise le principe de l'armée de milice consacré à l'article 48, 1er alinéa, 1ère phrase, du projet. L'obligation générale de servir trouve son fondement dans la considération politique selon laquelle le fardeau du service militaire doit être réparti si possible d'égalité, de manière à ce que l'intérêt général vis-à-vis de la chose militaire soit ancré dans le sentiment populaire. L'article 18 Cst. ne ressortit pas en soi au droit constitutionnel car c'est la loi qui a la faculté de fixer les critères appropriés d'exemption du service militaire (cf. les motifs d'exemption aux art. 21 à 24 de la loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire, ci-après LAAM), à condition, il est vrai, de ne point discriminer les couches sociales. Cette disposition constitutionnelle ne pose pas une obligation générale de servir absolue et sans restriction, son application étant relative. Il est donc simplement présumé que l'obligation de servir est une prestation personnelle que l'on ne saurait déléguer. L'objet de la disposition constitutionnelle ne s'étend pas seulement au service actif, mais aussi à toutes les prestations effectuées à des fins d'instruction et également à ce que l'on appelle les obligations militaires hors service. Les Suisses de l'étranger et les doubles nationaux sont aussi assujettis à l'obligation générale de servir, mais les conflits de compétence seront traités par le droit interne (RS 519.3) ainsi que dans divers traités internationaux. La notion de service militaire obligatoire fixe également les limites matérielles de cette obligation. Ainsi, ce service doit de quelque manière servir à la défense nationale sur le plan militaire (cf. art. 48, 1er al., 2e phrase, du projet). Il appartient à la législation et la jurisprudence de circonscrire de plus près la notion d'obligation de service (cf. 2e chap. LAAM). La *2e phrase* reconduit le mandat législatif inscrit en 1992 dans la Constitution concernant un service civil en remplacement du service militaire.

Le *2e alinéa* exige une taxe d'exemption, dont la loi doit prévoir des exceptions (*3e al.*) en remplacement du service militaire non effectué. La taxe d'exemption est le corollaire du non accomplissement du service militaire personnel. Elle présuppose une obligation de servir. C'est le service militaire non accompli (selon le projet de loi sur le service civil, il s'agit aussi du service civil non accompli) qui provoque l'obligation de verser la taxe d'exemption, réserve faite des exceptions admises par la loi. L'objet, le calcul et le montant de cette taxe ne doivent pas être déterminés selon des critères d'ordre fiscal, mais ils doivent être le résultat d'une pesée appropriée des charges affectant ceux qui accomplissent leur service et ceux qui n'en font pas (cf. le Message du Conseil fédéral, FF 1958 II 349).

Cette taxe d'exemption du service militaire est perçue par les cantons pour le compte de la Confédération, selon l'article 18, 4<sup>e</sup> alinéa, Cst. Quant à l'article 6 des dispositions transitoires Cst., il prévoit que les cantons ont droit au 20% du produit brut de ladite taxe en tant que remboursement des frais de perception de celle-ci.

En outre, la loi doit prévoir des exceptions au devoir de servir et à l'obligation du service militaire (3<sup>e</sup> al.), lesquelles néanmoins sont à justifier avec une stricte objectivité (principe impératif de l'égalité de traitement).

Le 4<sup>e</sup> alinéa prolonge le mandat législatif et les prétentions individuelles découlant de l'article 20, 2<sup>e</sup> alinéa, Cst.: la Confédération doit gérer une assurance militaire qui octroie des prestations, aux conditions définies par la loi, aux militaires qui, par le fait du service fédéral, ont vu leur santé altérée ou ont perdu la vie (cf. la LF sur l'assurance militaire, RS 833.1).

Le 5<sup>e</sup> alinéa règle le droit des militaires à des indemnités pour perte de gain selon les conditions et dans le cadre de la loi (cf. LF sur la taxe d'exemption du service militaire, RS 661; FF 1994 III 310 ss).

L'exécution (art. 20, 1<sup>er</sup> al., Cst.) correspond à la règle exprimée de manière générale à l'article 32, 3<sup>e</sup> alinéa, du projet.

A titre de nouveauté, comme variante à l'obligation générale de servir pour les hommes, il est proposé d'introduire une obligation commune aussi bien pour les hommes que pour les femmes, placée dans la perspective de la défense générale du pays. La Confédération doit recevoir la compétence d'organiser de manière générale par voie législative ce service obligatoire, de même que les exceptions y relatives.

## Art. 48

### Armée

L'article 48 du projet reconduit les articles suivants de la Constitution fédérale: 11, 13, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 22 et 34 quater, 1<sup>er</sup> alinéa.

Le 1<sup>er</sup> alinéa de l'article 48 du projet énonce le principe de la milice comme étant le fondement de l'armée suisse et il fixe comme objectifs à celle-ci la défense nationale et le maintien de l'ordre à l'intérieur du pays. L'interdiction d'une armée de métier découle d'une interprétation, à replacer dans le temps, de la défense faite à la Confédération d'entretenir des troupes permanentes (art. 13, 1<sup>er</sup> al., Cst.). Cette interdiction de troupes permanentes figurant dans la Constitution de 1848 (comme déjà dans le projet de 1833) était dirigée contre les soi-disant troupes cantonales de Bâle-Ville, formées de professionnels. Les raisons de cet ostracisme étaient la crainte de voir certains cantons engager contre d'autres une troupe armée professionnelle permanente ou alors - argument plus déterminant encore - que des cantons ou le gouvernement fédéral en viennent à utiliser la force armée contre la population, dans le but de réprimer l'opposition politique. A cette époque, certes, la notion de troupes permanentes impliquait une armée de mercenaires, donc de soldats professionnels, ce qui était à l'opposé du principe de l'obligation générale de servir. D'après les conceptions de l'époque, on considérait aussi comme troupes permanentes des armées, recrutées sur la base du service militaire obligatoire, mais érigées en armées de métier pour des raisons d'organisation.

Actuellement, les militaires professionnels engagés par la Confédération pour des motifs d'instruction, tels les commandants d'unités d'armée, le corps des gardes-fortifications et l'escadrille de surveillance n'appartiennent pas formellement aux corps de troupes et ne contreviennent pas au principe de milice. La *2e phrase* inscrit la mission de l'armée au niveau constitutionnel, mais laisse la réglementation des modes d'engagement des corps de troupes à la législation. L'armée défend la Suisse et sa population et soutient les autorités civiles lorsqu'elles doivent défendre la sécurité intérieure contre de graves dangers (service actif). Cette disposition correspond à la finalité du premier chapitre de la LAAM.

Le *2e alinéa* déclare que la législation militaire, l'organisation, l'instruction et l'armement de l'armée sont l'affaire de la Confédération, conformément aux *2e* et *3e* alinéas de l'article 20 Cst. L'unification complète et la centralisation de l'armée fut décidée le 27 juin 1895 par l'Assemblée fédérale, mais rejetée par le peuple et les cantons le 3 novembre 1895 (FF 1895 III 864 ss). C'est ainsi que la compétence en matière militaire est demeurée partagée jusqu'ici, entre la législation fédérale et la surveillance exercée par la Confédération sur l'exécution du droit fédéral et les cantons; le projet cite quelques compétences séparées de la Confédération et en outre quelques compétences résiduelles des cantons (*2e et 3e al.*). La disposition du *2e alinéa* émet le principe que la législation militaire relève de la compétence de la Confédération et elle règle la compétence exclusive et exhaustive de la Confédération pour tout ce qui concerne la chose militaire. Elle fait d'ailleurs usage de cette compétence (en continuation de l'organisation militaire de 1907) par la LAAM approuvée par les Chambres et l'arrêté fédéral sur l'organisation de l'armée. L'article 20, *1er alinéa*, *2e phrase*, Cst., qui règle l'exécution militaire dans les cantons, est repris dans son entier par l'article 32, *3e alinéa*, du projet. Les compétences fédérales pour l'instruction et l'armement, ainsi que celles se rapportant à la gratuité de l'équipement et de l'armement sont suffisamment ancrées sur le plan législatif (cf. Titre. 7 LAAM); on pourrait dès lors se passer de ce *2e alinéa*.

L'ancienne souveraineté militaire cantonale est réduite à la compétence prévue au *3e alinéa*: la création de formations cantonales (cf. art. 124 du projet LAAM), la nomination et la promotion des officiers des formations cantonales, de même que la nomination des commandants d'arrondissement et des chefs de section avec l'organisation des inspections de libération de service (art. 126f du projet LAAM). En l'espèce, les formations cantonales sont maintenant devenues des unités de l'armée fédérale, et non plus des troupes indépendantes. L'article 19, *1er alinéa*, Cst. n'est plus qu'une réminiscence de l'ancien système des contingents aux termes duquel le canton était obligé de mettre un certain effectif de troupes à disposition de la Confédération, de recruter les membres de celles-ci et de les organiser militairement; aujourd'hui, le canton ne fournit plus de contingents, mais est bien un organe d'exécution de la Confédération. D'ailleurs, la Constitution en vigueur ne garantit pas les formations cantonales et la doctrine dominante estime que la Confédération peut même lever des unités cantonales si des motifs militaires le justifient. Jusqu'à présent, la souveraineté des cantons en matière d'habillement et d'équipement se limitait à une application du droit fédéral par les cantons

(art. 158, 4e al., OM, mis à jour par l'AF du 12.6.1946, fixant l'indemnité due aux cantons pour l'entretien et la mise en état de l'équipement personnel, RS 514.104). Dans le cadre actuel du programme d'économies, le Conseil national a déjà adopté un arrêté fédéral visant à supprimer la souveraineté cantonale dans le domaine de l'équipement personnel des membres de l'armée.

L'article 22 Cst., en complément de l'article 20 Cst., veut permettre à la Confédération de mettre la main sur les installations militaires cantonales et établit dans ce but un droit de reprise à son profit (l'Administration militaire fédérale). Cette disposition ne prévoit pas une sorte d'expropriation ordinaire avec une indemnisation totale à la clef, car elle concerne exclusivement les cantons et se limite à des dédommagements équitables. Le *1er alinéa* n'a encore jamais été appliqué et la législation prévue au *2e alinéa* n'a jamais non plus été édictée; cependant, l'article constitutionnel renforce la position de négociateur lors de tractations d'achats avec les cantons. En pratique, toutes les installations cantonales sans exception ont été louées ou achetées par conventions administratives. Provisoirement, on prévoit de maintenir une disposition raccourcie dans le cadre de la mise à jour. C'est pourquoi l'article 22 Cst. pourrait être biffé sans être remplacé, puisque si nécessaire on pourrait avoir recours à l'article 22 ter Cst. (en revanche seulement contre une indemnisation totale). Si toutefois cette disposition devait être conservée en tant que *lex specialis* de l'article 7 de la loi sur l'expropriation (RO 711), on pourrait l'abolir dans la LAAM.

Les articles 11 et 21 Cst. ne sont pas repris dans les articles militaires pour les raisons suivantes:

- L'interdiction catégorique de conclure des capitulations militaires (art. 11 Cst.) concernait à l'origine les cantons mais elle est valable également pour la Confédération et elle visait à empêcher l'émigration comme mercenaires d'hommes aptes au service militaire, ce qui aurait été au détriment des contingents cantonaux. Les capitulations militaires sont des contrats aux termes desquels un Etat convient avec un autre d'exercer le droit de recruter sur son territoire un certain nombre de mercenaires. En soi, un tel contrat n'est pas une alliance d'ordre politique, car il signifie simplement que sur son territoire on effectue une "livraison" d'officiers et de soldats qui n'implique nullement dans la règle quelque dépendance politique. L'article 11 Cst. n'excluait pas le recrutement de mercenaires en dehors du système des capitulations, mais il fut interdit déjà en 1849 (FF 1849 II 82 ss) et réprimé pour la première fois par l'article 98 de la LF de 1851 sur la justice pénale concernant les troupes fédérales; aujourd'hui, cette interdiction de même que l'engagement d'un Suisse dans un service militaire étranger tombent sous le coup de l'article 94 CPM. Comme les capitulations militaires selon les accords de La Haye et le service militaire étranger selon l'article 94 CPM sont interdits, l'article 11 Cst. n'a plus aujourd'hui de signification intrinsèque.
- L'article 21 Cst. est destiné à assurer une certaine homogénéité aux corps de troupes et aux unités de l'armée ainsi qu'à garantir l'influence de la politique cantonale lors de la formation des unités et pour le choix des officiers. Mais le législateur fédéral conserve la compétence de



décider du maintien des corps de troupes cantonaux au gré des besoins et sous réserve des impératifs d'ordre militaire. Le recrutement incombe exclusivement à la Confédération et il est réglé dans le droit fédéral par l'ordonnance concernant le recrutement des hommes astreints au service militaire (ORH, RS 511.11). Pour l'instruction et l'entretien des unités de corps de troupes cantonaux les cantons n'ont plus que des compétences d'organisation ou *pro forma*. Dans l'organisation militaire actuelle comme dans la loi militaire en préparation, on tient compte du postulat demandant que les grandes formations ne franchissent pas sans raison les frontières cantonales. Le 1<sup>er</sup> alinéa ne présente aucune garantie de permanence quant à l'existence des troupes cantonales selon le droit constitutionnel en vigueur, mais la législation militaire actuelle les prévoit (encore), suivie en cela par le projet de loi militaire si bien qu'un renvoi se justifie. Le 2<sup>e</sup> alinéa en fait ne correspond pas du tout à la réalité car ce domaine est régi par la législation militaire et ne mérite pas d'être réglé à l'échelon constitutionnel.

#### **Art. 49 Intervention de l'armée**

L'article 49 du projet met à jour les articles 15 et 18, 4<sup>e</sup> alinéa, Cst.

Le *1<sup>er</sup> alinéa* de l'article 49 du projet énonce le principe que l'engagement de l'armée et les dispositions y afférentes relèvent de la compétence de la Confédération. L'article 15 Cst. date de l'époque où les cantons disposaient au premier chef de l'armée ; il prévoit que les cantons peuvent appeler à l'aide d'autres cantons dans le cas d'un danger provenant du dehors et il fixe les modalités de ce secours. Aujourd'hui, cet article, qui était déjà considéré comme une relique lors des discussions sur la revision totale de 1874, est devenu obsolète à tout point de vue et il peut tout au plus être cité pour mémoire (maintien de l'ordre). Il s'agit plutôt d'inscrire dans un article mis à jour le principe incontesté que l'armée suisse est une armée fédérale.

Le *2<sup>e</sup> alinéa* règle les cas où les gouvernements cantonaux peuvent engager les troupes de leur ressort sur leur territoire pour soutenir la protection civile lors de catastrophes et pour appuyer la police lors de menaces graves sur la sécurité intérieure. Le droit des cantons de disposer de la force armée de leur région (4<sup>e</sup> al.) est limité par nombre de prescriptions (2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> al., art. 20, 2<sup>e</sup> al., 85, ch. 7 et 8, et 102, ch. 10, Cst). A titre d'exemple, le droit des cantons d'utiliser leurs troupes sur leur propre territoire concerne encore le maintien de la sécurité à l'intérieur; en outre, les cantons peuvent demander au Conseil fédéral de mettre leurs troupes à disposition, éventuellement pour l'aide en cas de catastrophe dans le pays et pour d'autres engagements d'ordre civil (art. 5 O du DMF du 20.9.1976 réglant le recours à des moyens militaires en cas de catastrophe dans le pays, RS 510.213; art. 3 O du DMF du 20.9.1976 réglant le recours à des moyens militaires pour des tâches civiles et des activités hors service, RS 510.212).

#### **Art. 50 Protection civile**

L'article 50 du projet met à jour l'article 22bis Cst.

La protection civile a pour mission de sauver et de soigner les personnes en cas de conflits armés, de catastrophes et dans d'autres situations de crise. En application des accords de La Haye (RS 0.520.3), elle protège également les biens culturels lors de conflits armés. Bien que la protection civile fasse partie de la défense nationale générale, elle a un caractère civil; elle n'exécute aucune mission de combat et, dans la règle, elle n'est pas armée.

L'article 50, *1er alinéa*, reprend la compétence globale et exclusive de l'article 22bis, 1er alinéa, Cst. sous une forme nouvelle (dans le sens des articles consacrant les objectifs de la nouvelle loi sur la protection civile).

Le *2e alinéa* envisage les possibilités d'engagement en cas de catastrophes et d'autres situations d'urgence. L'équivalence de la protection civile en cas de conflits armés d'une part et de catastrophes et d'autres situations de crise d'autre part (art. 2 LPCi) n'est par là pas mise en cause; il s'agit plutôt de voir dans cette énumération un reflet historique des tâches de la protection civile et non pas l'établissement d'une échelle de valeurs particulière.

Le *3e alinéa* met à jour les 4e et 5e alinéas de l'article 22bis Cst. et définit la compétence que possède la Confédération d'instituer le service obligatoire pour les hommes; les femmes peuvent s'engager volontairement dans la protection civile.

Le *4e alinéa* renvoie à la législation les questions d'assurance et d'allocations pour perte de gain, qui sont réglées de manière analogue à celles du service militaire, ainsi que le précise la loi sur la protection civile en application du 6e alinéa de l'article 22bis Cst.

Le 2e alinéa de l'article 22bis Cst. (devoir de consultation des cantons et mesures d'exécution par ceux-ci) est repris par les articles 32, 3e alinéa, et 155, 1er alinéa, du projet. Le 3e alinéa du même article constitutionnel (subsides de la Confédération à la protection civile) est précisé par la loi et ne garantit pas aux cantons des contributions d'un ordre de grandeur déterminé.

### **Section 3: Environnement et aménagement du territoire**

#### **Art. 51 Protection de l'environnement**

L'article 51 du projet correspond à l'article 24 septies Cst. Comme jusqu'ici, l'article sur la protection de l'environnement fixe comme tâche principale en la matière une série de mesures particulières (telles que le maintien des forêts, la protection des eaux, la protection de la nature et du paysage, la protection des animaux). L'article ménage pour la Confédération une compétence globale concurrente dotée d'un effet dérogatoire subséquent.

Le projet suit le libellé de l'article 24septies, 1er alinéa, Cst. La notion d'"environnement" s'entend au sens large du terme et comprend:

- les animaux et les plantes de même que leur milieu naturel
- l'air, le climat, le sol, l'eau

- l'espace vital en tant que système mettant en rapport les éléments énoncés ci-dessus.

La protection de l'environnement vise les atteintes nuisibles ou incommodantes portées contre l'homme et son milieu naturel; en l'espèce, la Confédération est tenue en priorité de combattre la pollution de l'air et le bruit. Elle peut prélever des taxes incitatives si elles sont de nature à inciter les entreprises à adopter des comportements respectueux de l'environnement (FF 1993 II 1434 s. avec référence à la doctrine, parfois divergente).

La réserve en faveur des cantons pour l'exécution (art. 24 septies, 2e al., Cst.) est reprise par l'article 32, 3e alinéa, du projet.

A titre d'innovation, il conviendrait en outre d'élargir l'article dans le sens d'un devoir général de protéger et de traiter l'environnement avec respect. On pourrait envisager de mentionner explicitement les principes généraux aujourd'hui inscrits dans la loi sur la protection de l'environnement (principes de prévention, de pérennité et de causalité).

## Art. 52

### Eaux

L'article 52 du projet correspond à l'article 24bis Cst. sur l'économie hydraulique. Il réunit les domaines classiques du droit hydraulique: *utilisation des forces hydrauliques, protection des réserves d'eau, travaux hydrauliques*.

L'article 24bis Cst. devait regrouper les compétences fédérales en matière hydraulique qui auparavant étaient disséminées, établir une réglementation uniforme et étendre celle-ci en cas de nécessité (FF 1972 II 1145, 1153 ss). Toutefois, la conception normative du Conseil fédéral dut subir des modifications importantes au cours des délibérations parlementaires; le projet en effet fut contesté de manière peu courante au Parlement (cf. B. O. (N) 1974 1539: 21 différences). C'est pourquoi les compétences fédérales en matière hydraulique paraissent manquer d'unité et de clarté:

- avec certaines restrictions, l'utilisation des forces hydrauliques relève de la compétence des cantons,
- la protection des réserves d'eau est d'un côté l'objet d'une compétence fédérale exclusive et d'autre part limitée à des principes,
- dans le domaine des travaux hydrauliques, la Confédération dispose d'une compétence exclusive.

Toutes les compétences législatives sont dotées d'un effet dérogatoire subséquent.

Au vu de cette situation de départ, il y a peu de choses à modifier dans la systématique constitutionnelle au principe d'une énumération de compétences allant dans le détail; les Chambres n'ont pas voulu accorder une compétence générale à la Confédération (B. O. (E) 1973 1324 à 1331, (N) 1974 1539). La responsabilité de cette différenciation opérée entre une compétence de principe et une compétence concurrente globale doit particulièrement être recherchée dans la décision prise sciemment par le Parlement (B. O. (E) 1974 319, 322; (N) 1974 1539).

Le projet traite aux *1er et 2e alinéas* des travaux hydrauliques et de leur utilisation ainsi que de la protection des réserves d'eau, objets regroupés selon le type de compétences:

- Le *1er alinéa* comprend les compétences exclusives de la Confédération telles que formulées à l'actuel article 24bis, 2e alinéa, Cst. Le droit pour elle de revendiquer une utilisation rationnelle des forces hydrauliques pour ses entreprises de transport (art. 24bis, 2e al., let e, Cst.) figure désormais au 3e alinéa. Par lutte contre l'action dommageable de l'eau, on vise surtout la protection contre les inondations et la sécurité des barrages.
- Le *2e alinéa* regroupe les compétences législatives de principe, conformément à l'actuel article 24bis, 1er alinéa, Cst.

Les *3e et 4e alinéas* réunissent les dispositions relatives à l'utilisation des forces hydrauliques, conformément aux 3e et 4e alinéas actuels. Le droit de la Confédération de revendiquer une utilisation rationnelle des forces hydrauliques pour ses entreprises de transport (art. 24bis, 2e al., let. e, Cst.) s'inscrit également dans ce cadre.

Le *5e alinéa* reprend l'article 24bis, 6e alinéa, Cst.

On peut renoncer à la réserve en faveur des cantons en matière d'exécution (art. 24bis, 5e al., Cst.) par suite de la réglementation générale de l'article 32, 3e alinéa, du projet.

#### Art. 53 Forêts

L'article 53, 1er alinéa, du projet correspond à l'article 24 Cst. dans la mesure où cette disposition règle la compétence de la Confédération dans le domaine de la législation forestière. La compétence législative fédérale est limitée aux principes, ce qui jusqu'ici s'exprimait par la notion de "haute surveillance".

Les *1er et 2e alinéas* reprennent sous une forme rédactionnelle remaniée les éléments normatifs de l'article 24 Cst. concernant la forêt.

Au *3e alinéa*, les fonctions essentielles de la forêt telles que précisées aujourd'hui à l'article 1er de la loi sur les forêts (RS 921.0) sont élevées au niveau constitutionnel. Cela se justifie au premier chef par le fait qu'au cours de ces dernières décennies les finalités de la sauvegarde de la forêt se sont sensiblement modifiées et élargies. En effet, il s'agit non seulement de protéger la forêt des événements naturels dommageables (tels que les avalanches, les éboulements, l'érosion et les chutes de pierres), mais bien plus encore d'assurer une importante fonction régulatrice pour l'atmosphère, le climat et l'économie hydraulique; en outre, la forêt agit également comme milieu naturel pour les plantes et les animaux, comme espace de repos pour l'homme et elle est la base de production de l'économie forestière. C'est ainsi que l'on a passé de la protection *quantitative* de la forêt (maintien des surfaces boisées, lutte contre les coupes blanches, efficacité du taux d'utilisation forestière) à une protection *qualitative* de celle-ci (lutte contre les dommages causés à la forêt) (FF 1988 III 163 ss).



**Art. 54 Protection de la nature et du paysage**

L'article 54 du projet met à jour l'article 24 sexies Cst. Il convient de biffer la mention expresse selon laquelle la protection de la nature et du paysage relève du droit cantonal (art. 24 sexies, 1er al., Cst.). La compétence cantonale résulte d'une manière générale de l'article 32, 1er alinéa, du projet. Il faut relever que les tâches de la Confédération portent sur des domaines centraux de la protection de la nature et du paysage, de sorte que l'attribution expresse de la compétence aux cantons par la Constitution perd beaucoup de sa portée.

Les prérogatives de la Confédération comprennent les compétences générales en matière de mesures d'incitation et des devoirs de sauvegarde, ainsi qu'une compétence législative dotée d'un effet dérogatoire subséquent pour la protection de la nature dans le domaine botanique et zoologique. La protection de la nature implique toute disposition propre à conserver certains biens de l'environnement naturel existant qui croissent par eux-mêmes, tels que les plantes, les animaux, les curiosités naturelles. La protection du paysage de son côté consiste à prendre toute disposition pour sauvegarder certains biens de l'environnement créés par l'homme, dès qu'ils sont caractéristiques, tels que les sites, les paysages et les monuments. L'article 24 sexies Cst. cherche donc à conserver, non à créer. Sa motivation est avant tout d'ordre idéal, mais les mesures qu'il prévoit sont également d'ordre économique d'une certaine façon, dans l'intérêt du tourisme en premier lieu.

Le *1er alinéa* énonce l'obligation générale de la Confédération de tenir compte des impératifs de la protection de la nature et du paysage dans l'exécution de ses tâches (art. 24 sexies, 1er à 4e al., Cst.). Le devoir de protection englobe aussi, dans le sens de l'art. 24 sexies, 2e al., actuel, l'obligation de ménager et de conserver intact. Le *2e alinéa* énonce les possibilités pour la Confédération de soutenir la protection de la nature et du paysage. Le *3e alinéa* définit la responsabilité de la Confédération pour la protection du monde animal et végétal.

Le *4e alinéa* reprend le texte de l'initiative de Rothenthurm (art. 24 sexies, 5e al., Cst.). La disposition transitoire de l'article 24 sexies, 5e alinéa, Cst. est biffée parce que l'on estime qu'elle ne relève pas du niveau constitutionnel.

**Art. 55 Pêche et chasse**

L'article 55 du projet met à jour l'article 25 Cst.

La compétence législative de la Confédération est limitée aux principes (Fleiner-Gerster *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 25, nos 6 à 9), ce qui ressort désormais directement du nouveau libellé de la Constitution. L'objet de protection n'est pas l'animal *isolé*; il s'agit bien plus de régler l'entretien des *réserves* d'animaux nécessaires à la chasse et à la pêche. Cet article suppose que la chasse et la pêche doivent continuer d'exister et qu'elles doivent continuer d'être soumises à la souveraineté régaliennne des cantons, mais avec une réglementation de droit fédéral sur certains points - avant tout la légitimation de la chasse, les modes de chasse, les temps prohibés, les réserves préservées et la protection des

milieux naturels (FF 1983 II 1232 s., 1988 II 1354 s.). Par ailleurs, la protection *générale* des animaux selon l'article 56 du projet (actuel art. 25 bis Cst.) est aussi valable vis-à-vis d'animaux que l'on peut chasser. La protection du gibier contre le risque d'extermination (protection des espèces) est fondée sur l'article 54, 3e alinéa, du projet (actuel art. 24 sexies, 4e al., Cst.; FF 1961 I 1100).

#### Art. 56 Protection des animaux

L'article 56 du projet correspond à l'article 25 bis Cst.

Le *1er alinéa* ancre la compétence de la Confédération pour la protection des animaux, selon l'actuel article 25 bis Cst. Il attribue à la Confédération une compétence législative *globale*. Elle vise la "protection de l'animal (individuel) contre les comportements inconsidérés de l'homme, entraînant pour le premier des douleurs, des souffrances et des dommages corporels ou l'exposant à des états d'angoisse" (FF 1972 II 1468 s.). C'est dans ce sens que l'article 1er, 1er alinéa, LPA parle du "bien-être" de l'animal. La protection vise donc des animaux qui "peuvent ressentir des douleurs"; la Constitution en tire la conclusion que l'homme "ne peut disposer librement" de tels animaux (Fleiner-Gerster *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 25 bis, nos 7 et 9). L'article 25 bis Cst. a remplacé le précédent article sur l'abattage rituel (art. 25 bis dans la teneur de 1893); l'interdiction de cet abattage renvoyait tout d'abord aux dispositions transitoires (art. 12 DT Cst.) et plus tard - 1978 - à la loi sur la protection des animaux (art. 20, 1er al., LPA).

Le *2e alinéa* reprend, sous une forme rédactionnelle raccourcie, les directives législatives de l'actuel article sur la protection des animaux (art. 25 bis, 2e al., Cst.). La réserve en faveur des cantons pour l'exécution (art. 25 bis, 3e al., Cst.) est couverte par l'article 32, 3e alinéa, du projet.

#### Art. 57 Aménagement du territoire

L'article 57 du projet correspond à l'actuel article 22 quater Cst. Dans le domaine de l'aménagement du territoire (1er al.), la compétence législative de la Confédération est limitée aux principes.

L'aménagement du territoire au sens du *1er alinéa* comprend la réglementation de l'utilisation du sol (planification des surfaces d'utilisation) et la coordination des tâches pour une utilisation efficace du territoire (coordination de l'aménagement du territoire, planification transversale). Les buts constitutionnels de l'aménagement du territoire - utilisation judicieuse du sol et occupation rationnelle du territoire - sont repris de la Constitution en vigueur, ainsi que le mandat d'encourager les efforts faits en l'espèce et le devoir de la Confédération de tenir compte des impératifs de l'aménagement du territoire dans l'accomplissement de ses tâches. Sur la base de l'article 57 du projet, la Confédération ne peut s'occuper de plans d'aménagement; ses compétences en matière de planification se limitent tout au plus à quelques compétences ponctuelles. La "création" de l'aménagement du territoire (art. 22 quater, 1er al., Cst.) reste comme jusqu'ici de la compétence des cantons.

Le 2e alinéa (conformément à l'art. 22 quater, 2e et 3e al., Cst.) précise les compétences de la Confédération en matière d'encouragement et de coordination, ainsi que son devoir de prendre en considération les impératifs de l'aménagement du territoire dans l'accomplissement de ses tâches.

On peut assurément laisser de côté la directive selon laquelle la Confédération "collabore" avec les cantons car cette obligation émane de l'essence même de l'Etat fédéral de manière générale.

#### **Art. 58 Travaux publics**

L'article 58 du projet met à jour la disposition sur les travaux publics (art. 23 Cst.) qui autorise la Confédération à ordonner certaines réalisations en s'appuyant directement sur la Constitution (et sans réglementation préalable par une loi fédérale). Comme les cantons sont aussi autorisés à entreprendre des travaux publics, en recourant au besoin au droit d'expropriation, il y a là dans cette mesure une compétence parallèle.

L'article 58 du projet autorise la Confédération à entreprendre elle-même des travaux publics dans l'intérêt national ou à soutenir l'érection de tels chantiers. Les autorités doivent juger politiquement si elles veulent en général entreprendre ou soutenir de tels travaux, quels genres d'ouvrages elles estiment pouvoir ériger ou encourager et quelle proportion doit prendre un éventuel soutien. Si la Confédération construit elle-même, l'entretien et l'exploitation lui incombent en principe. En revanche, elle n'est pas autorisée à contribuer aux frais d'exploitation et d'entretien pour des ouvrages de tiers. Mais parallèlement la Confédération peut continuer à procéder à certains travaux en se basant sur diverses compétences ponctuelles et sa compétence en matière de travaux. L'article 58 du projet ne doit donc pas être mis en avant pour supplanter les conditions et les limites des prestations fédérales fondées sur des compétences matérielles particulières.

Toutefois, quand une compétence fédérale fait défaut, on peut se raccrocher à la compétence générale de la Confédération en matière de travaux. La Confédération a le droit d'exproprier dans le cadre de ses autres compétences constitutionnelles matérielles (art. 23, 2e al., Cst.); il n'est donc plus besoin d'invoquer sa compétence en matière de travaux publics. Quant aux constructions publiques qui porteraient atteinte aux intérêts militaires de la Confédération (réserve formulée jusqu'ici par l'art. 23, 3e al., Cst.), elles ne devraient pas jouer de rôle puisque la Confédération, de par sa compétence en matière militaire, a déjà l'obligation de tenir compte des besoins de la défense nationale dans la planification de ses travaux publics (p.ex. art. 42 LCF; art 5, 2e al., LRN). En ce qui concerne le droit de l'Assemblée fédérale d'intervenir de sa propre initiative contre l'érection d'ouvrages publics, il n'a pas joué de rôle pratique jusqu'ici (Jagmetti *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 23, n. 47).

#### Section 4: Transports, énergie et médias électroniques

##### Art. 59 Circulation routière

L'article 59 du projet réunit sous une forme rédactionnellement condensée les articles 37 et 37 bis Cst.

Le *1er alinéa* ancre la compétence juridique de la Confédération dans le domaine de la circulation routière qu'elle possédait jusqu'ici selon l'article 37 bis, 1er alinéa, Cst.; il s'agit d'une compétence législative globale. Eu égard aux nécessités pratiques et aux obligations internationales de la Suisse, il convient de transformer en *obligation* la *compétence* actuelle de *légiférer*. Selon une interprétation incontestée, la compétence en cause concerne la circulation routière dans son ensemble et non seulement celle des "automobiles et des cycles". Dans le cadre de cette compétence, la Confédération peut édicter des prescriptions (FF 1955 II 8 s.; Lendi *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 37bis, nos 7 à 9) relatives:

- aux règles de police pour la circulation sur les chaussées publiques et privées,
- à l'octroi de permis de conduire et de circulation,
- aux questions d'assurances et de responsabilité civile en matière de circulation routière,
- au droit pénal en matière de circulation.

Comme jusqu'ici, les cantons conservent le droit de limiter ou d'interdire la circulation des véhicules (art. 37 bis, 2e al., 1ère phrase, Cst.), ce qui ne nécessite pas de mention particulière. Mais de telles limitations doivent pouvoir être motivées par la sauvegarde d'intérêts publics. Il peut s'agir par exemple:

- de limitations provenant de l'affectation de la route,
- de restrictions basées sur l'aménagement du territoire ou la protection de l'environnement, par exemple pour créer des zones piétonnes à l'intérieur des villes, modérer le trafic dans les quartiers d'habitation, pour la gestion de parcs à voitures (art. 3 LCR; Lendi *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 37 bis, nos 6, 10, 15 et 21).

Le droit de la Confédération de déclarer ouvertes certaines routes nécessaires au grand trafic (art. 37 bis, 2e al., 2e phrase, Cst.) figure au 2e alinéa (cf. art. 2 LCR et O concernant les routes de grand transit, RS 741.272). La réserve d'utilisation en faveur de la Confédération (art. 37 bis, 2e al., 3e phrase, Cst.) résulte de certaines compétences objectives, notamment dans le domaine de la défense nationale et du trafic postal.

Le *2e alinéa* reprend l'article 37, 1er alinéa, Cst. Il accorde à la Confédération la haute surveillance sur le réseau routier, dans la mesure où le maintien de celui-ci se justifie par l'intérêt national (spécialement le trafic de transit intercantonal et international, la régie des postes et la défense nationale); elle concerne donc des routes qui font partiellement partie d'un réseau important. L'expression "route d'importance nationale" inclut aussi des constructions isolées comme les ponts. La "haute surveillance" n'implique aucun droit de légiférer; la Confédération a simplement le droit d'intervenir en cas d'entretien insuffisant des routes en cause et (exceptionnellement) de se plaindre de la non réalisation ou de la non cons-



truction de certaines liaisons ainsi que d'ordonner les mesures requises (Lendi *in* Commentaire de la Constitution, art. 37, nos 1 à 6; Burckhardt, Commentaire, p. 316). Le co-financement du réseau routier par la Confédération lui ouvre d'importantes possibilités d'influence (art. 62, 3e al., du projet et 36 ter Cst.). C'est ainsi que le Conseil fédéral, après avoir consulté les cantons, détermine le réseau des routes principales subventionnables; en outre, l'Office fédéral des routes participe à la planification des routes principales (FF 1984 I 1018 s.; art. 12 LUDEC; art. 6 O sur les routes principales et annexe 1). Quant au reste, les cantons demeurent souverains en matière routière. En tant que tels, ils planifient, construisent et entretiennent le réseau des routes publiques et ils déterminent leur utilisation par une décision d'affectation (FF 1988 III 713 ss; Lendi *in* Commentaire de la Constitution, art. 37, no 7; art. 37 bis nos 13 à 16; cf. aussi art. 3 LCR, art. 17 LUDEC).

Le 3e alinéa reprend l'exonération de taxes selon l'article actuel 37, 2e alinéa, Cst. Par voie de conséquence, aucune taxe ne peut être perçue pour l'usage commun des routes publiques. Quant à savoir si le parcage de véhicules relève de cet usage commun exonéré de taxes, la réponse doit être appréciée de manière différenciée selon les usages locaux. L'exonération de taxes ne concerne que les péages proprement dits, et non pas l'impôt sur les véhicules à moteur; elle est au demeurant battue en brèche par l'article 62 du projet sur les redevances exigées pour la circulation des poids lourds et sur l'utilisation des routes nationales. Et puis il existe toujours la possibilité pour l'Assemblée fédérale d'autoriser la perception de taxes dans des cas spéciaux, comme cela fut le cas pour le tunnel routier du Grand-St. Bernard (FF 1957 II 863).

A titre de nouveauté et d'un rapprochement avec le principe de causalité en matière de circulation routière, on pourrait discuter de la suppression pure et simple du 3e alinéa, ce qui permettrait d'adopter des instruments tels que le Road Pricing ou les péages pour les tunnels routiers.

#### Art. 60 Routes nationales

Cette disposition correspond à l'actuel article 36 bis Cst. Elle sert à la création et à l'entretien d'un réseau de routes à grand trafic couvrant l'ensemble de la Suisse et elle accorde à la Confédération une compétence limitée à ce but, donc partielle. Comme les cantons continuent d'être titulaires de la souveraineté en matière routière et qu'ils peuvent même construire leurs propres routes à grand trafic, on peut parler en l'espèce de compétence fédérale *parallèle*.

Le 1er alinéa reprend dans une forme résumée l'article 36 bis, 1er alinéa, Cst. La définition des routes nationales (art. 36 bis, 2e al., 2e phrase) est suffisamment ancrée dans la législation fédérale et peut par conséquent être biffée de la Constitution.

Le 2e alinéa - également raccourci - reprend l'article 36 bis, 2e alinéa, Cst. Le fait que la Confédération peut "assumer elle-même la tâche incombant à un canton" (art. 36 bis, 2e al., 2e phrase) est compris dans l'obligation qui incombe à la Confédération d'assurer la construction et l'entretien d'un réseau de routes nationales.

Le 3<sup>e</sup> alinéa correspond à l'actuel article 36 bis, 4<sup>e</sup> alinéa, Cst. Le texte souligne plus que jamais l'aspect communautaire de cette entreprise. On souligne ainsi que la construction et l'entretien des routes nationales sont pratiquement une tâche commune de la Confédération et des cantons (cf. FF 1957 II 858 ss; 1959 II 99 ss; 1982 I 1374 s.; 1984 I 1032 ss; 1988 III 713 s.; 1989 I 624 s.; Lendi *in* Commentaire de la Constitution, art. 36 bis, nos 2, 3 ss, 10 ss et 16 ss). Pour le reste, le texte normatif continue de mentionner les principes les plus importants de répartition des frais (compte tenu des charges imposées aux différents cantons par les routes nationales, ainsi que de leur intérêt et de leur capacité financière). Les frais englobent les dépenses pour la construction, l'entretien et la gestion.

La prescription aux termes de laquelle les terres cultivables doivent être ménagées autant que possible (art. 36 bis, 3<sup>e</sup> al., Cst.) découle déjà en principe de l'article 57, 1<sup>er</sup> alinéa, du projet selon lequel la Confédération est tenue de prendre en considération les impératifs de l'aménagement du territoire dans l'accomplissement de ses tâches (art. 58 du projet).

La mention de la souveraineté des cantons en matière routière (art. 36 bis, 6<sup>e</sup> al., Cst.) est superflue en raison de leur compétence générale subsidiaire (art. 32 du projet).

## Art. 61

### Transit alpin

L'article 61 du projet reprend tel quel le texte de l'Initiative des Alpes (art. 36 sexies Cst. et 22 DT Cst.).

L'article 61 du projet veut réduire dans une mesure écologiquement acceptable les nuisances à l'environnement provoquées par le trafic de transit dans la région alpine. Le 1<sup>er</sup> alinéa formule un mandat général de protection; les alinéas 2 et 3 énumèrent deux mesures précises (transfert du trafic des marchandises sur le rail, interdiction d'augmenter la capacité des routes de transit). Cette disposition permet à la Confédération de disposer d'une compétence globale concurrente (dotée d'un effet dérogatoire subséquent), sous la forme d'un mandat impératif.

La notion de "transit" au sens du 1<sup>er</sup> alinéa doit être interprétée:

- Elle comprend tous les types de trafic, à savoir le trafic routier, ferroviaire et aérien. Il est vrai (spécialement en regard de l'al. 2) que le trafic par rail jouit d'un statut spécial puisqu'il est considéré comme étant le plus respectueux de l'environnement.
- Est controversée la question de savoir si la notion de trafic de transit n'englobe que le trafic à travers les Alpes allant d'une frontière à une autre (notion étroite), ou si elle vise également le trafic franchissant les frontières à travers les Alpes depuis la Suisse et en sa direction (trafic d'exportation et trafic d'importation) et le trafic interne franchissant la barrière alpine (notion large).

Les auteurs de l'initiative et le Conseil fédéral ont admis une acception étroite de cette notion (FF 1992 II 871, 904, 907; 1994 II 1305; cf. aussi 1992 III 1008 s.). En revanche, la différence entre les textes des alinéas 2 et 3, ainsi que certaines déclarations faites au cours des délibérations parlementaires (cf. B. O. (N) 1992 2617, intervention Friderici) conduisent

plutôt à retenir une interprétation large de la notion de "trafic de transit" au 1er alinéa. De plus, celle-ci est une clef particulièrement précieuse pour une application de l'article constitutionnel conforme aux traités internationaux et aux normes européennes, car elle permet de transférer le trafic routier international sur le rail en accord avec une politique des transports à travers les Alpes globale et équilibrée. Une interprétation large s'harmonise aussi mieux avec le but général de l'article constitutionnel, c'est-à-dire la volonté d'endiguer l'ensemble du trafic routier traversant les Alpes.

Aux alinéas 2 et 3, on n'a visé dès le début que le trafic de transit au sens étroit du terme: le trafic de frontière à frontière, pour lequel l'alinéa 2 ne mentionne que le trafic des marchandises, alors que l'alinéa 3 couvre également le trafic des personnes (cf. FF 1994 II 1305).

L'interdiction d'augmenter la capacité des routes de transit prévue à l'alinéa 3 implique une définition légale des "routes de transit dans le massif alpin" (LF sur le transit routier dans la région alpine, LTRA; RO 1994 2712).

Disposition transitoire: le transfert du trafic routier sur le rail selon l'alinéa 2 doit être réalisé, en principe, dans un délai de dix ans à compter du 20 février 1994, date à laquelle l'article 36sexies Cst. a été accepté en votation populaire (art. 22 DT Cst.). Etant donné que l'Accord sur le transit est conclu jusqu'au 23 janvier 2005, des problèmes pourront surgir qu'il s'agira de résoudre conformément au droit international.

## **Art. 62      Redevances routières**

L'article 62 du projet englobe les articles 36 ter, 36 quater et 36 quinquies Cst.. En outre, le projet reprend, comme disposition transitoire, le texte même de l'actuel article 21 DT Cst..

La Confédération perçoit trois redevances relatives au trafic privé:

- un impôt sur les huiles minérales utilisées comme carburant (y compris une surtaxe);
- une redevance sur le trafic des poids lourds (d'abord encore sous forme forfaitaire, puis selon l'utilisation);
- une redevance pour l'utilisation des routes nationales (vignette autoroutière).

Le caractère juridique de ces redevances est différent. La redevance sur le trafic des poids lourds d'une part, dans la mesure où elle dépend des prestations, ainsi que la vignette autoroutière d'autre part, sont des contributions à caractère partiellement fiscal. Les autres redevances doivent être considérées comme des impôts (impôt forfaitaire sur le trafic poids lourds; impôt sur les carburants; supplément à l'impôt sur les huiles minérales. Ces redevances servent à la fois à alimenter les caisses fédérales et à couvrir les coûts du trafic routier.

L'imposition du trafic poids lourds connaît actuellement des modifications profondes: en 1994, la nouvelle réglementation est entrée en vigueur et permet une imposition de durée illimitée. Dans un premier temps, on a ancré une redevance forfaitaire sur les poids lourds à l'article 21 DT Cst., qui

a remplacé l'article 17 DT Cst. Dans un second temps, sur la base du nouvel article 36quater Cst., une redevance proportionnelle aux prestations sera introduite. Le but est ainsi d'établir un système de perception qui soit en étroite relation avec la législation de l'UE. Le principe de la vérité des coûts sera déterminant. En outre, la redevance sur le trafic poids lourds vise également des objectifs de politique énergétique et de l'environnement. Les frais d'entretien des routes peuvent être répartis notamment en fonction du nombre de kilomètres parcourus, du poids total du véhicule, du nombre d'essieux, ou encore des émissions nocives.

Le 1er alinéa s'inspire de cette solution. Il donne la compétence à la Confédération de percevoir une redevance sur les poids lourds proportionnelle aux prestations ou à la consommation. C'est ainsi que l'on veut mettre les frais d'entretien des routes à la charge de ceux qui les causent. L'internationalisation des coûts a en outre des effets secondaires souhaitables sur le plan écologique (diminution des voyages à vide, transfert du trafic sur le rail, etc.). Pour le trafic poids lourds, il s'agit d'une redevance causale, qui nécessite une base constitutionnelle compte tenu du fait qu'on ne peut en principe percevoir de taxes sur des routes publiques (art. 59 al. 3 du projet et 37 al. 2 Cst.). Il est en outre prévu que les cantons pourront recevoir une partie du produit net des redevances sur le trafic des poids lourds.

L'alinéa 2 correspond à l'article 36quinquies Cst. et a comme objet la redevance sur l'utilisation des routes nationales (vignette autoroutière). Il s'agit là d'une redevance qui a un caractère fiscal dans la mesure où l'on a prévu un mode de perception forfaitaire. Cette redevance est perçue sur les véhicules d'un poids inférieur à 3,5 tonnes qui utilisent les routes nationales de première et deuxième classe. Est donc concernée la catégorie de véhicules qui n'est pas soumise à la redevance sur les poids lourds. Selon les critères actuels, certaines parties de l'article 36quinquies Cst. n'ont plus leur place dans la Constitution; il suffit qu'elles soient réglées au niveau de la loi. Les modalités d'exécution en sont un exemple.

L'alinéa 3 correspond à l'article 36 ter Cst. Il règle l'affectation des produits de la redevance sur les poids lourds, de la redevance sur l'utilisation des routes nationales et de l'impôt sur les huiles minérales utilisées comme carburants. La notion de "routes principales" figurant sous lettre a correspond à celle de l'actuel article 36ter, 1er alinéa, lettre b. Comme dans la réglementation actuelle déjà, tout le produit net de la redevance sur les poids lourds et de celle sur l'utilisation des routes nationales, ainsi que la moitié du produit de l'impôt sur les carburants et la totalité de l'impôt supplémentaire sur les carburant selon l'alinéa 4, seront affectés aux fins suivantes:

- achèvement du réseau des routes nationales et principales, exploitation et entretien de ces réseaux, subventions d'ordre général aux frais des cantons en matière de routes;
- réalisations aux points de contact avec les transports publics (séparation du trafic, transports combinés, suppression de passages à niveaux, etc.);
- protection de l'homme et de l'environnement, y compris certaines infrastructures de protection contre les forces naturelles.



Si les recettes provenant des carburants ne suffisent pas pour accomplir ces tâches, la Confédération, en vertu de l'alinéa 4, prélève un impôt supplémentaire sur les carburants.

La disposition transitoire reprend textuellement l'article 21 DT Cst. Elle contient les dispositions directement applicables d'une taxe forfaitaire sur les poids lourds, valable jusqu'à ce que la législation édicte une taxe adaptée au taux d'utilisation, mais au plus tard jusqu'à fin 2004.

#### **Art. 63 Chemins et sentiers pédestres**

Cet article correspond à l'article 37 quater Cst.

L'article a pour but d'assurer le maintien et le développement de réseaux de chemins pédestres et de randonnée; les piétons doivent pouvoir se déplacer sans entraves et en dehors du trafic motorisé dans un environnement adapté à leurs besoins. La disposition crée des obligations primaires pour les cantons. Elle attribue à la Confédération une compétence législative concurrente limitée aux principes (dotée d'un effet dérogatoire subséquent); elle l'autorise à soutenir et à coordonner les activités des cantons.

En comparaison avec le droit en vigueur, l'article 63 du projet a été réduit. Il renonce notamment à une attribution de tâches aux cantons (art. 37 quater, 2e al., 1ère phrase, Cst.), eu égard à l'article 32 du projet. Par ailleurs, on peut renoncer à l'alinéa 4 de l'article 37 quater Cst. (collaboration avec les organisations privées), car son contenu est suffisamment ancré dans l'article 8 de la loi fédérale sur les chemins piétonniers et de randonnée.

#### **Art. 64 Chemins de fer, navigation et aviation**

L'article 64 du projet actualise les articles 24 ter (navigation), 26 (chemins de fer) et 37 ter Cst. (navigation aérienne). Indépendamment d'un regroupement rédactionnel de ces trois articles, il n'est point besoin de modifications en l'espèce.

Sous le terme de "chemin de fer", il faut entendre les transports publics (accessibles à chacun) liés au rail. La compétence fédérale s'étend à

- la "construction et l'exploitation" des chemins de fer, y compris
- la planification et
- la police du rail.

Le législateur est libre de confier la construction et l'exploitation de chemins de fer à une entreprise jouissant d'un monopole ou - à titre complémentaire - d'accorder des concessions; on remarquera que les dispositions du droit international sur l'abrogation des monopoles ou d'entreprises analogues demeurent valables. La loi sur les chemins de fer (LCF, RS 742.101) prévoit un système de concessions (art. 5 ss LCF); les Chemins de fer fédéraux se basent sur la LCFF (RS 742.31) en tant que monopole. La législation en matière de chemin de fer est, quant à son champ d'application géographique, fondamentalement limitée au territoire de l'Etat, à l'instar de tout droit national. Quant au trafic ferroviaire transfrontalier et international, il est réglé par des traités internationaux.

La Confédération peut en outre régler la navigation intérieure et maritime. Il s'agit de:

- la navigation intérieure et maritime,
- le transport par eau de personnes et de biens,
- la construction et l'exploitation de voies navigables,
- la police de la navigation.

La petite navigation individuelle et non commerciale sur des lacs et rivières relève de l'usage commun des eaux publiques, et est donc régie par le droit cantonal. Dans la mesure où la navigation intérieure touche à des eaux frontalières, c'est la Confédération qui mène les pourparlers nécessaires entre Etats en raison de la compétence qui est la sienne en matière d'affaires étrangères. En ce qui concerne la navigation en haute mer, la loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse (RS 747.224.30) est valable dans les limites du droit international; pour les eaux territoriales, cette loi cède le pas au droit des Etats riverains.

Quant à la navigation aérienne, la Confédération peut régler entre autres les domaines suivants:

- examen et admission d'avions et de personnel aérien,
- exploitation du trafic aérien et sécurité de vol,
- construction et exploitation d'aérodromes et d'installations de sécurité.

A l'instar du trafic par chemin de fer, le législateur est libre de réserver ce domaine à l'Etat ou de recourir au système des concessions. La loi sur la navigation aérienne (LNA, RS 748.0) prévoit une obligation de concession (seulement) pour le trafic de ligne commercial (art. 27 ss LNA; art. 101 ss).

## **Art. 65**      **Politique énergétique**

L'article 65 du projet correspond à l'article 24 octies introduit dans la Constitution fédérale en 1990.

Il pose les principes de la politique énergétique. Les quelques compétences de la Confédération énumérées à l'article 66 du projet obtiennent ainsi une disposition couvrant plusieurs domaines, ce qui convient au caractère transversal de la politique énergétique. Par ses objectifs, cette disposition influence en particulier le droit de l'énergie nucléaire, de l'économie hydraulique, de la protection de l'environnement, du ravitaillement du pays, de la défense des consommateurs et de la recherche.

L'alinéa 1 définit les buts de la politique énergétique mais sans toucher aux compétences de la Confédération et des cantons. Ces buts sont les suivants: d'une part assurer un ravitaillement énergétique qui soit suffisant, diversifié dans ses sources, sûr et compatible avec les exigences de l'économie et de la protection de l'environnement, et d'autre part à promouvoir une utilisation économe et rationnelle de l'énergie.

Selon l'alinéa 2, la Confédération peut établir des principes concernant l'utilisation et la consommation d'énergie.

L'alinéa 3 donne à la Confédération la compétence d'édicter des dispositions sur la consommation d'énergie des installations, des véhicules et des appareils et d'encourager le développement de techniques énergétiques respectueuses de l'environnement.

Selon les alinéa 4 et 5, la Confédération doit prendre en considération les efforts des cantons, de leurs collectivités et des milieux économiques; elle doit également respecter le droit des constructions, qui relève de la compétence de principe des cantons. Dans ce cadre, elle doit tenir compte des disparités régionales et de l'aspect économique des mesures.

L'article 65 du projet est très proche de l'article 24 octies Cst.

Une innovation consisterait à ajouter un 6e alinéa complétant la disposition mise à jour, et qui habiliterait la Confédération d'une manière générale à percevoir des impôts sur la consommation d'énergie de supports de toutes sortes et à prélever des taxes destinées à diriger la consommation d'énergie; cela permettrait de résoudre cette question controversée. Cette variante ferait suite à l'article constitutionnel proposé en 1978 par la Commission fédérale pour une conception globale de l'énergie (cf. son rapport final, vol. 2, p. 427).

#### **Art. 66**      **Energie nucléaire, électricité et conduites**

L'article 66 du projet met à jour les articles 24 quater, 24 quinquies, 26bis, Cst., et 19 des dispositions transitoires Cst.

L'article 66 du projet résume les compétences de la Confédération relatives aux divers supports d'énergie. La Confédération n'a une compétence globale que dans le domaine de l'énergie nucléaire, ce qui laisse ainsi au législateur toutes les possibilités ouvertes pour tenir compte de l'évolution de la technique, imprévisible dans ce domaine. En matière d'énergie électrique, la compétence fédérale ne couvre que le transport (y compris la transformation) et la distribution. S'agissant des combustibles et des carburants liquides ou gazeux, cette compétence ne porte que sur leur transport par conduites. Toutefois, le "monopole" de la Confédération dans le secteur de l'énergie nucléaire devait prévenir l'insécurité juridique liée à son exploitation, encourager la recherche, favoriser l'approvisionnement en combustible nucléaire et l'élimination des déchets, écarter les incertitudes concernant la protection de la santé publique et régler certaines questions d'ordre technique sur le plan des assurances (cf. FF 1957 I 1186 ss). A l'heure actuelle, la priorité est donnée à la sécurité au moment de l'utilisation, au respect des traités internationaux (non prolifération) et aux aspects relevant du droit de la responsabilité. Aujourd'hui comme autrefois, la compétence fédérale dans le domaine du transport et de la livraison de l'électricité vise d'une part à approvisionner en électricité le pays si possible de manière sûre et égale, et d'autre part à livrer ce courant partout au mêmes conditions. Quant à la compétence fédérale dans le domaine du transport par conduites, son but est d'atteindre une sécurité technique optimale s'agissant des installations; comme pour les installations nucléaires et électriques, cette compétence se fonde sur le fait que la dimension de ces installations dépasse les frontières, qu'une réglementation unique pour tous les cantons est nécessaire, que les risques

inhérents à ce type d'entreprise est important, qu'une responsabilité causale accrue paraît souhaitable et, enfin, que l'on peut s'attendre à ce que des expropriations soient nécessaires (cf. FF 1960 II 739).

L'alinéa 1 des dispositions transitoires interdit l'exportation d'énergie hydraulique sans autorisation de la Confédération. Cette disposition date de 1908, époque à laquelle on craignait que les importantes réserves d'eau utilisables du Tessin soient exportées dans une large mesure vers l'Italie.

L'acceptation de l'initiative pour un moratoire nucléaire en 1990 a conduit à un arrêt des autorisations accordées par la Confédération dans le domaine des installations nucléaires jusqu'en l'an 2000. Cette initiative a commué le moratoire politique de fait des années huitante en une interdiction juridiquement contraignante (de niveau constitutionnel). La disposition transitoire correspondante (alinéa 2) n'est pas à proprement parler du droit transitoire au sens technique; il s'agit plutôt d'un droit constitutionnel limité dans le temps.

## Art. 67

### Services postaux et télécommunications

L'article 67 du projet correspond à l'article 36 Cst.

L'alinéa 1 vise une offre de prestations complète dans le domaine de la poste et de l'acheminement d'informations; il donne à la Confédération une compétence législative exclusive et globale.

- les *services postaux* comprennent les prestations postales usuelles (acheminement des lettres, des colis et des fonds) et le transport régulier et professionnel de personnes, pour autant que celui-ci ne relève pas d'une disposition constitutionnelle particulière (art. 24ter, 26, 36ter: navigation, chemins de fer, navigation aérienne). L'article 36 ne touche pas le trafic général des marchandises et les affaires bancaires (Burckhardt, Kommentar, 310; Lendi, Commentaire de la Constitution fédérale, art. 36, nos 1, 7, 8 à 10).
- Les *services de télécommunications* recouvrent la transmission électrique, électromagnétique et magnétique de messages qui ne sont pas destinées au public en général (cf. art. 2 LTC). Les aspects techniques de la communication à distance par la radio et la télévision ne tombent pas dans le domaine propre des télécommunications, mais ils sont considérés comme des éléments nécessaires de ces médias (cf. art. 2, 2e phrase, LTC et art. 1er LRTV; FF 1987 III 699 ss ad art. 1er et 2 LRTV). C'est pourquoi la réglementation des techniques de transmission par la radio et la télévision (art. 8, 24, 28, 32, 34, 37 et 39 ss LRTV) est aussi fondée sur l'article 55 bis Cst.; cet article conçoit la communication de masse par voie électronique comme étant un phénomène formant un tout avec des aspects relevant de la technique et d'autres relevant des programmes.
- La Confédération, une entreprise au bénéfice d'un monopole ou des particuliers peuvent intervenir comme *fournisseurs de prestations* dans le domaine des postes et des télécommunications; cependant, l'article 36 Cst. s'oppose aussi bien à une législation cantonale en la matière qu'à une activité se rattachant à l'économie privée (Lendi, op. cit., art. 36, no 3 s., 11, 13, 17s.). Il appartient du reste au législateur de dé-



terminer ce qui est attribué au secteur monopolistique et ce qui est soumis au régime de concurrence (FF 1988 I 1284 ss); en outre, les dispositions du droit international ont des effets sur la suppression du monopole des PTT; c'est ainsi que l'actuelle LTC a supprimé l'ancien monopole des PTT sur les installations d'usagers (art. 32 ss LTC; FF 1988 I 1284 ss); son droit exclusif d'assurer le transport régulier de voyageurs a également été relativisé dans le domaine du transport international (art. 2 et 6 LF sur le transport de voyageurs et les entreprises de transport par route; RO 1993 3128).

Selon l'alinéa 2, la Confédération doit au moins garantir une offre de prestations de base assurant des services postaux et des télécommunications fonctionnels dans toutes les régions du pays; en particulier, les tarifs doivent être élaborés d'après les mêmes principes sur l'ensemble du territoire et ne doivent pas procurer un bénéfice exagérément élevé aux fournisseurs de prestations (cf. art. 1er, 4 ss, 19 ss LTC; FF 1988 I 1282 s.; Burckhardt, Kommentar, 313; Lendi, Commentaire de la Constitution suisse, art. 36, nos 5, 17 et 23). Le projet transforme les principes concernant les tarifs (3e al. actuel) en principes généraux applicables à l'ensemble des prestations, sur le modèle de l'article 1er LTC.

L'alinéa 3, conformément à l'article 36, 2e alinéa, Cst., précise que les bénéfices des PTT doivent être versés à la Confédération. Une innovation consisterait à laisser cette obligation à la discrétion du législateur.

Le *secret postal* (actuel art. 36, 4e al.) est repris dans le chapitre relatif aux droits fondamentaux.

## Art. 68 Radio et télévision

L'article 68 reprend, à quelques modifications près, l'article 55bis de la Constitution fédérale.

*L'alinéa 1* consacre la compétence exclusive de la Confédération.

A l'origine de *l'alinéa 2*, il y a l'idée que les médias remplissent, dans une société démocratique, une tâche d'intérêt général. Pour préserver la liberté d'information du public, la Constitution définit un mandat de prestation, aux termes duquel la radio et la télévision doivent contribuer au développement culturel, à la libre formation de l'opinion et au divertissement (voir le message du Conseil fédéral concernant l'article constitutionnel sur la radio et la télévision, du 1er juin 1981 [message 1981], FF 1981 II 849ss, 906ss.). Ce mandat a en vue l'ensemble de l'offre de programmes et non pas chaque diffuseur ou chacun de ses programmes. En dépit de l'augmentation importante du nombre de diffuseurs et de programmes susceptibles d'être captés, le mandat de prestation conserve néanmoins sa justification (cf. Jörg Paul Müller, Grundrechte, 2e éd., Berne 1991, p.203; message du Conseil fédéral concernant la loi sur la radio et la télévision (LRTV), du 28 septembre 1987, FF 1987 III 661ss, 692ss; arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, Informationsverein Lentia et autres v. A, du 24 novembre 1993, Série A, vol. 276, § 31). Cet alinéa 2 fixe, en particulier, les principes matériels de l'information: la radio et la télévision présentent les événements fidèlement et reflètent équitablement la diversité des opinions.

*L'alinéa 3* consacre d'abord l'indépendance du diffuseur à l'égard de l'Etat. L'institution d'une radio ou d'une télévision d'Etat serait incompatible avec la liberté d'opinion et d'information du public (arrêt du Tribunal fédéral du 20 octobre 1980, ZBI 1982, p.219ss, 222; message 1981, FF 1981 II 949; voir aussi l'article 10 CEDH et l'arrêt Informationsverein Lentia et autres, précité, § 39; art.19 Pacte II et Manfred Nowak, UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Fakultativprotokoll (CCPR-Kommentar, Kehl 1989, p.355ss, no 46). Cet alinéa pose ensuite le principe de l'autonomie du diffuseur dans la conception des programmes, qui est un aspect de la liberté d'expression (voir art.13 du projet et son commentaire). Les concessions peuvent aussi être accordées à des étrangers (art.11, al.3, et 35, al.1, LRTV, avec la modification du 18 juin 1993). Les particuliers, de leur côté, n'ont pas le droit d'exiger du diffuseur qu'il leur réserve une place dans ses programmes ("droit à l'antenne"; cf. art.5, al.3, de la loi précitée; ATF 119 Ib 241, 249). Sont réservées, toutefois, certaines règles relatives aux émissions diffusées dans le cadre des campagnes référendaires ou électorales (ATF 119 Ib 250). Le public, lui, a un droit à ce que les principes matériels de l'information soient respectés (art.4 et 57ss LRTV).

*Les alinéas 4 et 5* reprennent les alinéas de l'article 55bis Cst.

## **Section 5: Formation, recherche, culture et sport**

### **Art. 69 Formation**

Cet article correspond aux articles 27 de la Constitution et 4 des dispositions transitoires.

Les écoles relèvent, en principe, de la compétence exclusive des cantons (souveraineté dans le domaine scolaire). Cependant, quelques exigences minimales de droit fédéral, auxquelles l'enseignement primaire doit satisfaire, sont réglées au niveau constitutionnel (al. 1 correspondant à l'art. 27 al. 2 et 3bis Cst). Les cantons organisent et financent les écoles publiques de façon autonome. Ils doivent cependant observer les exigences de droit fédéral suivantes, lesquelles ne sont pas définies de façon plus précise au niveau légal:

- l'enseignement doit être suffisant en ce qui concerne la qualité et l'organisation.
- l'instruction publique primaire doit être placée exclusivement sous la direction de l'Etat en tant que branche de l'administration cantonale. Une surveillance ecclésiastique ou privée n'est pas admissible. En plus des écoles publiques, des écoles privées sous surveillance cantonale sont autorisées; il n'y a pas de monopole étatique dans le domaine scolaire.
- en vue du bon fonctionnement de la démocratie, on prescrit l'enseignement obligatoire (devoir fondamental) en garantissant sa qualité à tous les niveaux. Pour les personnes handicapées, il faut prévoir une instruction adaptée à leurs facultés.
- l'école publique primaire est gratuite pour tous les habitants (Suisses et étrangers). Cet élément permet d'assurer l'égalité des chances dans la

formation élémentaire. Ce "petit droit social" est justiciable et oblige la collectivité à fournir une prestation positive.

- l'année scolaire, au niveau de l'école obligatoire, débute impérativement à l'automne.

Les écoles secondaires, c'est-à-dire celles qui, en dehors de l'école primaire, conduisent ou préparent à la maturité, relèvent également de la compétence cantonale. Les cantons doivent cependant observer les prescriptions concernant la neutralité confessionnelle de toutes les écoles publiques et le sport obligatoire à l'école (art. 27quinquies Cst, art. 74 al. 1 AP), ainsi que les conditions d'admission aux hautes écoles se trouvant dans l'ordonnance sur la reconnaissance des certificats de maturité (RS 413. 11).

De plus, la Confédération dispose de la compétence de créer, reprendre et subventionner des écoles polytechniques, des universités, ainsi que d'autres établissements d'instruction supérieure (al. 2 correspondant à l'art. 27 al.1 Cst). Ces institutions peuvent être réunies sous le terme générique de "hautes écoles". Il s'agit, en principe, d'une compétence parallèle obligeant la Confédération à prendre les mesures qui s'y rapportent. La Confédération dispose d'une compétence exclusive pour ses propres établissements. Quant à la question de savoir quelles institutions peuvent être qualifiées de hautes écoles, cela relève moins du caractère scientifique des institutions que du fait que la formation qu'elles dispensent conduise à une activité professionnelle qualifiée dans des postes à responsabilité (FF 1991 IV 340: écoles supérieures de travail social). Ce soutien financier de la Confédération s'effectue par le biais de subventions (contributions pour les charges d'exploitation et contributions pour les investissements concernant les infrastructures) et de prestations de service. La Confédération peut assurer une certaine coordination aux hautes écoles en soumettant ses contributions à des charges et conditions. Cependant, la Confédération n'a pas de véritable compétence de réglementation en la matière.

Dans l'optique d'innover, un alinéa supplémentaire relatif à la formation bilingue pourrait être ajouté ("la Confédération et les cantons favorisent la formation bilingue"). L'initiative parlementaire 92.455 Robert du 18. 12. 1992, à laquelle il a été donné suite le 16. 3. 1994, contient une demande correspondante.

On peut renoncer, dans le projet, à l'art. 27 al. 4: la compétence relative à la surveillance étant, de manière générale, suffisamment réglée (art. 32 du projet). L'article 4 DT oblige les cantons à agir dans des délais déterminés. Les tâches correspondantes ont été remplies et ces délais ont expiré; la disposition en question est donc devenue obsolète.

## **Art. 70**

### **Aides à la formation**

L'article 70 du projet correspond sous une forme rédactionnellement raccourcie à l'article 27 quater Cst. féd.. Par ses aides financières, la Confédération cherche à mettre en valeur les réserves de capacité intellectuelle

encore inexploitées et à assurer une relève qualifiée pour l'économie et l'administration. En outre, l'article implique une idée de solidarité (faciliter l'instruction de défavorisés sociaux) ainsi que des aspects culturels (développement de la personnalité). Les aides (bourses, prêts, indemnités) fondées sur cette compétence subsidiaire d'encouragement sont conçues comme des compléments et non comme des remplacements des prestations cantonales (*1er al.*). Seules sont admises les aides individuelles; les aides sous forme d'investissements sont exclues. Au demeurant la compétence fédérale est facultative.

Selon le *2e alinéa*, la Confédération peut, comme jusqu'à présent, adopter des mesures d'encouragement de son propre chef. Il s'agit d'une compétence parallèle destinée à combler les lacunes des réglementations cantonales (p.ex. aides aux Suisses de l'étranger lorsqu'ils fréquentent des écoles en Suisse, soutien d'étudiants de cantons financièrement faibles qui ne peuvent verser des contributions suffisantes en matière de formation malgré les subventions fédérales).

La Confédération ne peut toutefois imposer aucune harmonisation matérielle dans le domaine des bourses d'études. Elle peut cependant poser certaines conditions à l'octroi de ses contributions. C'est dans ce sens qu'elle a prévu des exigences minimales (art. 5 de la LF sur l'allocation de subventions pour les dépenses des cantons en faveur des bourses d'études; RS 416.0), de même que des limites pour le subventionnement des bourses cantonales (art. 5 de l'ordonnance d'exécution de la LF susmentionnée; RS 416.01). Mais la tendance actuelle est de réaliser l'harmonisation formelle en premier lieu par la voie d'une collaboration volontaire.

L'article 70 du projet renonce à citer expressément la souveraineté cantonale en matière d'instruction publique et le droit des cantons d'être consultés, car ces points sont réglés ailleurs dans le projet. Quant à la forme des dispositions d'exécution (art. 27 quater, 4e al., 1ère phrase, Cst.), point n'est besoin de la mentionner explicitement car les dispositions générales du projet qui s'y rapportent sont suffisantes.

## Art. 71

### Formation professionnelle

L'article 71 du projet a pour objet la formation professionnelle. Il correspond à l'article 34 ter, 1er alinéa, lettre g, Cst. et, du point de vue de sa formulation, il se rapproche fort du droit en vigueur. Cet article autorise la Confédération à édicter des normes sur la formation et le perfectionnement professionnels dans l'industrie, les arts et métiers, le commerce, l'agriculture et le service de maison.

L'énumération des domaines professionnelles susmentionnés conduit à des problèmes de délimitation, en particulier pour la définition des "arts et métiers". En outre, le monde du travail a beaucoup changé au cours des dernières décennies. C'est pourquoi les autorités d'exécution se trouvent constamment placées devant de difficiles problèmes d'interprétation juridique. La tentative du législateur d'établir un catalogue négatif en la matière pour obtenir une délimitation plus claire entre les compétences fédérales et cantonales n'a connu qu'un succès limité (cf. art. 1er, 3e al., LF sur la formation professionnelle, LFPr, RS 412.10). Ainsi, en 1974, l'Office



fédéral de la justice était arrivé à la conclusion que l'activité d'une assistante médicale devait être classée dans les professions relevant des soins aux malades, ce qui excluait cette spécialité de la LFPr (JAAC 38 [1974] 76). Dix années plus tard, en revanche, on a estimé que les aspects "techniques", "commerciaux et d'organisation" prédominaient par rapport aux éléments "soignants" des assistantes médicales, ce qui justifiait une subordination à la LFPr (JAAC 50 [1986] 12). D'autres professions ont été des casse-tête pour les autorités d'application, ainsi les spécialistes dans le domaine des caisses-maladie, les gardes d'animaux, les gardes-forestiers, les moniteurs de fitness, les assistantes de vétérinaires, les producteurs de prothèses (par opposition aux techniciens-dentistes), etc. Diverses interventions parlementaires ont souligné ces difficultés de délimitation, tel le postulat déposé le 2 mars 1992 à la Commission de la Science et de la Recherche du Conseil national: il charge le Conseil fédéral d'examiner si une modification de la Constitution fédérale est nécessaire pour pouvoir reconnaître des professions qui ne sont soumises ni à la LFPr ni à d'autres lois et sur la base de quelles réglementations légales il serait aujourd'hui possible de reconnaître de telles professions (BO (N) 1992, 236).

Pour éviter les problèmes de délimitation évoqués ci-dessus, on pourrait attribuer à la Confédération une compétence législative globale dans le domaine de la formation professionnelle ("La formation professionnelle relève de la compétence de la Confédération") ou alors lui donner simplement la possibilité de régler les conditions d'admission aux établissements de formation (p. ex. diplômes de maturité) et la reconnaissance des certificats de capacité décernés ("La Confédération peut régler les conditions d'admission aux établissements de formation, en particulier en exigeant un diplôme de maturité, et prendre les dispositions sur la reconnaissance des certificats de capacité"). Cette compétence devrait s'étendre à toutes les professions et ainsi inclure également le contenu matériel de l'article 33 Cst. (cf. aussi art. 76 du projet). Par ce biais, on devrait parvenir à une meilleure coordination et harmonisation dans le domaine de la formation professionnelle et garantir la libre circulation des professions dans toute la Suisse - fût-ce au détriment de la sphère de compétence décisionnelle des cantons.

## Art. 72

### Recherche

L'article 72 du projet correspond à l'article 27 sexies Cst. La recherche est d'une importance décisive pour la qualité de la formation scientifique; l'enseignement, la formation et la recherche se complètent et sont les éléments fonctionnels d'un système complet. En cette matière, c'est à la Confédération qu'incombe la responsabilité principale d'encourager la recherche; il s'agit d'une compétence globale et parallèle qui oblige la Confédération à agir (*1er al.*).

L'encouragement de la recherche ne crée en faveur des particuliers aucun droit à une quelconque prestation. Mais la Confédération est tenue de créer les conditions favorables à la recherche. L'encouragement de la recherche est cependant limité par la liberté de la recherche et de l'enseignement: ainsi, la Confédération ne peut intervenir sur l'objet même de la recherche ni en limiter les méthodes. La Confédération encourage la recherche en

gérant ses propres établissements (p. ex. les écoles polytechniques), en allouant des subventions à des institutions favorisant la recherche (p. ex. le Fonds national suisse de la recherche scientifique) et aux universités cantonales, ainsi qu'en fournissant des prestations de services (communication d'informations, mise à disposition de centres de calcul, etc.). Quant à la recherche poursuivie par l'économie privée, axée sur la pratique et le développement de techniques, elle ne peut être soutenue que de manière subsidiaire et indirecte, en raison même de la définition de la compétence fédérale.

Pour établir une certaine coordination, le Conseil fédéral publie régulièrement une information générale sur sa politique en matière de recherche (voir Objectifs de la politique de la Confédération en matière de recherche à partir de 1992, FF 1990 II 823; Message relatif à la promotion de la science durant la période allant de 1996 à 1999, FF 1995 I 821). En outre, il peut aussi lier l'octroi de ses aides à une réserve dans le domaine de la coordination (2<sup>e</sup> al. correspondant à l'art. 27 sexies, 1<sup>er</sup> al., 2<sup>e</sup> phrase, Cst.). De toute manière, cette compétence de coordination a un caractère subsidiaire; la responsabilité de la coordination de la recherche entre chercheurs et organismes non étatiques est d'abord l'affaire des intéressés et la Confédération ne saurait édicter des dispositions sur l'activité de recherche de tiers.

Selon le 3<sup>e</sup> alinéa, la Confédération peut exploiter des établissements de recherche.

La statistique est entendue comme étant une compétence annexe par rapport aux différentes compétences matérielles correspondantes de la Confédération. Dans la mesure où la statistique sert à des buts de recherche, le présent article constitue une base constitutionnelle suffisante. Toutefois, s'il s'avérait souhaitable de mentionner expressément la statistique fédérale, on pourrait introduire un article supplémentaire qui aurait la teneur suivante :

*Art. ... Statistique*

*1 La Confédération établit des données statistiques sur l'état et le développement de la population, de l'économie, de la société, du territoire et de l'environnement en Suisse.*

*2 Elle édicte des dispositions légales pour assurer les bases statistiques dont elle a besoin pour accomplir ses tâches.*

**Art. 73**

**Culture**

Pour agir dans le domaine de la politique culturelle, la Confédération peut s'appuyer d'abord sur ses compétences constitutionnelles relatives à l'encouragement de la production cinématographique (art. 27 ter Cst.), à la protection de la nature et du paysage (art. 24 sexies Cst.) et - en cas de conflits armés - à la protection des biens culturels (art. 22bis Cst.), ainsi que sur toute une série d'autres compétences constitutionnelles (art. 8, 45bis, 55bis, 115, 116 Cst.). Pourtant, la Constitution en vigueur ne contient aucune compétence écrite et globale en matière d'encouragement

de la culture. Les tentatives faites jusqu'ici pour introduire dans la Constitution une norme de compétence expresse et globale qui autorise la Confédération à encourager la culture ont échoué (1986 (initiative et contre-projet) et 1984 (projet des autorités)).

Selon une pratique incontestée du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale, il est admis que l'encouragement de la culture, au sens large du terme, fait partie des tâches de l'Etat; la Confédération dispose ainsi d'une compétence tacite ou fondée sur le droit coutumier, en vertu de laquelle, fût-ce après les échecs précités, elle exerce des activités culturelles des domaines où elle n'est pas habilitée expressément à le faire (FF 1987 I 961 s., 1991 I 1440, 1992 I 522 s.; JAAC 50 [1980] 41). Les compétences se limitent alors au secteur de l'administration de promotion (JAAC 50 [1980] 47, FF 1992 I 522).

L'article culturel part du fait que l'encouragement officiel de la culture est en première ligne l'affaire des cantons. L'encouragement d'une vie culturelle variée et multiforme comprend la sauvegarde du patrimoine culturel, l'aide à la création contemporaine et la promotion de l'accès à la culture. Pour ce faire, le *1er alinéa* prévoit que la Confédération doit tenir compte de la diversité culturelle du pays dans l'accomplissement de ses tâches.

Le *2e alinéa* comprend une compétence de promotion culturelle en faveur de la Confédération, qui est toutefois nettement restreinte par rapport à l'article sur l'encouragement de la culture, rejeté en 1994. Sur la base de cet alinéa, la Confédération est autorisée à encourager les activités culturelles d'intérêt national. En vertu du principe de subsidiarité, la Confédération ne saurait rattacher sa propre politique culturelle aux politiques locale ou régionales en la matière.

Le *3e alinéa* fixe le mandat aux termes duquel la Confédération doit encourager la compréhension, les échanges entre les communautés linguistiques et soutenir les mesures prises au profit des langues nationales menacées (art. 116 Cst.). La formulation correspond largement aux 2e et 3e alinéas de l'article sur les langues qui a été adopté, le 1er février 1995, par le Conseil national comme conseil prioritaire.

—Le *4e alinéa* correspond à l'article 27 ter Cst. qui, en son temps, avait été introduit pour des raisons culturelles et d'ordre politique. Il a pour but d'assurer l'indépendance et l'organisation de l'industrie suisse du film, de limiter les influences économiques et idéologiques de l'étranger et de promouvoir une production suisse de films alors que celle-ci souffre d'un marché intérieur insuffisant. La Confédération dispose d'une compétence concurrente dotée d'un effet dérogoire différé, dans les domaines économique et culturel du cinéma. Cependant, comme cette compétence est de caractère subsidiaire, la Confédération ne peut intervenir que dans la mesure où des mesures cantonales ou privées ne parviennent pas au but poursuivi. Si elle intervient, la Confédération a les moyens suivants à disposition :

- Encourager la production de films indigènes et d'activités culturelles dans le domaine du cinéma. A ce titre, la Confédération met actuellement à disposition des moyens notamment pour la production de films et de scénarios, pour le développement de projets cinématographiques,

l'octroi de primes de qualité, la formation, l'archivage ainsi que le soutien d'institutions de culture cinématographique (*let. a*).

- Régler l'importation et la distribution de films (*let. b*). A relever qu'en la matière il s'agit d'une compétence exclusive de la Confédération, qui lui permet en particulier de lutter contre certaines pratiques indésirables (p. ex. la distribution "en bloc"). Aussi la loi sur le cinéma soumet-elle l'importation de films de fiction au contrôle et au contingentement.
- Réglementer l'ouverture et la transformation des salles de cinéma (également *let. b*), ce qui requiert une autorisation de droit fédéral. En cette matière, l'article 27 ter, 3e alinéa, Cst. réserve aux cantons le soin d'octroyer les autorisations et d'en régler la procédure. La LF sur le cinéma concrétise ces principes aux articles 18 et suivants. Aussi, pour éviter une superposition normative peu souhaitable, peut-on renoncer à cette réserve constitutionnelle en faveur des cantons.

A relever que dans le cadre des réglementations restrictives prévues à la lettre b, la Confédération peut, si nécessaire, déroger également au principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

Selon l'article 27 ter, 2e alinéa, Cst., les cantons et les associations intéressées ont le droit d'être consultés lors de l'élaboration des lois d'exécution dans ce domaine. Comme le projet règle ce droit de manière générale (art. 155 du projet), on peut renoncer ici à le mentionner expressément.

"Pour le surplus", l'article 27 ter, 4e alinéa, Cst. réserve expressément aux cantons la compétence d'adopter dans le domaine du cinéma ses propres normes et les appliquer. Là également, on peut renoncer à une telle norme puisque le projet règle l'exécution du droit fédéral par le cantons de manière générale à l'article 32, 3e alinéa, du projet.

#### Art. 74

##### Gymnastique et sport

L'article 74 du projet met à jour l'article 27 quinquies Cst. Il sert de base à l'encouragement général de la gymnastique et du sport en tant que partie de la formation générale (santé publique, organisation du temps libre, santé individuelle). Historiquement parlant, l'entraînement physique des jeunes gens se justifiait dans la perspective du service militaire (Jeunesse et Sport); aujourd'hui, il est devenu simplement un volet d'un cadre dont la finalité est essentiellement plus vaste.

Le *1er alinéa* contient une compétence de la Confédération concurrente avec effet dérogatoire différé. Sur cette base, elle peut édicter des prescriptions sur la pratique de la gymnastique et du sport par la jeunesse, sur l'organisation du sport facultatif à l'école ou sur le sport en dehors de celle-ci. Elle peut en particulier déclarer obligatoire l'enseignement de la gymnastique et du sport dans les écoles et régler d'autre part la formation des moniteurs pour ces disciplines.

Selon le *2e alinéa*, la Confédération peut encourager la pratique de la gymnastique et du sport chez les adultes. Il s'agit là d'une compétence parallèle. Dans ce domaine, la Confédération ne dispose pas d'une compétence législative. Enfin, la Confédération entretient une école de sports.



Le droit en vigueur autorise expressément la Confédération à rendre obligatoire l'enseignement de la gymnastique et des sports dans les écoles (art. 27 quinquies, 1er al., Cst.). Cette compétence ressort de la compétence législative générale et, de ce fait, elle n'est plus formulée expressément. L'article 27 quinquies, 1er alinéa, Cst. réserve expressément l'exécution aux cantons compte tenu de leur souveraineté en matière scolaire. En raison du principe de l'exécution du droit fédéral par les cantons prévue à l'article 32, 3e alinéa, du projet, on peut renoncer à introduire ici une telle disposition. Quant au droit des cantons d'être consultés (art. 27 quinquies, 4e al., Cst.), point n'est besoin de le mentionner ici puisqu'il est réglé d'une manière générale à l'article 155 du projet.

## Section 6: Economie

### Art. 75 Principes de l'ordre économique

L'article 75 du projet reprend les principes applicables aux mesures prises par la Confédération et les cantons dans le domaine de l'économie, tels qu'ils ont été déterminés aux articles 31, 2e alinéa, et 31 bis, 2e alinéa, Cst.

Le principe de la libre concurrence (cf. les commentaires de l'art. 21, 3e al., du projet) interdit à l'Etat d'intervenir de manière dirigeante dans l'économie. Le principe ne serait pas respecté, par exemple, si la collectivité privilégiait certains commerçants ou si elle empêchait l'accès à un certain marché à de nouveaux concurrents (p. ex. au moyen d'une clause du besoin). Lorsqu'elle prend des dispositions relatives à l'accès à la profession et à l'exercice de la profession, la collectivité doit respecter les mécanismes du marché (cf. Etienne Grisel, *Liberté du commerce et de l'industrie*, Berne 1993, 123 ss.). De même, l'exclusion générale ou partielle de personnes privées d'un certain marché par voie de monopolisation d'une activité commerciale ou par l'établissement d'un système de concession est contraire au principe de la libre concurrence.

Toute dérogation au principe de la libre concurrence requiert une base dans la Constitution fédérale (cf. aussi art. 21, 3e al. du projet). Cette base constitutionnelle peut, comme c'est déjà le cas selon le droit constitutionnel en vigueur (cf. Rhinow *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 31, no 144), être explicite (cf. p. ex. art. 73, 4e al., let. b., art. 77, 2e al., du projet) ou implicite (cf. p. ex. art. 84, art. 86, 2e al., du projet). Alors que le projet (sur le modèle du droit constitutionnel en vigueur) autorise la Confédération à déroger au principe de la libre concurrence dans toute une série de dispositions, les cantons sont liés à ce principe, à deux exceptions près. La première exception concerne les cafés et restaurants (art. 77, 3e al., du projet). La seconde exception concerne les régales cantonales (art. 75, 2e phrase). Dans le droit constitutionnel en vigueur, l'étendue de la réserve régaliennne est contestée (Rhinow *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 31, nos 230 ss, avec références); elle comprend en tous les cas les régales "historiques" et les monopoles, tels que la régale de la chasse (cf. ATF 119 la 131) ou la régale des mines (ATF 119 la 405 s.). La pratique a, en rapport avec

l'article 31, 2e alinéa, Cst. admis à certaines conditions la création de nouveaux monopoles cantonaux (cf. ATF 101 la 127 ss.).

Il ne faut pas confondre le principe de la libre concurrence avec une garantie de l'Etat quant au fonctionnement concurrentiel de l'économie. Ni l'article 21, 3e alinéa, du projet, ni l'article 75 du projet ne constitue une base pour instaurer une politique active en matière de concurrence. Une telle politique doit plutôt se fonder sur l'article 78 du projet et respecter les conditions cadres déterminées par cette disposition. En d'autres termes, le principe de la libre concurrence ne s'oppose pas à des accords entre particuliers qui ont pour effet de restreindre la concurrence; en fait, il contient seulement, mais tout de même, une garantie "négative" de concurrence dirigée contre l'Etat.

Le texte de l'article 75 du projet s'inspire d'une formulation répétée dans la jurisprudence du Tribunal fédéral: "Ne sont toutefois pas autorisées les mesures qui restreignent la libre concurrence, afin de privilégier certains commerçants ou certaines formes d'entreprises et de diriger la vie économique selon un plan déterminé" (ATF 111 la 186). Du reste, on reprend certaines expressions figurant à l'article 31, 2e alinéa, Cst. ("Récales"), et à l'article 31 bis, 3e alinéa ainsi que des formules apparentées ("dérogations").

Les principes applicables aux mesures prises par l'Etat dans le domaine de l'économie, ancrés dans l'article actuel 32 Cst., ne sont plus mis en évidence dans le contexte des "articles économiques" du projet. Ces principes ressortent de différentes dispositions générales du projet (principe de légalité; droit des cantons et d'associations économiques d'être consultés, art. 155 du projet; exécution par les cantons, art. 32, 3e al. du projet; participation d'associations économiques à l'exécution, art. 152, 3e al. du projet). L'autorisation dont dispose la Confédération de déléguer ses compétences législatives aux cantons (art. 31 ter, 2e al., Cst.) est l'expression d'un principe généralement reconnu, qu'il n'est pas nécessaire de reprendre explicitement.

A titre de variante rédactionnelle, on pourrait en guise d'introduction faire précéder l'article 75 du projet d'un alinéa d'ordre programmatique, qui, sur le modèle (et la mise à jour) de l'actuel article sur le "bien-être général" (art. 31bis, 1er al., Cst.), contribuer à replacer l'ordre économique dans le contexte social global (p. ex. "L'ordre économique doit être aménagé de manière libre, sociale et écologique"). Pour d'autres variantes rédactionnelles, cf. les commentaires de l'article 21 du projet.

Une formulation alternative de l'ensemble de l'article (avec des nuances d'ordre matériel par rapport au droit en vigueur) pourrait être: "La Confédération et les cantons garantissent les principes d'un ordre économique libre et social. Des interventions dans l'ordre économique ne sont autorisées que dans la mesure où la Constitution fédérale et la législation qui en découle le prévoient. Les récales cantonales sont réservées".

Dans le sens d'une innovation, qui dépasserait la conception qui a prévalu jusqu'à présent à propos de la Constitution en vigueur, on pourrait envisager d'obliger la Confédération à se retirer à l'avenir de plus en plus de ses propres activités économiques ("privatisation") ou de limiter sa propre ac-

tivité économique au strict nécessaire. Un 2e alinéa pourrait avoir la teneur suivante: "La Confédération limite sa propre activité économique au strict nécessaire". Une telle innovation permettrait de définir de manière plus sûre les contours du principe constitutionnel objectif de "la liberté de l'économie à l'égard de l'Etat", ancré dans l'article 21 du projet (et dans l'actuel art. 31 Cst.). Une telle disposition de "privatisation" s'opposerait à certaines nouvelles tendances cherchant à mettre davantage en concurrence l'Etat ou certaines de ses entités et les opérateurs de l'économie privée.

#### **Art. 76      Activité économique privée**

L'article 76 du projet reprend certaines parties de l'article 31 bis, 2e alinéa, Cst. (exercice du commerce et de l'industrie), ainsi que l'article 33 Cst. et l'article 5 DT Cst.

L'article 76, *1er alinéa*, du projet formule, sur le modèle de l'article 31 bis, 2e alinéa, Cst., une compétence fédérale de régler l'exercice d'activités économiques lucratives. Le concept d'exercice du commerce et de l'industrie est remplacé par le concept d'activité économique privée; ceci ne représente pas un élargissement d'ordre matériel de la compétence fédérale (Rhinow *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 31 bis, no 40). L'article 76, 1er alinéa, du projet confère à la Confédération la possibilité d'adopter des dispositions uniformes pour l'ensemble de la Suisse ou uniquement des dispositions d'harmonisation.

Lorsqu'elle légifère, la Confédération est liée au principe de la libre concurrence (ce qui, au vu des art. 21, 3e al., et 75 du projet, ne doit plus être mentionné explicitement). L'article 76 du projet n'offre pas de base pour des mesures directrices de "politique économique". A l'instar de l'article 31 bis, 2e alinéa, Cst., l'article 76 du projet instaure une compétence fédérale avec effet dérogatoire différé: les cantons restent compétents pour régler l'exercice d'activités économiques privées tant que le législateur fédéral ne fait pas usage de ses propres compétences législatives. Même si l'exigence de sauvegarder les intérêts généraux de l'économie nationale (Rhinow *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 31 bis, nos 82 ss.) n'est plus explicitement mentionné dans le texte du projet, cette condition cadre doit toujours être considérée comme condition évidente à toute mesure de l'Etat dans le secteur économique. Outre l'article 76 du projet, une série de dispositions particulières du projet constitue une base pour régler l'exercice d'activités économiques privées (cf. p. ex. art. 85 et 98 du projet).

D'une certaine manière, l'article 76, *2e alinéa, 1ère phrase*, du projet renforce le caractère "globale" de la compétence consacrée au 1er alinéa: la Confédération est chargée de créer un espace économique uniforme; ainsi on comprend mieux "la dimension de marché intérieur" reconnue à la liberté du commerce et de l'industrie (art. 31, 1er al., Cst.: "dans l'ensemble de la Confédération").

L'article 76, *2e alinéa, 2e phrase*, du projet oblige la Confédération à garantir, sur tout le territoire fédéral, la liberté de l'exercice des professions scientifiques. Le texte du projet ne mentionne pas les moyens à utiliser

pour mettre en oeuvre cette liberté. Outre l'élaboration d'une LF uniforme sur les certificats de capacité (telle qu'elle existe actuellement pour les médecins, les pharmaciens et les vétérinaires; voir LF du 19.12.1877, complétée le 21.12.1886, RS 811.11), d'autres instruments sont pris en considération (p. ex. dispositions consacrant la reconnaissance réciproque de certificats de capacité cantonaux; jurisprudence du Tribunal fédéral). Si l'on demeure dans le cadre strict du mandat de mise à jour, la Confédération ne dispose pas de la compétence de régler de manière exhaustive les professions scientifiques (cf. art. 33, 1er al., Cst.). Dans cette mesure, l'article 76, 2e alinéa, du projet doit être interprété par rapport au 1er alinéa comme une disposition spéciale, n'accordant à la Confédération qu'une compétence législative limitée. Aussi longtemps que la garantie de libre circulation n'est pas concrétisée par des dispositions de la Confédération, la jurisprudence du Tribunal fédéral comblera cette lacune en définissant "des exigences minimales", "auxquelles doivent répondre les certificats de capacité cantonaux, pour être reconnu dans les autres cantons" (ATF 111 la 111; cf. aussi Bois *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 33, nos 26 ss et art. 5 DT Cst., nos 1 ss; pour la profession d'avocat, cf. enfin ATF 119 la 36, 375; des travaux préparatoires en vue d'une LF-cadre sont en cours). A ce sujet, le Tribunal fédéral peut se référer à l'article 76, 2e alinéa, du projet, ainsi qu'aux dispositions transitoires qui s'y rapportent. Du point de vue des particuliers, la disposition du projet qui opère la mise à jour confère, comme auparavant, un droit de rang constitutionnel.

La formulation repose principalement sur le texte de la Constitution en vigueur.

En tant que variante rédactionnelle, le 1er alinéa pourrait mentionner expressément l'obligation pour le législateur fédéral de respecter le principe de la libre concurrence. On pourrait également examiner si le principe de la libre circulation peut être explicitement étendu aux échanges économiques internationaux.

## Art. 77

### Politique structurelle

L'article 77 du projet met à jour les articles 31 bis, 2e et 3e alinéas, lettres a et c, et 31 ter, 1er alinéa, Cst.

Dans une période de concurrence accrue sur le plan international entre les différentes régions économiques, la garantie de conditions cadres avantageuses pour l'économie privée fait partie des tâches centrales de l'Etat dans le domaine de l'économie. L'article 77, 1er alinéa, du projet, attribue à la Confédération, dans le cadre de sa compétence, un mandat dans ce sens et fonde, à l'instar de l'article 31 bis, 2e et 3e alinéas, lettres a et c, Cst., une compétence générale de promotion et d'encouragement de la Confédération en faveur de certains secteurs économiques (y compris des professions), ainsi qu'en faveur de régions économiquement défavorisées. En principe, la promotion et l'encouragement doivent être conçus de manière à être neutres du point de vue de la concurrence (cf. art. 31 bis, 2e et 3e al., préambule). Une dérogation au principe de la libre concurrence



doit tout de même, comme selon le droit constitutionnel en vigueur, être possible exceptionnellement (2<sup>e</sup> al.).

L'article 77 du projet continue à laisser une place aux mesures cantonales de promotion et d'encouragement économiques. Les cantons doivent toutefois respecter le principe de la libre concurrence, sauf en ce qui concerne l'exploitation des cafés et des restaurants.

La formulation de l'article 77 du projet actualise les notions du droit constitutionnel en vigueur, en tenant compte des nouveaux usages de langage.

La nécessité de la justification par "l'intérêt général" (art. 31 bis, 3<sup>e</sup> al., préambule, Cst.) est une condition-cadre évidente de toute action de l'Etat dans le domaine économique et ne doit pas être mentionnée spécialement dans le texte du projet. La subsidiarité de la politique structurelle sectorielle de la Confédération (priorité pour les mesures d'entraide qu'on peut équitablement exiger; art. 31 bis, 4<sup>e</sup> al., Cst.) et l'obligation de prendre en compte les groupements fondés sur l'entraide (art. 31 bis, 5<sup>e</sup> al., Cst.) résultent déjà de principes généraux; une mention spéciale dans l'article 77 du projet est superflue. De même, et sans que cela ne soit spécialement mentionné dans le texte de la Constitution, les cantons sont compétents pour subordonner à des connaissances professionnelles et des qualités personnelles l'exploitation des cafés et des restaurants.

Dans les cantons, la tendance est actuellement à l'affaiblissement, voire à la suppression de la clause du besoin pour l'exploitation des cafés et des restaurants. On pourrait ainsi examiner si, dans le sens d'une libéralisation prévue par le droit fédéral, la clause du besoin motivée par la politique structurelle doit être interdite à l'avenir (avec un délai d'adaptation fixé de manière très large par droit fédéral) ou si les exigences, assez strictes en soi, mais interprétées très largement, que le droit fédéral impose pour considérer comme admissibles les mesures protectionnistes cantonales, doivent être renforcées.

#### **Art. 78 Politique de concurrence**

L'article 78 du projet met à jour les articles 31 bis, 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> alinéas, 31<sup>sexies</sup> et 31<sup>septies</sup> Cst.

L'article 78 du projet résume en une disposition les bases constitutionnelles en matière de législation sur la concurrence (y compris la surveillance des prix) et de législation sur la protection des consommateurs. Le 1<sup>er</sup> alinéa oblige le législateur fédéral à édicter des dispositions contre les conséquences sociales et économiques nuisibles des restrictions de la concurrence. Les moyens de la politique des cartels ne sont pas abordés par le 1<sup>er</sup> alinéa. En matière de cartels, le pouvoir d'appréciation du législateur est considérable. A certaines conditions, il peut de manière partielle prévoir la possibilité d'interdire les cartels (cf. p. ex. Leo Schürmann, "Wirtschaftsverwaltungsrecht", 3<sup>e</sup> éd., Berne 1994, 469). Cependant, l'article 78, 1<sup>er</sup> alinéa, du projet ne permet pas (à l'instar de l'art. 31 bis, 3<sup>e</sup> al., let. d, Cst.) qu'en tant que tels des accords de concurrence soient généralement interdits.

La surveillance des prix, motivée par la politique de concurrence, exigée par l'article 31 septies Cst. en matière de biens et de services, trouve déjà une base suffisante dans "l'article sur les cartels" (tant dans sa version actuelle que dans la version proposée). L'article 78, 2e alinéa, du projet donne un mandat impératif au législateur fédéral d'instituer un instrument déterminé de politique de concurrence.

La législation sur la concurrence déloyale, qui se basait jusqu'à présent notamment sur l'article 31 bis, 2e alinéa, Cst., se voit dotée par l'article 78, 2e alinéa, du projet d'une base constitutionnelle expresse. Par ailleurs, l'article 78, 2e alinéa, du projet charge la Confédération, sous forme d'un mandat général, de protéger les intérêts des consommateurs.

La formulation s'inspire d'éléments du texte constitutionnel en vigueur.

Le texte en vigueur de l'"article sur les cartels" (art. 31 bis, 3e al., let. d, Cst.) prévoit expressément que, lors de l'adoption de la législation d'exécution, la Confédération peut déroger, en cas de besoin, au principe de la liberté du commerce et de l'industrie (al. 3, préambule). Cette clause est superflue et ne doit pas être reprise dans le projet dans la mesure où le but de la politique de concurrence réside dans la garantie d'un ordre économique libéral; elle sert à soutenir et à renforcer le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et se trouve, dès lors, en harmonie avec le principe de la libre concurrence (art. 21 et 75 du projet). C'est pourquoi, le fait d'inclure comme actuellement "l'article sur les cartels" dans l'article 31 bis, 3e alinéa, Cst. est considéré comme discutable par la majorité de la doctrine récente (cf. p. ex. Gygi, "Wirtschaftsverfassungsrecht", Berne 1981, 117 s.; Rhinow *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 31 bis, no 109 et les références citées). La nécessité de la justification par "l'intérêt général" (art. 31 bis, 3e al., préambule, Cst.) est une condition-cadre évidente de toute action de l'Etat dans le domaine de l'économie et ne doit pas être mentionnée spécialement dans le texte du projet.

Même sans mention expresse dans le texte de l'article 78, 3e alinéa, du projet, les "intérêts généraux de l'ensemble de l'économie nationale", ainsi que la liberté du commerce et de l'industrie (liberté économique) devront être respectés, lors de l'exercice de la compétence fédérale en matière de protection des consommateurs. La mise sur un pied d'égalité des organisations de consommateurs et des associations professionnelles et économiques dans le cadre de la LCD (art. 31 sexies, 2e al., Cst.) est garantie par une disposition légale expresse (art. 10 LCD). L'article 31 sexies, 3e alinéa, Cst. (exigences de droit fédéral relatives à la procédure judiciaire en matière de litiges entre consommateurs finals et fournisseurs) peut être ramené au niveau de la législation.

A titre d'innovation en matière de cartels, la marge de manoeuvre du législateur pourrait être étendue par la formulation suivante: "La Confédération veille au maintien de la concurrence économique" (formulation inspirée par Kölz/Müller, art. 18, 3e al.); cette manière de faire donnerait la possibilité, nouvelle, de prévoir au niveau de la loi une interdiction générale des cartels, sous réserve d'autorisation.

A titre de variante rédactionnelle et en s'inspirant du titre proposé par le Conseil fédéral pour une loi totalement révisée sur les cartels ("Loi fédérale

sur les cartels et autres limitations de la concurrence"; cf. FF 1995 I 472 ss), on pourrait parler de "cartels et autres limitations de la concurrence", au lieu de "cartels et organisations similaires". Etant donné que le mandat législatif en matière de surveillance des prix est actuellement réalisé, on pourrait envisager de renoncer à cette mention particulière.

#### **Art. 79** Politique financière et politique monétaire

L'article 79 du projet remplace les articles 38 et 39 Cst.

L'article 79 du projet reprend de manière plus rigide le contenu des deux dispositions en vigueur en matière financière et monétaire. La question de la nature juridique de la Banque Nationale Suisse (BNS) peut rester ouverte au niveau de la Constitution. On sortirait du cadre d'une simple mise à jour si, comme cela est suggéré parfois, on faisait de la stabilité monétaire un objectif prioritaire de la politique de la BNS au niveau de la Constitution.

La formulation reprend des éléments du droit constitutionnel en vigueur.

La politique de crédit fait partie de la politique monétaire et ne doit pas être mentionnée spécialement (cf. en outre art. 80, 2e al., du projet). Les 2e et 3e alinéas de l'article 38 Cst. sont suffisamment concrétisés au niveau de la loi (cf. art. 2 et 4 de la LF du 18.12.1970 sur la monnaie, RS 941.10). Il n'est pas nécessaire de prévoir, dans la Constitution même, le transfert du monopole d'émission des billets de banque de la Confédération à la BNS. Dans l'intérêt d'une simplification du texte constitutionnel, il peut être renoncé à mentionner des tâches de la BNS qui vont de soi (faire office de régulateur du marché de l'argent, faciliter les opérations de paiement). L'exemption d'impôt cantonaux de la Banque Nationale (art. 39, 5e al., Cst.) peut être réglée au niveau de la loi; elle y est déjà suffisamment concrétisée (art. 12 LBN). En supprimant les obligations de remboursement des billets de banque et de la couverture par de l'or (art. 39, 6e et 7e al., Cst.), le projet suit la pratique constitutionnelle actuelle, qui tient compte du fait que la Suisse se voit exposée de façon permanente, depuis des années, à des "rapports monétaires perturbés". La suppression de ces deux obligations tient également compte de la situation actuelle de la politique monétaire internationale (cf. art. IV des statuts du Fonds monétaire international, RO 1992, 2571). Les diverses modalités de répartition du bénéfice net de la BNS sont suffisamment réglées au niveau de la loi (art. 27 LBN); il devrait suffire de maintenir au niveau constitutionnel le principe que ce bénéfice revient pour deux tiers au moins aux cantons.

#### **Art. 80** Politique conjoncturelle

L'article 80 du projet reprend l'article 31 quinquies Cst.

L'article 80 du projet charge la Confédération de prendre des mesures en faveur d'un développement conjoncturel équilibré. Les moyens pour parvenir à la stabilité font l'objet de controverses dans les milieux politiques économiques comme dans les milieux scientifiques. "L'article conjoncturel" du projet tient compte de ces controverses en n'imposant pas aux organes de décision une théorie économique déterminée. Le 1er alinéa se limite, en plus de la mention du but principal en matière de politique de stabilité

(assurer une évolution régulière de la conjoncture), à la mention de deux aspects de ce but qui sont de prévenir et combattre le chômage et le renchérissement. Par ailleurs, l'article 80 du projet, à l'instar de l'article 31 quinquies Cst., renonce à énumérer de manière exhaustive les différents instruments de la politique conjoncturelle.

Seuls deux instruments de politique fiscale font l'objet d'une mention spéciale. La mention expresse de la possibilité, motivée par des raisons de politique conjoncturelle, de prélever des suppléments ou d'accorder des dégrèvements sur les impôts et les taxes fédéraux est indispensable dans la mesure où les taux maxima de différents impôts fédéraux sont fixés au niveau de la Constitution. L'instrument des réserves de crise, servant aux objectifs de la politique de l'emploi, doit être mentionné au niveau de la Constitution, étant donné que la possibilité d'obliger les cantons à accorder des allègements fiscaux sur ces réserves constitue une atteinte à la souveraineté des cantons en matière fiscale (et non pas parce que l'obligation de créer des réserves de crise implique une atteinte à la liberté des entreprises; en effet, pour permettre une telle atteinte, une disposition de niveau législatif serait suffisante; cf. FF 1984 I 1164 s.; Rhinow *in* Commentaire de la Constitution fédérale. art. 31 quinquies, no 64). Il y a lieu de faire ressortir ce qui précède du texte de la Constitution. En outre, le 3<sup>e</sup> *alinéa* oblige de manière générale la Confédération, les cantons et les communes à fixer leurs recettes et leurs dépenses en fonction de la situation conjoncturelle. L'"article conjoncturel" n'établit toutefois pas, pour des raisons liées au respect du fédéralisme, de mécanismes de contrôle et de sanction. Par ailleurs, l'article 79 du projet constitue une autre base constitutionnelle pour la politique monétaire.

D'après l'article 80, 2<sup>e</sup> *alinéa*, du projet, la politique conjoncturelle doit d'abord être réalisée par des mesures qui sont compatibles avec le principe de la libre concurrence. Le 2<sup>e</sup> *alinéa*, tel l'article 31 quinquies, 2<sup>e</sup> *alinéa*, Cst., cite trois domaines, dans lesquels il est permis exceptionnellement de déroger au principe de la libre concurrence (domaines de la monnaie et du crédit, des finances publiques et des relations économiques extérieures).

La formulation s'inspire du texte constitutionnel en vigueur.

Les modalités réglées à l'article 31 quinquies, 3<sup>e</sup> *alinéa*, Cst. concernant la possibilité de prélever des suppléments et d'accorder des rabais sur des impôts fédéraux découlent des principes généraux (principe de la proportionnalité) et peuvent être réglées au niveau de la loi. Si on voulait encore maintenir expressément dans le texte constitutionnel les principes de l'affectation ou du remboursement des impôts, il faudrait reprendre une formulation calquée sur la disposition constitutionnelle actuelle.

La compétence pour procéder aux enquêtes statistiques est reprise implicitement par l'article 80, 1<sup>er</sup> *alinéa*, du projet. Le relevé de données auprès des différentes entreprises pourrait cependant constituer une atteinte aux libertés protégées par la Constitution; pour justifier une telle atteinte, une base légale est toutefois suffisante.



**Art. 81**      **Politique économique extérieure**

L'article 81 du projet est contenu de manière implicite par différentes dispositions du droit constitutionnel en vigueur (cf. art. 2, 8, 23 bis, 29, 31 bis, 31 quinquies Cst.).

L'article 81, *1er alinéa*, du projet concrétise le but général de l'Etat et la norme attributive de compétence en matière de politique étrangère (art. 2 et 44 du projet), pour le domaine du commerce extérieur. La défense des intérêts comprend aussi la prise de mesures de promotion. La politique économique extérieure uniquement ancrée, dans le droit constitutionnel en vigueur, sous l'aspect "droits de douane", est dotée d'une base plus large. Les moyens de la politique économique extérieure (entre autres, conclusion d'accords internationaux, adhésion à des organisations internationales ou collaboration avec celles-ci) ne sont pas mentionnés expressément. Compte tenu de la procédure de prise de décision en matière de politique étrangère (référendum en matière de traités internationaux), il ne nous paraît pas opportun de fixer dans la Constitution une politique déterminée pour la conclusion d'accords. L'article 81, *2e alinéa*, du projet s'inspire de l'article 61 du projet de Constitution du PRD Suisse du 22.6.1979.

A titre de variante rédactionnelle (éventuellement, d'innovation), on pourrait également imaginer que certaines maximes de la politique économique extérieure soient consacrées dans la Constitution.

**Art. 82**      **Approvisionnement du pays**

L'article 82 du projet met à jour les articles 31 bis, 3e alinéa, lettre e, et 23 bis Cst.

L'article relatif à l'approvisionnement du pays permet à la Confédération de prendre des mesures de défense économique du pays (p. ex. constitution de réserves) et offre une base à des mesures de lutte en cas de grave pénurie de biens et de services de première nécessité. L'Etat est tenu de collaborer avec l'économie. Les mesures qu'il prend ont un caractère subsidiaire. En raison du caractère général des dispositions attributives de compétence (art. 82, 1er al., et 83 du projet), un article détaillé concernant les céréales nous paraît aujourd'hui superflu. Le 2e alinéa ne concerne pas uniquement l'approvisionnement du pays, si bien que du point de vue systématique on pourrait également envisager de l'intégrer dans une autre disposition.

La formulation reprend des éléments du texte constitutionnel en vigueur.

La nécessité de la justification par "l'intérêt général" (art. 31 bis, 3e al., préambule, Cst.) est une condition-cadre évidente de toute action de l'Etat dans le domaine de l'économie et ne doit pas être mentionnée spécialement dans le texte du projet. Actuellement, on peut dans une large mesure laisser à la loi le soin de déterminer la manière de garantir l'approvisionnement du pays en céréales panifiables, en farine panifiable et en pain. L'article 23 bis Cst. est par conséquent ramené au niveau de la loi, pour autant qu'il n'existe pas déjà des normes correspondantes.

**Art. 83**      **Agriculture**

L'article 83 du projet met à jour l'article 31 bis, 3<sup>e</sup> alinéa, lettre b, Cst.

Compte tenu du rejet du nouvel article sur l'agriculture" (art. 31 octies Cst.) lors de la votation populaire du 12 mars 1995, la réglementation en vigueur est mise à jour en s'inspirant fortement du texte actuel de la Constitution.

A l'exception d'une adaptation rédactionnelle en vue d'une harmonisation avec la terminologie utilisée par le projet ("dérogation au principe de la libre concurrence" au lieu de "dérogation au principe de la liberté du commerce et de l'industrie"), la formulation reprend le texte de l'article 31 bis, 3<sup>e</sup> alinéa, lettre b, Cst.

La nécessité de la justification par "l'intérêt général" (art. 31 bis, 3<sup>e</sup> al., préambule, Cst.) est une condition-cadre évidente de toute action de l'État dans le domaine de l'économie et ne doit pas être mentionnée spécialement dans le texte du projet. La subsidiarité de la politique agricole de la Confédération (priorité pour les mesures d'entraide qu'on peut raisonnablement exiger; art. 31 bis, 4<sup>e</sup> al., Cst.) ainsi que l'obligation de tenir compte des groupements fondés sur l'entraide (art. 31 bis, 5<sup>e</sup> al., Cst.) résultent déjà des principes généraux; une mention spéciale dans l'article 77 du projet est ainsi superflue.

A titre d'innovation, il y aurait lieu d'envisager de reprendre des éléments du texte qui a été refusé par une faible majorité le 12 mars 1995 (50,8 % de non contre 49,2 % de oui; 13 3/2 contre 7 3/2 cantons; pour le texte de loi, cf. FF 1994 III 1777).

**Art. 84**      **Alcool**

L'article 84 du projet est basé sur les articles 32 bis, 32 ter et 32 quater Cst.

Cette disposition attribue à la Confédération la compétence de légiférer en matière d'importation, de fabrication, de rectification et de vente de boissons distillées (art. 32bis, 1<sup>er</sup> al. Cst.).

Une grande partie du texte constitutionnel en vigueur peut être supprimé:

- L'aspect fiscal figure désormais dans la partie financière de la Constitution (art. 106 du projet). La justification du maintien de la dîme de l'alcool (art. 32bis, 9<sup>e</sup> al., Cst.) doit être examinée, dans le cadre de la péréquation financière.
- Le projet renonce à reprendre les alinéas 2 à 8 de l'article 32bis Cst. Ces alinéas contiennent des dispositions que le législateur aurait déjà pu adopter sur la base de la norme générale de compétence de l'article 32bis, 1<sup>er</sup> alinéa, Cst. "Ils avaient pour fonction de diriger le législateur, de le limiter, plutôt que de l'habiliter à faire quelque chose qu'à défaut il n'aurait pas pu faire" (cf. Jean-François Aubert *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 32bis, no 43); en conséquence, ils peuvent être ramenés au niveau de la loi.
- Il en va de même pour l'interdiction de l'absinthe (art. 32ter Cst.), d'autant plus que, selon l'article 98 du projet, la Confédération est de

- toute manière compétente pour édicter des dispositions sur les denrées et substances qui peuvent présenter un danger pour la santé.
- On peut également supprimer les 1er et 2e alinéas de l'article 32quater Cst. Une clause du besoin, motivée par des raisons liées à la politique structurelle, analogue à celle figurant à l'article 31ter, 1er alinéa, Cst., a été introduite à l'article 77, 3e alinéa, du projet. La reprise d'une clause du besoin, motivée par des raisons liées à la protection de la santé publique, pourrait tout au plus être envisagée si l'on considère qu'il appartient à la Constitution de trancher la question de savoir si la clause du besoin est bien propre à réduire la consommation d'alcool (cf. Jean-François Aubert *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 32quater, no 26, n. 15).
  - On peut se poser la question de savoir si l'article 32quater, 3e alinéa, Cst. doit être mis à jour dans le cadre du régime financier. Compte tenu des nouvelles dispositions générales sur le régime financier, les cantons n'ont ici de toute manière plus de marge de manoeuvre.
  - L'article 32quater, 4e alinéa, 1ère phrase, Cst. doit également être supprimé; actuellement, cette disposition va de soi. La 2e phrase et le 5e alinéa sur le commerce de boissons spiritueuses non distillées, en quantité de deux litres et plus, résultent déjà de la compétence globale de la Confédération d'édicter des dispositions sur l'exercice d'une activité commerciale privée (art. 31bis, 2e al., Cst. et 76, 1er al., du projet).
  - L'article 32quater, 6e alinéa, Cst. doit être ramené au niveau de la loi.

#### **Art. 85 Banques, bourses et assurances**

L'article 85 du projet met à jour les articles 31 quater, 34, 2e al., et 31 bis, 2e al., Cst.

Le projet règle en une seule disposition la compétence fédérale relative à deux branches économiques qui sont traditionnellement réglementées au niveau fédéral et soumises à surveillance. Le domaine boursier n'est pas expressément mentionné dans le texte constitutionnel en vigueur (cf. art. 31 bis Cst.), mais il est généralement admis qu'il fait actuellement partie des domaines qui doivent être réglementés au niveau suisse. Le projet en fait mention.

La formulation s'inspire de la terminologie du droit constitutionnel en vigueur.

Le compétence de surveillance de la Confédération en matière d'assurances privées est comprise dans la compétence législative; une mention spéciale n'est pas nécessaire.

La compétence fédérale concernant les agences d'émigration, expressément mentionnée par l'article 34, 2e alinéa, Cst., est suffisamment couverte par la compétence générale prévue à l'article 76 du projet.

A titre d'innovation, la compétence d'édicter des dispositions prévue par l'art. 85 du projet pourrait être étendue globalement aux services financiers. Une compétence correspondante de légiférer existe déjà sur la base de l'article 31 bis, 2e alinéa, Cst.; elle se fondera à l'avenir sur l'article 76

du projet. Dans la mesure où la Confédération ne dispose que de compétences fragmentaires dans ce domaine, les services financiers ne sont pas mentionnés expressément par l'alinéa 1er.

En soi, une mention spéciale des banques cantonales à l'article 85 du projet serait superflue. Le législateur fédéral a accompli son mandat constitutionnel consistant à tenir compte de leur rôle et de leur situation particulière (art. 31 quater, 2e al., Cst.). Un traitement différencié des banques cantonales par rapport aux autres banques serait possible, même sans l'article 85, 2e alinéa, du projet.

#### Art. 86

##### Jeux de hasard

L'article 86 du projet attribue à la Confédération la compétence de légiférer en matière de maisons de jeu et de loteries. L'admission des appareils à sous servant aux jeux d'adresse relève de la compétence des cantons.

Cette disposition correspond au nouvel article 35 Cst., tel qu'il a été adopté le 7 mars 1993 par le peuple et les cantons. Certaines dispositions sont cependant ramenées au niveau de la loi.

Le *1er alinéa* reprend les 1er et 5e alinéas de l'article constitutionnel en vigueur. On renonce à fixer dans la Constitution le taux maximal de la taxe sur les maisons de jeu (selon l'art. 35, 5e al., Cst.: 80 %). Cette question doit être réglée par la loi.

Le *2e alinéa* reprend l'article 35, 2e alinéa, 1ère phrase, Cst. La disposition selon laquelle, lors de l'octroi de concessions, la Confédération doit tenir compte des conditions régionales et des dangers inhérents aux jeux de hasard, doit être ramenée au niveau de la loi. Au besoin, une disposition transitoire pourrait comporter les lignes directrices principales de l'actuel article sur les maisons de jeu, afin de lier l'Assemblée fédérale jusqu'à l'adoption de la loi fédérale y relative. Un avant-projet de loi fédérale sur les maisons de jeu a été soumis à la procédure de consultation le 18 janvier 1995.

Les *3e et 4e alinéas* correspondent à l'article 35, 4e et 6e alinéas, Cst.

#### Art. 87

##### Armes et matériel de guerre

L'article 87 du projet reprend les articles 40 et 40bis Cst.

Le *1er alinéa* reprend textuellement l'article 40bis Cst. Cette disposition a pour but de réglementer de manière uniforme l'usage abusif d'armes, d'accessoires d'armes et de munitions; elle doit avant tout contribuer au maintien de l'ordre public. La compétence de la Confédération a un effet dérogatoire subséquent (compétence concurrente). Cette compétence n'englobe pas toute la réglementation nécessaire en matière d'armes mais uniquement celle relative à la lutte contre l'usage abusif de certaines armes, de leurs accessoires et de leurs munitions. Elle doit également tenir compte de particularités suisses, spécialement de la tradition historique du citoyen-soldat.

Le *2e alinéa* rassemble les 2e à 4e alinéas de l'article 41 Cst. Cette disposition permet de soumettre à autorisation la fabrication, l'acquisition, la



distribution de même que l'importation, l'exportation et le transit de matériel de guerre, de même que, ainsi que le prévoit un projet de loi sur le matériel de guerre, les transferts de technologie correspondants. Les transferts de technologie sont déjà couverts par l'actuelle disposition constitutionnelle (cf. Message du 15 février 1985 au sujet de l'initiative populaire "pour l'interdiction d'exporter du matériel de guerre" et la révision de la loi sur le matériel de guerre, FF 1995 II 988. Toutefois, selon l'actuelle loi sur le matériel de guerre (LMG RS 514.51), ces transferts ne sont pas soumis à autorisation. L'instrumentarium doit permettre d'une part, dans l'intérêt de l'indépendance militaire, le maintien d'une industrie suisse de l'armement et d'autre part que les activités du secteur de l'armement respectent les principes de la politique étrangère et de la politique de neutralité de la Suisse - engagement pour les droits de l'homme, aide humanitaire, coopération au développement et règlement pacifique des différends (FF 1971 I 1609 ss; Malinverni *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 41, nos 9 à 27). Compte tenu de la LMG, le mandat législatif en matière de matériel de guerre (actuels 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> al.) peut être résumé de manière considérable. La compétence d'édicter des ordonnances fondées directement sur la Constitution (actuel 4<sup>e</sup> al.) n'a plus d'importance pratique depuis l'entrée en vigueur de la LMG.

Le 3<sup>e</sup> alinéa reprend la régle de la poudre telle qu'elle est prévue par l'actuel article 41, 1<sup>er</sup> alinéa, Cst. Le monopole de la poudre relève de la compétence exclusive de la Confédération. Il ne concerne que les moyens de propulsion des projectiles utilisables par l'armée (FF 1975 II 1304; Malinverni *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 41, no 6). Cependant, les autres explosifs peuvent faire l'objet de dispositions, militaires ou de police, de politique commerciale, de sécurité ou de santé publique (cf. FF 1975 II 1320 ss et le préambule de la loi sur les explosifs, LExpl, RS 941.41). La régle de la poudre est un monopole de fabrication *et* de commercialisation. En tant que monopole de commercialisation et dans la mesure où elle n'est pas motivée par la politique de sécurité, elle s'oppose à des obligations internationales visant la suppression de barrières commerciales; elle doit donc être abandonnée. Un projet à ce sujet est actuellement en préparation.

**Section 7: Logement, travail, sécurité sociale et santé****Art. 88 Encouragement de la construction de logements et de l'accèsion à la propriété**

L'article 88 du projet correspond à l'article 34 sexies Cst.

La disposition du projet donne à la Confédération le mandat impératif d'encourager la construction de logements et l'accèsion à la propriété et, dans la mesure où il est nécessaire d'édicter des dispositions juridiques, elle la dote d'une compétence concurrente. En outre, les cantons demeurent compétents pour prendre, à côté de la Confédération, leurs propres mesures d'encouragement.

Le *1er alinéa* groupe les différentes mesures relatives à l'encouragement de la construction de logements qui figurent à l'article 34 sexies, 1er à 3e alinéas, Cst. La compétence pour "équiper les terrains en vue de la construction de logements" (1er al., *in fine*) se recoupe avec celle prévue à l'article 57 du projet (Aménagement du territoire). Toutefois, en vertu de l'article 88 du projet, la Confédération peut légiférer dans le domaine de l'équipement d'une manière globale sans devoir se limiter aux principes. La notion de "construction de logements" comprend par conséquent non seulement la construction de nouveaux logements mais aussi la rénovation des anciens.

Le *2e alinéa* souligne la dimension sociale que doit revêtir l'encouragement de la construction de logements (cf. art. 34 sexies, 2e al., let. b, Cst.).

Le *3e alinéa* ancre dans la Constitution les mesures visant à encourager l'accèsion à la propriété qui n'étaient jusqu'ici mentionnées qu'incidemment à l'article 34 sexies, 1er alinéa, Cst. Seule l'acquisition de logements destinés aux besoins propres de particuliers ou de logements d'utilité publique fait l'objet de cet encouragement (cf. art. 47 ss de la loi fédérale encourageant la construction et l'accèsion à la propriété de logements, du 4 octobre 1974; RS 843).

La réserve en faveur de l'exécution par les cantons figure sous une forme générale à l'article 32, 3e alinéa, du projet. Le droit des cantons d'être consultés est réglé par la disposition relative à la procédure de consultation figurant dans le Titre 5 du projet.

**Art. 89 Protection des locataires**

Le *1er alinéa* traite de la protection des locataires. Il correspond à l'article 34septies, 1er alinéa, Cst. Selon ces dispositions, il appartient à la Confédération de légiférer "contre les abus dans le domaine du bail à loyer". Il s'agit là de l'octroi d'une compétence facultative générale en matière de législation contre les abus. Le droit en vigueur contient en outre quelques mandats législatifs isolés concernant les loyers abusifs, la contestation des congés abusifs et la prolongation des baux à loyer. Ces domaines ont été réglés dans le Code des obligations. Aussi, on renonce à leur énumération dans le projet, par souci de réduire la densité normative du texte constitutionnel. La notion d'abus devra être précisée au niveau de

la loi, compte tenu des interprétations données par le droit positif (FF 1972 I 1223; 1985 I 1388).

Le 2e alinéa correspond à l'article 34septies, 2e alinéa, de la Constitution. Il donne à la Confédération la compétence de conférer force obligatoire générale à des contrats-cadre de bail ou à d'autres dispositions appropriées prises par des associations de bailleurs ou de locataires. Le 27 septembre 1993, le Conseil fédéral a adopté un message concernant la loi fédérale sur les contrats-cadres de baux à loyer et leur déclaration de force obligatoire générale (FF 1993 III 912 ss).

## Art. 90 Droit public du travail

L'article 90 du projet met à jour les articles 34ter et 116bis de la Constitution.

Le 1er alinéa confère à la Confédération la compétence de légiférer dans différents domaines du droit public du travail, notamment dans le domaine de la protection des travailleurs. Les dispositions correspondent essentiellement aux 1er et 2e alinéas de l'article 34ter Cst.

- La *lettre a* reprend le texte constitutionnel actuel (art. 34ter, 1er al., let. a, Cst.).
- La *lettre b* a été révisée, eu égard aux ambiguïtés du texte en vigueur (cf. Hans Peter Tschudi, La constitution sociale de la Suisse, Berne 1987, p. 50). A l'origine, l'article 34ter, 1er alinéa, lettre b, de la Constitution devait conférer à la Confédération la compétence de légiférer sur les communautés professionnelles et les communautés d'entreprise; aucune nécessité de réglementation ne s'est toutefois manifestée. En revanche, la question s'est posée de savoir si la disposition pouvait servir de base à une loi sur la participation des travailleurs au niveau de la gestion de l'entreprise ou au niveau de l'exploitation. Selon la doctrine dominante, la Confédération n'est compétente qu'en matière de réglementation de la participation au niveau de l'exploitation (cf. Message du Conseil fédéral concernant le projet d'arrêté fédéral relatif à l'initiative populaire sur la participation et à un contreprojet, FF 1973 II 229, 410 ss; Kurt Eichenberger, Verfassungsrechtliche Festlegung über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer, in Festschrift Frank Vischer, Zurich, 1983, p. 363 ss; Message du Conseil fédéral concernant la loi sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises [loi sur la participation], FF 1993 I 757, 815 ss et référence au message complémentaire II au message relatif à l'Accord EEE, FF 1992 V 506, 617). Aujourd'hui l'article 34ter, 1er alinéa, lettre b, de la Constitution sert de base à la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises (RO 1994 1037, en vigueur depuis le 1er mai 1994). Le projet mentionne expressément la compétence fédérale correspondante.
- La *lettre c* correspond à la lettre e du texte constitutionnel en vigueur.
- Le 1er alinéa, lettre c, et le 2e alinéa de l'article 34ter de la Constitution sont repris à la *lettre d*.

L'article 34ter, 1er alinéa, lettre d, de la Constitution (allocations pour perte de salaire et de gain en cas de service militaire) est mis à jour par l'article 47, 5e alinéa, du projet. La *lettre g* (formation professionnelle) apparaît à l'article 71 du projet.

Le *2e alinéa* correspond à l'article 116bis Cst., ainsi qu'à l'article 20, 2e et 3e alinéas, des Disp. trans. Cst. Il déclare le 1er août fête nationale dans toute la Confédération. De cette façon, la fête nationale est expressément conçue comme jour férié, en vertu du droit fédéral, en commémoration de la naissance de l'Etat fédéral. Du point de vue du droit du travail, elle est assimilée à un dimanche. Il appartient au législateur de régler les modalités concrètes, en particulier en ce qui concerne l'obligation de versement du salaire, les exceptions au caractère férié et la compensation du temps libre.

Le 1er alinéa de la disposition transitoire du projet prévoit que le Conseil fédéral règle les détails jusqu'à l'entrée en vigueur de la législation fédérale correspondante. C'est du reste ce que le Conseil fédéral a fait par ordonnance du 30 mai 1994 (RO 1994 1340, RS 116). Depuis, le Conseil fédéral a en outre adopté un message à l'appui d'une loi correspondante (FF 1994 V 801). S'agissant de la concrétisation du jour férié et de sa compensation, le 2e alinéa de la disposition transitoire renvoie au droit de protection des travailleurs. Cependant, la reconnaissance du 1er août en tant que jour férié fédéral ne se fonde ni sur des motifs d'ordre religieux (Noël), ni sur des raisons idéologiques (1er mai), pas plus qu'elle ne relève de l'usage (carnaval) ou d'autres facteurs analogues. Le 1er août doit donc être compris comme jour férié *sui generis*. C'est pourquoi, contrairement aux jours fériés visés par la loi sur le travail, il ne doit pas être compensé s'il tombe un dimanche (2e al. des Disp. trans. du projet).

L'article 20, 1er alinéa, des Disp. trans. de la Constitution actuelle est devenu obsolète depuis la mise en vigueur du nouvel article 116bis par le Conseil fédéral (le 1.7.1994).

## Art. 91

### Prévoyance pour les cas de vieillesse, de décès et d'invalidité

L'article 91 du projet reprend l'article 34quater, 1er, 4e, 5e et 6e alinéas, de la Constitution.

Les 2e et 7e alinéas sur l'assurance fédérale (1er pilier) et le 3e alinéa sur la prévoyance professionnelle (2e pilier) deviennent des articles séparés (art. 92 et 93 du projet).

Le *1er alinéa* consacre explicitement le système des trois piliers actuellement en vigueur, qui se compose de l'assurance fédérale (AVS/AI), de la prévoyance professionnelle et de la prévoyance individuelle.

Le *2e alinéa* reprend textuellement le 4e alinéa de la disposition actuelle.

Les *3e* et *4e alinéas* correspondent (hormis quelques modifications rédactionnelles mineures) aux 5e et 6e alinéas de l'article 34quater de la Constitution.



**Art. 92 Assurance fédérale**

L'article 92 du projet réunit les dispositions relatives au 1er pilier (art. 34quater Cst., 2e et 7e al., et 11 des Disp. trans. Cst.).

Le *1er alinéa* charge la Confédération de légiférer sur l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité et il reprend les principes les plus importants de l'article 34quater, 2e alinéa, Cst. Ainsi la *lettre a* consacre le caractère obligatoire de l'assurance, la *lettre b* définit l'objectif des prestations à fournir, qui consiste à couvrir les besoins vitaux de manière appropriée, et la *lettre c* règle le financement.

Le *2e alinéa* précise la provenance des ressources alimentant la contribution de la Confédération à l'assurance fédérale. Il s'agit des produits nets des impôts sur le tabac, sur les boissons distillées et sur les maisons de jeu; cf. art. 34quater, 2e al., let. b, Cst.).

Le *3e alinéa* reprend l'obligation imposée à la Confédération par l'article 11, 1er alinéa, des Dispositions transitoires de la Constitution actuelle. Aux termes de cette disposition, la Confédération est tenue d'allouer aux cantons, tant que l'assurance ne couvre pas les besoins vitaux, des contributions destinées à financer des prestations complémentaires. On ne pourra pas renoncer, à l'avenir, à ces prestations complémentaires, bien qu'elles aient été conçues à l'origine comme purement provisoires. C'est pourquoi la contribution financière de la Confédération est reprise dans le projet à titre de tâche permanente.

Par contre, les points qui ont déjà trouvé ancrage dans la législation fédérale ou dont le contenu matériel n'a qu'une importance mineure ne sont pas repris. Ceci vaut entre autres pour la disposition selon laquelle l'assurance est appliquée avec le concours des cantons (cf. art. 32, 3e al., du projet) et des associations professionnelles et autres organisations publiques ou privées. En outre, on renonce à fixer le montant maximal et la composition de la contribution fédérale dans la Constitution. Seul l'essentiel de l'article 11 des Disp. trans. de la Constitution est repris dans le projet.

Le *4e alinéa*, sur l'intégration des invalides, correspond à l'article 34quater, 7e alinéa, de la Constitution.

**Art. 93 Prévoyance professionnelle**

L'article 93 du projet reprend des articles 34quater, 3e alinéa, de la Constitution et 11 des Disp. trans. les dispositions relatives au 2e pilier.

Le *1er alinéa* donne compétence et mandat à la Confédération de légiférer dans le domaine de la prévoyance professionnelle. Il formule en outre, dans ses lettres a à e, des exigences détaillées s'agissant de cette législation, en s'appuyant sur l'ordre constitutionnel en vigueur jusqu'ici (art. 34quater, 3e al., phrase introductive et let. a, c et d, Cst.). Ainsi, la *lettre a* définit l'objectif assigné aux prestations de la prévoyance professionnelle, qui est de maintenir de manière appropriée le niveau de vie antérieur des assurés, compte tenu des prestations de l'assurance fédérale. La *lettre b* autorise le législateur fédéral à prévoir une affiliation obligatoire des travailleurs. Elle impose à l'employeur la tâche d'assurer ses employés auprès d'une

institution de prévoyance. Le législateur doit pour sa part veiller à ce que chaque employeur ait la possibilité d'assurer son personnel auprès d'une telle institution. A cet effet, une caisse fédérale peut être créée. La *lettre c* traite de l'assurance facultative des indépendants tandis que la *lettre d* règle le financement, qui est couvert par les seules cotisations des assurés.

Selon le *2e alinéa*, le législateur fédéral fixe les exigences minimales auxquelles doivent satisfaire les institutions de prévoyance. Il lui est loisible de prévoir des solutions s'appliquant à l'ensemble du pays pour résoudre certains problèmes particuliers (actuel 3e al., let. b).

La *Disposition transitoire* reprend le contenu de l'article 11, 2e alinéa, 1ère phrase, des Disp. trans. de la Constitution actuelle.

#### **Art. 94 Assurance-chômage**

L'article 94 du projet correspond à l'article 34novies introduit dans la Constitution en 1976.

Par cette disposition, la Confédération reçoit une compétence législative globale dans les domaines de l'assurance-chômage et de l'aide aux chômeurs.

Le *1er alinéa* autorise et oblige la Confédération à édicter des prescriptions sur l'assurance-chômage. Les lettres a à c donnent au législateur un programme et des directives sur la manière dont il doit façonner l'assurance-chômage; ces directives législatives figurent aujourd'hui à l'article 34novies, 2e à 4e alinéas, de la Constitution. La *lettre a* définit la tâche de l'assurance. Celle-ci doit garantir une compensation appropriée de la perte du revenu et favoriser les mesures visant à prévenir et à combattre le chômage. La *lettre b* prévoit une assurance obligatoire pour les salariés. Elle autorise le législateur à prévoir des exceptions à ce principe. En outre, elle enjoint à la Confédération de veiller à ce que les personnes de condition indépendante puissent s'assurer elles aussi. Jusqu'ici cependant, la Confédération n'a pas répondu à cette sollicitation. La *lettre c* règle le financement de l'assurance-chômage, obtenu par les cotisations des assurés. Pour les salariés, la moitié de la cotisation est à la charge de l'employeur. Dans des circonstances exceptionnelles, des prestations financières de la Confédération et des cantons sont prévues. Il peut s'agir de contributions à fonds perdus ou de prêts.

Le *2e alinéa* autorise la Confédération à édicter des prescriptions sur l'aide aux chômeurs. Cette compétence - déjà prévue par le texte constitutionnel en vigueur - n'a pas été utilisée jusqu'ici. Ces derniers temps néanmoins, en raison de la croissance du chômage de longue durée, diverses interventions ont demandé que la Confédération fasse usage de son pouvoir législatif en la matière.

La disposition selon laquelle la loi fixe le montant maximum du revenu soumis à cotisation ainsi que le taux de cotisation maximum (actuel 4e al., 2e phrase) a déjà trouvé ancrage dans la législation fédérale. Aussi n'est-elle plus reprise dans le projet. On renonce également à reprendre l'article 34novies, 5e alinéa, de la Constitution, aux termes duquel les cantons et les organisations économiques concourent à l'élaboration et à l'exécution

des dispositions légales; cette collaboration est déjà inscrite dans la législation fédérale. La réserve en faveur de l'exécution par les cantons est réglée à l'article 32, 3e alinéa, du projet.

**Art. 95 Devoir d'assistance envers les personnes dans le besoin**

Cette disposition correspond à l'article 48 de la Constitution dans la mesure où celui-ci règle les questions de compétence. Quant aux prétentions individuelles des indigents vis-à-vis du canton de séjour, elles sont inscrites à l'article 9, 3e alinéa, du projet, qui concerne le droit à une existence conforme au minimum vital.

Au *1er alinéa*, il est précisé qu'en principe les indigents sont secourus au lieu de séjour. Par secours, on entend aussi bien des prestations pécuniaires que des avantages en nature, dont l'étendue est laissée à la libre appréciation des autorités. Les personnes secourues peuvent être aussi bien des personnes ayant la nationalité suisse que des étrangers, des apatrides ou des réfugiés. A l'instar du droit en vigueur, cette disposition n'a pas de signification s'agissant de la répartition interne dans les cantons: il appartient au canton de séjour de déterminer quelle collectivité et quelle autorité d'assistance sont compétentes. Sur la base du droit d'établissement révisé au cours des années 70 (art. 45 Cst.), il n'est plus possible de renvoyer dans leur canton d'origine les personnes dans le besoin (cf. aussi art. 10 LF en matière d'assistance, LAS, RS 851.1). Les frais de l'assistance aux indigents, supportés d'abord par le canton de séjour, sont mis ensuite à la charge du canton de domicile. Dans la législation, cette répartition a pourtant été inversée *de facto*: "l'assistance incombe au canton de domicile", alors que le canton de séjour n'est tenu qu'à fournir l'aide d'urgence nécessaire (art. 12 s. LAS).

Le *2e alinéa* permet à la Confédération de déterminer dans quelle mesure les cantons de domiciles précédents ou le canton d'origine peuvent être sollicités en ce qui concerne la prise en charge des frais d'assistance.

Comme les prétentions individuelles sont traitées ailleurs dans le projet et que les principaux éléments sont déjà réglés sur le plan législatif, cette disposition pourrait se limiter à prévoir uniquement la compétence législative de la Confédération de régler les compétences, sans incidence matérielle ("La Confédération règle les compétences des cantons en matière d'assistance des personnes dans le besoin").

**Art. 96 Allocations familiales et assurance-maternité**

L'article 96 du projet correspond à l'article 34quinquies de la Constitution.

Le *1er alinéa* reprend la disposition programmatrice exprimée à l'article 34quinquies, 1er alinéa, Cst.

Le *2e alinéa* (comme le 2e al. actuel) donne à la Confédération la compétence de légiférer dans le domaine des allocations familiales. Ce faisant, la Confédération doit tenir compte des caisses existantes. En outre, elle est autorisée à mettre sur pied une caisse fédérale de compensation. Même si jusqu'à présent la Confédération n'a usé que de manière

limitée de sa compétence dans le secteur des allocations familiales (LF sur les allocations familiales dans l'agriculture), le 2<sup>e</sup> alinéa pourrait à l'avenir revêtir un caractère d'actualité sur la base de l'initiative parlementaire Fankhauser (91.411) demandant des prestations pour la famille, du 13 mars 1991 (BO CN 1992 215). Le 2 mars 1992, le Conseil national a donné suite à cette initiative, qui formule deux exigences: d'un côté, une réglementation fédérale des allocations pour enfants doit être établie, avec une compensation des charges répartie sur l'ensemble de la Suisse, et, d'autre part, des prestations sous condition de ressources doivent être prévues pour les familles ayant des enfants encore à charge.

Le 3<sup>e</sup> alinéa charge la Confédération d'instituer l'assurance-maternité. Cette disposition revêt une signification particulière aujourd'hui puisque des tentatives sont en cours pour réaliser le mandat constitutionnel. En 1994, une procédure de consultation a été ouverte sur un projet de loi concernant l'assurance-maternité.

Le 4<sup>e</sup> alinéa autorise la Confédération à prévoir une obligation d'assurance pour les deux branches visées aux alinéas précédents.

Plusieurs points de la norme constitutionnelle actuelle peuvent être réglés au niveau législatif. C'est le cas pour la compétence de faire dépendre les prestations financières de la Confédération de contributions appropriées des cantons en matière d'allocations familiales et d'assurance-maternité, de même que pour la collaboration d'associations privées et publiques à la mise en oeuvre. La réserve en faveur de l'exécution par les cantons est du reste reprise, de manière générale, par l'article 32, 3<sup>e</sup> alinéa, du projet.

#### **Art. 97 Assurance-accident et assurance-maladie**

L'article 97 du projet correspond à l'article 34bis introduit dans la Constitution en 1890.

Le 1<sup>er</sup> alinéa donne compétence et mandat à la Confédération de régler l'assurance-accident et l'assurance-maladie. Comparée à d'autres dispositions de la constitution sociale, il s'agit là d'une norme constitutionnelle ouverte. Elle laisse pratiquement toute liberté au législateur pour aménager les deux assurances.

Le 2<sup>e</sup> alinéa autorise la Confédération à déclarer l'affiliation obligatoire pour les deux assurances. Pour l'assurance-accident, le législateur n'a introduit une obligation que pour les travailleurs. Quant à l'assurance-maladie, la loi laisse aujourd'hui encore aux cantons le soin - et la faculté - de la rendre obligatoire sur leur territoire. La nouvelle loi sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (FF 1994 II 239), qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1996, prévoit dorénavant l'assurance obligatoire pour toutes les personnes domiciliées en Suisse en ce qui concerne les soins médicaux, ainsi qu'une assurance facultative d'indemnités journalières.

L'obligation pour le législateur de tenir compte des caisses de secours existantes (art. 34bis, 1<sup>er</sup> al., 2<sup>e</sup> partie de la phrase, Cst.) n'est plus reprise dans le projet. Cette prescription avait un sens autrefois quand on pensait charger la Confédération elle-même d'instituer l'assurance en cas d'accidents et de maladie, mais elle se révèle être obsolète aujourd'hui.



**Art. 98**      **Protection de la santé**

La santé publique est en principe l'affaire des cantons. Toutefois, la Confédération est compétente pour certaines tâches spéciales dans ce domaine. Le *1er alinéa* décrit de manière générale l'étendue de la compétence de la Confédération. Le *2e alinéa* formule les charges concrètes de la Confédération.

Le *2e alinéa, lettre a*, correspond à l'article 69bis de la Constitution, revu du point de vue rédactionnel. La disposition a pour but de protéger les consommateurs des atteintes à la santé ainsi que des falsifications et des tromperies (dommages économiques) auxquelles ils pourraient être exposés en relation avec le commerce des denrées alimentaires et des autres biens destinés à la consommation ou à l'usage. Indirectement, la norme sert également à la protection contre la concurrence déloyale et à la protection des consommateurs. Elle oblige la Confédération à adopter, dans son champ d'application, les dispositions d'intérêt national nécessaires. La Confédération dispose à cet effet d'une compétence globale dotée d'un effet dérogatoire différé. Matériellement, la disposition s'applique aux denrées alimentaires (aliments et produits de luxe) ainsi qu'à d'autres objets (biens d'utilisation et de consommation), dans la mesure où ceux-ci sont susceptibles de mettre la vie ou la santé en danger. Sont visés les biens qui sont utilisés par des personnes ne disposant pas de connaissances particulières ou d'une formation spéciale. Il ne doit cependant pas nécessairement s'agir d'un produit fini. Les objets qui sont utilisés par des spécialistes dans l'exercice de leur profession industrielle ou commerciale ne tombent pas sous le coup de la disposition. La disposition vise aussi bien la fabrication, le traitement et le commerce (importation, entreposage, distribution, achat) que l'utilisation des biens en question. Toutefois, la production pour un usage propre et purement privé ne tombe pas dans le champ d'application de la norme. L'exécution n'est plus mentionnée expressément; elle est suffisamment réglée au niveau de la loi (cf. p. ex. art. 28 et 56 de la loi sur les denrées alimentaires, RS 817.0; cf. aussi la disposition générale sur l'exécution prévue à l'art. 32, 3e al., du projet).

Le *2e alinéa, lettre b*, correspond à l'article 69 de la Constitution; cette disposition impose à la Confédération de protéger la vie et la santé de la population et des animaux contre les menaces sérieuses de certaines maladies. Du point de vue historique, il s'agissait en premier lieu de préserver la force de travail, les capacités commerciales et les capacités de défense de la population. La Confédération dispose d'une compétence concurrente, dotée d'un effet dérogatoire différé. Elle est non seulement autorisée, mais aussi tenue d'être active dans ce domaine. L'article 98 du projet doit permettre à la Confédération de prendre des mesures de police sanitaire, mais aussi des mesures socio-pédagogiques et des mesures financières. La Confédération est notamment autorisée à intervenir lorsque, suite à l'extension d'une maladie, il y a danger d'affaiblissement de la capacité de travail de grandes parties de la population et, partant, de l'économie. Les moyens dont elle dispose sont d'ordre à la fois prophylactique (prévention des maladies) et thérapeutique (blocage de l'épidémie, extermination, soins). La Confédération n'est pas limitée aux mesures de police sanitaire

proprement dite; elle peut agir dans d'autres domaines, dans la mesure où cela sert à la lutte contre la maladie en question. Enfin, elle peut fournir des services (p. ex. création de centres de recherche, encouragement à la construction d'hôpitaux, travail d'information). L'exécution revient d'abord aux cantons. Toutefois, la Confédération a également créé des organes d'exécution propres, sur la base de la législation d'exécution.

Le 2<sup>e</sup> alinéa, lettre c, comporte un mandat législatif concernant la protection de la population et des travailleurs contre les radiations (réglée jusqu'à présent à l'art. 24quinquies, 2<sup>e</sup> al., Cst., en rapport avec l'énergie atomique) et les autres atteintes similaires. La plupart des mesures de police adoptées dans le cadre de l'exécution de ce mandat sont de nature préventive.

#### **Art. 99 Procréation assistée et génie génétique**

L'article 99 du projet reprend très largement l'article 24novies de la Constitution. La Confédération et les cantons doivent empêcher les abus dont l'être humain et son environnement pourraient être victimes dans les domaines des techniques de procréation et du génie génétique, en particulier par les essais en matière d'insémination, les interventions dans le patrimoine génétique ou le commerce de fœtus. Le but est de parvenir à une utilisation responsable, sur le plan éthique, des techniques de procréation et des techniques biologiques, tant dans la recherche que dans la pratique.

On a renoncé à abrégé rédactionnellement cette disposition qui a son origine dans une initiative populaire et ne figure dans la Constitution que depuis 1992. Cela se justifie d'autant plus que les dispositions d'application de cette norme n'ont pas encore été édictées et que le domaine en cause est politiquement très sensible et d'une portée considérable en ce qui concerne les droits fondamentaux.

### **Section 8: Etablissement des étrangers et asile**

#### **Art. 100**

L'article 100 P correspond aux articles 69ter et 70 Cst. et concerne aussi bien le droit des étrangers en général (dispositions régissant la police des étrangers) que le droit d'asile au sens large (statut des réfugiés). Elle entend empêcher que des personnes indésirables n'entrent en Suisse et ne s'y installent. Elle sert en outre d'instrument pour stabiliser le marché du travail, ainsi que pour lutter contre le chômage et empêcher une surpopulation étrangère.

A son 1<sup>er</sup> alinéa, cet article confère à la Confédération la compétence globale avec effet dérogatoire différé de légiférer en matière d'étrangers (entrée et sortie de Suisse, séjour et établissement). Le statut des étrangers est déterminé pour l'essentiel par les normes du droit des gens. Il existe, d'une part, des dispositions internationales minimales (interdiction d'assujettir des étrangers au service militaire; garantie des droits de l'homme minimums; interdiction de l'expulsion arbitraire). On compte, d'autre part, de nombreuses conventions internationales d'établissement,

qui visent à rapprocher dans une large mesure le statut des étrangers de celui des Suisses (ils jouissent notamment de la libre circulation à l'intérieur du pays, ainsi que de la liberté du commerce et de l'industrie). Toutefois, ces conventions ne leur confèrent pas le droit de s'établir en Suisse. Les étrangers n'ont pas un droit d'entrée dans notre pays. Le statut des étrangers diffère en outre de celui des Suisses en ce qui concerne les devoirs (pas de service militaire obligatoire, pas d'obligations civiques). Les étrangers n'en sont pas moins des sujets de droit civil. De plus, ils jouissent en principe des droits fondamentaux. Ils sont soumis à certaines restrictions pour ce qui concerne la liberté d'établissement, la liberté du commerce et de l'industrie (tant qu'ils n'ont pas le statut d'établis), la liberté d'opinion, d'association et de réunion. Les cantons peuvent leur accorder des droits politiques; la Confédération ne leur en confère aucun (exception faite du droit de pétition). A titre d'innovation, on pourrait réviser les objectifs de la politique de la Confédération dans ce domaine (p. ex. revoir des principes comme le juste équilibre entre la population suisse et étrangère, l'intégration des personnes vivant dans le pays).

Le 1er alinéa fixe en outre la compétence de la Confédération en matière d'asile. Le statut des réfugiés, à l'instar de celui des autres étrangers, fait l'objet d'un grand nombre de traités internationaux. Les autorités administratives de la Confédération décident de l'octroi ou du refus de l'asile. Le requérant n'a pas un droit subjectif à obtenir l'asile. La loi sur l'asile (RS 142.31) lui accorde néanmoins un droit subjectif à l'application d'une certaine procédure. De plus, il bénéficie du principe du non-refoulement garanti par la Convention de Genève sur les réfugiés et par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). La loi sur l'asile confère aux réfugiés qui ont obtenu l'asile le droit de séjourner en Suisse et d'y exercer une activité lucrative aussi longtemps que prévalent les raisons qui ont justifié l'octroi de l'asile. La Confédération prend à sa charge l'assistance des réfugiés (art. 31 de la loi sur l'asile).

L'application de la loi incombe en principe aux cantons. Le 2e alinéa fixe cette tâche sous une forme abrégée par rapport au droit actuel. En regard de la compétence entière et exclusive prévue au 1er alinéa, on pourrait tout aussi bien biffer cet alinéa. Le séjour des étrangers en Suisse est soumis à une autorisation. La Confédération fixe un contingent global pour les autorisations de séjour et les autorisations frontalières. Le permis de séjour (autorisation pour saisonniers [permis A], autorisation annuelle de séjour [permis B]) et l'autorisation d'établissement (permis C) sont octroyés par les cantons. La procédure d'octroi est caractérisée par le chevauchement des compétences cantonales et fédérales. Un recours de droit administratif au Tribunal fédéral n'est possible que s'il existe un droit à l'obtention d'une autorisation. Le recours administratif est possible pour violation des dispositions des traités d'établissement. Les décisions prises en dernière instance cantonale sont définitives (art. 18 LSEE). Les décisions émanant des offices fédéraux (OFE et OFP) peuvent être portées devant le Service des recours du Département fédéral de justice et police ou devant la Commission de recours en matière d'asile; elles peuvent faire l'objet d'un recours subsidiaire auprès du Tribunal fédéral dans les limites de la loi sur l'organisation judiciaire (OJ; art. 20 LSEE).



La compétence prévue au 3e alinéa confère à la Confédération la possibilité d'expulser du territoire national les étrangers qui compromettent la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse. Cette expulsion politique était prévue jusqu'à présent à l'article 70 Cst. Elle est soumise à certaines limitations imposées par le droit des gens (p. ex. principe du non-refoulement).

## **Section 9: Droit civil, droit pénal, métrologie**

### **Art. 101 Droit civil**

L'article 101 P règle la compétence dans le domaine du droit civil (art. 64 Cst.).

Le 1er alinéa confère à la Confédération le pouvoir de légiférer en matière de droit civil. Ce droit (appelé aussi droit privé) règle pour l'essentiel les rapports juridiques entre les citoyens. Il s'agit d'un domaine juridique dans lequel la Confédération dispose d'une compétence globale avec effet dérogoire différé.

La doctrine et la jurisprudence ne sont pas parvenues jusqu'ici à formuler des critères emportant l'adhésion générale pour délimiter la compétence de la Confédération par rapport au droit public des cantons. Le Conseil fédéral s'est prononcé pour une interprétation typologique de l'article 64 Cst. (expertise de l'Office fédéral de la justice, JAAC 46 [1982], no 20) et considère que des normes juridiques tombent sous le coup de l'article 64 Cst. "lorsqu'elles poursuivent des objectifs typiques de droit privé et appartiennent dès l'origine au domaine du droit privé, en particulier lorsqu'elles créent ou rétablissent les conditions favorables au fonctionnement des rapports de droit privé (cf. Message relatif aux mesures d'urgence de droit foncier en milieu urbanisé, FF 1989 III 217 ss). La doctrine dominante se base sur la méthode de la technique juridique - et non pas sur le domaine à régler ou sur le but de la législation (Knapp in Commentaire de la Constitution fédérale, art. 64, no 1). La théorie de la technique juridique exige que l'on réponde à la question de savoir ce qu'est le droit privé par rapport au droit public. La doctrine a développé divers critères à cet effet (délimitation selon les domaines de normalisation, théorie du sujet de droit, théorie basée sur la fonction, théorie basée sur les intérêts, théorie de la subordination, théorie fiscale). Selon la doctrine dominante, il n'est pas possible d'effectuer une délimitation générale en se basant sur un seul de ces critères. La décision doit être prise dans un cas particulier en tenant compte de toutes les théories (Knapp in Commentaire de la Constitution fédérale, art. 64, no 27). Une minorité voit dans l'article 64 Cst. une disposition qui permet de réaliser tous les objectifs législatifs relevant de ce domaine, quelle que soit la qualification, privée ou publique, donnée à la réglementation (Gygi, RDS 1976 I 343 ss; Saladin in Commentaire de la Constitution fédérale, art. 2 DT, nos 34 ss). A cet égard, il n'est pas contestable que le droit de la poursuite pour dettes et la faillite, qui ressortit à la procédure d'exécution du droit civil, est du ressort de la Confédération.

La Confédération a fait largement usage de sa compétence; les cantons ne peuvent édicter des normes de droit civil que dans des domaines secondaires, et à la condition que ces domaines leur soient expressément



réservés (art. 5 CCS). Inversement, la Confédération ne doit pas édicter des dispositions matérielles de droit public qui excéderaient la répartition des compétences entre elle et les cantons.

L'article 53, 1er alinéa, Cst. relève de la compétence générale de légiférer en matière de droit civil; il n'est pas nécessaire de mentionner spécialement son contenu dans le projet.

Le 2e alinéa reprend le texte de l'article 64, 3e alinéa, Cst., en vertu duquel l'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice sont du ressort des cantons. Toutefois, la procédure cantonale ne doit pas restreindre, ni empêcher l'application du droit privé fédéral. Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a fixé divers principes non écrits qui restreignent le droit de procédure cantonal. Pour sa part, la Confédération a réglé de manière exhaustive le droit relatif à l'exécution forcée pour les dettes d'argent et les sûretés pécuniaires; les cantons ne conservent que l'organisation des autorités compétentes.

C'est sciemment que nous n'abordons pas ici la question de savoir si le droit de procédure ne devrait pas être unifié au nom du droit fédéral.

## **Art. 102 Droit pénal**

L'article 64bis, 1er alinéa, Cst. confère à la Confédération la compétence d'unifier le droit pénal matériel par voie législative. Le principe en est fixé au 1er alinéa du projet. Dans le domaine du droit pénal matériel, la Confédération dispose ainsi d'une compétence globale avec effet dérogoire différé, qui n'est pas limitée à la formulation de normes légales de principe. La Confédération a fait usage de cette compétence en édictant le code pénal suisse (RS 311.0), lequel, au titre de droit pénal central, sanctionne les atteintes aux règles fondamentales d'une cohabitation paisible. Les cantons conservent au plus la possibilité de légiférer dans le domaine des contraventions, pour autant que le droit fédéral ne règle pas, par un système de normes exhaustives, les atteintes à un bien juridiquement protégé.

La poursuite et le jugement des infractions de droit commun sont essentiellement du ressort des cantons, ce qui les oblige à édicter les dispositions de procédure et d'organisation nécessaires. En outre, les cantons sont chargés de l'exécution des peines, conformément aux dispositions très générales du CPS. Ils sont tenus de créer et d'exploiter les établissements nécessaires à l'exécution des peines prévues par le code pénal (art. 382 ss CPS). Le 2e alinéa du projet (à l'instar de l'art. 64bis, 3e al., Cst.) autorise la Confédération, mais ne l'oblige pas à verser des contributions pour la construction d'établissements pénitentiaires, de maisons de travail et de correction, ainsi que pour les réformes à réaliser dans l'exécution des peines. Comme la Confédération a la possibilité de subordonner l'octroi de ces subventions à des conditions particulières, il lui est loisible de diriger les cantons dans l'accomplissement de ces tâches.

Les sanctions de droit pénal administratif sont basées sur les dispositions du droit matériel applicable; partant, le 1er alinéa (comme l'art. 64bis, 1er al., Cst.) ne confère pas à la Confédération la possibilité d'édicter des dispositions uniformes dans le domaine du droit pénal administratif. Elle est

au plus autorisée à sanctionner les infractions aux dispositions de sa propre législation administrative. Parallèlement, les cantons disposent de la même compétence pour ce qui est de leur propre législation administrative. Il en va de même, au demeurant, en matière de droit disciplinaire.

Conformément au 3<sup>e</sup> alinéa du projet (ou à l'art. 64bis, 2<sup>e</sup> al., Cst.), les cantons conservent leurs compétences dans les domaines de l'organisation judiciaire, de la procédure et de l'administration de la justice "dans la même mesure que par le passé". C'est sciemment que nous n'abordons pas ici la question de savoir si le droit de procédure ne devrait pas être unifié au nom du droit fédéral.

#### **Art. 103 Aide aux victimes**

Le projet reprend l'article 64ter Cst. relatif à l'aide aux victimes. Pour des raisons d'équité sociale et de solidarité, mais aussi à titre de mesure complémentaire de "resocialisation" des auteurs d'infractions, les victimes de certains délits ou crimes sont habilitées à recevoir une aide financière et morale de la Confédération et des cantons. Du moment que les pouvoirs publics s'occupent davantage du sort des victimes d'infractions, il importe également d'augmenter l'efficacité de la justice pénale. La présente disposition constitutionnelle crée une tâche commune pour la Confédération et les cantons. Elle confère à la Confédération une compétence générale de légiférer - qui ne se limite pas à l'énoncé de principes. Parallèlement, elle confie aux cantons une tâche propre et non pas une simple participation à l'exécution d'une tâche de la Confédération.

L'aide peut être accordée même si tous les éléments constitutifs d'une infraction ne sont pas réunis (p. ex. en cas d'irresponsabilité de l'auteur). D'autre part, l'aide n'est pas subordonnée à l'arrestation de l'auteur et à sa condamnation. En outre, peu importe que l'auteur de l'infraction ait agi intentionnellement ou par négligence. Les prestations pécuniaires des pouvoirs publics ne représentent qu'une partie de l'aide. Celle-ci doit servir également à la création de centres d'accueil et de conseil des victimes; elle doit permettre aussi d'améliorer la position de la victime dans l'enquête de police et la procédure judiciaire. L'aide doit être appropriée, en ce sens que les mesures doivent être proportionnées aux besoins de la victime, sans qu'elles couvrent nécessairement la totalité du dommage subi. L'aide financière a un caractère subsidiaire et doit être limitée en faveur des personnes qui ne sont pas en mesure d'assumer seules les conséquences économiques de l'infraction. Les pouvoirs publics n'ont à intervenir que si la victime ne peut pas être indemnisée d'une autre façon (par l'auteur, un tiers, une assurance privée ou sociale).

#### **Art. 104 Métrologie**

L'article 104 P correspond à l'article 40 Cst.; il doit permettre à la Confédération d'unifier le système des poids et mesures, afin d'assurer la sécurité et l'honnêteté de la circulation des choses mesurables. La Confédération dispose à cet effet d'une compétence globale avec effet dérogatoire différé, pour fixer les poids et mesures. Depuis longtemps déjà, les mesures sont fixées par des accords internationaux.

Cette disposition englobe toutes les mesures, y compris celles qui ont été créées après l'adoption de l'article constitutionnel (1874): outre les mesures de longueur, de superficie, de capacité et de poids, celles de temps, d'électricité, de chaleur, de son, de rayonnement, etc.

La Confédération peut arrêter des dispositions de police industrielle ou commerciale dans l'intérêt de la sécurité du commerce, des consommateurs, de la santé et de la sécurité. En outre, elle peut rendre obligatoire l'application de mesures fixées par le droit fédéral chaque fois qu'une prestation (ou une contre-prestation) doit être déterminée sur la base d'une unité de mesure. En pareil cas, la Confédération peut prévoir des sanctions civiles et pénales lorsque des mesures fédérales ne sont pas appliquées.

Le droit en vigueur réserve aux cantons l'exécution de la législation fédérale (en particulier l'étalonnage et le contrôle). La Confédération peut fixer les méthodes et la fréquence des contrôles, afin d'assurer une application uniforme. Il incombe aux cantons de vérifier si les mesures utilisées sont licites et si elles répondent aux normes légales. Etant donné que cette réglementation d'exécution a été ancrée dans la législation d'application, la norme générale d'exécution prévue par le projet est suffisante.

### **Chapitre 3: Régime financier**

#### **Art. 105      Gestion des finances**

L'article 105 contient d'une part la norme actuelle de l'article 42bis de la Constitution fédérale, qui oblige la Confédération à amortir le découvert de son bilan, et d'autre part le principe général en matière budgétaire figurant dans la LF sur les finances de la Confédération selon lequel un équilibre entre les dépenses et les recettes doit être assuré à long terme (art. 2, al. 2 LFC).

Le message du Conseil fédéral concernant les nouvelles dispositions constitutionnelles sur le régime financier de la Confédération (FF 1957 I 566) fait la distinction entre le désendettement et le remboursement des dettes. Le découvert du bilan ne peut être amorti qu'en cas d'excédent de recettes du budget de l'année suivante (désendettement). Le remboursement des dettes est une procédure comptable en matière des finances publiques qui est neutre du point de vue de ses effets. Suivant les explications du Conseil fédéral, le désendettement ne doit pas être effectué obligatoirement chaque année. Il doit être possible de le suspendre partiellement ou totalement en cas de graves conjonctures. Ce faisant, on établissait une politique financière anticyclique qui permettait dans les années favorables d'amortir les dettes publiques et qui offrait dans les années économiquement difficiles une marge de manoeuvre autorisant un nouvel endettement. En ce sens, l'article 42bis de la Constitution fédérale impose à ses destinataires une responsabilité en matière de politique de stabilité. Il ne donne aucune indication quant à la fixation de limites de l'endettement public. Il ne répond pas davantage à la question de savoir par quels moyens l'équilibre budgétaire et la diminution de la charge de la dette publique peuvent être atteints. Il maintient cependant l'obligation d'améliorer à long terme l'état d'endettement.

De plus, les dépenses et les recettes de la Confédération doivent également être maintenues en équilibre à long terme. Pour renforcer cette règle suivant laquelle seul un déséquilibre à long terme peut en somme conduire à un déficit, le principe finalement le plus important de la gestion des finances publiques a été repris dans la Constitution.

#### **Art. 106 Principes généraux régissant la perception d'impôts**

L'article 106 concrétise, sous forme de norme, la jurisprudence du Tribunal fédéral en droit fiscal et résume en même temps les dispositions des articles 41bis, alinéa 3 et 41ter, alinéa 6 de la Constitution fédérale, suivant lesquelles les principes essentiels des impôts doivent être réglés dans une loi. L'interdiction de la double imposition intercantonale (art. 46, al. 2 Cst. féd.) a été également reprise.

L'alinéa premier contient un principe qui découle également du principe de la légalité. Toutefois, il se justifie de le répéter dans ce contexte, puisqu'il est particulièrement important dans le domaine des impôts. La loi doit déterminer le sujet fiscal (le cercle des contribuables), l'objet fiscal (ce qui est soumis à l'impôt, à savoir le revenu, la fortune, l'importation, la production de tabac) et les bases de calcul (établissement de la fortune ou du revenu, le tarif fiscal, le taux d'imposition, la période fiscale). Chacun doit pouvoir sur la base de ces données déterminer s'il est astreint, sur quoi il est imposé et combien il devra payer d'impôts. En outre, la loi doit également régler les principes de la procédure et les états de faits punissables. La disposition proposée précise le droit actuel sans modifier la pratique dans un sens ou dans un autre. Certaines taxes causales sont également soumises aux principes régissant la perceptions d'impôts, comme notamment les taxes de remplacement et de préférence et les taxes d'orientation. Il sera cependant toujours possible de régler certaines taxes causales (comme les émoluments administratifs) uniquement par voie d'ordonnance.

L'alinéa 2 reprend le contenu de l'article 46, alinéa 2 de la Constitution fédérale, sans cependant renvoyer pour une nouvelle période de cinquante ans fédérale à une loi fédérale à édicter. Les normes de conflit qu'a créées entre temps le Tribunal fédéral ont si bien fait leur preuve qu'une loi apparaît inutile aujourd'hui. La disposition est formulée de telle manière que chaque citoyen ou citoyenne concerné peut directement faire valoir un droit susceptible d'être porté jusqu'au Tribunal fédéral et qu'en même temps une compétence législative n'est toutefois pas exclue, si des normes législatives devaient s'avérer nécessaires. La notion de "Confédération" dans cette disposition comprend aussi bien le Tribunal fédéral que le législateur fédéral.

Il n'est pas possible de faire en même temps référence à la double imposition internationale. Sinon, le Tribunal fédéral serait contraint d'appliquer à des situations internationales les mêmes principes qu'il applique en matière intercantonale, sans avoir la garantie de la réciprocité. C'est pourquoi les accords de double imposition devront, comme par le passé, se fonder sur la compétence de la Confédération en matière de traités internationaux.

Régler dans la Constitution fédérale la double imposition intercommunale dépasserait le cadre de l'actuelle mise à jour. Lorsque deux communes



d'un même canton ne peuvent se mettre d'accord à propos d'une taxation (sur la fortune ou sur le revenu), il revient en premier lieu à une instance cantonale de rendre une décision ou un jugement. Pour autant que la dernière instance cantonale respecte l'égalité de traitement et l'interdiction de l'arbitraire, il n'y a pas du point de vue du droit fédéral de moyens permettant de corriger une telle décision (ATF 114 la 84 et 110 la 50).

**Art. 107 Impôts directs**

L'article 107 reprend, sauf quelques simplifications, toutes les parties de l'article 41ter de la Constitution fédérale qui concernent les impôts fédéraux directs.

Selon l'alinéa premier, la Confédération peut, comme aujourd'hui, prélever un impôt sur le revenu des personnes physiques et un impôt sur le bénéfice net et sur le capital des personnes morales. Cette énumération est exhaustive. A l'instar de ce qui prévaut actuellement en droit constitutionnel, les limites maximales des taux d'imposition sont déterminées dans le projet de Constitution, dès lors qu'elles sont du point de vue politique extrêmement importantes. Du point de vue du droit constitutionnel, ces limites maximales pourraient sans autre être supprimées, puisqu'il suffit qu'elles figurent dans la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD). Une solution intermédiaire serait de transférer ces limites maximales dans les dispositions transitoires de la Constitution fédérale. Ce faisant, elles demeureraient de rang constitutionnel et ne surchargeraient cependant plus le corps du texte de la Constitution fédérale.

De même, la disposition de droit constitutionnel relative à la compensation de la progression à froid a été également maintenue en raison de son importance politique. En principe, il aurait suffi de la prévoir dans une loi, ce qui est actuellement déjà le cas avec l'article 39 LIFD. Cette dernière disposition oblige le Conseil fédéral d'adapter les barèmes et des déductions en cas d'augmentation de l'indice suisse des prix à la consommation dépassant les 7 %. La compensation de la progression à froid exige par définition une imposition progressive. Si l'imposition devait être linéaire, aucune compensation de la progression à froid ne s'avérerait nécessaire (tout au plus pour ce qui est des déductions). Dès lors que le projet de Constitution ne traite plus, contrairement à l'article 8 des dispositions transitoires, en vigueur avant l'adoption de la TVA, le barème et des déductions, la compensation de la progression à froid est, après un sérieux examen, devenue elle-aussi sans objet. Cependant, cette disposition sera conservée en soulignant toutefois son caractère programmatique.

L'obligation de la Confédération de tenir compte, de façon appropriée, lors de la fixation des tarifs, "de la charge constituée par les impôts directs des cantons et des communes" n'a plus été retenue. Cette disposition est suffisamment prévue dans la loi (voir Höhn in Commentaire de la Constitution fédérale., Art. 41ter, no 73). Ont été également supprimés les montants non soumis à l'imposition, qui sont dépassés par l'article 36 (LIFD) (10'700 francs pour les célibataires, resp. 20'800 francs pour les personnes mariées). En outre, la Constitution interdit au législateur d'introduire dans une certaine mesure des impôts en dessous d'une certaine limite de

revenu (principe de l'imposition conforme à la capacité économique des contribuables et garantie du minimum d'existence vitale).

Le troisième alinéa a été repris pour transcrire correctement l'actuelle Constitution. Cette disposition devrait cependant également être remplacée par une nouvelle réglementation sur la péréquation financière (voir art. 114).

#### **Art. 108 Harmonisation fiscale**

Cette disposition correspond aux actuels articles 42quater et 42quinquies Cst. féd.

L'al. 1er prévoit la compétence de la Confédération d'harmoniser les impôts directs de la Confédération, des cantons et des communes. La Confédération a concrétisé sa compétence dans ce domaine par la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID), en vigueur depuis 1993. Parallèlement, le Parlement a adopté la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD) et a ainsi fait un premier pas en direction d'une harmonisation des impôts de la Confédération, des cantons et des communes.

Cette compétence permet uniquement à la Confédération d'édicter des principes, elle n'est par conséquent pas exclusive. Le projet ne reprend pas l'énumération des domaines pour la réglementation desquels la Confédération est compétente. La compétence est uniquement limitée de manière négative, ce qui était déjà le cas dans le texte constitutionnel actuel. Sont notamment exclus de l'harmonisation fiscale, les barèmes, les taux et les montants exonérés de l'impôt. Cela ne signifie toutefois pas que les cantons sont totalement libres dans ces domaines, dans la mesure où ils doivent se tenir à d'autres principes constitutionnels, et notamment à la jurisprudence du Tribunal fédéral sur l'égalité de traitement en droit fiscal (voir le commentaire ad art. 107 du projet). Les cantons gardent en particulier la compétence de réglementer la charge fiscale.

La compétence d'harmonisation fiscale concerne uniquement les impôts directs, cependant pas uniquement les impôts sur le revenu et la fortune, respectivement sur le bénéfice et le capital (voir Cagianut in Commentaire de la Constitution fédérale ad art 42quinquies, no 4ss). La Confédération peut notamment également harmoniser des impôts qu'elle ne perçoit pas elle-même (par exemple l'impôt sur la fortune).

La Confédération contrôle l'observation des principes d'harmonisation; cette tâche n'est plus mentionnée dans le projet, mais il va de soi qu'elle continue d'être assurée par la Confédération. Si, à l'échéance du délai transitoire de 8 ans (31.12.2000), un contribuable peut déduire quelque chose à son profit de la LHID, il peut, selon les art. 72 s LHID, attaquer la décision cantonale de dernière instance par la voie du recours de droit administratif au Tribunal fédéral. Si, à l'échéance de ce délai de 8 ans, un canton n'adapte pas sa législation, la Confédération pourra faire une réclamation de droit public (art. 83 OJF).

Selon l'al. 2, la Confédération tient compte des efforts des cantons en matière d'harmonisation. C'est dire qu'elle ne doit pas choisir des solutions

en matière d'harmonisation qui contredisent les solutions prévues par les cantons alors que ces dernières seraient dans une large mesure déjà harmonisées. La Confédération est toutefois habilitée à harmoniser si nécessaire des questions pour lesquelles il n'existe pas encore de solutions cantonales harmonisées ou qui ne sont réglées que dans une minorité de cantons (voir Cagianut, in Commentaire de la Constitution fédérale, ad art. 42quinquies, no 3).

L'al. 3 oblige la Confédération et les cantons à collaborer de manière intensive. En matière de collaboration, le droit des cantons va au-delà de leur droit usuel à être consultés. Il a été renoncé à mentionner le délai convenable que la Confédération devait laisser aux cantons pour adapter leurs législations, dans la mesure où cela va de soi. La LHID prévoit un délai de 8 ans; cela ne signifie toutefois pas que chaque modification implique un délai de cette durée. Des délais plus courts peuvent également être considérés comme convenables.

L'al. 4 correspond à l'art. 42quater Cst. féd. qui, dans cette matière, comprend également une compétence d'harmonisation. Cette disposition n'est transposée qu'une seule fois au niveau législatif, à l'art. 5 de la loi du 19 juin 1959 concernant la péréquation financière entre les cantons (RS 613.1).

**Art. 109**      **Taxe sur la valeur ajoutée**

La présente disposition correspond dans ses grandes lignes aux dispositions sur la TVA contenues dans l'art. 41ter Cst. féd.

L'al. 1er régit la taxe sur la valeur ajoutée de la même manière que l'art. 41ter al. 1er et 1bis Cst. féd. L'augmentation du taux à 6.5% selon l'al. 1bis a été directement intégrée au texte. La notion d'"impôt sur le chiffre d'affaires avec déduction de l'impôt préalable" a été remplacée par la notion usuelle de "taxe sur la valeur ajoutée". La future loi sur la taxe sur la valeur ajoutée sera basée sur cette disposition. L'ordonnance actuellement en vigueur, qui se base sur l'art. 8 DT., nécessite une norme analogue dans le projet de Constitution (art. 1 DT. du projet).

L'al. 2 reprend textuellement la deuxième phrase de l'art. 41ter al. 3. Comme auparavant, 5 pour cent du produit de la taxe sont affectés à des mesures en faveur des classes inférieures de revenus. Cependant, dans les cinq ans qui suivent l'introduction de la taxe sur la valeur ajoutée (jusqu'en 1999), la disposition spéciale de l'art. 8 al. 4 DT. (respectivement l'art. 1er al. 2 DT.) reste applicable.

L'al. 3 correspond, à l'exception d'une petite modification rédactionnelle à l'al. 3bis, à l'art. 41ter Cst. féd. Il permet l'augmentation à 7.5 pour cent du taux de la taxe sur la valeur ajoutée.

**Art. 1er du droit transitoire**      **Taxe sur la valeur ajoutée**

L'art. 1er des dispositions transitoires du projet reprend textuellement l'actuel art. 8 DT., sous réserve des exceptions suivantes:

1. La phrase introductive a fait l'objet de modifications rédactionnelles, toutefois sans influence sur son contenu matériel.
2. L'al. 3 de l'art. 8 DT. (déduction anticipée de l'impôt préalable, réglementation de la transition de l'ICHA à la TVA), devenu obsolète, a été biffé.
3. L'art. 8bis DT. (augmentation du taux de 6.2 à 6.5 pour cent, respectivement de 1.9 à 2 pour cent) a été intégré au texte de la disposition constitutionnelle.
4. L'art. 8ter DT. est repris textuellement par l'al.3 de la présente disposition du projet.
5. La compétence implicite du Conseil fédéral de réglementation de la soustraction d'impôt et de la mise en péril de l'impôt (BO CN 1993 p. 331) est reprise par la lettre m.

Selon le principe de la légalité, une taxe doit être prévue par une loi formelle; ceci ressort également de l'art. 41ter al. 6 Cst. féd. En dérogation à ce principe, l'art. 8 DT. permet au Conseil fédéral, jusqu'à l'entrée en vigueur d'une loi, de régler la taxe sur la valeur ajoutée par voie d'ordonnance. Cette disposition est une norme de délégation dans laquelle doivent être contenues les grandes lignes de la réglementation: l'objet de l'impôt, le sujet de l'impôt et les bases de calcul de l'impôt. Dans son ordonnance, le Conseil fédéral ne peut pas s'écarter de ces principes. Il n'est par ailleurs pas non plus possible au législateur de corriger ponctuellement l'OTVA. Le législateur a uniquement la possibilité, en se basant sur l'art. 41ter (art. 109 du projet) d'édicter une loi sur la taxe sur la valeur ajoutée qui abroge l'ordonnance du Conseil fédéral. Dans les limites du principe de la légalité, une loi peut également se limiter à régler l'essentiel en déléguant à nouveau la réglementation de certaines questions au Conseil fédéral.

L'art. 8ter DT. (taux pour le tourisme) fait également partie du droit transitoire. Tant que reste en vigueur l'ordonnance sur la taxe sur la valeur ajoutée, un taux particulier ne peut être prévu que par une loi soumise au référendum, et non par une ordonnance du Conseil fédéral. Une loi basée sur l'art. 41ter Cst. féd. peut fixer en principe librement le taux de l'impôt pour les prestations touristiques, qui sont dans une mesure considérable consommées par des étrangers. A l'adoption d'une loi, la disposition selon laquelle le taux pour le tourisme nécessite une base légale deviendra obsolète, dans la mesure où une telle disposition résulte déjà de l'art. 41ter al. 6 Cst. féd. Si l'intention était de limiter le pouvoir d'appréciation du législateur dans la Constitution (" pour autant que les prestations touristiques soient consommées dans une large mesure par des étrangers et pour autant que la situation concurrentielle l'exige", il aurait fallu le dire dans le texte même de la Constitution (voir par exemple l'"initiative pour le sport et les prestations d'utilité publique", FF 1995 III 117).

L'art. 8ter Cst. féd. a été historiquement interprété de manière telle, qu'il ne peut être question d'un taux spécial qu'après une augmentation du taux usuel. Le texte de cette disposition permettrait toutefois actuellement une intervention du législateur (voir BO CE 1993 p.339ss, et CN 1993 p. 387ss, notamment p. 390, proposition Spoerry).



**Art. 110 Droit de timbre, impôt anticipé, impôt de rétorsion**

Cette disposition correspond pour l'essentiel à l'art. 41bis Cst. féd.

Selon l'al 1er, la Confédération peut percevoir des droits de timbre d'émission. La notion n'est pas très claire dans la mesure où le droit de timbre (ou taxe sur le timbre) n'a aujourd'hui plus rien avoir avec un timbre. Il est prélevé comme taxe d'émission lors de l'émission de papiers valeurs ou comme droit de timbre de négociation lors du transfert de papiers valeurs. Le projet ne mentionne plus les coupons, effets de change et effets analogues, qui sont tous des papiers valeurs au sens des art. 965ss CO.

Selon l'al. 2, la Confédération peut percevoir un impôt anticipé. L'objet de l'impôt est défini par la disposition constitutionnelle et sa définition est la même que par le passé.

Selon l'al. 3, la Confédération peut percevoir un impôt spécial auprès des personnes domiciliées à l'étranger. Cet impôt, qualifié d'impôt de rétorsion, n'a encore jamais été prélevé et est destiné à empêcher "une tendance fiscale extensive" des Etats étrangers (FF 1957 I 596).

**Art. 111 Impôts spéciaux sur les produits de consommation**

L'art. 111 rassemble diverses dispositions de l'actuelle Constitution (art. 32bis, 36ter, 41bis et 41ter Cst. féd.) qui règlent divers impôts spéciaux.

Concernant l'impôt sur le tabac, la description de l'objet de l'impôt a été abrégée; la Confédération peut toutefois continuer à imposer le tabac et les produits du tabac qui font l'objet de la même utilisation.

La reprise dans cette disposition de l'impôt sur les boissons distillées a pour conséquence une petite modification, dans la mesure où les boissons distillées ne font aujourd'hui pas l'objet d'une imposition, mais sont frappées d'une taxe de monopole. Dans la mesure où la loi sur l'alcool devra prévoir à l'avenir une imposition non discriminatoire des importations (FF 1994 IV 1148), cette modification ne pose pas de problème. Selon l'al. 2, 10 pour cent du produit net de cet impôt vont aux cantons comme par le passé, pour combattre les problèmes de dépendance (alcool, drogue, médicaments etc.). Ce faisant, ils doivent combattre ces problèmes non seulement dans leurs effets, mais également dans leurs causes, ceci sans compétence fiscale cantonale supplémentaire (imposition exclusive par la Confédération).

L'impôt sur la bière est, depuis 1935, prélevé sur la base d'un arrêté du Conseil fédéral concernant l'impôt sur les boissons (RS 641.411). Depuis 1967, un arrêté fédéral non sujet à référendum (RS632.112.21) dispose que la base de calcul est le prix de la bière en gros et que l'imposition de la bière doit continuer au même taux qu'en 1958 (17,7 pour cent). Ces arrêtés ont, par l'art. 9 DT., été de fait élevés au niveau constitutionnel; ils ne seront abrogés que par l'éventuelle future loi sur la bière. Ainsi, la disposition détaillée de l'art. 41ter a. 4 lit. b) Cst. féd. peut être abrégée, dans la mesure où ces précisions peuvent indirectement être déduites de l'art. 9 DT., (respectivement art. 3 des dispositions transitoires du projet). Dans la mesure où la présente disposition constitutionnelle ne règle plus la

compensation automatique du renchérissement, il appartiendra à la future loi sur la bière de prévoir une solution pour cette question.

L'impôt sur les huiles minérales et sa surtaxe (jusqu'à maintenant, droits de douane supplémentaires sur les carburants, voir aussi la disposition du projet relative aux taxes routières) a été intégré en 1993 dans la Constitution dans le cadre de la transformation des droits de douane en impôts spéciaux sur la consommation. Un projet de loi y relatif a été soumis au Parlement le 5 avril 1995.

Au cours de l'année 1995, le Conseil fédéral devrait encore soumettre au Parlement un message sur la question d'un impôt sur les automobiles, qui serait perçu sur l'importation et la fabrication indigène d'automobiles et de pièces détachées.

#### **Art. 112 Droits de douane**

Le droit de douane est une taxe relevant du droit public perçue par un Etat, dans le cadre de sa souveraineté territoriale, sur le trafic transfrontière de marchandises. Du point de vue du droit fiscal, il s'agit d'un impôt économique sur les transactions. La perception de droits de douane permet de poursuivre différents buts politiques:

- Droits de douane financiers ou fiscaux: ils servent de ressource financière à l'Etat.
- Droits de douane économiques: en qualité de droits de douane protectionnistes, ils ont pour but de protéger l'économie nationale; en qualité de droits de douane d'incitation, ils ont une influence sur le marché intérieur.
- Droits de douane mixtes: ils remplissent plusieurs fonctions. Souvent, ils cumulent des buts de politique fiscale et commerciale. D'autres combinaisons sont possibles. Des droits de douane prohibitifs ont aussi bien des effets discriminatoires en matière de politique commerciale que des effets protectionnistes, dans la mesure où ils augmentent le prix des marchandises étrangères de telle manière qu'elles ne sont plus concurrentielles.

Les accords internationaux (notamment AELE, Accord de libre échange avec la communauté européenne, droits de douane préférentiels pour les pays en voie de développement, GATT) ont pour conséquence que les droits de douane et autres taxes à la frontière ont perdu de leur importance. Par ailleurs, le produit des droits de douane en suisse a chuté en valeur nominale dans la mesure où, comme base de calcul, notre pays prend en considération le poids et non pas la valeur. Toutefois, grâce à l'augmentation du fret et des redevances fiscales (carburants, tabac), les recettes de la Confédération ne cessent d'augmenter. Il faut toutefois souligner, qu'en 1970, les recettes des douanes suisses, avec un produit de 3.4 milliard de francs, représentaient presque la moitié des recettes de la Confédération, alors qu'aujourd'hui, avec un produit de 8.1 milliards, elles ne représentent plus qu'un cinquième des recettes de la Confédération.

Compte tenu de l'issue négative du vote relatif à l'accord sur l'EEE, il est peu probable que notre pays participe pas dans un proche avenir au marché intérieur de la Communauté européenne, ceci même si un rapprochement se dessine par des négociations bilatérales. C'est pourquoi la Suisse doit continuer à mener une politique douanière autonome qui est toutefois influencée par différentes conventions internationales. Les principes relatifs à la perception des droits de douane de l'art. 29 Cst. féd. ont pour l'essentiel la nature d'un programme. Ils doivent garantir que la politique douanière de la Suisse ne s'écarte pas de certaines lignes prédéterminées. Mais, en même temps, ils confient aux autorités fédérales un pouvoir d'appréciation difficile à définir. Et, finalement, ils servent de directives de rang constitutionnel pour l'ensemble de l'activité politique fondée sur les articles douaniers, c'est-à-dire pour la politique économique extérieure en général (voir Rhinow, in Commentaire Cst. féd. ad art. 29 n. 5). Les principes relatifs à la perception manquent d'unité et de précision. Les conflits de buts sont inévitables. L'encouragement de faibles droits de douane pour les produits alimentaires de base est en contradiction évidente avec une politique agricole protectionniste.

Pour les raisons susmentionnées il est proposé, dans le cadre de la révision de la Constitution fédérale, de renoncer à énumérer les différents buts politiques poursuivis. Enfin, dans la mesure où il s'agit d'une évidence, la disposition (art. 30 Cst. féd.) selon laquelle le produit des droits de douane appartient à la Confédération est également biffée.

#### **Art. 113 Imposition exclusive par la Confédération**

L'alinéa premier reproduit le droit en vigueur. Cette disposition a été introduite dans la Constitution à l'occasion du droit de timbre (cf. Locher, Comm. Cst., art. 41bis, chif. 71). Les cantons et les communes ne peuvent introduire de droit de timbre, d'impôt anticipé, de taxe sur la valeur ajoutée ou d'autres impôts de consommation, si la Confédération impose déjà le même objet. Par les termes "les objets que la législation soumet à [l'impôt]", on garantit que les objets que la Confédération désigne comme étant en principe assujettis à l'impôt soient soustraits à l'imposition des cantons et communes, même si une disposition spéciale les déclare exonérés. Demeurent toutefois admis, par exemple, les impôts cantonaux qui, bien qu'ayant pour objet le chiffre d'affaires, constituent simultanément un critère d'évaluation de la capacité économique (ATF 96 I 582s.). Ce type d'impôt cantonal s'explique historiquement; il visait, en l'occurrence, la Migros. Récemment, des problèmes se sont posés dans la pratique, notamment en matière de taxes cantonales sur l'énergie. Depuis 1995, de nouveaux domaines entrent en ligne de compte. En effet, depuis l'introduction de la taxe sur la valeur ajoutée, diverses prestations de services, qui n'étaient pas touchées par l'art. 41ter al. 2 Cst., sont désormais soumises à l'impôt. Les billets d'entrée à des expositions non culturelles (BEA, MUBA, Züspa, OLMA, Comptoir suisse de Lausanne, etc.) sont ainsi assujettis à la taxe sur la valeur ajoutée, ce qui emporte toutefois suppression de l'impôt communal sur les billets d'entrée fréquemment appliqué jusque-là. Ce dernier ne reste admis que dans le cas des "opérations exclues" (art. 14 de l'ordonnance régissant la taxe sur la va-

leur ajoutée). Toutefois, plusieurs personnes assujetties à la taxe sur la valeur ajoutée (organisateurs de manifestations sportives, exploitants de salles de cinéma) s'étant aperçu qu'il serait plus avantageux pour elles, grâce à la déduction de l'impôt préalable, d'être soumises à un taux de 2 pour cent plutôt que d'être admises dans la liste des opérations exclues, le problème de la taxe communale sur les billets d'entrée risque de se poser avec encore plus d'acuité à l'avenir. Dans ces conditions, on peut se demander s'il ne conviendrait pas, à la faveur d'une révision de la Constitution, de modifier cette disposition, soit en réservant la possibilité pour les cantons et les communes d'imposer les billets d'entrée, soit en supprimant la taxe sur la valeur ajoutée dans l'énumération du présent alinéa.

Le 2e alinéa s'explique surtout historiquement. Lors de la révision constitutionnelle de 1958, on a voulu éviter que les taxes sur les documents de transport, supprimées par la Confédération, soient réintroduites par les cantons. Cette question pourrait toutefois être réglée au niveau de la loi (cf. Locher, Comm. Cst., art. 7 DT, chif. 6).

#### **Art. 114 Péréquation financière**

L'article 114 attribue à la Confédération la compétence de régler la péréquation financière entre les cantons. Aujourd'hui, celle-ci est régie principalement par les art. 41ter al. 5 lit. b et 42ter Cst. et, marginalement, par les art. 32bis al. 9 Cst. et 10 DT.

Pour assumer les tâches qui leur sont propres, les cantons doivent disposer des moyens financiers nécessaires. Or, la capacité financière des cantons diffère sensiblement d'un canton à l'autre. Une péréquation financière efficace, tant verticale qu'horizontale, est donc indispensable. Elle représente aussi la condition sine qua non et le pendant de toute délégation de tâche aux cantons. Une distinction doit être opérée entre les mesures d'encouragement et les mesures de compensation. Dans leur forme actuelle, toutes les dispositions constitutionnelles relatives à la péréquation financière (y compris l'art. 42ter) sont dépassées. Ces dispositions sont, en effet, isolées de tout contexte, n'étant intégrées ni dans une conception globale structure de l'Etat / péréquation financière, ni dans une norme générale sur la péréquation financière.

Le 22 juin 1994, le Conseil fédéral a décidé de procéder à une refonte du système de la péréquation financière. Dans cette perspective, le Département fédéral des finances et la Conférence des directeurs cantonaux des finances ont mis en place un projet d'organisation. Les premières propositions devraient être formulées pour la fin 1995. Il serait donc peu judicieux de procéder aujourd'hui à une mise à jour de la péréquation financière dans le cadre du présent projet. Le texte proposé a donc un caractère provisoire et il est, à dessein, relativement court, puisqu'il devra être réélaboré suite aux propositions des groupes de travail chargés, dans le cadre du projet d'organisation susmentionné, d'étudier la réforme de la péréquation financière.



**Droit transitoire relatif au chapitre 3 (régime financier)****Art. 2 Durée de la perception de l'impôt**

Cette disposition, reprise de l'art. 41ter al. 1er Cst., a été transférée dans les dispositions transitoires pour des raisons de systématique; cela n'implique pas de changements matériels.

**Art. 3 Impôt sur la bière**

Sans cette disposition, l'impôt sur la bière ne pourrait plus être perçu; en effet, malgré le fait que cet impôt soit perçu depuis soixante ans, il n'existe pas encore de loi concernant la perception de l'impôt sur la bière. Cette disposition élève au niveau de la Constitution fédérale l'arrêté du Conseil fédéral du 4 août 1934 concernant un impôt fédéral sur les boissons (RS 641.411) et l'arrêté fédéral du 21 décembre 1967 concernant l'adaptation de l'impôt sur la bière (RS 632.112.21)

**Art. 4 Part des cantons au produit de l'impôt anticipé**

Dans la mesure où elle modifie l'art. 2 de la loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé (RS 642.21), cette disposition doit être maintenue jusqu'à l'adoption de la nouvelle réglementation relative à la péréquation financière. La loi peut également être modifiée dans ce sens, dans la mesure où elle prévoit que la part des cantons au produit de l'impôt anticipé est de 12 pour cent, quand bien même le taux de l'impôt s'élève actuellement à 35 pour cent.

## **Titre 4: Peuple et cantons**

### **Chapitre premier: Droit de vote**

#### **Art. 115**

Les droits politiques des citoyens en matière fédérale trouvent leur fondement à l'art. 115 du projet. Cet article établit les conditions du droit de vote fédéral et définit les droits politiques de tout citoyen actif au niveau fédéral.

L'alinéa premier correspond à l'art. 74 al.1 et 2 Cst. Il règle clairement le droit de vote au niveau fédéral; le droit de vote concernant des affaires cantonales et communales relève du droit cantonal (cf. art. 42 du projet [Exercice du droit de vote]). Le droit de vote fédéral dépend des conditions suivantes: la nationalité suisse, l'âge de 18 ans révolus et l'absence d'interdiction pour cause de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit. Le projet constitutionnel reprend ainsi les principes de privation des droits civiques établis à l'art. 2 LDP: les droits politiques ne doivent pouvoir être retirés à une personne que si elle est interdite par suite de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit selon l'art. 369 CC. Dans ces deux cas, il faut partir de l'idée que le minimum requis en matière de capacité de discernement pour l'exercice du droit de vote n'est pas réalisé. La privation des droits politiques est inadmissible dans les autres cas de tutelle ou pour toute autre raison. La disposition s'inspire des formulations de différents projets constitutionnels (art. 57 du projet de 1977, art. 75 du projet du DFJP, art. 72 du projet du PRD).

La deuxième phrase de l'alinéa premier établit le principe du suffrage universel et déclare tous les citoyens égaux politiquement.

L'alinéa 2 donne un aperçu quant au contenu des droits politiques au niveau fédéral et se fonde sur différents articles constitutionnels: art. 73, 74, 89 al. 2 à 5, 89 bis al. 2 et 3, 120, 121, 123.

L'art. 115 du projet établit le droit de tout citoyen actif de prendre part aux élections au Conseil national et aux votations fédérales, de même que le droit de lancer et de signer des initiatives populaires et des demandes de référendum en matière fédérale.

L'art. 115 al. 2 du projet s'inspire de l'art. 77 du projet du DFJP.

Le droit de tout citoyen actif de former librement sa volonté et de l'exprimer dans un scrutin qui ne soit pas faussé est ancré, sous forme générale, à l'art. 28 du projet (Liberté de vote).

### **Chapitre 2: Initiative et référendum**

#### **Art. 116 Initiative populaire tendant à la revision totale de la Constitution**

L'art. 116 du projet reprend, dans le Titre 4 "Peuple et cantons", les dispositions de l'art. 120 Cst., lesquelles règlent l'initiative populaire tendant à la revision totale de la Constitution. La revision totale en tant que telle est traitée au Titre 6 du projet, dans les dispositions sur la revision.

L'art. 116 du projet ancre le droit d'initiative populaire en matière de révision totale de la Constitution. 100 000 signatures sont nécessaires à l'aboutissement de l'initiative. L'initiative doit revêtir la forme d'une proposition conçue en termes généraux. Afin de mettre en évidence son importance et sa portée, la procédure de révision totale est rendue plus difficile de la manière suivante: après l'aboutissement de l'initiative, le peuple décide par une votation préalable si une révision totale doit être entreprise. Seule la majorité du peuple est requise pour cette votation; l'exigence de la double majorité est réservée pour la votation finale. Si une majorité des votants s'exprime en faveur de la révision totale, les deux conseils sont dissous et renouvelés. Ce renouvellement s'explique par le souci de confier l'élaboration de la nouvelle Constitution à un parlement qui y soit favorable.

L'art. 116 du projet reprend, en forme abrégée, les dispositions de l'art. 120 Cst., relatif à l'initiative populaire et les reformule.

#### **Art. 117 Initiative populaire tendant à la révision partielle de la Constitution**

L'art. 117 du projet correspond à l'art. 121 Cst., dont il donne une version abrégée et actualisée. La réglementation de l'art. 121 Cst. n'est reprise que dans la mesure où elle concerne l'initiative populaire tendant à la révision partielle de la Constitution. Le droit d'initiative de l'Assemblée fédérale, ancré également à l'art. 121 al.1 Cst., est discuté au Titre 6 du projet, dans le cadre des dispositions sur la révision.

A son alinéa premier, l'art. 117 du projet ancre le droit d'initiative populaire en matière de révision partielle de la Constitution. De même que pour la révision totale, 100 000 signatures sont nécessaires à l'aboutissement de l'initiative. L'initiative porte sur l'adoption, la modification ou l'abrogation d'un seul article ou de plusieurs articles ayant entre eux un lien de connexité matérielle.

L'alinéa 2 établit le principe de l'unité de la forme. L'initiative tendant à la révision partielle est présentée soit sous la forme d'une proposition conçue en termes généraux et qui soumet à l'Assemblée fédérale une ligne directrice générale, soit sous la forme d'un projet rédigé de toutes pièces. Un mélange des deux formes n'est pas possible, puisqu'une procédure différente s'applique selon la manière dont la demande d'initiative populaire est formulée.

L'alinéa 3 règle la nullité de l'initiative populaire tendant à la révision partielle de la Constitution. Toute initiative populaire se doit de respecter deux limites formelles: l'unité de la forme (cf. supra) et l'unité de la matière (cf. commentaire de l'art. 169 du projet [Révision partielle]). Si une initiative ne respecte pas l'une de ces deux limites, elle doit être déclarée nulle par l'Assemblée fédérale (art. 75 LDP).

Les règles impératives du droit international sont présentées comme une limite matérielle au droit d'initiative; d'après la toute récente pratique des autorités fédérales et en accord avec la doctrine dominante, ces règles limitent le contenu de toute révision constitutionnelle (cf. Message sur l'initiative "pour une politique d'asile raisonnable", FF 1994 III 1473 et sa déclaration de nullité par le Conseil des Etats en séance du 16 mars 1995;

cf. également le commentaire de l'art.169 du projet). Une initiative qui violerait une de ces règles du droit international devrait être déclarée nulle par l'Assemblée fédérale.

L'alinéa 4 règle la procédure pour l'initiative conçue en termes généraux. Si les deux Conseils rejettent l'initiative, celle-ci est soumise à une votation préalable. Si le peuple, lors de cette votation préalable, approuve l'initiative ou si l'Assemblée fédérale approuve d'emblée l'initiative, elle élabore un projet correspondant. Ce projet doit, sur les points essentiels mais non pas dans les détails d'importance secondaire, être conforme à l'initiative populaire. La revision partielle sous forme de proposition conçue en termes généraux est réputée n'avoir pas abouti si les deux Conseils n'arrivent pas à se mettre d'accord sur le texte constitutionnel qu'ils ont élaboré (art. 19, 20 al. 3 LRC).

Enfin, l'alinéa 5 décrit la procédure en cas d'initiative ayant la forme d'un projet rédigé de toutes pièces. Si l'Assemblée fédérale approuve l'initiative, celle-ci doit être soumise à l'approbation du peuple et des cantons. Si l'Assemblée fédérale n'approuve pas l'initiative, elle peut soit proposer le rejet de l'initiative, soit lui opposer un contre-projet qui sera soumis au vote du peuple et des cantons en même temps que l'initiative. Ceci pourrait éventuellement être précisé dans le texte même de la Constitution. L'Assemblée fédérale ne peut modifier le texte de l'initiative, car il est contraignant. Le contre-projet de l'Assemblée fédérale doit concerner la même matière constitutionnelle que l'initiative populaire (art. 27 al. 3 LRC); il peut cependant s'en distancer dans le principe et l'objectif.

La procédure en cas de votation sur l'initiative populaire et le contre-projet (possibilité du double oui) devra être réglée de manière détaillée au niveau de la loi fédérale sur les droits politiques, sur le modèle de l'actuel article 121bis Cst. Une disposition transitoire doit retenir la possibilité pour le corps électoral, lors d'une votation sur l'initiative et le contre-projet, d'approuver les deux projets et de marquer sa préférence pour l'une des deux propositions si toutes deux sont acceptées. Par là même, on s'assure que le résultat du scrutin est clair et n'a pas été faussé.

#### **Art. 118**      **Référendum obligatoire**

L'art. 118 constitue une norme d'organisation, qui prévoit le vote obligatoire du peuple et des cantons ainsi que celui du peuple seul pour certaines décisions de l'Assemblée fédérale.

L'al. 1 règle les cas de double majorité:

Selon la lettre a, le référendum obligatoire vaut pour toutes les revisions de la Constitution, comme c'est déjà le cas aujourd'hui (art. 123 al. 1 Cst.).

Est en outre soumise au référendum obligatoire du peuple et des cantons, aux termes de la lettre b, l'adhésion à une organisation de sécurité collective (par exemple l'ONU) ou à une communauté supranationale (par exemple l'Union européenne). Cette disposition correspond à l'article 89 al. 5 Cst. Elle n'exclut pas, selon la pratique actuelle, que d'autres traités internationaux d'une portée extraordinaire soient aussi soumis, le cas



échéant, au référendum obligatoire du peuple et des cantons (par exemple l'adhésion à l'Espace économique européen, cf. FF 1992 IV 525 ss).

Conformément à la lettre c, les modifications du nombre et du territoire des cantons doivent également être approuvées par le peuple et les cantons (voir à ce sujet le commentaire relatif à l'art. 39 du projet [Modifications du nombre et du territoire des cantons]).

Selon la lettre d, tombent enfin sous le coup du référendum obligatoire du peuple et des cantons, dans le délai d'une année dès leur adoption par l'Assemblée fédérale, tous les arrêtés fédéraux urgents dépourvus de fondement constitutionnel. Cette disposition correspond à l'art. 89bis al. 3 Cst. (voir à cet égard les explications relatives à la législation d'urgence [art. 142 du projet]).

L'al. 2 énumère les trois hypothèses de référendum obligatoire qui requièrent uniquement la majorité du peuple (sans l'exigence de la majorité des cantons):

D'après la lettre a, dans l'hypothèse d'une initiative populaire demandant la révision totale de la Constitution, il appartient au peuple de se prononcer, en votation préalable, sur la question de savoir s'il faut procéder à une telle révision totale (cf. aussi l'art. 116 du projet). Cette disposition correspond à l'actuel art. 120 al. 1 Cst.

Il y a également référendum obligatoire du peuple, aux termes de la lettre b, lorsque les deux chambres rejettent une initiative populaire tendant à une révision partielle et rédigée sous forme d'une proposition conçue en termes généraux (cf. art. 117 al. 4 du projet). Cette disposition reprend l'actuel art. 121 al. 5.

Le dernier cas de référendum obligatoire avec la simple majorité du peuple est prévu à la lettre c: lorsque les deux chambres sont d'avis divergents sur la question de savoir s'il faut procéder à une révision totale, la question doit être soumise au peuple et tranchée par celui-ci en votation préalable (cf. art. 168 al. 2 du projet). Cette règle correspond à l'actuel art. 120 al. 1.

#### **Art. 119 Référendum facultatif**

L'art. 119 prévoit le référendum facultatif pour certaines décisions de l'Assemblée fédérale. Le référendum peut être demandé par 50 000 citoyennes et citoyens actifs ou par huit cantons. L'art. 59 LDP impose à cet effet un délai de 90 jours. L'art. 119 du projet correspond aux art. 89 al. 2 à 4 et 89bis al. 2 Cst.

L'al. 1, lettres a et b, expose au référendum facultatif les "lois fédérales" et les "arrêtés fédéraux de portée générale". La Constitution actuelle ne dit pas ce qu'il faut entendre par là. En vertu des art. 5 et suivants LRC, la loi et l'arrêté fédéral de portée générale sont les formes réservées pour les actes législatifs qui contiennent des "règles de droit", la loi étant prévue pour les actes d'une durée illimitée et l'arrêté fédéral pour les actes de durée limitée. Par règles de droit, la LRC entend toutes "les normes générales et abstraites qui imposent des obligations ou confèrent des droits aux personnes physiques ou morales, ainsi que celles qui règlent

l'organisation, la compétence ou les tâches des autorités ou fixent une procédure". Les purs actes d'administration ne doivent donc pas revêtir la forme de la loi ou de l'arrêté fédéral de portée générale, et ils ne peuvent en conséquence pas non plus être soumis au référendum. Selon la doctrine et la pratique, il est cependant admissible de prévoir des actes administratifs dans une loi ou un arrêté fédéral de portée générale lorsque de tels actes sont en rapport étroit et immédiat avec des normes de caractère général et abstrait (par exemple une concession octroyée dans la loi à une société déterminée).

Sur la base de l'art. 119, les actes législatifs seraient soumis au référendum dans leur intégralité seulement, comme c'est déjà le cas actuellement. Autrement dit, il ne serait pas admissible de soumettre au vote des parties ou des dispositions isolées d'un acte législatif. L'Assemblée fédérale a cependant la possibilité de modifier un même acte, loi ou arrêté de portée générale, en plusieurs projets distincts, de manière à permettre ainsi des référendums séparés.

Sont aussi soumis au référendum facultatif, aux termes de l'al. 1, lettre c, tous les arrêtés fédéraux de portée générale déclarés urgents, et conformes à la Constitution, dont la durée de validité est supérieure à une année (cf. art. 142 du projet [Législation d'urgence]).

L'alinéa 1, lettre d, soumet certains traités internationaux au référendum facultatif. Les deux premières catégories (référendum facultatif pour les traités de durée indéterminée et non dénonçables et pour les traités prévoyant l'adhésion à une organisation internationale) ne posent guère de problèmes en pratique (cf. JAAC 1978 [42/II], n° 38, p. 188, et 1980 [44/I], n° 1, p. 25; cf. aussi FF 1987 III 182/183). Pour les détails, voir D. Schindler, in Commentaire de la Constitution fédérale, ad art. 89 al.3, n°3 ss.

La troisième catégorie (référendum facultatif pour les traités qui entraînent une unification multilatérale du droit) peut en revanche soulever quelques difficultés d'interprétation dans des cas limites. La pratique a toutefois développé une solution suffisamment cohérente (cf. FF 1990 III 904 et 1988 II 894, avec d'autres références). Il y a unification multilatérale lorsqu'un traité international crée du droit (multilatéral) uniforme, dans l'ensemble directement applicable, qui remplace ou au moins complète de manière immédiate le droit national, et que ce droit uniforme constitue un ensemble d'une ampleur suffisamment importante, qui justifierait aussi, selon les critères du droit national, l'adoption d'une loi séparée; on admet en outre qu'il peut, dans des cas particuliers (cf. FF 1990 III 904), y avoir unification multilatérale même lorsque les normes internationales en question ne sont pas très nombreuses, mais qu'elles revêtent une portée fondamentale.

Les modifications de traités internationaux qui ont été exposés au référendum facultatif en raison de l'adhésion à une organisation internationale ou d'une unification multilatérale du droit doivent elles-mêmes être assujetties au référendum si elles portent sur des questions d'une importance fondamentale (cf. FF 1992 II 1190 et 1986 III 781/782).

L'al. 2 prévoit la possibilité d'un référendum facultatif extraordinaire, en habilitant l'Assemblée fédérale à soumettre au référendum, dans un cas d'espèce, n'importe quel autre traité international qu'elle doit approuver.

#### **Art. 120 Majorités requises**

L'art. 120 du projet règle la détermination des résultats des votations fédérales. Il fait suite aux dispositions sur les référendums obligatoire et facultatif, dispositions qu'il complète.

L'art. 120 du projet se fonde sur l'art. 123 de la Constitution actuelle, lequel pose et concrétise l'exigence de la double majorité du peuple et des cantons pour les votations relatives aux modifications de la Constitution. La disposition du projet met à jour le contenu de l'art. 123, dans la mesure où elle porte sur l'ensemble des cas de double majorité que connaît le droit constitutionnel actuel. La question de savoir quels projets nécessitent la double approbation du peuple et des cantons est réglée dans la disposition relative au référendum obligatoire (art. 118 al. 1 du projet).

L'art. 120 du projet détermine par ailleurs le mode de calcul des résultats des votations exigeant la simple majorité du peuple. Tombent sous le coup de cette disposition les votations populaires provoquées par un référendum facultatif au sens de l'art. 119 du projet, ainsi que les trois cas suivants, mentionnés à l'art. 118 al. 2 du projet: les votations relatives aux initiatives populaires tendant à la revision totale de la Constitution fédérale, les votations relatives aux initiatives populaires tendant à la revision partielle de la Constitution et présentées sous forme de propositions conçues en termes généraux, qui ne sont pas approuvées par les chambres, ainsi que les votations provoquées par une divergence des deux sections de l'Assemblée fédérale quant à une revision totale de la Constitution fédérale.

La majorité du peuple et la majorité des cantons sont calculées de manière suivante: la majorité du peuple est atteinte lorsque le projet est approuvé par la majorité absolue des citoyennes et des citoyens qui ont voté. S'agissant de la majorité des cantons, le projet doit être approuvé par la majorité absolue des cantons, c'est-à-dire douze cantons, le résultat de la votation populaire dans chaque canton étant déterminant pour le calcul des voix des cantons. Les vingt cantons disposent chacun d'une voix entière, les six demi-cantons d'une demi-voix chacun. En cas d'égalité de voix des cantons approuvant et rejetant le projet (11 $\frac{1}{2}$  : 11 $\frac{1}{2}$ ), celui-ci est réputé rejeté.

L'art. 120 du projet correspond aux formulations de l'art. 63 du projet de 1977 et de l'art. 81 du projet du DFJP.

## Titre 5: Autorités fédérales

### Chapitre premier: Dispositions générales

#### Art. 121 Eligibilité

L'art. 121 du projet correspond aux art. 75, 96, al. 1er (dans la mesure où il concerne l'éligibilité au Conseil fédéral) et 108, al. 1er, Cst. Il résume ces trois dispositions constitutionnelles en un seul article et les actualise.

L'art. 121 du projet règle l'éligibilité à l'Assemblée fédérale, au Conseil fédéral et au Tribunal fédéral. Il assimile l'éligibilité au droit de vote en ce qui concerne l'élection à ces trois autorités fédérales et consacre ainsi le principe de la capacité générale passive en matière de droits politiques. De plus, l'art. 121 du projet contient, tout comme le droit en vigueur, une clause d'incompatibilité faisant de la laïcité une condition d'éligibilité.

Dans le sens d'une innovation, on envisagera de biffer la clause de laïcité. Il s'agit en effet d'une relique du siècle dernier qui a perdu sa signification aujourd'hui. On ne voit en effet aucune raison de priver les membres du clergé de leur éligibilité. Cette variante correspond à l'initiative parlementaire "Assemblée fédérale. Revision de la Cst." de la Commission des institutions politiques du Conseil national (FF 1995 I 1123).

#### Art. 122 Incompatibilités

L'article 122 du projet correspond aux articles 77, 81, 97 et 108 Cst.

Il donne les règles d'incompatibilité applicables à toutes les autorités fédérales. Cette disposition entend réaliser le principe de la séparation personnelle des pouvoirs. Le *1er alinéa* prévoit que les fonctions de membre du Conseil national, du Conseil des Etats, du Conseil fédéral, et de juge du Tribunal fédéral sont incompatibles. Le *2e alinéa* entend empêcher des conflits entre les intérêts du Conseil fédéral ou du Tribunal fédéral et les intérêts résultant d'une autre activité professionnelle; partant, il vise à garantir l'indépendance de ces deux autorités. Le *3e alinéa* mentionne un autre cas d'incompatibilité: les agents de la Confédération ne peuvent être membres du Conseil national. Ils ne peuvent pas non plus siéger simultanément au Tribunal fédéral. La notion d'"agents de la Confédération" entend remplacer le terme trop étroit de "fonctionnaires", car, selon la conception actuelle de la Constitution et en vertu de l'article 18 LDP (RS 161.1), les employés de la Confédération, les officiers supérieurs et les commandants de corps qui font partie de la direction de l'armée en vertu de l'article 185, 2e alinéa, de la loi sur l'organisation de l'armée, les professeurs à plein temps des hautes écoles techniques fédérales et les titulaires de postes doivent être comptés au nombre des fonctionnaires. En vertu du *4e alinéa*, la législation peut prévoir d'autres incompatibilités (cf. p. ex. art. 31 et 32 PA). Sanction de l'application de cette disposition constitutionnelle: la personne concernée doit choisir, pour lever l'incompatibilité, entre les deux fonctions ou entre la fonction et l'autre activité lucrative.

Tant le projet 1977 (art. 71) que le projet DFJP (art. 89) contiennent un seul article sur l'incompatibilité applicable à toutes les autorités fédérales.



Les deux projets correspondent à peu près à l'article 122, 1er et 4e alinéas, du projet.

Le projet ne pose aucun problème de droit transitoire.

A titre d'innovation par rapport au 3e alinéa, on pourrait supprimer de la manière suivante la disparité actuelle des règles d'incompatibilité applicables aux membres du Conseil national et du Conseil des Etats du point de vue de l'appartenance au personnel fédéral: "Les membres du Conseil national et du Conseil des Etats ne peuvent pas faire partie du personnel fédéral." Cette innovation aurait en outre l'avantage de prendre en considération l'initiative parlementaire de la Commission des institutions politiques du Conseil national sur la réforme du parlement, qui propose d'unifier les règles d'incompatibilité concernant les membres du Conseil national et du Conseil des Etats (FF 1995 I 1113, 1123 ss).

On pourrait simplifier les choses en biffant les 2e et 3e alinéas et en prévoyant la réglementation au niveau de la loi (cf. 4e al.). Le 2e alinéa a déjà trouvé sa concrétisation dans la loi, tant pour les membres du Conseil fédéral (art. 31 LOA) que pour les juges du Tribunal fédéral (art. 3 OJ). Il suffirait également de prévoir une réglementation sur le plan légal pour le 3e alinéa.

#### **Art. 123**      **Durée de fonction**

L'article 123 du projet correspond en partie aux articles 76, 96, 105 et 107 Cst.

Il fixe à 4 ans la durée de fonction des membres du Conseil national et du Conseil fédéral, ainsi que du chancelier de la Confédération. La 2e phrase règle la durée de fonction des juges du Tribunal fédéral. L'article 107, 2e alinéa, Cst. confie au législateur le soin de fixer cette durée. Selon l'article 5 OJ, la durée de fonction des juges du Tribunal fédéral est de 6 ans. Par souci de symétrie, il convient de mentionner également dans la Constitution la durée de fonction des membres du Tribunal fédéral, comme c'est le cas pour les membres du Conseil national et du Conseil fédéral et pour le chancelier de la Confédération. C'est pour cette raison que le projet prévoit une phrase en ce sens.

Tant le projet 1977 (art. 72) que le projet DFJP (art. 90) règlent dans un seul article la durée de fonction des membres de toutes ces autorités fédérales (Conseil national, Conseil fédéral, chancelier de la Confédération et juges du Tribunal fédéral).

#### **Art. 124**      **Langues officielles**

L'article 124 du projet correspond à l'article 116, 2e alinéa, Cst.

La langue fait partie des attributs les plus importants de l'être humain, ainsi que de chaque nation. Tout changement dans le langage d'une nation entraîne nécessairement une mutation de celle-ci en tant que communauté politique. Tout appauvrissement de la culture linguistique fragilise la communauté. Pour notre Etat fédératif, en particulier - qui doit son existence à la vitalité et à la diversité de ses cultures et, partant, de ses lan-

gues - la politique linguistique constitue un facteur important de la politique nationale (FF 1991 II 315 ss). Du point de vue du droit constitutionnel, un article consacré aux langues revêt dès lors une importance cardinale.

Alors que l'article 5 du projet énumère les langues nationales de la Suisse, l'article 124 du projet, à l'instar de l'article 116, 2<sup>e</sup> alinéa, Cst., place sur un pied d'égalité, sans rang de préséance, l'allemand, le français et l'italien, en tant que langues officielles de la Confédération.

Aspect positif: la disposition constitutionnelle prévoit que les citoyens peuvent s'adresser aux autorités fédérales dans l'une des langues officielles et ils sont en droit d'exiger une réponse dans la langue qu'ils ont utilisée. Aspect négatif: elle précise qu'ils ne peuvent le faire que dans l'une de ces langues. Cette disposition protège également l'usage de la langue maternelle pour autant qu'il s'agisse d'une langue officielle (cf. ATF 106 la 302 ss).

Innovation: la nouvelle disposition constitutionnelle reprend le principe contenu partiellement dans quelques lois, selon lequel le romanche est considéré comme langue officielle dans les relations avec les personnes s'exprimant dans cette langue. Ce principe a une portée illimitée dans les rapports écrits avec l'administration fédérale (cf. FF 1991 II 327).

L'article 124 est conforme à la proposition du Conseil fédéral relative au 5<sup>e</sup> alinéa de l'article 116 Cst. révisé (FF 1991 II 334).

## **Art. 125      Responsabilité**

L'article 125 du projet correspond à l'article 117 Cst.

L'article 117 Cst. fixe en principe que les fonctionnaires de la Confédération sont responsables de leur gestion et que la loi règle les détails de cette responsabilité. Cette disposition doit être comprise dans un sens large et ne se limite pas à la seule question de la responsabilité. En conséquence, la loi sur la responsabilité des fonctionnaires ne prévoit pas seulement que ceux-ci répondent économiquement des dommages qu'ils ont causés, mais qu'ils encourent en outre des sanctions pénales et disciplinaires (cf. art. 3 ss, 13 ss et 17 s. LRFC, en liaison avec les art. 30 ss StF).

Pour sa part, l'article 125 du projet prévoit que la Confédération répond du dommage causé sans droit par ses organes dans l'exercice de leurs tâches publiques. Le principe repose, comme jusqu'à présent, sur la responsabilité exclusive de l'Etat. Le personnel fédéral n'est pas directement responsable envers les personnes lésées. La responsabilité de la Confédération présuppose que l'acte dommageable résulte d'une tâche publique; les activités privées des employés fédéraux n'entraînent aucune responsabilité de la Confédération. Le caractère illicite d'un acte peut résulter non seulement du droit fédéral, mais aussi du droit international. Les responsabilités pénale et disciplinaire ne sont pas couvertes par l'article 125 du projet. L'une et l'autre sont déjà réglées à suffisance de droit dans la loi (code pénal, loi sur le statut des fonctionnaires).

Le projet ne pose pas de problème de droit transitoire particulier.

L'article 125 du projet s'inspire, d'une part, de l'article 6, 1er alinéa, du projet 1977 et de l'article 5, 1er alinéa, du projet DFJP et, d'autre part, de l'article 71, 1er alinéa, de la Constitution du canton de Berne, du 6 juin 1993.

A titre d'innovation, on pourrait introduire un *2e alinéa complémentaire*. Celui-ci disposerait que, dans les cas prévus par la loi, la responsabilité pourrait être étendue aux dommages qui sont causés par des actes licites. Pour que l'Etat soit amené à verser une indemnité en pareil cas, il faudrait que la personne lésée soit gravement touchée et qu'on ne puisse pas raisonnablement exiger d'elle qu'elle supporte elle-même le dommage (cf. aussi art. 6, 2e al., du projet 1977 et art. 5, 2e al., du projet DFJP).

## **Chapitre 2: Assemblée fédérale**

### **Section 1: Organisation**

#### **Art. 126 Rôle de l'Assemblée fédérale et principe du bicamérisme**

L'article 126 du projet correspond à l'article 71 Cst.

Cette disposition fixe la base constitutionnelle de l'Assemblée fédérale et décrit implicitement l'organisation fondamentale de l'Etat fédéral suisse, qui repose sur le principe de la séparation des pouvoirs. Le *1er alinéa* prévoit que l'Assemblée fédérale est l'autorité suprême de la Confédération et lui accorde la primauté sur les deux autres pouvoirs que sont le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral. La primauté de l'Assemblée fédérale s'explique par la légitimité de ses membres qui résulte de l'élection au suffrage universel direct. Sont réservés les droits du peuple et des cantons. Le *2e alinéa* règle la composition de l'Assemblée fédérale et crée le système du bicamérisme politique. Le Conseil national et le Conseil des Etats sont placés sur un pied d'égalité.

L'article 126 du projet reprend la disposition relative à la primauté de l'Assemblée fédérale telle que prévue à l'article 71 Cst. et se fonde également sur cette disposition pour ce qui concerne le 2e alinéa.

#### **Art. 127 Composition et élection du Conseil national**

L'article 127 du projet correspond aux articles 72 et 73 Cst.

Cette disposition règle la composition du Conseil national. La spécificité du système bicaméral suisse se caractérise par le fait que les deux conseils sont composés de façon différente: les 200 conseillers nationaux sont élus par le peuple suisse et représentent l'ensemble de la population (*2e al.*), alors que le Conseil des Etats est composé de députés des cantons. Le Conseil national est entièrement renouvelé à chaque élection. Les 2e et 3e alinéas fixent la répartition des sièges du Conseil national par cantons, lesquels forment chacun un cercle électoral. Les sièges sont répartis en proportion de la population résidente des cantons, encore que chaque canton ait droit au moins à un siège.

L'article 127 du projet regroupe en une disposition les articles 72 et 73 Cst.

L'article 79 Cst. (indemnisation des membres du Conseil national) trouve une base suffisante dans la loi sur les indemnités.

#### **Art. 128 Composition et élection du Conseil des Etats**

L'article 128 du projet correspond à l'article 80 Cst.

Cette disposition règle la composition du Conseil des Etats, qui comprend 46 députés des cantons. Chaque canton nomme deux députés, à l'exception de six d'entre eux (les demi-cantons d'Obwald, Nidwald, Bâle-Ville, Bâle-Campagne, Appenzell Rhodes-Extérieures, Appenzell Rhodes-Intérieures) qui n'élisent qu'un député (dérogation au principe de l'égalité des cantons). Selon le *3e alinéa*, il appartient aux cantons de régler le mode d'élection des députés au Conseil des Etats.

L'article 83 Cst. (indemnisation des membres du Conseil des Etats) n'a pas sa place dans la Constitution et, pour des raisons de systématique, doit être réglé - comme l'indemnisation des membres du Conseil national - sur le plan légal. En fixant dans la même réglementation légale la rémunération des membres du Conseil national et du Conseil des Etats, il serait possible de réaliser le postulat de la CIP (Indemnisation des membres du Conseil des Etats par la Confédération, voir l'initiative parlementaire de la CIP-N, FF 1995 I 1113, 1134 s.).

#### **Art. 129 Sessions**

L'article 129 du projet reprend la réglementation de l'article 86 Cst.

L'article 86, 1er alinéa, Cst. exige que les deux conseils composant l'Assemblée fédérale se réunissent régulièrement. Le parlement est donc tenu de siéger effectivement, sans que la convocation des conseils dépende uniquement de circonstances politiques. Interprétant la formule du 1er alinéa ("Les deux conseils s'assemblent, chaque année une fois, en session ordinaire le jour fixé par le règlement"), la pratique admet que le Conseil national et le Conseil des Etats tiennent plusieurs sessions ordinaires par an. Celles-ci ont lieu régulièrement quatre fois par année. Selon le *2e alinéa*, des sessions extraordinaires sont convoquées à la demande du Conseil fédéral, d'un quart des membres du Conseil national ou de cinq cantons. En cas de besoin, il appartient au président du Conseil national ou du Conseil des Etats de convoquer l'Assemblée fédérale (art. 13 et 13a de la loi sur les garanties, RS 170.21).

La pratique a institué en outre des sessions spéciales, afin de réduire les objets en suspens. On trouve une réglementation en ce sens dans la loi sur les rapports entre les conseils (RS 171.11, art. 1er, al. 2bis). En vertu de l'article 86 Cst., les deux conseils se réunissent en principe simultanément. Toutefois, en raison de la durée prolongée des sessions plénières du Conseil national, la pratique parlementaire admet la possibilité de tenir des sessions spéciales séparées. L'article 86 Cst. exige seulement que les conseils se réunissent en même temps pour les sessions extraordinaires et une session ordinaire par année. Il n'exige pas que la procédure des deux conseils soit formellement identique, de sorte que d'autres sessions de l'un ou de l'autre conseil ne sont pas exclues.



L'article 129, *1er alinéa*, du projet est proche quant au sens de l'initiative parlementaire de la Commission des institutions politiques du Conseil national sur la réforme du parlement, ad art. 86 Cst. (FF 1995 I 1113, 1142 s.). A la différence de cette initiative, le 1er alinéa n'énumère pas les différents types de sessions dans la Constitution. En regard des réglementations légales existantes, il suffit d'ancrer dans la Constitution l'obligation pour les conseils de tenir des sessions régulières et de donner mandat au législateur de régler la question des convocations. Le *2e alinéa* correspond à l'article 86, 2e alinéa, Cst. En vertu de cette disposition, un quart des membres du Conseil national, cinq cantons ou le Conseil fédéral peuvent demander la convocation des chambres fédérales à des sessions extraordinaires.

A titre d'innovation, on pourrait modifier le 2e alinéa pour permettre à un quart des membres du Conseil des Etats de demander, en lieu et place des cantons, la convocation de l'Assemblée fédérale à des sessions extraordinaires. Une telle modification correspond à l'initiative parlementaire de la Commission des institutions politiques du Conseil national sur la réforme du parlement, ad article 86, 2e alinéa, Cst. (FF 1995 I 1113, 1142 s.) et se justifie par le fait que les cantons - à l'inverse du Conseil national et du Conseil fédéral - n'ont jamais fait usage de leur prérogative. Au surplus, elle placerait les deux conseils sur un pied d'égalité.

Pour ce qui concerne la réglementation transitoire, il y a lieu de résoudre la question de la rémunération des parlementaires. L'indemnisation des conseillers nationaux et, en partie, des conseillers aux Etats (art. 79 et 83 Cst.) est déjà réglée dans la loi sur les indemnités parlementaires (RS 171.21). Il n'est pas nécessaire d'insérer des dispositions analogues dans la Constitution. Il est possible de réaliser par voie légale la proposition relative à l'initiative parlementaire de la Commission des institutions politiques du Conseil national sur la réforme du parlement, ad article 83 Cst. (FF 1995 I 1113, 1135 s.), à savoir de faire indemniser les membres du Conseil des Etats par la seule Confédération.

#### Art. 130 Présidence

L'article 130 du projet correspond aux articles 78 et 82 Cst.

Il règle la question de la présidence et de la vice-présidence du Conseil national et du Conseil des Etats. Selon le *1er alinéa*, chaque conseil choisit en son sein le président, ainsi que le vice-président. La durée de ces fonctions est d'une année. Une réélection immédiate à la même charge est exclue. Le président ne peut pas non plus être élu à la fonction de vice-président. En vertu du *2e alinéa*, le président du Conseil des Etats, de même que le vice-président ne peuvent être choisis parmi les députés du canton dont est issu le président sortant. Le vice-président ne peut être choisi deux ans de suite parmi les députés d'un même canton (clause cantonale).

L'article 130 du projet rassemble en une disposition les articles 78 (présidence du Conseil national) et 82 (présidence du Conseil des Etats) de la Constitution.

Droit transitoire: les dispositions des articles 78, 3e alinéa, et 82, 4e alinéa, Cst. (élection et droit de vote du président) doivent être réglées au niveau de la loi (LREC), dans la mesure où les normes réglementaires actuelles (RCN et RCE) devraient être considérées comme insuffisantes.

A titre d'innovation, le 1er alinéa pourrait être formulé comme suit:

"Chaque conseil élit, parmi ses membres, un président et un premier vice-président, ainsi qu'un second vice-président pour la durée d'une année. Une réélection immédiate est exclue".

Cette proposition relative à l'élection d'un second vice-président correspond à l'initiative parlementaire de la Commission des institutions politiques du Conseil national sur la réforme du parlement (FF 1995 I 1113, 1133). Elle a pour but de renforcer la présidence des conseils.

Autre proposition de modification du 1er alinéa en vue de renforcer la présidence des conseils:

"Chaque conseil élit, parmi ses membres, un président pour la durée de deux ans. Une réélection immédiate est exclue."

Cette proposition, qui vise à porter la durée de la fonction présidentielle à deux ans, est conforme à la proposition de la minorité de la Commission des institutions politiques du Conseil national sur la réforme du parlement (FF 1995 I 1113, 1134).

## Art. 131

### Commissions

La Constitution est muette au sujet des commissions parlementaires. Leur statut et leurs tâches ne sont pas fixés dans la Constitution, mais dans la loi sur les rapports entre les conseils et les règlements des deux conseils.

Les commissions exercent une grande influence sur le processus de décision parlementaire. Le fait de confier, de manière permanente, à une même commission des affaires matériellement connexes permet à ses membres de développer des connaissances spécifiques et de favoriser la continuité politique. Dans la perspective d'un renforcement du Parlement et de son rétablissement dans la position constitutionnelle qui lui revient, les commissions permanentes ont un important rôle à jouer. Elles lui permettent, en outre, de mieux assumer les tâches qui ne cessent de croître (cf. FF 1982 I 1144; FF 1991 III 663 ss). Il se justifie dès lors de les mentionner dans la Constitution.

Les commissions délibèrent sur les objets qui leur sont confiés en raison de leur domaine de compétence, elles suivent les évolutions sociales et politiques, elles étudient des suggestions et des propositions en vue de résoudre les problèmes posés, elles font rapport au plénum et présentent des propositions. Elles peuvent déposer des initiatives et faire des interventions sur les objets qui relèvent de leur compétence et faire rapport. Les commissions sont habilitées à inviter des membres du Conseil fédéral à leurs séances en vue d'obtenir des explications, à exiger des rapports du Conseil fédéral et à faire appel à des experts. Chaque commission peut désigner des sous-commissions pour des tâches permanentes ou pour examiner des objets particuliers relevant de sa compétence. Les commis-

sions des deux conseils coordonnent leur activité (cf. art. 8quinquies et 47 s. LREC, en relation avec les art. 15 ss RCN et 10 ss RCE).

On compte aujourd'hui douze commissions permanentes dans chaque conseil (art. 15 RCN et 10 RCE). La désignation de commissions non permanentes est un fait exceptionnel (FF 1991 III 663 ss; 1991 IV 366 ss; cf. aussi art. 15a RCN et 11 RCE).

La teneur du *1er alinéa* correspond dans une large mesure à l'article 87, 1er alinéa, du projet 1977 et à l'article 103, 1er alinéa, du projet DFJP. Le *2e alinéa* s'inspire de l'article 103, 2e alinéa, du projet DFJP.

Le projet ne pose pas de problème de droit transitoire.

A titre d'innovation, on pourrait prévoir l'*adjonction* d'un *3e alinéa*. A teneur de celui-ci, il serait possible, dans les cas prévus par la loi, de confier aux commissions le traitement d'objets de nature non législative. Cette innovation correspond à l'initiative parlementaire de la Commission des institutions politiques du Conseil national sur la réforme du parlement, ad article 85bis, 3e alinéa (nouveau), Cst. (FF 1995 I 1113, 1139 ss). La délégation de compétences aux commissions a pour but d'alléger les débats en plénum et d'augmenter l'efficacité de l'activité parlementaire.

## Art. 132 Groupes

Le statut des groupes parlementaires, leurs droits et obligations, ne sont pas fixés dans la Constitution, mais dans la loi sur les rapports entre les conseils et dans le règlement du Conseil national. Le règlement du Conseil des Etats ne fait pas mention des groupes.

Dans notre démocratie et notre système parlementaire, les groupes jouent un rôle important dans la formation de l'opinion politique. La démocratie a besoin des partis et, partant, de groupes parlementaires. Ils sont le reflet de la composition politique du Conseil national tel qu'il résulte des élections au scrutin proportionnel (B.O. CN 1965 516 et 519; FF 1970 II 1518 ss et 1982 I 1145). Les groupes prennent des positions préalables notamment sur les objets soumis aux conseils et sur les élections et contribuent à un traitement rationnel des affaires (art. 8septies LREC). Il se justifie dès lors de mentionner les groupes dans la Constitution.

Les groupes jouent un rôle important notamment au sein du Conseil national: les présidents de groupes sont membres du bureau du Conseil national (art. 9, 1er al., RCN). Pour l'élection du président et du vice-président du Conseil national ainsi que pour celle des scrutateurs, il est tenu compte équitablement de leur importance numérique respective. Lors de l'élection des membres des commissions, ils sont consultés et ont le droit, en cas de contestation, de saisir le plénum (art. 13, 1er et 4e al., RCN). Au cours des débats parlementaires, les représentants des groupes ont un droit prioritaire de prendre la parole (art. 64, 1er al., et 68 RCN).

Le projet ne pose pas de problème de droit transitoire.

L'article 132 du projet s'inspire de l'article 88 du projet 1977 et de l'article 104 du projet DFJP.

*Variante rédactionnelle: 2e alinéa (nouveau).* Les groupes reçoivent actuellement déjà une contribution annuelle destinée à couvrir les frais de leurs secrétariats (art. 12 de la loi sur les indemnités). Il ne s'agit pas d'un financement général et ciblé des partis, mais d'une rémunération des prestations fournies par ceux-ci pour permettre aux groupes d'effectuer leur travail (FF 1993 III 784). Eu égard à l'importance des groupes pour le mode de fonctionnement de l'Assemblée fédérale et à leur statut d'organes qui en découle, on pourrait consacrer expressément dans la Constitution la possibilité pour l'Etat de verser des contributions aux groupes.

#### **Art. 133 Services du Parlement**

L'article 133 du projet est tiré de l'article 105, 1er alinéa, Cst.

L'article 105 Cst. fixe la base juridique de la Chancellerie, qui est chargée des tâches de secrétariat aussi bien de l'Assemblée fédérale que du Conseil fédéral. Cette disposition se fonde sur l'idée de l'unité structurelle des services administratifs de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral. Dans la pratique toutefois, une division s'est produite. C'est ainsi que la Chancellerie fédérale assume aujourd'hui le secrétariat du Conseil fédéral. Parallèlement, le présent siècle a vu le développement de services parlementaires travaillant exclusivement pour l'Assemblée fédérale. Ces services sont certes soumis administrativement à la Chancellerie et à la surveillance du Conseil fédéral (cf. sur l'ensemble de la question l'exposé des motifs de l'art. 153 du projet); mais ils sont autonomes dans leur activité et ne répondent qu'à l'égard de l'Assemblée fédérale (cf. art. 8novies de la loi sur les rapports entre les conseils [RS 171.11] et l'arrêté fédéral sur les services du Parlement [RS 171.115]). Etant donné qu'il est pratiquement quasi impossible de distinguer entre la subordination administrative et matérielle, le pouvoir exécutif n'exerce plus ses prérogatives administratives qu'avec beaucoup de retenue.

A titre d'innovation, on pourrait dès lors biffer l'article 133, 2e phrase, du projet. La séparation des services parlementaires de la Chancellerie fédérale correspond à l'initiative parlementaire de la Commission des institutions politiques du Conseil national sur la réforme du parlement, ad art. 94bis (nouveau) Cst. (FF 1995 I 1113, 1145 ss). L'unité structurelle des services de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral est devenue pratiquement impossible et soulève des problèmes du point de vue de la séparation des pouvoirs. Même si l'exécutif fait preuve de la plus grande retenue dans l'exercice de ses prérogatives administratives, il n'en reste pas moins qu'en vertu de la réglementation des compétences telle que fixée par la Constitution, il est amené à prendre des décisions sur le plan administratif et dans le domaine du personnel, lesquelles ont nécessairement des conséquences d'ordre matériel. Le rattachement des services parlementaires à l'Assemblée fédérale nécessiterait une révision de l'arrêté fédéral sur les services du Parlement et de toute une série de lois (LREC, LGar, LRCE, LOA, StF, LFC, LCF, PA, OJ).



**Section 2: Procédure**

**Art. 134 Délibération séparée**

L'article 134 du projet correspond à l'article 92 (1ère phrase) et à l'article 89, 1er alinéa, Cst.

Le *1er alinéa* fixe le principe selon lequel chaque conseil délibère séparément. Le terme "délibération" s'entend aussi bien des débats parlementaires que de la prise des décisions. Le *2e alinéa*, confirme le principe de l'égalité des décisions des deux conseils: celles-ci doivent concorder pour que les actes législatifs de l'Assemblée fédérale soient valablement adoptés.

L'article 134 du projet regroupe en une disposition l'article 92 (1ère phrase) et l'article 89, 1er alinéa, Cst.

**Art. 135 Délibération commune**

L'article 135 du projet correspond à l'article 92 (2ème phrase) Cst.

Les deux chambres de l'Assemblée fédérale siègent en principe séparément. Le *1er alinéa* prévoit une exception à ce principe dans trois cas particuliers qui ne se prêtent pas à des délibérations séparées. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'élections, de trancher un conflit de compétence entre les autorités fédérales suprêmes ou d'exercer le droit de grâce, le Conseil national et le Conseil des Etats se réunissent pour délibérer en commun. Le président du Conseil national assume la direction des Chambres fédérales réunies. Selon le *2e alinéa*, l'Assemblée fédérale peut en outre se réunir pour traiter d'objets particuliers et pour entendre les déclarations du Conseil fédéral (art. 37bis LREC). Il ne résulte pas clairement de la Constitution actuelle si et dans quelle mesure la loi peut accorder d'autres prérogatives à l'Assemblée fédérale (Chambres réunies). Quoiqu'il en soit, les articles 5 et 15 de la loi sur les garanties politiques (LGar) prévoient deux autres cas pour lesquels les chambres fédérales réunies sont compétentes (levée de la clause d'immunité de certaines autorités; conflits au sujet de l'application de la loi sur les garanties politiques). La doctrine met toutefois en doute la constitutionnalité de l'attribution de telles compétences (cf. J.F. Aubert *in* Commentaire de la Constitution fédérale, art. 92, no 8).

L'article 135 du projet reprend d'une part la disposition correspondante de la Constitution (art. 92, 2ème phrase, Cst.) et, d'autre part, la disposition de l'article 37bis LREC concernant les déclarations du Conseil fédéral. Il n'est pas fait mention en revanche des compétences supplémentaires attribuées par la loi aux chambres fédérales réunies (art. 5 et 15 Lgar), en raison des doutes qui subsistent sur la constitutionnalité de telles attributions.

**Art. 136 Publicité des séances**

L'article 136 du projet correspond à l'article 94 Cst.

La *1ère phrase* de l'article 136 fixe le principe de la publicité des débats des deux conseils. La conformité avec le droit constitutionnel en vigueur de

la 2<sup>ème</sup> phrase, selon laquelle la loi peut statuer des exceptions à ce principe, résulte de la formulation de l'article 94 Cst. ("dans la règle"). Les débats à huis clos sont actuellement prévus dans les règlements des conseils (art. 57 RCN et art. 47 RCE).

Tant l'article 91 du projet de 1977 que l'article 107 du projet du DFJP ajoutent que la loi peut prévoir des exceptions au principe de la publicité des débats parlementaires.

#### **Art. 137**      **Quorum et majorité**

L'article 137 du projet correspond aux articles 87 et 88 Cst.

Le 1<sup>er</sup> alinéa exige que, pour pouvoir délibérer valablement au sein du Conseil national ou du Conseil des Etats, la majorité au moins des membres du conseil concerné soit présente pendant toute la durée des débats. Concrètement, cela signifie qu'au moins 101 députés du Conseil national et 24 députés du Conseil des Etats doivent être présents. Selon le principe fixé au 2<sup>e</sup> alinéa, il faut que, dans chacun des conseils et au sein de l'Assemblée fédérale (chambres réunies), les décisions soient prises à la majorité des votants pour être valables. Les 3<sup>e</sup> et 4<sup>e</sup> alinéas correspondent aux 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> alinéas de l'article 88 Cst. acceptés par le peuple et les cantons le 12 mars 1995 (FF 1995 II 1313); il appartient au Conseil fédéral de décider de l'entrée en vigueur de ces dispositions (AF du 7 octobre 1994 instituant un frein aux dépenses, FF 1994 III 1783). En vertu de ces nouvelles dispositions constitutionnelles, les décisions relatives aux dépenses doivent être prises non plus à la majorité des membres votants, mais à la majorité de tous les membres dans chaque conseil.

#### **Art. 138**      **Droit de proposition**

L'article 138 du projet correspond à l'article 93 Cst.

Cette disposition règle le droit de faire des propositions à l'Assemblée fédérale. Ce droit appartient tout d'abord à chaque parlementaire, aux groupes politiques, aux commissions parlementaires et au plénum de chaque conseil, mais aussi aux cantons (concernant le droit de proposition du Conseil fédéral, cf. art. 155, 2<sup>e</sup> al., du projet).

Le régime de l'initiative parlementaire est précisé par la loi (art. 21bis ss LREC [RS 171.11]). Celle-ci accorde à un ou plusieurs parlementaires, ainsi qu'aux commissions, le droit de présenter un projet de loi ou d'arrêté rédigé de toutes pièces ou d'en proposer l'élaboration par une commission parlementaire; chaque conseil exerce son droit de proposition en transmettant à l'autre conseil un tel projet d'acte législatif. L'initiative parlementaire permet de soumettre à l'Assemblée fédérale des propositions portant sur la manière dont cette dernière doit exercer l'une de ses compétences. Face à une proposition, l'Assemblée fédérale doit décider de l'entrée en matière et, cas échéant, de la procédure à suivre pour traiter l'objet quant au fond. Il ne lui suffit pas d'en prendre acte.

Le droit d'initiative des cantons (art. 93, 2<sup>e</sup> al., Cst.) est réglé dans le détail par la loi. Chaque canton peut exercer son droit d'initiative par voie de

correspondance en s'adressant directement à l'Assemblée fédérale pour lui soumettre un projet d'acte législatif rédigé de toutes pièces ou lui proposer l'élaboration d'un tel projet. Vu que l'initiative des cantons est adressée à l'Assemblée fédérale, chacun des conseils est tenu de décider s'il entre en matière.

L'article 138 du projet s'inspire de l'article 93 Cst., tout en lui donnant une nouvelle teneur rédactionnelle. La rédaction s'appuie sur l'article 92 du projet de 1977. Le présent projet accorde expressément aux groupes le droit de présenter des propositions. Ce droit ne figure certes pas expressément dans la Constitution fédérale actuelle, ni dans la loi sur les rapports entre les conseils (RS 171.11), mais correspond à la pratique en vigueur.

#### **Art. 139 Interdiction du mandat impératif**

L'article 139 du projet correspond à l'article 91 Cst.

Cette disposition énonce le principe selon lequel les membres des deux conseils délibèrent et votent librement, c'est-à-dire sans instructions des cantons, des citoyens, des partis politiques, etc. En réalité, les parlementaires dépendent de tout un faisceau de relations et d'intérêts. Afin de faire toute la transparence nécessaire sur ces relations et intérêts, chaque membre d'un conseil est tenu, au moment de son entrée en fonction, de renseigner le bureau du conseil sur son activité professionnelle, ses mandats au sein de conseils d'administration, etc. Ce principe de transparence, très important pour la démocratie (représentation de l'ensemble du peuple et des cantons), est fixé actuellement à l'article 3bis LREC (RS 171.11). En raison de son importance, il est considéré comme droit constitutionnel matériel et figure à l'article 139, 2e phrase, du projet.

#### **Art 140 Immunité**

La Constitution fédérale actuelle ne contient aucune disposition sur l'immunité. Celle-ci est réglée dans la loi sur la responsabilité (LRCF, RS 170.32) et dans la loi sur les garanties politiques (LGar, RS 170.21). L'immunité ne vise pas seulement à protéger personnellement les membres du parlement, du gouvernement et des tribunaux, mais aussi à assurer la protection indispensable au bon fonctionnement du parlement, du gouvernement et des autorités judiciaires.

En vertu de l'immunité dite absolue prévue à l'article 2, 2e alinéa, LRCF, les membres du Conseil national, du Conseil des Etats et du Conseil fédéral ne peuvent pas être poursuivis pour les propos qu'ils tiennent devant les conseils ou dans leurs commissions. L'immunité absolue ne peut pas être levée, car les personnes précitées sont d'emblée soustraites à toute poursuite pénale.

Il en va différemment pour les deux autres genres d'immunité: en vertu de la garantie de participer aux sessions parlementaires (prévue aux art. 1er et 2 LGar), les membres du Conseil national et du Conseil des Etats ne peuvent faire l'objet de poursuites pénales durant une session pour des infractions qui n'ont aucun rapport avec leur activité officielle. L'immunité peut néanmoins être levée moyennant une procédure relativement simple.

Il suffit de l'assentiment écrit du membre concerné ou, à défaut, de l'accord du conseil auquel il appartient. En ce qui concerne l'immunité pour des infractions qui sont en rapport avec l'activité officielle d'un membre - immunité dite relative - il est possible de la lever moyennant l'accord des deux conseils (art. 14 LRFC). L'immunité relative vaut pour les membres des deux conseils, ainsi que pour les membres des autorités et les magistrats élus par l'Assemblée fédérale (art. 14 ss LRFC).

Bien que l'importance *pratique* de l'immunité joue un rôle très secondaire, il se justifie néanmoins d'ancrer l'immunité absolue dans la Constitution en raison de la *portée incontestable* qu'elle revêt *sur le plan politique*. De ce fait, il se justifie également de l'étendre au chancelier de la Confédération pour les propos qu'il tient devant les conseils ou dans leurs commissions. Comme jusqu'à présent, il appartient au législateur de régler les autres formes d'immunité et de l'étendre à d'autres personnes (2e al.).

Le 1er alinéa de l'article 140 du projet s'inspire de l'article 93 du projet de 1977 et de l'article 109 du projet du DFJP, ainsi que de l'article 2, 2e alinéa, LRFC. L'article 336 du Code pénal est compatible avec la disposition proposée.

### Section 3: Compétences

#### Art. 141 Compétences législatives

L'article 141 du projet correspond à l'article 85, chiffre 2, Cst.

Cette disposition concerne l'adoption d'actes juridiques généraux et abstraits. Lorsque le droit fixe des règles de comportement, il s'agit essentiellement de conférer des droits et d'imposer des obligations; en matière de droit d'organisation, de règles portant sur les structures ou fixant les compétences et la procédure. L'adoption de règles de droit ne représente pas une compétence exclusive de l'Assemblée fédérale. Le Conseil fédéral dispose en particulier de compétences normatives, soit pour édicter des dispositions d'exécution de lois et d'arrêtés fédéraux, soit en vertu des compétences qu'il tient directement de la Constitution, ou en vertu d'une délégation législative (cf. art. 156 du projet).

Le *1er alinéa* fixe la compétence générale de l'Assemblée fédérale en matière de législation. En tant que norme centrale d'un Etat largement régi par le droit, cette disposition attribue à l'Assemblée fédérale la fonction de législateur. Elle fixe de manière contraignante le contenu des lois et des arrêtés fédéraux de portée générale. Même lorsque l'Assemblée fédérale ne fait que donner suite à des propositions du gouvernement, ou lorsque la décision finale appartient au peuple, c'est à elle seule qu'il appartient de fixer le contenu définitif des actes législatifs. La compétence législative de l'Assemblée fédérale trouve ses limites dans la compétence matérielle de la Confédération.

Le 1er alinéa cite la loi fédérale et l'arrêté fédéral de portée générale comme formes possibles des actes législatifs. La loi (art. 5 ss. LREC, RS 171.11) limite le contenu à des dispositions législatives, de durée illimitée ou limitée, selon qu'il s'agit respectivement de lois ou d'arrêtés de portée générale. Dans certains cas, la pratique administrative utilise également



l'arrêté fédéral pour des actes administratifs proprement dits (cf. art. 12, 2e al., de la loi sur l'aide aux universités [RS 414.20] ou art. 2 de la loi sur les CFF [RS 742.31]).

Le 2e alinéa règle les conditions d'admissibilité et les limites de la délégation de compétences législatives: la norme de délégation doit figurer dans une loi fédérale ou dans un arrêté fédéral de portée générale exposé au référendum. En outre, il ne faut pas que la Constitution exclue la délégation. Enfin, l'acte exposé à référendum doit fixer les principes de la réglementation à adopter; en d'autres termes, il doit définir l'objet, le but et l'étendue de la compétence déléguée. En règle générale, les principes régissant la délégation de compétences législatives s'appliquent à toutes les activités de l'Etat. Les conditions définissant la norme de délégation peuvent varier selon les domaines concernés. Les restrictions importantes apportées à des droits fondamentaux doivent figurer dans la loi elle-même. Dans le domaine fiscal, la loi doit fixer le cercle des contribuables, l'objet imposable et les bases de calcul. Inversement, les conditions sont moins strictes lorsqu'il est difficile de prévoir entre plusieurs solutions celle qui conviendra le mieux à la situation concrète, ou lorsque ce serait trop exiger du législateur, malgré sa bonne volonté, qu'il règle la matière concernée ou qu'il soit contraint, en cas de changements rapides de la situation, de procéder à de fréquentes modifications législatives.

On peut concevoir en principe deux types de délégation: l'Assemblée fédérale peut se réserver elle-même le droit d'édicter des dispositions qui échapperont au référendum (arrêté fédéral de portée générale selon l'art. 7 LREC); mais elle peut aussi - et c'est le cas le plus fréquent dans la pratique - déléguer au Conseil fédéral des compétences législatives (cf. art. 156 du projet).

L'article 141, 1er alinéa, du projet est très proche de l'article 85, ch. 2 Cst.; il reformule cette disposition et énumère les formes d'actes législatifs édictés par l'Assemblée fédérale. Le 2e alinéa ne figure pas expressément dans la Constitution fédérale actuelle, mais correspond à la jurisprudence du Tribunal fédéral, à la pratique administrative et à la doctrine dominante.

#### Art. 142 Législation d'urgence

L'art. 142 du projet, à l'instar de l'art. 89bis Cst., est une disposition d'organisation qui permet de mettre en vigueur avec effet immédiat des arrêtés fédéraux de portée générale (APG). La décision prise à cet effet doit recueillir l'adhésion de la majorité absolue des deux conseils.

Seuls les APG peuvent être déclarés urgents, à l'exclusion des lois fédérales et des autres arrêtés fédéraux portant sur l'approbation de traités internationaux (munis de la clause référendaire). Pour les arrêtés fédéraux qui ne sont pas soumis a priori au référendum ("décrets fédéraux", arrêtés simples), la clause d'urgence n'a aucun sens.

Les APG déclarés urgents doivent, en vertu de la Constitution, être limités dans le temps (pour les APG "ordinaires", cette obligation résulte de l'art. 6, al. 1er LREC, RS 171.11).

Les APG ne peuvent être déclarés urgents que si leur "entrée en vigueur ne souffre aucun retard". Dans la pratique, on qualifie cette condition de "temporelle" et d'"objective": l'arrêté doit être mis en vigueur immédiatement en raison de circonstances exceptionnelles; il doit concerner en outre un objet "*important*" (le deuxième critère a rarement une importance autonome.)

Les arrêtés fédéraux qui sont *conformes à la Constitution* sont soumis au référendum *facultatif*; si ce dernier est demandé, l'APG doit être approuvé par le peuple un an après son adoption par l'Assemblée fédérale (2e al.). Les APG qui *dérogent à la Constitution* doivent être ratifiés *par le peuple et les cantons dans l'année qui suit leur adoption par l'Assemblée fédérale* (3e al.). Selon la pratique en vigueur, l'Assemblée fédérale peut soustraire au référendum un APG déclaré urgent, en limitant sa validité à moins d'une année. Le projet ne fait pas expressément mention de cette possibilité (voir toutefois l'art. 118 du projet [Référendum obligatoire] et l'art. 119 du projet [Référendum facultatif]). Si un APG est rejeté par le peuple, il perd sa validité au bout d'une année et ne peut plus être "renouvelé", autrement dit il ne saurait être prolongé avec un contenu identique ou analogue (4e al.). En revanche, si l'APG est ratifié en votation populaire (ou si le référendum facultatif n'est pas demandé), il reste en vigueur jusqu'à l'expiration de sa validité et peut être "renouvelé", pour autant que l'état d'urgence persiste et que le droit ordinaire n'a pas encore été adapté. Lorsqu'un APG dont la durée de validité est supérieure à une année fait l'objet d'une demande de référendum, l'Assemblée fédérale peut éviter qu'il soit soumis au verdict populaire, en abolissant l'APG en question avant l'expiration du délai d'une année. En pareil cas, il n'est possible ni de renouveler cet arrêté par un APG déclaré urgent, ni d'adopter un arrêté non urgent ayant un contenu identique. Dans tous les autres cas, il est licite de remplacer des APG urgents par des APG ordinaires ou des dispositions légales de droit fédéral ayant un contenu identique ou analogue.

En ce qui concerne les APG urgents qui ne reposent pas sur une base constitutionnelle, il convient d'ajouter que de tels APG peuvent certes déroger à certaines normes constitutionnelles (par ex. à des droits fondamentaux), mais qu'ils doivent autant que possible respecter dans son ensemble le droit constitutionnel en vigueur.

#### **Art. 143 Traités internationaux**

L'article 143 du projet correspond à l'article 85, chiffre 5, Cst.

Cette disposition confère à l'Assemblée fédérale la compétence d'approuver les traités internationaux. L'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral (cf. art. 158 du projet) se succèdent tour à tour dans les phases de conclusion des traités. Le Conseil fédéral dirige les négociations (instructions, détermination de l'objet, autorisation de signer); l'approbation des traités est du ressort de l'Assemblée fédérale. En règle générale, l'acte d'approbation parlementaire intervient à une date qui se situe entre la signature du traité et sa ratification (par le Conseil fédéral). L'Assemblée fédérale se prononce sur le traité dans son ensemble. Son intervention se limite pour l'essentiel à approuver ou à refuser l'acte qui lui est soumis; elle peut aussi

obliger le Conseil fédéral à formuler une réserve déterminée. On peut concevoir aussi - bien que cela corresponde dans la pratique à un refus d'approbation - que l'Assemblée fédérale renvoie l'objet au Conseil fédéral avec mission de renégocier certaines adaptations, approuve l'objet avec une réserve ou n'approuve qu'une partie du traité. L'approbation parlementaire confère au Conseil fédéral l'autorisation de ratifier le traité.

La réserve selon laquelle "le Conseil fédéral n'est pas habilité à conclure "seul" exprime une pratique constitutionnelle différenciée entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral. Cette pratique n'exige pas que tous les traités internationaux soient soumis à l'approbation expresse de l'Assemblée fédérale. En pratique, seul un peu plus du tiers de tous les traités internationaux sont soumis à l'approbation de l'Assemblée fédérale; la majorité d'entre eux sont conclus sous la seule responsabilité du Conseil fédéral selon une procédure simplifiée. Il s'agit dans ce dernier cas (1) de traités conclus sur la base d'une clause d'habilitation figurant dans un acte interne ou international, (2) de traités provisoires ou urgents, (3) de traités qui ne confèrent à la Suisse que des droits et point d'obligations, (4) de traités passés en exécution de précédents traités, (5) de traités passés dans des domaines qui relèvent de la compétence réglementaire exclusive du Conseil fédéral, dans la mesure où la compétence implique des tâches qui revêtent une dimension transfrontière, ainsi que des traités d'importance mineure (cf. pour le détail l'exposé des motifs de l'art. 158, 2e al., du projet; cf. aussi JAAC 51 IV [1987], no 58, p.369ss).

En ce qui concerne les effets sur le droit interne et l'application des traités, nous renvoyons à l'exposé des motifs d'autres dispositions du projet (art. 4, 1er al., et 44 du projet).

L'article 143 du projet est très proche de l'article 85, chiffre 5, Cst., dont il redéfinit la teneur. Il codifie la pratique selon laquelle les traités internationaux ne sont pas tous soumis à l'approbation expresse de l'Assemblée fédérale.

#### **Art. 144      Compétence financière**

L'article 144 du projet correspond à l'article 85, chiffre 10, Cst.

Cette disposition fixe les compétences du parlement dans le domaine financier. S'agissant du budget annuel, la décision finale appartient à l'Assemblée fédérale. La fixation du budget annuel, comme la compétence de légiférer, revêt une importance décisive dans la conduite de l'Etat. L'acte central de l'exercice du pouvoir financier réside dans l'adoption du budget annuel; pour ce faire, l'Assemblée fédérale se prononce matériellement sur la proposition que lui présente le Conseil fédéral, sans être liée par cette proposition. Le budget comporte les dépenses et les recettes de l'année qui suit. Sur le plan des dépenses, le budget fixe de manière définitive le montant et le but d'utilisation des crédits (crédits de paiement); c'est une approbation concrète des dépenses. En ce qui concerne les recettes, il contient des valeurs d'estimation. Le budget ne saurait procurer des recettes; celles-ci résultent de bases juridiques particulières.

Entrent également dans la compétence de l'Assemblée fédérale d'autres décisions relatives aux dépenses, qui, de par leur nature, ne relèvent pas

ou en partie seulement du budget: l'octroi de crédits additionnels, complémentaires ou d'engagements. La réglementation du budget annuel est fixée dans une large mesure par la loi (en particulier par la loi sur les finances de la Confédération, RS 611.0) et le droit complémentaire.

Répondant aux exigences d'un Etat moderne en matière de prévision, la pratique a mis en place, en plus du budget, l'instrument du plan financier pluriannuel, qui est lié à la planification des dépenses (lignes directrices de la politique gouvernementale). Il appartient au Conseil fédéral d'établir ce plan financier (cf. art. 102, ch. 14, Cst., art. 157 du projet) et de le soumettre chaque année au parlement pour information.

L'Assemblée fédérale approuve aussi le compte d'Etat. Celui-ci est présenté par le Conseil fédéral et comprend les dépenses et les recettes, ainsi que les excédents de dépenses et de recettes de l'exercice comptable. Son approbation est un acte engageant sa responsabilité politique.

Les décisions relatives à la conclusion d'emprunts sont également de la compétence de l'Assemblée fédérale. Mais depuis la première Guerre mondiale, le parlement, se conformant à une pratique constante qui a fait ses preuves, a délégué cette compétence au Conseil fédéral pour la durée de chaque législature (la dernière fois, pour la période de 1991 à 1995; FF 1991 IV 203). Cette autorisation globale et préalable provient de la nécessité pratique d'agir rapidement et avec souplesse.

L'article 144 du projet est très proche de l'article 85, chiffre 10, Cst. S'écartant toutefois du droit constitutionnel de portée formelle, le projet ne reprend pas la compétence relative aux décisions d'emprunts. Cette question devra être réglée sur le plan légal. La délégation constante de cette compétence au Conseil fédéral montre clairement que l'Assemblée fédérale n'est pas, d'un point de vue fonctionnel, l'organe adéquat pour se prononcer sur la conclusion d'emprunts. Le droit constitutionnel et la pratique ne sont donc plus en harmonie sur ce point (FF 1986 II 1397, 1406 s.). Il convient de régler cette question par l'adoption d'une disposition adéquate dans la loi sur les finances de la Confédération (RS 611.0).

#### **Art. 145 Elections**

L'article 145 du projet correspond à l'article 85, chiffre 4, Cst.

L'article 85, chiffre 4, 1er alinéa, Cst. confie à l'Assemblée fédérale (chambres réunies) (cf. art. 92 Cst., art. 135, 1er al., let. a, du projet) l'élection du Conseil fédéral, du Tribunal fédéral, du chancelier de la Confédération et du général. Cette disposition caractérise le système politique de la Confédération: le parlement est appelé à désigner toutes les autres autorités fédérales. C'est à lui qu'incombe ainsi la formation du gouvernement.

L'élection des différentes autorités, à l'exception du général, fait l'objet de dispositions particulières de la Constitution (art. 96, 98, 105 et 107 Cst.).

Le règlement de l'Assemblée fédérale (chambres réunies) (RS 171.12) fixe la procédure d'élection.



Aux termes de l'article 85, chiffre 4, 2e alinéa, Cst., la loi peut attribuer à l'Assemblée fédérale d'autres droits d'élection. C'est ainsi que la loi d'organisation judiciaire (RS 173.110) lui confie l'élection du président, ainsi que du vice-président du Tribunal fédéral. Jusqu'à ce jour, le législateur n'a pas fait usage du droit de confirmation d'une élection. Cette possibilité pourrait cependant gagner en actualité en ce qui concerne les nouveaux secrétaires d'Etat, qui devraient être nommés par le Conseil fédéral et confirmés par l'Assemblée fédérale (projet de loi d'organisation du gouvernement et de l'administration, FF 1993 III 1152 ss).

**Art. 146 Haute surveillance**

L'article 146 du projet correspond à l'article 85, chiffre 11, Cst.

En vertu de cette disposition, l'Assemblée fédérale exerce la haute surveillance sur le Conseil fédéral et l'administration fédérale, ainsi que sur la justice. La haute surveillance est un élément important du système de la séparation des pouvoirs. Il s'agit d'un contrôle politique exercé par le parlement et non pas d'une surveillance comme celle qu'exerce le Conseil fédéral en vertu de l'article 102 Cst. Le parlement exprime sa satisfaction ou sa critique et émet des recommandations pour l'avenir. Mais il ne peut pas se substituer aux organes de surveillance ou annuler leurs décisions. Les moyens d'action et d'information dont dispose le parlement pour exercer sa haute surveillance sont notamment les comptes-rendus, les renseignements fournis dans les commissions parlementaires ou au plénum, les inspections et les enquêtes à proprement parler. Les commissions de gestion des deux conseils jouent un rôle important dans ce domaine (cf. l'exposé des motifs de l'art. 131 du projet).

La haute surveillance exercée sur le Conseil fédéral et l'administration fédérale s'adresse au Conseil fédéral. Cette surveillance s'étend à tous les services administratifs qui tombent sous le contrôle du Conseil fédéral. Elle porte sur la légalité et l'opportunité des actes du Conseil fédéral et de l'administration, ainsi que sur l'usage qui est fait de la liberté d'action dont ils disposent. A travers la haute surveillance, le parlement se prononce sur les activités dirigeantes du Conseil fédéral; mais il n'est pas compétent pour diriger lui-même l'administration. La haute surveillance n'est, en principe, pas un contrôle parallèle. Elle se limite, en règle générale, à des contrôles subsidiaires. A l'inverse de ces derniers, les contrôles parallèles impliquent en fait un droit de codécision dans le domaine qui relève des compétences du gouvernement; ils auraient pour effet de gommer les responsabilités et de porter atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, c'est-à-dire à l'organisation fondamentale de la Constitution fédérale.

La haute surveillance de la justice s'adresse aux tribunaux fédéraux, mais aussi au Conseil fédéral lorsqu'il exerce des fonctions judiciaires. Contrairement à la haute surveillance sur le Conseil fédéral et l'administration, dans le domaine judiciaire le contrôle porte uniquement sur la bonne gestion des tribunaux. L'indépendance du pouvoir judiciaire interdit le contrôle des décisions sur le fond.

L'article 146 du projet reprend le texte rédactionnel de l'article 85, chiffre 11, Cst. Il en précise cependant le domaine d'application en soumettant expressément à la haute surveillance, outre les autorités fédérales, "les autres organes agissant pour la Confédération".

#### **Art. 147      Autres tâches et compétences**

L'article 147 du projet correspond à l'article 84 Cst., au préambule et aux chiffres 1, 3, 5 à 9 et 13 de l'article 85 Cst., ainsi qu'à l'article 121, 3e et 4e alinéas, Cst.

Selon le *1er alinéa, lettre a*, l'Assemblée fédérale exerce une influence sur la structure des relations avec l'étranger et en suit l'évolution; elle prend en outre des mesures pour sauvegarder la sécurité extérieure, l'indépendance et la neutralité de la Suisse.

Dans le domaine des affaires étrangères, la Constitution ne connaît pas une répartition stricte des compétences entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral (cf. art. 158 du projet). Bien au contraire, les deux pouvoirs exercent des prérogatives parallèles, qui s'interfèrent et les obligent à collaborer. Selon la conception constitutionnelle, il appartient pour l'essentiel au Conseil fédéral de conduire la politique extérieure. Outre le droit d'approuver les traités internationaux (cf. art. 143 du projet), le parlement dispose indirectement de moyens de pression importants: adoption d'actes législatifs dans le domaine de la politique extérieure, souveraineté financière et haute surveillance (cf. art. 141, 144 et 146 du projet). L'imbrication accrue des relations avec l'étranger et, partant, les implications croissantes de la politique extérieure sur la politique intérieure ont amené l'Assemblée fédérale à intensifier son intervention directe dans le domaine de la politique extérieure: l'article 47bisa de la loi sur les rapports entre les conseils (LREC, RS 171.11) fait, d'une part, obligation aux deux chambres du parlement de suivre l'évolution internationale et d'observer les négociations que la Suisse mène avec les Etats étrangers et les organisations internationales; il oblige, d'autre part, le Conseil fédéral à informer les présidents et les commissions de politique extérieure des deux conseils sur les projets relevant de cette politique et à les consulter (selon différents modes) lors de négociations internationales.

Selon le *1er alinéa, lettre b*, l'Assemblée fédérale prend les mesures de sécurité intérieure. Le Conseil fédéral, qui est doté d'une compétence analogue (cf. art. 102, ch. 9, Cst., art. 159, 2e al., du projet), devrait en réalité agir en tant qu'organe approprié. Il peut exercer sa compétence dans la mesure où l'Assemblée fédérale ne fait pas usage de la sienne. Comme la lettre a, la lettre b institue dans une moindre mesure la base juridique des compétences matérielles de la Confédération. Il convient également d'observer que la sauvegarde de la sécurité intérieure n'est pas l'affaire de la seule Confédération. Les cantons sont responsables en premier lieu de la sécurité de leur territoire. La Confédération prend les mesures adéquates chaque fois qu'un problème de sécurité intérieure intéresse l'ensemble de la Suisse.

La sauvegarde de la sécurité intérieure constitue une tâche originale et primaire de l'Etat. Elle implique la défense des normes les plus fondamen-

tales de la cohabitation pacifique, la conservation des institutions de l'Etat, la protection de la société et des individus contre les dangers élémentaires, la défense contre des situations de crise sociale. La réglementation de police, qui assure la protection des biens des personnes (en particulier la vie, la liberté, la santé, la moralité) et qui vise plus particulièrement à prévenir les dangers par des mesures défensives, comporte un élément de sécurité politique qui atteint des dimensions prospectives et universelles (p. ex. l'écologie).

Le *1er alinéa, lettre c*, autorise l'Assemblée fédérale à adopter dans le domaine de la sécurité extérieure et intérieure des actes législatifs autonomes soustraits au référendum, ainsi que des arrêtés de portée concrète et individuelle. Selon la doctrine, seules des mesures provisoires (en vue d'écarter des dangers concrets) sont admissibles, à l'exclusion de réglementations permanentes. La compétence prévue à la lettre c est en concurrence avec les prérogatives accordées au Conseil fédéral (cf. art. 102, ch. 9, Cst., art. 159, 3e al., du projet). Cette disposition peut aussi servir de base pour justifier la compétence matérielle de la Confédération (Verbandskompetenz). Les actes entrepris dans ce domaine - qui constituent une condition élémentaire de l'existence de l'Etat - relèvent de la compétence inhérente (inherent power). Néanmoins, la pratique tend à faire inscrire explicitement dans le droit constitutionnel des compétences matérielles en faveur de la Confédération, afin que les tâches relevant de la sécurité extérieure soient soumises à une réglementation durable (p. ex. la protection civile [art. 22bis Cst., art. 50 du projet], l'approvisionnement économique du pays [art. 31bis, 3e al., let. e, Cst., art. 82, 1er al., du projet]).

Aux termes du *1er alinéa, lettre d*, l'Assemblée fédérale ordonne le service militaire actif. Cette tâche revient normalement au Conseil fédéral lorsque l'Assemblée fédérale n'est pas réunie. Toutefois, le Conseil fédéral est tenu par la Constitution de convoquer immédiatement les Chambres fédérales si le nombre des troupes levées dépasse deux mille hommes ou si elles restent sur pied au-delà de trois semaines (cf. art. 102, ch. 11, Cst., art. 159, 4e al., du projet). Dès qu'elle est réunie, l'Assemblée fédérale décide du maintien de cette mesure. L'organisation militaire (RS 510.10, art. 195 ss; à l'avenir: art. 67 ss et 76 ss de la loi sur l'armée et l'administration militaire, LAAM, FF 1995 I 655) précise les conditions d'engagement de l'armée. Selon cette législation, les compétences du parlement sont déléguées dans une large mesure au Conseil fédéral.

Le *1er alinéa, lettre e*, fixe les attributions de l'Assemblée fédérale dans les relations entre la Confédération et les cantons.

Selon cette disposition, l'Assemblée fédérale veille à l'entretien de bonnes relations entre la Confédération et les cantons par l'intermédiaire du Conseil fédéral. L'article 85, chiffre 7, Cst. énumère différentes attributions dans ce domaine, qui sont interprétées comme des compétences parallèles ou concurrentes à celles du Conseil fédéral. Leurs formulations ne sont pas toujours claires et leur contenu se recoupe parfois avec le texte du chiffre 8. La garantie des constitutions (une fois approuvées) et du territoire des cantons (cf. art. 37, 1er al., du projet) incombe au Conseil fédéral (cf. art. 160, 1er al., du projet), sans que, pour autant, l'Assemblée fédérale ne

soit empêchée de prendre les mesures qu'elle juge nécessaires. De plus, le parlement est compétent pour décider des mesures d'intervention destinées à assurer le maintien de l'ordre constitutionnel dans un canton (au sujet de l'intervention de la Confédération, cf. art. 37, 2e al., du projet). Pour le surplus, nous renvoyons à l'exposé des motifs de l'article 160 du projet en ce qui concerne la surveillance exercée par la Confédération.

L'article 38, 2e alinéa, du projet oblige les cantons à requérir la garantie fédérale de leur Constitution. L'autorité fédérale compétente à cet effet est l'Assemblée fédérale. Celle-ci doit s'assurer que le contenu du droit constitutionnel cantonal réponde aux exigences de l'article 38, 1er alinéa, du projet.

L'Assemblée fédérale est en outre chargée d'approuver les traités passés par les cantons entre eux ou avec l'étranger dans la mesure où le Conseil fédéral ou un autre canton élève des réclamations. L'obligation d'approuver les conventions passées entre cantons ou entre des cantons et l'étranger ressort des articles 34, 3e alinéa, et 45, 2e alinéa, du projet (voir ces dispositions). L'approbation doit permettre de vérifier que de telles conventions ne contiennent rien qui soit contraire au droit fédéral, aux intérêts de la Confédération et aux droits des autres cantons (cf. art. 34, 2e al., et 45, 2e al., du projet). La première phase de la procédure d'approbation se déroule devant le Conseil fédéral. L'Assemblée fédérale se prononce ensuite.

Le *1er alinéa, lettre f*, accorde à l'Assemblée fédérale la compétence de décider des mesures à prendre pour faire appliquer le droit fédéral. Cette disposition rejoint l'article 85, chiffre 8, Cst., qui a sa signification propre par rapport au chiffre 7 dans la mesure où il confie à l'Assemblée fédérale la compétence d'arrêter les mesures "qui ont pour but d'obtenir l'accomplissement des devoirs fédéraux" (exécution fédérale, cf. art. 35, 2e al., du projet). D'une manière générale, la Constitution confère le pouvoir de prendre des mesures d'exécution non seulement à l'Assemblée fédérale, mais aussi au Conseil fédéral. Selon l'article 161, 1er alinéa, lettre a, du projet, ce dernier prend "les mesures qui s'imposent". En pratique, l'Assemblée fédérale ne conserve que l'exécution dans le domaine militaire, encore que le Conseil fédéral puisse aussi agir en ce domaine de son propre chef en cas d'urgence (cf. art. 102, ch. 11, Cst., art. 159, 4e al., du projet).

Selon le *1er alinéa, lettre g*, l'Assemblée fédérale est compétente pour décider de la validité des initiatives populaires. Il s'agit plus particulièrement de vérifier si une initiative satisfait à l'exigence relative à l'unité de la matière ou aux conditions de forme (cf. art. 121, 3e et 4e al., Cst., art. 75, 1er al., de la loi fédérale sur les droits politiques [RS 161.1] et art. 24, 1er al., LREC [RS 171.11]). Mais le contenu d'une initiative peut soulever des questions quant à sa validité, du fait notamment que l'initiative se révèle impossible pour des raisons matérielle ou de temps. Dans leur pratique la plus récente, le Conseil fédéral et le Conseil des Etats ont considéré que le non-respect de règles fondamentales du droit des gens pouvait entraîner la nullité d'une initiative (cf. Message sur l'initiative populaire "pour une politique d'asile raisonnable", FF 1994 III 1471; décision



du Conseil des Etats du 16 mars 1995; la décision du Conseil national n'est pas encore prise; cf. aussi art. 117, 3e al., et 169, 2e et 3e al., du projet). Si les décisions des deux conseils divergent et que le conseil qui a admis la validité de l'initiative confirme sa décision, l'initiative doit être déclarée valable selon la réglementation légale en vigueur (art. 24, 2e al., LREC).

Le *1er alinéa, lettre h*, fixe les compétences de l'Assemblée fédérale dans le domaine de l'organisation. On peut ainsi déduire de cette disposition que la Constitution fédérale n'entend pas en principe créer pour les différents organes de la Confédération un pouvoir d'organisation qui s'écarterait de la réglementation ordinaire des compétences (cf. aussi l'exposé des motifs de l'art. 152, 1er al., du projet).

Le *1er alinéa, lettre i*, confie à l'Assemblée fédérale (chambres réunies) (cf. art. 92 Cst., art. 135, 1er al., let. b, du projet) le soin de trancher les conflits de compétence entre les autorités supérieures de la Confédération. Deux hypothèses sont envisageables: plusieurs autorités s'estiment compétentes ou, au contraire, dénie leur compétence (conflits positifs ou négatifs de compétence). En pareils cas, l'Assemblée fédérale désigne souverainement l'autorité compétente, même si elle est elle-même partie au conflit. Dans ce dernier cas, sa première déclaration sur sa propre compétence ne vaut pas décision définitive; elle doit au contraire réexaminer et trancher le conflit dans une seconde procédure spéciale. La compétence prévue à la lettre i revêt un caractère subsidiaire. Lorsque la loi prévoit une autre réglementation pour liquider des conflits de compétence, c'est celle-ci qui a la priorité.

Le *1er alinéa, lettre k*, confie à l'Assemblée fédérale l'exercice du droit de grâce et celui de décider d'une amnistie. Cette dernière signifie que l'on renonce à poursuivre ou à sanctionner pénalement un certain nombre de personnes. Elle constitue une compétence générale de la Confédération et peut s'étendre à l'ensemble du droit pénal fédéral. La grâce, pour sa part, est la renonciation à l'exécution d'une peine qui frappe une personne (déterminée). En vertu du code pénal (RS 311), le droit de grâce ne relève de la compétence de l'Assemblée fédérale que dans les cas où le jugement émane d'une autorité fédérale; si c'est une autorité cantonale qui s'est prononcée, la grâce est du ressort des cantons. Les deux conseils se prononcent séparément sur l'amnistie; en revanche, la grâce est du ressort des deux chambres réunies (cf. art. 92 Cst., art. 135, 1er al., let. c, du projet).

Aux termes du *2e alinéa*, l'Assemblée fédérale exerce toutes les compétences fédérales qui ne sont pas attribuées à une autre autorité fédérale. Cette disposition ne saurait cependant être comprise comme une règle de présomption générale en faveur de la compétence de l'Assemblée fédérale. L'autorité compétente doit être déterminée en interprétant la Constitution. A cet égard, le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs joue un rôle essentiel.

Le *3e alinéa* souligne le fait que l'énumération des attributions de l'Assemblée fédérale n'est pas exhaustive (cf. aussi le préambule de l'art. 85 Cst.). D'autres dispositions constitutionnelles fixent des compétences ponctuelles (p. ex. art. 16, 4e al., Cst., art. 37, 2e al., 2e phrase, du

projet; art. 37, 2e al., Cst., art. 59, 3e al., du projet; art. 114bis, 4e al., Cst., art. 164, 2e al., du projet) ou laissent à la législation fédérale le soin d'attribuer des compétences à l'Assemblée fédérale (p. ex. art. 85, ch. 4, 2e al., Cst., art. 145, 2e al., du projet; art. 113, 2e al., Cst., art. 163, 2e al., du projet). La loi peut en principe attribuer à l'Assemblée fédérale des compétences autres que législatives lorsqu'elles ont une dimension éminemment politique ou qu'elles revêtent d'une autre façon une grande portée. Pour l'attribution de telles compétences, il y a lieu toutefois de respecter le principe fondamental de la séparation des pouvoirs inscrit dans la Constitution. Le parlement doit tenir compte des fonctions centrales des autres organes de l'Etat, telles qu'elles ont été fixées dans la Constitution (cf. l'exposé des motifs de l'art. 126, 1er al., du projet, ainsi que ceux du 2e alinéa).

L'article 147 du projet regroupe dans une sorte de disposition collective l'article 84 Cst., le préambule et les chiffres 1, 5 à 9 et 13 de l'article 85 Cst., ainsi que l'article 121, 3e et 4e alinéas, Cst., sous une nouvelle forme rédactionnelle. Le projet ne mentionne plus la compétence réservée à l'Assemblée fédérale en ce qui concerne le traitement et les indemnités des membres des autorités fédérales et de la Chancellerie fédérale (cf. art. 85, 3e al., Cst.). Cette compétence ressortit au pouvoir de l'Assemblée fédérale en matière d'organisation, et se trouve ainsi contenue dans le 1er alinéa, lettre h. Si l'on estime que cette explication n'est pas suffisante, il y aurait lieu de compléter en conséquence la teneur de cette dernière disposition. Le projet n'a pas repris non plus l'article 85, chiffre 12, Cst., qui déclare l'Assemblée fédérale compétente pour les "réclamations contre les décisions du Conseil fédéral relatives à des contestations administratives (art. 113)". La compétence originaire de l'Assemblée fédérale en matière de justice a perdu de son importance depuis que la législation attribue dans une large mesure l'administration de la justice au Tribunal fédéral. De plus, le droit constitutionnel réserve à la législation le soin de régler cette compétence (cf. art. 113, 2e al., Cst., art. 163, 2e al., du projet), alors que la loi sur la procédure administrative (RS 172.021) énumère les cas qui peuvent faire l'objet d'un recours devant l'Assemblée fédérale. Il semble dès lors justifié de renoncer à mentionner expressément cette compétence dans le catalogue des attributions de l'Assemblée fédérale. L'article 85, chiffre 14, Cst. n'a pas été repris sous le titre relatif aux compétences. Le chiffre 14 attribue à l'Assemblée fédérale la révision de la Constitution fédérale. Les révisions constitutionnelles (partielles ou totales) peuvent être préparées par d'autres organes à l'attention de l'Assemblée fédérale. Mais il n'est pas possible de passer par-dessus cette dernière, en instaurant par exemple un conseil constitutionnel. Les révisions totales ou partielles de la Constitution (à l'exception de celles qui sont demandées par des initiatives populaires revêtant la forme d'un projet rédigé de toutes pièces) sont traitées en principe par voie législative. La participation de l'Assemblée fédérale à la révision de la Constitution fédérale est réglée par les dispositions constitutionnelles y relatives (cf. art. 167 ss du projet). L'article 147, 1er alinéa, lettre c, du projet prévoit expressément que l'Assemblée fédérale est autorisée à édicter dans le domaine de la sécurité intérieure et extérieure des arrêtés fédéraux de portée générale non soumis au référendum. Cette compétence ne figure pas expressément dans la

Constitution fédérale actuelle, mais y est contenue implicitement selon la doctrine dominante (voir plus haut). La compétence de l'Assemblée fédérale de décider de la validité d'une initiative populaire (1er al., let. g) résulte, lorsque se pose la question de l'unité de la matière ou de la forme d'une telle initiative, de l'article 121, 3e et 4e alinéas, Cst., ainsi que de l'article 75, 1er alinéa, de la loi fédérale sur les droits politiques (RS 161.1) et de l'article 24, 1er alinéa, LREC (RS 171.11). Lorsque le contenu d'une initiative populaire met en cause sa validité, le droit écrit est muet sur l'autorité compétente; la pratique des autorités considère néanmoins que l'Assemblée fédérale est compétente en pareil cas (cf. FF 1994 III 1471; Luzius Wildhaber, dans Commentaire de la Constitution fédérale, art. 121/122, no 116).

A titre d'innovation, on pourrait placer la garantie des constitutions cantonales (1er al., let. e) dans la compétence du Conseil fédéral; l'Assemblée fédérale ne serait appelée à se prononcer que si le Conseil fédéral refuse la garantie ou qu'un canton élève une réclamation. Le parlement serait ainsi déchargé de tous les cas où la garantie n'est pas contestée (cf. aussi l'exposé des motifs de l'art. 160 du projet).

### **Chapitre 3: Conseil fédéral et administration fédérale**

#### **Section 1: Organisation et procédure**

##### **Art. 148 Conseil fédéral**

L'article 148 du projet correspond aux articles 95 et 102, chiffre 8, Cst.

Le *1er alinéa* fait du Conseil fédéral l'autorité directoriale et exécutive supérieure et, partant, le gouvernement de la Confédération. Il est vrai que l'exercice des fonctions gouvernementales n'est pas de la compétence exclusive du Conseil fédéral; l'Assemblée fédérale en particulier exerce également de telles fonctions. Mais, dans leur majeure partie, celles-ci sont confiées au Conseil fédéral. En raison de son contenu élargi, il n'est pas possible de définir avec précision et de délimiter la notion de gouvernement (en tant que fonction). Cette notion implique notamment les attributions suivantes (cf. art. 2 ss et 8 LOA, RS 172.010, et art. 8 ss du projet de loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, FF 1993 III 1153 s.): suivre l'évolution politique et sociale, en Suisse et à l'étranger; apprécier constamment l'état de la situation; déterminer la politique gouvernementale en fixant les objectifs et la stratégie à suivre (en particulier les priorités); appliquer la politique du gouvernement; nommer les cadres supérieurs (nominations); représenter l'Etat dans le pays et à l'étranger; assurer la communication avec le public; veiller à l'unité de l'Etat et à la cohésion du pays.

Le 1er alinéa fixe les deux aspects fondamentaux du collège gouvernemental: en tant qu'organe directorial, le Conseil fédéral prend des initiatives chaque fois que la situation de l'Etat l'exige, il va de l'avant, fait preuve de créativité, de prospective et de prévoyance. Pour assumer ses activités directoriales, le Conseil fédéral n'agit pas en organe isolé. Abstraction faite de son domaine de compétence, il est amené à faire appel au concours d'autres organes ou du peuple. Il vise alors à communiquer des impulsions

et à obtenir des décisions. La notion d'autorité exécutive supérieure conforte le Conseil fédéral dans sa qualité de chef de l'administration. La Constitution reconnaît ainsi l'unité de l'administration basée sur un système hiérarchisé, dominé par l'organe gouvernemental. En raison de la diversité des fonctions, de la multiplicité des tâches et de l'ampleur prise par l'organisation actuelle des autorités administratives. Le Conseil fédéral doit assurer la direction faîtière de l'administration et mettre en place les instruments et les procédures de gestion adéquats (cf. aussi art. 152 du projet).

La Constitution soumet, il est vrai, l'évolution de l'organisation des autorités au principe de la séparation des pouvoirs. Elle n'en fait toutefois pas un dogme. Contrairement au principe d'une séparation rigoureuse et conséquente des pouvoirs dans le domaine de l'organisation et du personnel, la Constitution fédérale n'exige pas un partage strict des fonctions. De ce fait, l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral en particulier sont appelés à coopérer durablement, en cherchant des modes de collaboration novateurs. La suprématie du parlement (cf. art. 126, 1er al., du projet, art. 71 Cst.) se limite à l'adoption des lois et du budget, ainsi qu'à l'exercice de la haute surveillance. Un parlement conçu comme autorité suprême dans tous les domaines serait contraire à la séparation des pouvoirs telle que voulue par la Constitution.

Le 2e alinéa confie au Conseil fédéral la compétence générale et exclusive de représenter la Suisse à l'extérieur. Le Conseil fédéral est considéré comme le chef de l'Etat; lui seul peut faire des déclarations engageant notre pays envers les autres Etats et les organisations internationales (cf. aussi l'exposé des motifs de l'art. 158, 1er al., du projet).

L'article 148 du projet s'inspire des articles 95 et 102, chiffre 8, Cst., sous une nouvelle forme rédactionnelle. Une inversion a été opérée au 1er alinéa ("autorité directoriale et exécutive" au lieu de "autorité exécutive et directoriale"). Cette modification est conforme à la loi sur l'organisation de l'administration (RS 172.010) et au projet de loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (FF 1993 III 1152 ss). Le 2e alinéa s'inspire de l'article 102, chiffre 8, Cst. Le nombre des membres du Conseil fédéral est fixé à l'article 149, 1er alinéa, du projet.

#### **Art. 149**      **Composition et élection**

L'article 149 du projet reprend l'article 96 Cst.

Selon le 1er alinéa, le Conseil fédéral est composé de sept membres.

Le 2e alinéa désigne l'organe chargé de l'élire, le moment de l'élection et la durée de fonction du Conseil fédéral. Ce dernier est élu par l'Assemblée fédérale (chambres réunies) pour une durée fixe de quatre ans après chaque renouvellement intégral du Conseil national (cf. aussi art. 123 et 145 du projet). L'élection d'un conseiller fédéral est soumise à son acceptation; il n'est pas contraint de l'accepter. Les membres du Conseil fédéral sont rééligibles. La réélection ne peut être tacite; et elle nécessite donc une nouvelle élection. Si elle ne réélit pas un membre, l'Assemblée fédérale n'est en aucun cas tenue de motiver son choix. Un conseiller fédéral ne



peut pas être élu pour une durée limitée (limitation de la durée de fonction en cas de réélection).

La pratique interprète le 2e alinéa en ce sens que l'élection a lieu au scrutin uninominal (art. 4 du règlement de l'Assemblée fédérale (chambres réunies), RS 171.12). Du fait que le renouvellement intégral du Conseil national entraîne celui du Conseil fédéral, les durées de fonction de ces deux autorités sont synchronisées.

Il n'est juridiquement pas possible de contraindre un membre du Conseil fédéral à démissionner en cours de mandat. En revanche, l'Assemblée fédérale, qui élit le Conseil fédéral, a aussi la compétence de relever un membre du gouvernement de ses fonctions si les conditions d'éligibilité ou d'exercice de la fonction (p. ex. pour des raisons de santé) ne sont plus réunies. Le texte de la Constitution fédérale ne se prononce pas sur la question de savoir si les membres du Conseil fédéral peuvent démissionner (au cours de leur mandat) et renoncer à leur fonction ou s'ils doivent présenter une demande formelle de démission à l'Assemblée fédérale. Jusqu'à ce jour, la pratique s'est contentée d'une déclaration de démission.

En vertu du 3e alinéa, on ne peut choisir plus d'un membre du Conseil fédéral dans le même canton. La loi fixe les critères de rattachement à un canton (art. 9 LGar, RS 170.21). Pour le surplus, les conditions d'éligibilité des membres du Conseil fédéral sont identiques à celles des membres du Conseil national (cf. art. 121 du projet).

L'article 149 du projet correspond à l'article 96 Cst. Les cas d'incompatibilité sont réglés à l'article 122 du projet. Le projet ne reprend pas la disposition de l'article 96, 3e alinéa, Cst., aux termes de laquelle les membres qui font vacance dans l'intervalle des quatre ans sont remplacés à la première session de l'Assemblée fédérale pour le reste de la durée de leurs fonctions. Elle va de soi. L'article 99 Cst. règle le droit incontesté des membres du Conseil fédéral à toucher une rémunération. A vrai dire, la législation d'exécution ne se base pas sur l'article 99 Cst., mais sur la compétence prévue à l'article 85, chiffre 3, Cst. (loi fédérale concernant les traitements et la prévoyance professionnelle des magistrats, RS 172.121). Cette compétence résulte également de l'article 147, 1er alinéa, lettre h, du projet (voir plus haut), de sorte que l'on a renoncé à reprendre la disposition de l'article 99 Cst. à cet endroit.

*Variante rédactionnelle du 2e alinéa:* comme la durée de fonction du Conseil fédéral et l'autorité compétente pour l'élire sont réglées à un autre endroit du projet (art. 123 et 145 du projet), on pourrait par souci de rigueur biffer les termes "par l'Assemblée fédérale" et "pour une durée de quatre ans".

Remarque: la clause cantonale, en tant que condition restrictive à l'éligibilité, est considérée de divers côtés comme dépassée (voir récemment l'initiative parlementaire acceptée par le Conseil national à la session spéciale de janvier 1995 (93.452) modifiant les conditions d'éligibilité du Conseil fédéral (clause cantonale). Selon l'issue des débats devant les chambres fédérales, il y aura lieu de biffer le 3e alinéa ou de le modifier.

**Art. 150**      **Présidence**

L'article 150 du projet correspond à l'article 98 Cst.

Le *1er alinéa* en liaison avec le 2e alinéa prévoit que le président de la Confédération n'est ni le chef de l'Etat, ni le chef du gouvernement. Il ne dispose d'aucune prérogative matérielle de conduite de l'Etat; il ne peut pas établir des directives de gouvernement, ni donner des instructions à ses collègues de l'exécutif. Selon le 1er alinéa, le président de la Confédération assume la présidence du Conseil fédéral. Si l'on tient compte du principe de la collégialité (art. 151 du projet), qui place les membres du Conseil fédéral sur un pied d'égalité au sein du collège gouvernemental, il apparaît que le rôle du président est celui d'un *primus inter pares*. La loi sur l'organisation de l'administration (LOA, RS 172.010; à l'avenir: loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, FF 1993 III 1152 ss) précise les fonctions du président de la Confédération. Il dirige le Conseil fédéral (présidence des débats du collège gouvernemental), rend des décisions présidentielles (en cas d'urgence, avec l'approbation ultérieure de ses collègues ou pour les affaires de moindre importance), représente le gouvernement en Suisse et à l'étranger et entretient les contacts avec les cantons. Le 1er alinéa ne dit rien des fonctions du vice-président (2e al.). La loi le désigne comme remplaçant du président et permet de lui confier certaines attributions présidentielles (cf. art. 24 LOA et art. 26 du projet de loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration).

Selon le *2e alinéa*, l'Assemblée fédérale (chambres réunies) élit chaque année un président, ainsi qu'un vice-président de la Confédération parmi les membres du Conseil fédéral.

Le *3e alinéa* exclut une réélection immédiate du président et du vice-président; il exclut également l'élection du président au titre de vice-président. Le droit constitutionnel crée ainsi des entraves institutionnelles en vue d'assurer l'équilibre au sein du système collégial. Celles-ci doivent limiter le pouvoir présidentiel et empêcher qu'il ne se développe de fait entre les mains d'une personne ou d'un noyau de personnes au sein du Conseil fédéral: la pratique électorale du 20e siècle (contrairement à celle du 19e siècle) a évolué vers l'instauration du principe de la stricte rotation des membres du gouvernement à la présidence. Il n'existe aucune obligation constitutionnelle à cet égard. De même, le droit constitutionnel ne prévoit pas que le futur président doive occuper la fonction de vice-président l'année précédant son élection à la présidence.

**Art. 151**      **Principe de l'autorité collégiale et division en départements**

L'article 151 du projet correspond à l'article 103 Cst.

Le *1er alinéa* se rattache par son contenu à l'article 148 du projet et fait des membres du Conseil fédéral - qui ont les mêmes droits et les mêmes compétences matérielles - un organe collectif. Ils forment ensemble la volonté commune (action et responsabilité communes) et apparaissent à l'extérieur comme une unité. Le Conseil fédéral est ainsi beaucoup plus qu'une simple conférence des chefs de départements; il constitue un organe gouvernemental qui délibère et agit en commun. C'est en son sein que l'exécutif élabore la politique gouvernementale (cf. art. 154 du projet)

et assume la direction factière de l'administration (cf. art. 152 du projet). Il convient de rattacher au principe de la collégialité celui de la division en départements (cf. à ce sujet art. 152, 2e al., du projet). Les conseillers fédéraux réunissent dans leur personne la qualité de membre du gouvernement et celle de chef d'un département. Ainsi combinés, ces deux principes assurent à leurs titulaires un exercice dynamique et durable de leurs fonctions, voulue par la Constitution. Dans ce rapport, le principe "départemental" a une signification particulière: il permet à l'exécutif de gérer ses affaires par la division du travail. Si l'on considère la multiplicité et la complexité des tâches auxquelles doit faire face un Etat moderne, ce principe représente la condition nécessaire au bon fonctionnement du système de la collégialité. Les départements préparent les objets destinés au collège gouvernemental et exécutent les décisions de ce dernier; ils liquident de leur propre chef la plus grande partie des affaires administratives. Néanmoins, le 1er alinéa instaure le principe de la priorité de la décision collégiale, ainsi que l'obligation pour chacun des membres du Conseil fédéral d'accorder la priorité à sa qualité de membre du collège gouvernemental (cf. aussi art. 26 LOA, RS 172.010).

Le 2e alinéa souligne ce qui précède, en prescrivant que les affaires du Conseil fédéral sont réparties entre ses différents membres pour être préparées et exécutées au niveau des départements. Pour les questions fondamentales qui touchent à la conduite de l'Etat, le Conseil fédéral doit élaborer ses décisions d'un point de vue collégial et les arrêter en plénum (cf. art. 12 du projet de loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, FF 1993 III 1154). Il en va de même des affaires de moindre importance, mais qui ont une portée politique particulière en raison des circonstances.

Le 3e alinéa permet de déléguer certaines affaires en vue de leur règlement définitif aux départements ou aux services qui leur sont subordonnés. Le droit de recours est garanti; la législation fédérale désigne l'autorité de recours compétente (cf. art. 161, 1er al., let. e, 163, 2e al., et 164, 1er al., du projet). Les dispositions d'application règlent la délégation de compétence comme suit: en vertu de l'article 61, 2e alinéa, LOA (RS 172.010), le Conseil fédéral désigne les affaires qu'il entend déléguer aux départements ou aux services qui lui sont rattachés (cf. à ce sujet l'ordonnance sur la délégation de compétences, RS 172.011). On trouve aussi des normes de délégation de compétences dans des lois spéciales. L'article 42, alinéa 1bis, LOA précise que les tâches de l'administration fédérale passent de plein droit au département compétent, dans la mesure où il s'agit de décisions qui peuvent, conformément à la loi sur l'organisation judiciaire (RS 173.110), faire l'objet d'un recours de droit administratif (délégation d'office). Selon le projet de loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (FF 1993 III 1152 ss), la décision est prise, selon l'importance de l'affaire, soit par le Conseil fédéral, soit par un département, un groupement ou un office. Le Conseil fédéral doit fixer par voie d'ordonnance les compétences des différentes unités administratives en matière de décision. En principe, les unités administratives subordonnées et le Conseil fédéral peuvent en tout temps se saisir de certaines affaires (cf. art. 51 du projet de loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration). La pratique administrative admet une extension accrue du

pouvoir de délégation résultant de la Constitution: le Conseil fédéral peut en principe déléguer des compétences même dans les cas où une loi spéciale le désigne comme autorité compétente. La seule limitation absolue concerne ses attributions en matière de conduite de l'Etat (voir plus haut).

Sous la formulation nouvelle, l'article 151 du projet est très proche de l'article 103 Cst. L'article 100 Cst., qui fixe le quorum pour les délibérations du Conseil fédéral, est suffisamment ancré dans la loi (art. 14 LOA et art. 18 du projet de loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, FF 1993 III 1155). Il n'est dès lors pas nécessaire de reprendre cette disposition dans le projet.

#### **Art. 152 Administration fédérale**

L'article 152 du projet correspond aux articles 102, chiffre 12, et 103, 1er alinéa, 1ère phrase, Cst.

Le *1er alinéa, 1ère phrase*, confie au Conseil fédéral la direction de l'administration. De ce fait, le Conseil fédéral (en tant que collègue) a la responsabilité de la direction factière de l'administration. Le projet de loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (FF 1993 III 1152 ss) contient toute une série de dispositions qui tendent à adapter le mandat constitutionnel à une direction moderne de l'administration (p. ex. gestion par objectifs, appréciation des performances, échelonnement des compétences de décision, extension de la liberté d'action des unités administratives exerçant principalement des activités économiques ou des fonctions basées sur des prestations de services).

Le *1er alinéa, 2e phrase*, fournit la base constitutionnelle de l'organisation de l'administration fédérale, qui a à sa tête le Conseil fédéral. Cette disposition peut être invoquée pour réserver le pouvoir d'organisation du Conseil fédéral, quand bien même la Constitution fédérale ne reconnaît pas à l'exécutif un pouvoir d'organisation dont le gouvernement aurait l'exclusivité. Il incombe au Conseil fédéral de mettre en place une organisation appropriée, à moins que le législateur ne l'ait déjà fait (cf. sur ce point l'exposé des motifs de l'art. 147, 1er al., let. h, du projet). C'est dans ce sens et cet esprit que le projet de loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration fixe les lignes directrices de l'organisation et laisse au Conseil fédéral ce qui exige une grande flexibilité.

Le Conseil fédéral répond également de l'exécution des attributions conformément aux objectifs fixés. Il doit faire en sorte que l'administration s'acquitte de ses tâches en se conformant aux principes de la légalité, de l'efficacité et de la rentabilité. Il lui incombe de surveiller la mise en place d'instruments et de procédures de gestion qui répondent aux circonstances, compte tenu de l'ampleur et de la diversité des fonctions de l'administration fédérale actuelle.

Le *2e alinéa* prévoit la structuration de l'administration fédérale en départements. Chaque membre du Conseil fédéral dirige seul un département (au moins). La Constitution ne connaît donc pas de ministres sans portefeuille.

Etant à la fois membre du collège gouvernemental et chef de département, les conseillers fédéraux ont un double statut. Leur responsabilité s'articule



en conséquence: le Conseil fédéral, en tant qu'organe collectif, répond de l'exécution des tâches relevant du collège gouvernemental; ses membres partagent une responsabilité collective entière et solidaire. De plus, chaque conseiller fédéral répond politiquement de la gestion de son département.

Le *3e alinéa* autorise le législateur à confier des tâches de la Confédération en dehors des services départementaux de l'administration générale. Il permet ainsi de doter des unités administratives spécifiques d'une grande autonomie, de créer de telles unités ou de confier l'exécution de tâches étatiques à des organisations mixtes ou de droit privé (cf. art. 42, 2e al., LOA (RS 172.010) et art. 2, 4e al., du projet de loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (FF 1993 III 1152). Il n'en reste pas moins que, dans tous les cas, le Conseil fédéral conserve, en tant qu'autorité directoriale et exécutive supérieure, la surveillance des affaires et la possibilité d'intervenir (cf. art. 161, 1er al., let. b, du projet).

L'article 152 du projet s'inspire des articles 102, chiffre 12, et 103, 1er alinéa, Cst., dont il présente une nouvelle teneur rédactionnelle en une seule disposition. Le 3e alinéa ne figure pas explicitement dans le texte de la Constitution actuelle. La possibilité de faire appel à des experts, prévue à l'article 104 Cst., est suffisamment ancrée dans la loi (art. 40 LOA et art. 61 du projet de loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration). Une réglementation spéciale dans le projet ne se justifie pas.

#### Art. 153 Chancellerie fédérale

L'article 153 du projet correspond à l'article 105 Cst.

Le *1er alinéa* décrit la position et le rôle de la Chancellerie fédérale. Celle-ci n'assure pas seulement le secrétariat du Conseil fédéral; elle est surtout le service général de coordination du gouvernement. En cette dernière qualité, elle se voit attribuer de nombreuses tâches en matière d'information, de planification, de préparation, d'organisation, de coordination et de contrôle, qu'elle accomplit pour le compte du gouvernement. La Constitution n'exclut pas que l'on puisse attribuer à la Chancellerie fédérale d'autres fonctions que celles de service de coordination (p. ex. le contrôle de l'exercice des droits politiques). Il est également possible de mettre à contribution d'autres services de coordination, qui ne soient pas rattachés à la Chancellerie fédérale.

La pratique a conduit à séparer clairement les attributions du secrétariat de l'Assemblée fédérale de celles de la Chancellerie fédérale. Les services du parlement s'occupent des tâches administratives de l'Assemblée fédérale et de ses commissions. Bien que rattachés formellement à la Chancellerie fédérale, ils ne dépendent pas du Conseil fédéral ni de la Chancellerie fédérale pour ce qui est de l'exécution de leur activité (cf. art. 133 du projet).

Selon le *2e alinéa*, la Chancellerie fédérale est placée sous la direction du chancelier de la Confédération. La loi sur l'organisation de l'administration (LOA, RS 172.010; à l'avenir: loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, cf. FF 1993 III 1152) précise le rôle du chancelier vis-à-vis du Conseil fédéral: il conseille et soutient le président de la Confédération et le Conseil fédéral dans leurs activités. Il est en quelque sorte le bras

droit du président. En raison de la rotation annuelle de la présidence, il assure une continuité dans la gestion des affaires du Conseil fédéral. Entrent notamment dans ses attributions les activités suivantes: planifier et coordonner les activités du gouvernement, participer à la préparation et au déroulement des délibérations du Conseil fédéral, élaborer les rapports sur les grandes lignes de la politique gouvernementale et les rapports de gestion, conseiller en matière de gestion et exercer des fonctions de surveillance, apporter son soutien dans les rapports avec l'Assemblée fédérale, assurer l'information interne et externe. D'autre part, le 2e alinéa confère une légitimité accrue au chancelier de la Confédération dans son rôle de soutien du Conseil fédéral, soutien qui va bien au-delà des aspects purement administratifs. Le chancelier est élu par l'Assemblée fédérale pour une période de quatre ans, en même temps que les membres du Conseil fédéral (cf. aussi art. 123 et 145 du projet).

L'article 153 du projet correspond à l'article 105 Cst., qu'il reformule. L'article 105, 3e et 4e alinéas, Cst. contient des prescriptions qui découlent d'autres dispositions constitutionnelles (surveillance [3e al.]: art. 102, ch. 15, Cst.; réglementation de l'organisation par une loi [4e al.]: art. 85, ch. 1 et 2, Cst.). Ces dispositions sont reprises par les articles 161, 1er alinéa, lettre b, et 147, 1er alinéa, lettre h, du projet.

Comme la durée de fonction du chancelier de la Confédération et l'organe chargé de l'élire sont déjà définis dans d'autres dispositions du projet (art. 123 et 145 du projet), on pourrait par souci de concision biffer les termes "par l'Assemblée fédérale" et "pour la durée de quatre ans".

## Section 2: Compétences

### Art. 154 Politique gouvernementale

L'article 154 du projet correspond à l'article 102 Cst., en particulier à son chiffre 1.

Le *1er alinéa* attribue au Conseil fédéral la responsabilité de déterminer la politique gouvernementale, ainsi que la planification et la coordination des tâches de l'Etat. Cette disposition découle de l'article 148, 1er alinéa, du projet: le Conseil fédéral est l'autorité directoriale et exécutive suprême de la Confédération.

L'obligation faite au Conseil fédéral de définir la politique du gouvernement résulte de la position que la Constitution lui attribue. Cette position trouve aujourd'hui son expression dans l'article 102, chiffre 1, Cst., tel que précisé par la loi (cf. art. 3 LOA, RS 172.010). En vertu de cette disposition, le Conseil fédéral dirige les affaires fédérales. Cette notion de direction correspond à celle des articles 95 Cst. et 148 du projet; elle crée une compétence générale d'assumer les fonctions gouvernementales dans les limites des lois et des arrêtés fédéraux. En exerçant ses fonctions directoriales, le Conseil fédéral doit donc se conformer à ces actes législatifs. La condition ici posée vaut obligation de se conformer et non pas interdiction d'agir; elle permet au Conseil fédéral d'agir, même en l'absence de base légale expresse. La législation ne permet pas, en effet, de saisir la fonction directoriale dans tous ses aspects (p. ex. temporels ou thématiques). Pour être assumée avec efficacité, celle-ci suppose d'autres di-

mensions. Au titre des tâches gouvernementales, la loi sur l'organisation de l'administration (RS 172.010), de même que le projet de loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (FF 1993 III 1152) énumèrent les activités suivantes: la planification périodique (grandes lignes de la politique gouvernementale) et sa mise en oeuvre, les appréciations constantes de la situation, la fixation des objectifs, la coordination à l'échelon gouvernemental.

Le *2e alinéa* fait obligation au Conseil fédéral d'informer le public sur son activité dans la mesure où des intérêts publics ou privés prépondérants ne s'y opposent pas. Actuellement déjà, le gouvernement et l'administration doivent renseigner le public sur les objectifs, les bases de décision et les résultats de leurs activités (cf. art. 8 LOA). L'information doit être donnée à temps et de façon complète. La teneur de cette disposition met l'accent sur l'obligation faite au Conseil fédéral d'assurer la transparence de ses activités; elle tient compte de l'importance croissante de l'information.

L'article 154, 1er alinéa, du projet s'inspire de l'article 102 Cst., en particulier de son chiffre 1. Afin d'en préciser la portée, le projet reprend le contenu de l'article 3 LOA. Sa teneur est très proche de la version adoptée par le Conseil national pour l'article 6 du projet de loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (FF 1993 III 1153). L'article 154, 2e alinéa, du projet correspond au libellé de l'article 97, lettre h, du projet de 1977.

#### Art. 155 Préparation des affaires parlementaires

L'article 155 du projet correspond aux articles 101 et 102, chiffres 4 et 5, Cst.

Le *1er alinéa*, en tant que disposition fondamentale, règle la procédure de consultation. Toute une série de dispositions constitutionnelles en vigueur prévoient que les cantons (et parfois les organisations intéressées) doivent être consultés lors de l'élaboration des dispositions d'exécution (cf. art. 22bis, 27ter, 27quater, 27quinquies, 32, 34ter, 34sexies et 45bis Cst.). Mais la Constitution fédérale ne prévoit pas un droit général d'être consulté. Les détails relatifs à la procédure de consultation sont réglés dans l'ordonnance du 17 juin 1991 sur la procédure de consultation (RS 172.062).

Le principe général inscrit au 1er alinéa se substitue à un droit d'être consulté qui n'était jusqu'ici garanti que de cas en cas. Le droit d'être consulté est de règle, même s'il peut comporter des exceptions. Cette disposition permet, en particulier, de maintenir la possibilité de simplifier la procédure de consultation et, le cas échéant, de redimensionner son champ d'application en limitant le nombre des consultations et le cercle des milieux consultés.

Il appartiendra à la législation de préciser les modalités de la procédure de consultation, dont en particulier l'actuelle garantie du droit d'être consulté.

Selon le *2e alinéa*, le Conseil fédéral soumet à l'Assemblée fédérale des projets de révision de la Constitution, de lois et d'arrêtés fédéraux. Il s'agit là d'une des normes fondamentales qui déterminent notre système de gouvernement. Cette disposition confère au Conseil fédéral un droit global

et étendu de participer à l'élaboration de la législation. Le Conseil fédéral peut soumettre des projets de lois et d'arrêtés, en agissant de son propre chef ou à la suite d'interventions parlementaires (motion, postulat; art. 22 s. LREC, RS 171.11).

L'élaboration d'un projet de loi se déroule pour l'essentiel au sein de l'administration. Mais il appartient au gouvernement de fixer à l'administration les buts et le cadre du projet envisagé et de prendre les décisions intermédiaires qui s'imposent durant son élaboration.

Si la préparation de la législation n'est pas de la compétence exclusive du Conseil fédéral (cf. p. ex. l'initiative parlementaire), elle est toutefois impossible, tant juridiquement (cf. art. 21quater, 4e al., et 65bis ss LREC) que sur le plan politique, sans le concours du Conseil fédéral.

Les préavis que le Conseil fédéral est appelé à donner à l'Assemblée fédérale ou aux cantons (cf. art. 102, ch. 4, Cst.) trouvent concrètement et en premier lieu leur expression dans les rapports sur les initiatives parlementaires et dans les messages concernant les initiatives populaires. La pratique autorise le Conseil fédéral à se prononcer sur tous les objets parlementaires de quelque importance. Le Conseil fédéral est plus rarement appelé à donner avis à l'adresse des cantons; il s'agit alors le plus souvent de consultations informelles.

Le 3e alinéa confère aux membres du gouvernement, ainsi qu'au chancelier de la Confédération le droit de participer aux débats parlementaires, d'y prendre la parole et d'y faire des propositions. Les deux pouvoirs ont ainsi la possibilité de dialoguer directement et de coopérer. Le droit de participer aux débats parlementaires implique aussi l'obligation d'y assister. La Constitution ne précise pas combien de membres du Conseil fédéral ni lesquels doivent être présents. Les détails de cette participation sont réglés par les articles 65bis ss LREC.

Le droit de faire des propositions dont il est question ici doit être distingué du droit de proposition ou d'initiative appartenant au collège gouvernemental, qui sont ancrés au 2e alinéa et à l'article 102, chiffre 4, Cst. Il n'autorise pas à présenter de nouveaux thèmes lors des débats parlementaires, mais seulement à intervenir sur des objets en cours d'examen. Chaque membre du Conseil fédéral a la possibilité d'intervenir dans les délibérations en fonction de la situation et de proposer de nouvelles solutions. Lorsqu'ils exercent leur droit de faire des propositions, les membres du Conseil fédéral demeurent liés par le principe de la collégialité: leurs interventions ne peuvent aller à l'encontre de la volonté du collège gouvernemental mais elles doivent en respecter le sens et l'esprit.

L'article 155 du projet correspond à l'article 101, ainsi qu'à l'article 102, chiffres 4 et 5, Cst. Le 1er alinéa est identique à l'article 68, 1er alinéa, du projet de 1977 et à l'article 68, 1er alinéa, du projet DFJP; il établit une synthèse entre l'article 69, 1er alinéa, du projet de 1977 et l'article 64, 1er alinéa, de la Constitution du canton de Berne. Le remplacement des dispositions ponctuelles sur le droit d'être consulté, qui figurent dans la Constitution fédérale actuelle, par une norme générale se justifie pour les raisons suivantes: d'une part, il n'est pas possible de légiférer sans tenir compte des réalités sociales, économiques et politiques; d'autre part, il



importe de trouver autant que possible un consensus sur la matière à régler par voie de législation, si l'on entend faire de bonnes lois. La procédure de consultation est donc politiquement incontournable. Le droit du chancelier de la Confédération de prendre la parole ou de faire des propositions lors des débats parlementaires n'est pas réglé expressément dans la Constitution fédérale actuelle; toutefois, selon l'article 65quater LREC, celui-ci présente les affaires de la Chancellerie tant dans les commissions parlementaires que dans les séances des conseils.

Transition de la Constitution actuelle au projet: les dispositions constitutionnelles ponctuelles qui garantissent le droit d'être consulté (cf. 1er al.) devront être reprises à l'échelon de la loi.

#### Art. 156 Compétences législatives et d'exécution

L'article 156 du projet correspond à l'article 102, chiffres 4 et 5, Cst.

L'*alinéa 1* confère au Conseil fédéral la compétence d'édicter des règles de droit en la forme d'ordonnances dans la mesure où il y est autorisé par la Constitution fédérale ou la loi. Il s'agit, d'une manière générale, du pouvoir qu'a le Conseil fédéral d'adopter des dispositions législatives. En fonction de leur fondement juridique, il convient de distinguer entre les ordonnances indépendantes qui trouvent leur fondement directement dans la Constitution (cf. p. ex. art. 36sexies, al. 2, Cst., art. 61, al. 2, du projet) et les ordonnances dépendantes, qui se basent - comme dans la plupart des cas - sur une délégation de compétence prévue par la loi ou un arrêté fédéral de portée générale (ou sur une sous-délégation de compétence conférée par une ordonnance). Comptent au nombre des ordonnances indépendantes du Conseil fédéral notamment les ordonnances d'exécution et les ordonnances administratives (cf. al. 2), ainsi que les ordonnances destinées à protéger la sécurité intérieure et extérieure (cf. art. 159, al. 3, du projet). Mais, le plus souvent, ce sont des dispositions légales qui confèrent au Conseil fédéral la compétence d'édicter, en lieu et place du législateur, des normes législatives qui vont au-delà d'une simple réglementation d'exécution (en ce qui concerne les exigences posées par la pratique des autorités et la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de délégation législative, cf. l'exposé des motifs de l'art. 141, al. 2, du projet).

L'*alinéa 2, 1ère phrase*, attribue au Conseil fédéral la compétence d'exécuter les lois, les arrêtés de l'Assemblée fédérale et les décisions des tribunaux. L'exécution comporte tout d'abord l'application extrajudiciaire du droit (application dans un cas particulier concret d'une norme juridique générale abstraite), mais aussi d'autres activités étatiques qui ne se limitent pas à la seule application du droit (actes matériels, usage du pouvoir d'appréciation, législation d'exécution, actes administratifs de coopération informelle). Pour ce qui concerne les décisions des tribunaux, l'application est synonyme d'exécution de la sentence judiciaire. La loi confie le plus souvent aux cantons l'exécution des arrêts du Tribunal fédéral (loi d'organisation judiciaire, RS 173.110). En cas d'exécution imparfaite, le recours au Conseil fédéral est possible. Ce dernier peut aussi intervenir d'office en pareil cas dans le cadre de la haute surveillance prévue à l'article 102, chiffre 2, Cst. (cf. art. 160 du projet). Dans certains domaines juridiques

(poursuite pour dettes et faillite), le Tribunal fédéral fait office d'autorité de recours.

L'*alinéa 2, 2e phrase*, charge le Conseil fédéral d'édicter les dispositions d'exécution nécessaires; cette disposition constitue ainsi la base constitutionnelle pour la promulgation d'ordonnances administratives et d'exécution. Ce genre d'ordonnance a pour but de rendre applicables les normes légales en les complétant par des dispositions de détail, de manière à garantir la sécurité juridique et l'égalité de traitement dans l'exécution. Il se situe à un degré intermédiaire entre la loi (générale et abstraite) et l'acte d'application au cas d'espèce (individuel et concret). L'ordonnance d'exécution s'adresse à l'ensemble de la communauté. En revanche l'ordonnance administrative ne déploie que des effets internes à l'administration: c'est une instruction destinée aux autorités administratives. Dans un Etat moderne appelé à fournir des performances de haut niveau, la compétence du Conseil fédéral en matière d'exécution englobe aussi bien le contrôle des résultats que l'analyse de l'efficacité des mesures appliquées. S'y ajoute la mise en vigueur des actes législatifs, si ceux-ci sont muets sur ce point.

L'article 156, alinéa 1, 1ère phrase, du projet reprend l'article 102, chiffres 4 et 5, Cst., dont il présente une nouvelle teneur rédactionnelle. L'alinéa 1 crée une nouvelle base constitutionnelle attribuant expressément au Conseil fédéral la compétence d'édicter des règles de droit sous la forme d'ordonnances, conformément à un principe bien ancré dans le droit constitutionnel matériel. L'alinéa 2, 2e phrase, confirme expressément la compétence reconnue implicitement au Conseil fédéral par l'article 102, chiffre 5, Cst. d'édicter des ordonnances d'exécution. En revanche, l'article 156, alinéa 2, du projet n'a pas repris la compétence relative à l'exécution des transactions et des sentences arbitrales sur les différends entre cantons prévue à l'article 102, chiffre 5, Cst.; celle-ci n'a plus qu'une valeur historique.

#### **Art. 157**

##### **Compétence financière**

L'article 157 du projet correspond à l'article 102, chiffre 14, Cst.

Cette disposition charge le Conseil fédéral d'établir le plan financier, un projet de budget et le compte d'Etat, ainsi que de veiller à une gestion financière correcte. La Constitution autorise une certaine décentralisation de l'administration des finances pour certains services autonomes (p. ex. les PTT, les CFF, la CNA), sans priver toutefois le Conseil fédéral de ses prérogatives en matière de surveillance et de direction. L'étroite collaboration entre le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale trouve spécialement son expression dans le domaine financier. L'article 157 du projet est une norme complémentaire, qui fait pendant à la compétence financière de l'Assemblée fédérale (cf. art. 144 du projet). Le Conseil fédéral prend l'initiative et conduit la politique budgétaire (dont les effets pratiques imprègnent l'ensemble de la politique financière). Il lui incombe, en vertu de la Constitution, d'élaborer le projet du budget, qui est adopté par l'Assemblée fédérale, sans que cette dernière soit liée par les propositions du gouvernement. Le Conseil fédéral est également compétent pour établir le

compte d'Etat, qu'il doit présenter à l'Assemblée fédérale pour approbation. A l'instar de la fonction qu'il exerce dans la conduite de la politique, le Conseil fédéral peut utiliser ses prérogatives dans le domaine financier comme un instrument de gestion administrative (répartition des moyens financiers).

La loi (en particulier, la loi sur les finances de la Confédération, RS 611.0) et le droit qui en découle déterminent dans une large mesure la pratique budgétaire. Outre le budget (annuel), la pratique a introduit le plan financier pluriannuel, qui est lié à la planification des dépenses (lignes directrices de la politique gouvernementale). Le tout répond ainsi aux exigences d'un Etat moderne en matière de planification. Le plan financier pluriannuel entre dans la notion de budget au sens de l'article 102, chiffre 14, Cst.

L'article 157 du projet correspond à l'article 102, chiffre 14, Cst., dont il présente une nouvelle teneur rédactionnelle. Il ancre dans la Constitution le nouvel instrument du plan financier, issu de la pratique.

#### **Art. 158 Relations avec l'étranger**

L'article 158 du projet correspond à l'article 102, chiffre 8, Cst.

L'*alinéa 1* confie au Conseil fédéral la charge des affaires étrangères (pour la représentation de la Suisse à l'extérieur, cf. art. 148, al. 2, du projet). Les tâches essentielles du Conseil fédéral en matière de politique extérieure sont notamment les suivantes: négocier, conclure, signer, ratifier et dénoncer les traités internationaux; élaborer et adopter des mandats pour les conférences internationales; déléguer des représentants auprès d'organisations internationales en leur donnant des instructions; conclure et rompre les relations diplomatiques; émettre des déclarations unilatérales ayant une portée juridique (p. ex. reconnaissance d'un Etat) ou politique (p. ex. documents CSCE); prendre des sanctions; protéger les intérêts de la Confédération (en particulier par le biais des représentations consulaires et diplomatiques); fournir des biens et des services. Le Conseil fédéral détermine en outre et coordonne l'objet et l'orientation de la politique extérieure suisse et s'occupe de sa réalisation. La conduite de la politique extérieure (appréciation de la situation, conception, prise d'initiatives, coordination, information) entre en principe dans les prérogatives de l'organe gouvernemental. En raison des compétences parallèles et superposées de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral, les deux pouvoirs sont appelés nécessairement à collaborer, mais, selon la conception inhérente au droit constitutionnel, il appartient au Conseil fédéral d'assumer la plus grande partie des activités (opérationnelles) dans le domaine de la politique extérieure (cf. art. 143 et 147, al. 1, let. a, du projet).

L'*alinéa 1*, en liaison avec l'article 156 du projet, autorise en outre le Conseil fédéral à édicter des ordonnances indépendantes (basées directement sur la Constitution; voir plus haut). Leur contenu n'est pas limité à des réglementations de police, mais peut avoir aussi pour objet des affaires ressortissant à la politique extérieure.

L'*alinéa 2* oblige en principe le Conseil fédéral à soumettre les traités internationaux à l'approbation de l'Assemblée fédérale. Selon la pratique des autorités, il n'est pas nécessaire de soumettre chaque traité particulier à la

procédure d'approbation du parlement, qui prend beaucoup d'énergie et de temps (cf. à ce sujet l'art. 143 du projet). La formule retenue à l'article 158, alinéa 2, entend rendre compte de la pratique actuelle des autorités fédérales. Cette pratique est exposée dans une publication commune de la Direction du droit international public et de l'Office fédéral de la justice, dont le Conseil fédéral a pris connaissance, en l'approuvant, le 14 décembre 1987 (JAAC 51 [1987] no 58, p. 369 ss). La compétence du Conseil fédéral de conclure seul des traités internationaux dans certains cas y est expressément reconnue. Plus de 80 % des traités conclus selon la procédure simplifiée sont basés sur une clause d'autorisation. Dans la pratique, les traités provisoires ou urgents sont rares - la plupart des exemples concernent des accords économiques -, et dans tous les cas la procédure ordinaire d'approbation parlementaire est réservée. La conclusion de traités d'importance mineure fait l'objet d'une communication à l'Assemblée fédérale dans le rapport de gestion; celle-ci peut alors décider de prendre acte de cette communication ou de demander l'ouverture d'une procédure ordinaire d'approbation. Si elle refuse d'approuver un traité, le Conseil fédéral est tenu de le dénoncer. Afin d'éviter les problèmes pratiques qui peuvent résulter du refus d'approbation, les traités d'importance mineure ne sont conclus selon la procédure simplifiée que s'ils peuvent être dénoncés à court terme; cela s'est produit à 22 reprises au total jusqu'à fin 1994.

Le pouvoir du Conseil fédéral de conclure des traités (alinéa 2), de même que celui de conduire les affaires étrangères (alinéa 1) font que le Conseil fédéral est aussi compétent pour mettre en vigueur provisoirement des conventions internationales pour des raisons d'urgence.

Le Conseil fédéral est autorisé à sous-déléguer la compétence de conclure des traités aux départements ou à des offices fédéraux; en pareils cas, les restrictions apportées par le Tribunal fédéral en droit interne sont applicables par analogie.

L'article 158 du projet est en étroite corrélation avec l'article 102, chiffre 8, Cst. L'alinéa 2, qui correspond à la proposition de la Commission Aubert, codifie la pratique actuelle qui permet au Conseil fédéral de conclure seul certains traités. La question de savoir si l'inscription dans la Constitution de la pratique actuelle peut être opposée avec des chances de succès à un Etat contractant étranger reste ouverte (cf. art. 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités [RS O.111], ainsi que ATF 120 Ib 360, cons. 2); sa solution permettrait de clarifier le droit interne.

#### **Art. 159 Sécurité intérieure et extérieure**

L'article 159 du projet correspond à l'article 102, chiffres 8, 9, 10 et 11, Cst.

L'*alinéa 1* charge le Conseil fédéral de veiller à la sécurité extérieure, ainsi qu'au maintien de l'indépendance et de la neutralité de la Suisse. A l'instar de l'article 102 Cst., l'alinéa 1 instaure une compétence parallèle à celle de l'Assemblée fédérale. Le Conseil fédéral ne peut exercer son attribution que si le parlement n'a pas fait usage de la sienne (cf. à propos de l'art. 85, ch. 6, Cst. l'exposé des motifs de l'art. 147, al. 1, let. a, du projet).



L'*alinéa 2* charge le Conseil fédéral de veiller à la sécurité interne du pays. Pour la notion de "sécurité intérieure" et le partage des compétences entre la Confédération et les cantons, de même qu'entre le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale, nous renvoyons à l'exposé des motifs de l'article 147, alinéa 1, lettre b, du projet.

L'*alinéa 3* crée une base juridique pour les ordonnances qui s'appuient directement sur la Constitution et pour les décisions du Conseil fédéral dans le domaine de la sécurité intérieure et extérieure, lorsque des circonstances extraordinaires justifient de telles mesures. La doctrine, se fondant sur une conception stricte du principe de la légalité, réclame que de telles ordonnances n'aient qu'un caractère temporaire ou qu'elles soient limitées dans le temps. La pratique a généralement suivi cette conception; dès lors, les ordonnances qui se fondent sur l'*alinéa 3* perdent leur assise constitutionnelle dès l'instant où cessent les circonstances exceptionnelles qui ont justifié leur adoption, et elles doivent être abolies.

L'*alinéa 3* n'offre, pas plus que l'article 102, chiffre 10, Cst., une base constitutionnelle pour le droit de nécessité. Il n'autorise en aucune façon le Conseil fédéral à déroger à la Constitution en cas de nécessité. De telles situations nécessitent une réglementation spécifique, en marge du droit constitutionnel ordinaire, ainsi qu'un fondement légitime.

L'*alinéa 4* autorise le Conseil fédéral à mettre sur pied l'armée dans les cas d'urgence, si l'Assemblée fédérale n'est pas réunie. Cette compétence du Conseil fédéral est subsidiaire et devient provisoire selon le nombre de troupes levées et la durée de mobilisation (cf. art. 147, al. 1, let. d, du projet). En liaison avec cette dernière disposition, l'*alinéa 4* fournit aussi des indications sur le statut du général en tant que commandant en chef de l'armée: il ne jouit d'aucune hégémonie vis-à-vis du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale et doit céder le pas au politique.

L'article 159 du projet correspond à l'article 102, chiffres 8, 9, 10 et 11 Cst., dont il présente une nouvelle version rédactionnelle; l'*alinéa 4* a une teneur très proche de celle de l'article 77, alinéa 3, de la loi sur l'armée et l'administration militaire (FF 1995 I 655). L'article 159, alinéa 3, du projet autorise expressément le Conseil fédéral à édicter des ordonnances basées directement sur la Constitution et à prendre des décisions dans le domaine de la sécurité intérieure et extérieure si des circonstances exceptionnelles l'exigent. Selon la doctrine dominante, cette dernière compétence représente du droit constitutionnel matériel.

#### **Art. 160 Relations entre la Confédération et les cantons**

L'article 160 du projet correspond à l'article 102, chiffres 2, 3, 7, 8 et 13, Cst.

Le *1er alinéa* règle les compétences du Conseil fédéral par rapport aux cantons. Il lui appartient d'entretenir les relations entre la Confédération et les cantons. Il incarne le gouvernement de la Confédération (cf. art. 148 du projet). En cette qualité, il représente la Confédération dans les rapports officiels avec les cantons. De plus, il exerce la haute surveillance sur ces derniers. Il veille à ce que l'ensemble du droit fédéral et le droit inter-cantonal soient respectés dans les cantons (cf. art. 35, 2e al., 1ère partie

de la phrase, du projet). Il prend d'office ou sur plainte les mesures nécessaires à cet effet (cf. art. 102, ch. 2, Cst.). Les cantons doivent respecter le droit fédéral, même dans l'exercice de leurs domaines de compétences propres. La surveillance du Conseil fédéral s'étend à tous les actes cantonaux (actes législatifs, décisions, activités ou inaction de l'administration, etc.). Le Conseil fédéral doit en particulier veiller à la garantie des constitutions cantonales. Il doit s'assurer que les cantons demandent cette garantie; une fois celle-ci accordée, il doit s'assurer que les cantons observent l'article 38, 1er alinéa, du projet (voir cette disposition). Dans la mesure où les articles 38 et 39 du projet concernent le droit constitutionnel cantonal, la garantie de celui-ci fait également partie des obligations prévues par l'article 160, 1er alinéa, du projet. L'octroi de la garantie porte sur l'ensemble du droit constitutionnel cantonal.

Selon la pratique, la compétence de surveillance du Conseil fédéral cesse dès l'instant où les parties à une procédure ont la possibilité de porter des actes de souveraineté cantonale devant le Tribunal fédéral (cf. aussi la réserve prévue à l'art. 102, 2e al., Cst. concernant les attributions du Tribunal fédéral). Lorsqu'un intérêt public important est en jeu, le Conseil fédéral peut néanmoins exercer la surveillance fédérale dans les cas où une partie à une procédure renonce - bien qu'elle en ait juridiquement la possibilité - à utiliser la voie du recours au Tribunal fédéral; il peut également le faire dans les cas rares où son intervention se justifie pour assurer le respect du droit fédéral, quand bien même le Tribunal fédéral est saisi. Les violations du droit intercantonal étant toutes susceptibles d'être portées devant le Tribunal fédéral, la surveillance du Conseil fédéral dans ce domaine se limite à l'exécution des arrêts du Tribunal fédéral.

Le Conseil fédéral dispose d'un pouvoir d'appréciation dans l'exercice de la surveillance fédérale. Il est lié par le principe de la proportionnalité, l'intérêt public et des considérations d'ordre politique. Dans la pratique, les moyens de surveillance mis en oeuvre vont des contacts informels jusqu'aux mesures coercitives telles que la rétention de moyens financiers ou l'exécution d'office (en l'absence d'une base légale expresse) (cf. aussi l'art. 35, 2e al., 2e partie de la phrase, du projet), en passant par les circulaires et l'approbation d'actes législatifs.

Selon le 2e alinéa, le Conseil fédéral approuve les actes législatifs des cantons qui ne sont pas de rang constitutionnel lorsque l'exécution du droit fédéral l'exige. Cette approbation va de soi dans les cas où les cantons appliquent le droit fédéral. A la différence de l'article 102, chiffre 13, 1ère partie de la phrase, Cst., la teneur de l'article 160, 2e alinéa, du projet indique clairement que la Confédération n'est pas libre d'imposer son approbation dans le champ des compétences originaires des cantons (pour un cas spécial, cf. art. 42 du projet).

Le 3e alinéa attribue au Conseil fédéral l'examen des conventions que les cantons passent entre eux ou avec des Etats étrangers. Le Conseil fédéral approuve ces conventions sous réserve des compétences attribuées à l'Assemblée fédérale (cf. art. 147, 1er al., let. e, du projet). Sur le fond, ces conventions doivent satisfaire aux exigences de l'article 34, 3e alinéa, ou de l'article 45, 2e alinéa, du projet. La procédure d'approbation relative

aux actes législatifs cantonaux et aux conventions intercantionales est réglée par la loi (cf. art. 7a LOA, RS 172.010).

L'article 160 du projet correspond à l'article 102, chiffres 2, 3, 7, 8 et 13, Cst.: il rassemble ces chiffres en une seule disposition et les ordonne systématiquement: le 1er alinéa règle les rapports et la surveillance; le 2e alinéa, l'approbation des actes législatifs cantonaux; le 3e alinéa, les conventions des cantons.

A titre d'innovation, on pourrait *ajouter* à cette disposition un *4e alinéa* ayant la teneur suivante: "Il garantit les constitutions cantonales" (cf. aussi l'innovation proposée à l'art. 147, 1er al., let. e, du projet). Dès lors, le Conseil fédéral serait compétent pour donner son approbation dans tous les cas non litigieux, soit en règle générale.

#### **Art. 161      Autres tâches et compétences**

L'article 161 du projet correspond au préambule, aux chiffres 2, 3, 6, 11, 15 et 16 de l'article 102 Cst., ainsi qu'à l'article 103, alinéas 2 et 3, Cst.

Selon l'*alinéa 1, lettre a*, le Conseil fédéral veille à ce que le droit fédéral dans son ensemble, le droit intercantonal (conventions) et le droit constitutionnel cantonal soient respectés dans les cantons; il prend les mesures nécessaires à cet effet. Etant donné que cette question est en étroite corrélation avec la haute surveillance exercée par la Confédération sur les cantons, on peut renvoyer pour plus de détails à l'exposé des motifs de l'article 160, alinéa 1, du projet.

Selon l'*alinéa 1, lettre b*, le Conseil fédéral surveille l'administration fédérale et les autres organes chargés d'assumer des tâches fédérales. Le Conseil fédéral assume ainsi (en tant que collègue) la direction faîtière de l'administration. Sa fonction d'organe supérieur de l'administration (cf. art. 152 du projet) s'exprime dans son rôle directorial et dans les décisions qu'il est appelé effectivement à prendre. Il exerce une surveillance constante et systématique sur l'administration. La surveillance dont il s'agit ne se contente pas d'un simple contrôle subsidiaire: elle s'étend à l'ensemble du domaine de gestion de l'administration. De ce fait, le Conseil fédéral dispose de prérogatives étendues pour émettre des instructions, effectuer des contrôles et procéder à des interventions. Il exerce également une surveillance appropriée sur les organes extérieurs à l'administration fédérale qui sont chargés d'assumer des tâches fédérales. Il répond du fait que l'administration exécute ses activités selon les principes de la légalité, de l'efficacité et de la rentabilité (cf. art. 4 LOA, RS 172.010, et art. 3 et 8 du projet de loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, FF 1993 III 1152 s.).

Selon le l'*alinéa 1, lettre c*, le Conseil fédéral rend compte régulièrement de sa gestion et de la situation du pays à l'Assemblée fédérale. La lettre c poursuit un double objectif: permettre d'une part au parlement d'exercer sa haute surveillance (cf. art. 85, ch. 11, Cst., art. 146 du projet) et favoriser, d'autre part, la collaboration entre le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale pour ce qui est de la conduite des affaires de l'Etat.

La pratique des autorités admet que le Conseil fédéral rende compte de son activité en présentant son rapport annuel de gestion. Elle ignore en revanche la rédaction d'un rapport formel sur "la situation du pays". Néanmoins, ce passage du texte doit être compris comme un élément important du droit constitutionnel, parce qu'il souligne la fonction gouvernementale du Conseil fédéral (cf. l'exposé des motifs de l'art. 154 du projet, art. 3, al. 1, let. a, LOA et art. 6, al. 1, du projet de loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration). L'alinéa 1, lettre c, contient ainsi un élément d'ouverture vers l'avenir (cf. aussi art. 102, ch. 16, Cst.: "... recommande les mesures qu'il croit utiles à l'accroissement ..."). Sur le fond, cette disposition vise plus particulièrement la planification politique (lignes directrices de la politique gouvernementale). Aux termes de l'article 102, chiffre 16, Cst., le Conseil fédéral doit rendre compte de sa gestion à l'Assemblée fédérale "à chaque session ordinaire". La pratique entend par là que le Conseil fédéral doit présenter un rapport chaque année. La périodicité du rapport est suffisamment garantie par l'article 45 LREC (RS 171.11). En renonçant à fixer un délai à l'article 161, alinéa 1, lettre c, du projet, l'on permet au parlement d'adapter aux circonstances le rythme et la date du rapport par une modification de la LREC. Cette innovation correspond également à l'initiative parlementaire de la Commission des institutions politiques du Conseil national ad article 102, chiffre 16, Cst. (FF 1995 I 1113, 1143 s.).

L'*alinéa 1, lettre d*, accorde une compétence subsidiaire au Conseil fédéral: celui-ci procède aux nominations qui ne relèvent pas d'une autre autorité. La Constitution accorde des compétences en matière d'élection ou de nomination à d'autres organes soit directement (cf. p. ex. art. 85, ch. 4, al. 1, Cst., art. 145 du projet), soit en confiant ce soin au législateur (cf. p. ex. art. 85, ch. 1 et 4, al. 2, Cst., art. 145, al. 2, du projet). Le Conseil fédéral peut déléguer sa compétence en la matière, tout en conservant les nominations aux postes importants. L'engagement des cadres de direction appropriés aux postes clés de l'administration fait partie de ses attributions en tant que gouvernement. La législation (statuts des agents fédéraux) a réglé la matière de manière différenciée.

L'*alinéa 1, lettre e*, fait obligation au Conseil fédéral de traiter des recours dans les cas prévus par la loi. Le Conseil fédéral est compétent dans tous les domaines que la loi soustrait expressément à la compétence du Tribunal fédéral (cf. art. 163, al. 2, mais aussi 164, al. 1, du projet). Cette attribution de compétence vaut également dans les cas où le traitement de certaines affaires est confié à des départements ou à d'autres unités administratives (cf. art. 151, al. 3, du projet; pour ce qui concerne la surveillance fédérale, cf. en outre l'exposé des motifs de l'art. 160, al. 1, du projet).

La loi (loi sur la procédure administrative [RS 172.021], loi sur l'organisation judiciaire [RS 173.110], lois spéciales) définit comme suit la compétence juridictionnelle du Conseil fédéral: il se prononce en dernière instance sur les recours contre des décisions fondées sur le droit administratif fédéral, qui ne peuvent pas faire l'objet d'un recours de droit administratif au Tribunal fédéral ou d'un recours devant une commission fédérale de recours et qui ne sont pas définitives en vertu d'une loi fédérale. Outre les



recours administratifs, le Conseil fédéral tranche les recours qui ont le caractère de recours de droit public mais qui ne peuvent pas être soumis au Tribunal fédéral (cf. art. 73, al. 1, let. a et b, LPA). Les décisions du Conseil fédéral sur recours sont définitives; font exception les quelques rares cas qui peuvent être portés devant l'Assemblée fédérale (cf. art. 79 LPA; cf. l'exposé des motifs de l'art. 147 du projet). Avec l'introduction de la juridiction administrative et son développement constant, le pouvoir du Conseil fédéral en matière de justice administrative (cf. art. 114bis Cst., art. 164, al. 1, du projet) a perdu considérablement de son importance. Le besoin d'une protection juridique accrue garantie par des autorités indépendantes et impartiales, mais aussi la nécessité de décharger le Conseil fédéral de ses tâches non gouvernementales, a favorisé le développement de la juridiction administrative.

En vertu de l'*alinéa 2*, la loi peut attribuer d'autres tâches et compétences au Conseil fédéral (cf. préambule de l'art. 102 Cst.). La réglementation des compétences dans le projet n'est pas exhaustive. Des normes non constitutionnelles (lois fédérales, arrêtés fédéraux de portée générale, ordonnances [moyennant une délégation correspondante]) peuvent attribuer d'autres compétences au Conseil fédéral. Ce dernier exerce ses attributions "dans les limites de la présente Constitution" (cf. préambule de l'art. 102 Cst.). Constituent de telles limites le principe de la séparation des pouvoirs, les impératifs contenus dans d'autres dispositions de la Constitution ou la répartition des compétences au niveau de l'Etat fédéral.

L'article 161 du projet rassemble en une disposition le préambule et les chiffres 2, 3, 6, 11, 15 et 16 de l'article 102 Cst., ainsi que l'article 103, alinéas 2 et 3, Cst. Il en offre une nouvelle version rédactionnelle. L'*alinéa 1*, lettre c, est très proche de la teneur proposée par l'initiative parlementaire de la Commission des institutions politiques du Conseil national ad article 102, chiffre 16, Cst. (FF 1995 I 1113, 1143 s.).

## Chapitre 4: Tribunal fédéral

### Art. 162 Rôle du Tribunal fédéral

L'article 162 du projet correspond aux articles 106, 1<sup>er</sup> alinéa, 107 et 109 Cst.

Cette disposition institue un Tribunal fédéral pour rendre la justice dans les domaines de la Confédération. En tant que tribunal ordinaire et suprême de la Confédération, celui-ci est compétent en matière civile, pénale, administrative et constitutionnelle (le Tribunal fédéral des assurances est une section du Tribunal fédéral, jouissant d'une organisation autonome). Le Tribunal fédéral constitue le troisième pouvoir de la Confédération (principe de la séparation des pouvoirs). Le Tribunal fédéral n'est pas la seule autorité qui rende la justice au niveau de la Confédération. Tant l'Assemblée fédérale que le Conseil fédéral exercent des fonctions judiciaires. De plus, dans certains domaines du droit administratif fédéral, il existe des juridictions administratives spéciales, appelées commissions fédérales de recours, qui tranchent en première instance les affaires qui relèvent de leur ressort. En règle générale, leurs décisions peuvent faire l'objet d'un recours de droit administratif au Tribunal fédéral. Enfin, les tri-

bunaux militaires fédéraux sont compétents en matière de justice militaire. (En ce qui concerne l'indépendance des juges, cf. art. 24 du projet "Procédure judiciaire").

L'article 161, 1er alinéa, du projet reprend par analogie les articles 108 du projet de 1977 et 124 du projet DFJP.

La question des trois langues officielles est réglée à suffisance de droit dans l'OJ (art. 1er, 2e al.).

#### **Art. 163**      **Juridiction constitutionnelle**

L'art. 163 correspond à l'art. 113, al. 1 et 2 Cst et à la jurisprudence du Tribunal fédéral.

L'art. 163 traite de la juridiction constitutionnelle du Tribunal fédéral. Cette disposition protège le particulier contre les abus de l'Etat en lui permettant de se plaindre auprès d'un tribunal indépendant d'une atteinte à ses droits constitutionnels, de même que de la violation d'un concordat ou d'un traité international. Cet article permet en outre de vider les litiges entre collectivités publiques (litiges opposant la Confédération à un canton ou opposant les cantons entre eux).

L'art. 163 confère au citoyen, comme l'art. 113 Cst, un droit constitutionnel en matière de protection juridique et de voies de droit. Ce droit n'est toutefois pas absolu, car le 2e alinéa permet au législateur d'exclure le recours au Tribunal fédéral et de confier à d'autres autorités de la Confédération le soin de juger les cas en question. Mais de telles exceptions doivent rester limitées et le législateur ne saurait exclure toute possibilité de recours au niveau fédéral après l'épuisement des voies de droit cantonales.

Le recours au juge constitutionnel n'est ouvert que pour se plaindre de violations tout à fait précises du droit. L'alinéa 1er énumère trois motifs de recours:

La lettre a permet de recourir au Tribunal fédéral pour violation des droits constitutionnels. La notion de droits constitutionnels n'est précisée ni par la constitution, ni par la législation. C'est donc au Tribunal fédéral qu'est laissé le soin de concrétiser ces droits. Ils peuvent être ancrés explicitement ou implicitement dans la Constitution fédérale, dans une constitution cantonale, dans la convention européenne des droits de l'homme ou dans un autre traité international. Seules des normes destinées à protéger des citoyens peuvent revêtir le caractère de droits constitutionnels, mais non des normes de nature programmatrice. On peut dire que les droits constitutionnels sont des droits que le citoyen peut faire valoir en justice, qui ne se rapportent pas exclusivement à des intérêts publics, mais aussi à des intérêts et à un besoin de protection individuels, et dont l'importance est telle qu'il s'impose de leur assurer la protection du juge constitutionnel. Il faut que la norme dont la violation est alléguée soit suffisamment précise et claire pour servir de base, dans un cas particulier, à une décision touchant des droits individuels. Le Tribunal fédéral a depuis longtemps reconnu aux communes le droit de recourir au juge constitutionnel pour faire valoir une violation de l'autonomie qui leur est accordée par le droit cantonal.

Le citoyen peut également faire recours pour violation d'une convention intercantonale ou d'un traité international, mais seulement lorsque la norme dont il est question confère directement des droits (lettre b).

La lettre c permet de soumettre au Tribunal fédéral des réclamations de droit public entre la Confédération et les cantons, de même qu'entre cantons.

Le 2e alinéa permet au législateur fédéral de confier aux autorités politiques de la Confédération ou à d'autres autorités judiciaires le jugement de certaines contestations qui relèveraient normalement du Tribunal fédéral au sens du 1er alinéa. Il appartient au législateur de déterminer quelles sont ces affaires. Actuellement, trois cas de violation des droits constitutionnels sont soumis à la juridiction de droit public des autorités politiques de la Confédération: le droit à l'équipement gratuit des soldats (art. 18, al. 3 Cst), le droit à l'instruction primaire gratuite et suffisante, ainsi qu'à la neutralité confessionnelle des écoles publiques (art. 27, al. 2 et 3 Cst), le droit à une sépulture décente (art. 53, al. 2 Cst).

L'art. 166 oblige le juge à se conformer aux lois et aux arrêtés de portée générale adoptés par l'Assemblée fédérale, ainsi qu'aux traités internationaux.

L'art. 163 s'inspire de l'art. 113, al. 1 et 2, Cst et du projet de Constitution de 1977 (art. 109).

#### **Art. 164**      **Juridiction civile, pénale et administrative**

L'art. 164 correspond aux art. 110, 111, 114 et 114bis (sans l'al. 3).

L'art. 164 délègue au législateur le soin de régler la juridiction du Tribunal fédéral dans les domaines autres que la juridiction constitutionnelle, c'est-à-dire en particulier dans les domaines du droit civil, du droit pénal et du droit administratif, en tant que ces domaines ne sont pas constitutionnellement réservés aux cantons. L'art. 164 permet d'assurer l'application uniforme du droit dans ces domaines. Cette disposition consacre, comme l'art. 114 Cst, le rôle essentiel du Tribunal fédéral comme instance supérieure de recours contre les décisions cantonales de dernière instance. Sur cette base, le législateur pourra régler l'ensemble des attributions du Tribunal fédéral dans les domaines du droit civil, du droit pénal et du droit administratif et, comme il l'a fait sur la base de l'art. 114 Cst, fixer des règles de procédure. En ce qui concerne plus particulièrement la juridiction administrative, cette disposition permet d'améliorer la protection juridique du citoyen face à l'administration, en lui ouvrant une possibilité de recours à une autorité extérieure à l'administration. Par ailleurs, elle permet de garantir que les autorités chargées d'appliquer le droit administratif respectent la loi.

Le 2e alinéa confère aux cantons le droit de soumettre à la juridiction administrative de la Confédération, sous réserve de l'approbation de l'Assemblée fédérale, des contestations relevant du droit administratif cantonal. L'approbation de l'Assemblée fédérale a un effet constitutif. Les cantons n'ont pas un droit à l'octroi de l'approbation. Le 2e alinéa pourrait être biffé et la question réglée au niveau de la loi.

Les termes de l'art. 164 s'inspirent du projet de Constitution de 1977 (art. 110).

#### **Art. 165 Assises fédérales**

L'art. 165 correspond à l'art. 112 Cst.

L'art. 165 soumet à la juridiction du Tribunal fédéral (Assises fédérales) certains actes délictueux ayant trait à la sécurité du pays, aux relations avec l'étranger, à la protection des intérêts de l'Etat fédéral, ainsi qu'à l'intégrité des organes de l'administration fédérale. Les Assises fédérales sont assistées d'un jury, chargé de statuer sur les faits. Le droit pour l'accusé d'être jugé par le Tribunal fédéral assisté d'un jury est garanti constitutionnellement dans les cas prévus aux lettres a à c. Du fait que l'art. 165 ne définit que de manière sommaire les infractions qui relèvent de la compétence des Assises fédérales, il incombe au législateur de les déterminer exactement (voir art. 341 CP: liste des crimes et délits soumis aux Assises fédérales).

L'art. 165 reprend pour l'essentiel les termes de l'art. 112 Cst. La terminologie de la lettre b s'inspire des art. 296ss CP.

Les procès devant les Assises fédérales sont extrêmement rares. Le dernier en date remonte à 1933. Cette disposition constitutionnelle peut être réglée au niveau de la loi, pour autant qu'elle se justifie encore.

#### **Art. 166 Droit applicable**

L'art. 166 correspond aux art. 113, al. 3 et 114bis, al. 3, Cst, ainsi qu'à la jurisprudence du Tribunal fédéral.

Pour que le pouvoir judiciaire ne s'élève pas au-dessus du pouvoir législatif, l'art. 166 oblige le juge à se conformer aux lois et aux arrêtés de portée générale adoptés par l'Assemblée fédérale, ainsi qu'aux traités internationaux. Ce principe vaut non seulement pour la juridiction constitutionnelle, mais étend ses effets également aux autres attributions du Tribunal fédéral, ainsi qu'à toutes les autorités chargées d'appliquer le droit. Il résulte a contrario de l'art. 166 que les actes législatifs fédéraux qui n'émanent pas de l'Assemblée fédérale échappent en principe à l'interdiction de contrôle. Néanmoins, si le contenu d'une ordonnance du Conseil fédéral est déterminé par une loi fédérale, il n'y a plus de place pour un contrôle du Tribunal fédéral, car ce serait remettre en cause indirectement une loi fédérale. En outre, ce sont tous les traités internationaux, donc également ceux qui sont conclus par le Conseil fédéral seul, qui sont immunisés contre le contrôle du Tribunal fédéral (ATF 120 Ib 360, c. 2)

L'art. 166 constitue une exception au principe général de la prééminence du droit de rang supérieur (art. 4, al. 1, du projet), puisque les autorités d'application du droit doivent faire prévaloir les lois fédérales, les arrêtés fédéraux de portée générale et les traités internationaux sur la Constitution fédérale. Selon la doctrine et la jurisprudence, la clause d'immunité vaut aussi à l'égard des règles générales du droit international et des actes unilatéraux des organisations internationales. Cet article ne règle, en revan-



che, pas les rapports réciproques entre les lois fédérales, les arrêtés fédéraux de portée générale et les traités internationaux. Ce dernier aspect obéit au principe général réglé à l'art. 4, al. 1, du projet.

L'art. 166 s'inspire des art. 113, al. 3 et 114bis, al. 3 Cst. L'extension du champ d'application de l'art. 166 à toutes les autorités chargées d'appliquer le droit correspond à la jurisprudence du Tribunal fédéral ainsi qu'à la doctrine unanime.

## **Titre 6: Revision de la Constitution fédérale et dispositions finales**

### **Chapitre premier: Revision**

#### **Art. 167 Principe**

L'alinéa 1er, qui reprend textuellement l'art. 118, al. 1er, Cst., pose le principe selon lequel la Constitution peut être révisée en tout temps et prévoit que la demande de revision peut porter sur la Constitution dans son entier ou sur des domaines particuliers. Selon la conception dominante, la distinction entre revision totale et revision partielle se fait sur la base de critères formels et matériels. L'étendue et le contenu de la revision sont déterminants. Du point de vue formel, il y a revision totale lorsque la Constitution en tant que telle est remplacée par une Constitution nouvelle, tandis qu'il y a revision partielle, lorsqu'un ou plusieurs articles ayant entre eux un lien de connexité matérielle sont modifiés, abrogés ou introduits dans la Constitution en vigueur. Du point de vue matériel, il y a revision totale lorsque les fondements de la Constitution sont modifiés, tandis qu'il y a revision partielle lorsque la modification porte sur des particularités s'inscrivant dans le cadre des structures et lignes directrices principales de la Constitution en vigueur.

Sur la question des limites matérielles à la revision de la Constitution, se référer au commentaire de l'art. 169 du projet (Revision partielle).

L'alinéa 2 s'inspire des art. 119, 121, al. 1er et 122, Cst. Il stipule que l'élaboration d'une Constitution entièrement révisée, ainsi qu'une revision partielle, suivent la même procédure que l'élaboration de la législation fédérale, pour autant que ni la Constitution fédérale, ni la loi, n'en décident autrement.

La Constitution même prévoit quelques dérogations à la procédure législative ordinaire. Les lois fédérales qui règlent la procédure en cas de revision constitutionnelle (loi fédérale sur les droits politiques, RS 161.1 et loi sur les rapports entre les conseils, RS 171.11) contiennent des dispositions prévues pour la revision partielle qui ne conviennent pas toujours à une revision totale. En raison des lacunes de la réglementation légale, les dispositions de procédure tirées par déduction analogique de la Constitution et de la loi s'appliquent également à la revision totale (cf. L. Wildhaber, in Commentaire de la Constitution fédérale, art. 119/120, no 31).

**Art. 168**      **Revision totale**

L'art. 168 du projet reprend l'art. 120 Cst. fédérale. Il en modifie uniquement la rédaction dans le sens d'une plus grande rigueur.

L'alinéa premier établit qu'une revision totale de la Constitution fédérale peut être demandée par le peuple, c'est-à-dire par 100 000 citoyens actifs, par l'Assemblée fédérale ainsi que par l'une des deux chambres.

L'alinéa 2 prévoit, pour renforcer la signification de la revision totale, une procédure supplémentaire: au cas où la demande de revision totale émane du peuple ou lorsque les deux chambres ne peuvent s'entendre sur sa réalisation, la question de savoir s'il faut entreprendre une revision totale doit être préalablement soumise au vote. Pour ce vote, seule la majorité du peuple est décisive. Si la majorité des votants s'exprime en faveur d'une revision totale, alors les deux chambres devront être renouvelées (al. 3). Par ce biais, on s'assure que seul un Parlement favorable à une revision effectue les travaux de revision totale de la Constitution fédérale. Si, par contre, la demande de revision totale émane de l'Assemblée fédérale, un vote préalable portant sur la question de savoir si une telle revision doit être entreprise n'est pas nécessaire.

**Art. 169**      **Revision partielle**

L'art. 169 du projet correspond à l'art. 121, alinéa 1 à 4 Cst.

Le premier alinéa règle le droit d'initiative en cas de revision partielle de la Constitution fédérale. L'Assemblée fédérale et le peuple disposent chacun du droit d'initiative; à la différence de la revision totale, ce droit n'appartient cependant pas à une seule chambre de l'Assemblée fédérale. En cas de revision partielle - comme en matière de revision totale - , 100 000 signatures valables sont nécessaires pour le dépôt d'une initiative populaire. L'initiative populaire en cas de revision partielle est réglée de manière détaillée au Chapitre 2, "Initiative et référendum", du Titre 4.

L'al. 2 fixe le principe de l'unité de la forme comme limite applicable à l'initiative populaire en cas de revision partielle. L'initiative populaire doit revêtir la forme d'une proposition conçue en termes généraux ou celle d'un projet rédigé de toutes pièces (voir le commentaire relatif à l'art. 117 du projet [Initiative populaire en vue de la revision partielle de la Constitution fédérale]).

L'al. 3 établit le principe de l'unité de la matière comme limite formelle à observer pour chaque revision partielle. Ce principe s'applique aussi bien à une initiative émanant du peuple qu'à une initiative émanant des autorités. L'art. 169 du projet reprend la précision prévue à l'art. 75, al. 2 de la LDP, selon laquelle un rapport intrinsèque doit exister entre les parties d'une initiative. Aussi longtemps qu'un lien de connexité suffisant subsiste entre les normes, une revision partielle peut comprendre plusieurs dispositions constitutionnelles; ce que prévoit expressément l'al. 4.

Le principe de l'unité de la matière cherche à garantir que les personnes disposant du droit de vote puissent effectivement manifester leur volonté en toute liberté et sans altération, que ce soit lors de la signature d'une initiative ou lors de la votation. On ne saurait par conséquent admettre de

réunir sous une seule proposition un ensemble arbitraire de plusieurs postulats différents dans le but d'atteindre le nombre de signatures exigé. Lors des votations, il faut également veiller à ne pas proposer au vote une même initiative réunissant plusieurs objets différents qui n'ont pas entre eux un rapport de connexité suffisant.

Le constituant et le législateur ont une conception très large du principe de l'unité de la matière. La pratique de l'Assemblée fédérale va également dans ce sens: elle défend une notion large de l'unité de la matière et n'est parvenu jusqu'à présent que dans un cas à conclure à une violation du principe de l'unité de la matière (voir la déclaration de nullité de l'initiative "contre la vie chère et l'inflation", FF 1977 II 477, 1977 III 947). A la suite des derniers développements, une pratique plus restrictive a vu cependant le jour (voir la décision du Conseil des Etats du 22 mars 1995 déclarant la nullité de l'initiative "pour moins de dépenses militaires et plus de politique de la paix").

Hormis les deux limites formelles que sont l'unité de la forme et l'unité de la matière, la Constitution fédérale ne fixe aucune limite matérielle à la revision constitutionnelle. La question de savoir s'il existe des limites matérielles non écrites en matière de la revision constitutionnelle a suscité dans la doctrine des réponses extrêmement controversées (voir L. Wildhaber, in Commentaire de la Constitution fédérale, art. 118, n<sup>os</sup> 23 ss., et les nombreuses références). Les autorités fédérales ont sur ce point une attitude réservée. Jusqu'à présent, seule l'inexécutabilité dans les faits d'une initiative était considérée comme une limite matérielle non écrite de la revision constitutionnelle (voir la déclaration de nullité de l'initiative Chevallier déposée en 1954, FF 1955 II 333 ss.), ce qui peut aller de soi. Cependant, la pratique la plus récente des autorités fédérales tend actuellement à accepter l'idée selon laquelle les normes contraignantes du droit international public, c'est-à-dire le jus cogens, doivent également être considérées comme une limite matérielle de la revision constitutionnelle (voir le message relatif à l'initiative "pour une politique d'asile raisonnable", FF 1994 III 1471ss.). Cette pratique est conforme à la doctrine dominante (voir ledit message, ch. 314.1). Les normes du droit international public auxquelles on reconnaît un caractère impératif ont valeur absolue compte tenu de leur importance pour l'ordre juridique international (p. ex. les interdictions de la torture, du génocide, de l'esclavage, les garanties de la CEDH auxquelles on ne peut déroger même en état de nécessité). Le jus cogens repose sur le droit international coutumier; cependant il peut également ressortir du droit conventionnel international. Il comprend des normes d'importance fondamentale auxquelles un Etat fondé sur le droit ne saurait se soustraire, même en dénonçant les traités internationaux qui les consacrent. Chaque Etat est tenu de respecter ces droits fondamentaux, qu'ils aient été consacrés ou non dans un traité international. D'après la pratique la plus récente des autorités et en conformité avec la doctrine dominante, les initiatives constitutionnelles qui violent de telles normes contraignantes du droit international public doivent être frappées de nullité (voir la décision du Conseil des Etats du 16 mars 1995 qui a déclaré nulle l'initiative en matière d'asile pour cause de violation du principe de non-refoulement). Les limites matérielles de la revision constitutionnelles ne sont pas uniquement applicables aux initiatives populaires, mais également

aux propositions émanant des autorités; cette conception est également partagée par la doctrine dominante (voir L. Wildhaber, *op. cit.*, n° 25).

Pour régler de manière claire et transparente la question importante des limites de la révision constitutionnelle, il se justifie de mentionner explicitement dans la Constitution fédérale -à côté des deux limites formelles que sont l'unité de la forme et l'unité de la matière- les règles impératives du droit international public comme limite matérielle de toute révision de la Constitution.

#### **Art. 170**      **Entrée en vigueur**

L'art. 170 du projet correspond à l'art. 123, al. 1er Cst.

Cette disposition soumet une révision partielle ou totale à l'acceptation ou au rejet du peuple et des cantons (l'exigence d'une double majorité en matière de révision constitutionnelle est également consacrée à l'art.118, al. 1er, let. a [Référendum obligatoire]). Elle reconnaît ainsi non seulement au peuple mais aux cantons la qualité d'organes constituants. De par l'exigence de la majorité du peuple et des cantons, la démocratie et le fédéralisme sont intégrés de manière équilibrée dans le processus d'élaboration de la Constitution.

Le Conseil fédéral fixe la date de la votation en matière de révision de la Constitution et en constate de manière obligatoire les résultats (validation). L'arrêté de validation est publié dans la Feuille fédérale. Sauf disposition contraire, la modification constitutionnelle entre en vigueur dès l'acceptation par le peuple et les cantons (art. 15, al. 1-3 LDP).



# Exposé des motifs

<b>1</b>	<b>Introduction</b>	<b>blanc</b>
<b>2</b>	<b>Mise à jour du droit constitutionnel</b>	<b>blanc</b>
<b>3</b>	<b>Variantes</b>	<b>blanc</b>
<b>4</b>	<b>Réforme des droits populaires</b>	<b>bleu</b>
<b>5</b>	<b>Réforme de la justice</b>	<b>vert</b>
<b>6</b>	<b>Abréviations</b>	<b>blanc</b>
<b>7</b>	<b>Annexe: Questionnaire sur la réforme de la Constitution</b>	<b>blanc</b>

# Exposé des motifs du projet de Constitution

<b>1</b>	<b>Introduction</b>	<b>blanc</b>
<b>2</b>	<b>Mise à jour du droit constitutionnel</b>	<b>blanc</b>
<b>3</b>	<b>Variantes</b>	<b>blanc</b>
<b>4</b>	<b>Réforme des droits populaires</b>	<b>bleu</b>
<b>5</b>	<b>Réforme de la justice</b>	<b>vert</b>
<b>6</b>	<b>Abréviations</b>	<b>blanc</b>
<b>7</b>	<b>Annexe: Questionnaire sur la réforme de la Constitution</b>	<b>blanc</b>

### 3 Variantes au projet de Constitution

#### 31 Introduction

La présentation de variantes, conçues comme compléments au texte de mise à jour de la nouvelle Constitution, répond aux explications qui, à l'occasion de l'adoption de l'arrêt fédéral en 1987, ont été en particulier données par les présidents de commission. En complément aux remarques formulées dans la partie générale, on mentionnera que les directives suivantes ont été prises en considération lors du choix de quatre variantes, retenues parmi un certain nombre d'autres propositions.

- Il devait s'agir - dans un objectif de concentration - **d'un nombre restreint de "variantes politiques" de caractère ponctuel**, répondant à un besoin de réforme important et reconnu, portant sur des sujets où l'opinion publique attend une réponse dans le cadre de la réforme constitutionnelle. Les innovations perçues comme souhaitables et nécessaires sous l'angle juridique ou technique, qui dépassent le mandat relatif à la mise à jour, sont mentionnées dans le commentaire du texte de la mise à jour, et ceci avec réserve. Cela est en particulier le cas lorsqu'existent des propositions parlementaires transmises qui ont un lien avec la réforme constitutionnelle. On n'a par ailleurs pas seulement renoncé à un plus grand nombre de variantes au motif que des propositions de réforme particulière n'étaient pas mûres, mais également pour ne pas éveiller l'impression que l'on voulait procéder à une révision totale "à froid" de la Constitution, façon de procéder que l'Assemblée fédérale avait rejetée.
- Dans les domaines de réforme relatifs aux **droits populaires et à la justice**, de même que dans les domaines de la **réforme du gouvernement et du parlement**, ainsi que sur la question de la **répartition des compétences entre la Confédération et les cantons**, aucune variante n'a été proposée. Par ailleurs, les variantes ne doivent pas entraîner de conséquences financières importantes.
- Les variantes proposées tendent au **renforcement des conditions-cadre institutionnelles de l'Etat fédéral**. On a renoncé aux propositions qui, certes, seraient susceptibles d'animer la discussion constitutionnelle, mais qui, dans la substance, polariseraient ou diviseraient l'opinion publique.

#### 32 Texte et commentaire des dispositions de variantes

##### Protection du secret de rédaction

*Art. 13 Liberté d'opinion et d'information et liberté des médias*

*Al. 1 à 4 inchangés*

<sup>5</sup> *Le secret de rédaction est garanti.*

Le Comité directeur s'est demandé s'il serait le cas échéant opportun de proposer comme variante un article relatif à la presse, aux termes duquel la Confédération se verrait accorder la compétence, d'une part, de prendre des mesures d'encouragement en vue de garantir la diversité de la presse et, d'autre part, de régler le secret de rédaction de même que les principes

devant ordonner les relations entre les éditeurs et rédacteurs. Il est parvenu à la conclusion qu'une telle norme de compétence, dans le domaine du droit de la presse et de l'encouragement à la presse, n'est pas opportune.

En ce qui concerne ce qu'on appelle la liberté interne des médias (relation entre les éditeurs et les rédacteurs) et la protection du secret de rédaction, le droit en vigueur permettrait une réglementation de ces questions dans le domaine de la radio et la télévision. Mais une réglementation de ce domaine limité ferait cependant peu de sens. La question se pose par conséquent de savoir si l'on ne devrait pas également, expressément, prévoir une compétence correspondante pour le domaine de la presse écrite.

Il est douteux qu'une réglementation de la liberté interne des médias réponde aujourd'hui à un besoin politico-juridique urgent. En revanche, un besoin d'intervention législative existe aujourd'hui avant tout en ce qui concerne la protection du secret de rédaction. Là, des travaux sont en cours en vue de la création d'une réglementation législative (droit pénal des médias), dont la base constitutionnelle n'est cependant pas sans soulever des controverses. En tenant compte en particulier de ces travaux en cours, le Comité directeur est parvenu à la conclusion qu'il fallait placer dans la partie relative aux droits fondamentaux l'ancrage constitutionnel de la protection du secret de rédaction. La variante apporte une clarification qui nous paraît opportune et importante.

#### **Changement territoriaux entre cantons**

##### *Art. 39 Modifications du nombre et du territoire des cantons*

*1 Les modifications du nombre et du territoire des cantons requièrent l'approbation de la population et des cantons concernés.*

*2 De plus, les modifications du nombre des cantons requièrent l'approbation du peuple et des cantons.*

*3 Les modifications du territoire des cantons sont soumis à l'approbation de l'Assemblée fédérale sous forme d'un arrêté fédéral de portée générale.*

*4 Les rectifications de frontières intercantionales se font par conventions entre les cantons.*

La condition d'approbation des intéressés est nécessaire. Des initiatives des cantons de Berne et de Neuchâtel ont demandé, en 1977, l'ancrage de ce principe en droit positif (Bull. officiel N1980 791ss; p. 55ss.). Dans sa prise de position, le Conseil fédéral a considéré que l'approbation des intéressés aux modifications territoriales fait partie du droit constitutionnel en vigueur, mais a considéré qu'un ancrage en droit positif ne s'imposait pas (FF 1979 III 1134). La motion Bonny du 16.6.93 (93.3318, voir déjà 90.949) demandait une majorité qualifiée des 2/3 pour l'approbation de la population concernée aux modifications territoriales, afin d'éviter des majorités de circonstance. Le Conseil fédéral ne s'est toutefois pas étendu plus longuement, dans sa réponse, sur une majorité choisie aussi arbitrairement.



La portée d'un droit constitutionnel jusqu'ici largement non-écrit (voir cependant l'art. 5 Cst.), et d'une pratique mal assurée reste grande. Le cas de la commune de Vellerat illustre l'actualité de la proposition. Seule une variante est susceptible de tenir compte des aspirations à une simplification de la procédure d'approbation définie par le droit constitutionnel fédéral (renonciation à l'approbation du peuple et des cantons; voir motion Gross).

Selon cette proposition, l'Assemblée fédérale pourrait coordonner la procédure et approuver les modifications territoriales. L'arrêt fédéral d'approbation serait exposé au référendum facultatif (aujourd'hui obligatoire). On peut ainsi partir de l'idée que dans les cas qui ne portent pas à controverse, un vote populaire n'aurait pas lieu. Nous renonçons cependant à conférer à l'Assemblée fédérale seule la compétence d'approbation, car les modifications territoriales peuvent présenter une dimension politique très variable. Dans les cas délicats et controversés, comme celui du district du Laufonnais, l'approbation du peuple à un changement de canton peut apaiser les sentiments de la minorité qui succombe.

#### **Participation des cantons à la politique étrangère**

##### **Art. 44 Affaires étrangères**

###### *Al. 1 et 2 inchangés*

*<sup>3</sup> La Confédération tient compte des compétences des cantons dans la conduite de la politique étrangère et sauvegarde leurs intérêts. Elle informe les cantons à temps et de manière complète, les consulte et les associe à la préparation des décisions. Dans la mesure où la mise en oeuvre du droit international leur incombe, les cantons sont tenus de procéder à temps aux adaptations nécessaires. La Confédération les soutient dans l'accomplissement de cette tâche.*

La variante proposée correspond largement à la disposition contenue dans l'arrêt fédéral du 9 octobre 1992 relatif à l'EEE. Elle concerne toutefois de manière générale la politique étrangère, et cela également par analogie à l'art. 47 bis a de la loi sur les rapports entre les conseils, qui règle la participation du parlement à la politique extérieure.

Le point de départ est la compétence générale de la Confédération dans le domaine de la politique étrangère. Aucune modification ne doit être apportée à la répartition actuelle des compétences dans ce domaine. Dans l'exercice de sa compétence, la Confédération est cependant tenue de tenir compte de la répartition interne des compétences et - de surcroît - des intérêts cantonaux, dans la mesure où ceux-ci sont compatibles avec les intérêts de la Confédération. Le devoir de la Confédération comprend à cet égard avant tout trois éléments: un devoir d'information, un devoir de consultation et le devoir de permettre aux cantons, de façon appropriée, d'être associés à la préparation des décisions. Ce dernier élément peut également inclure la présence de représentants cantonaux dans des délégations de négociation, pour les domaines qui relèvent de la compétence des cantons.

La troisième phrase de la proposition de variante met en évidence l'importance de l'obligation qui incombe également aux cantons de mettre en oeuvre le droit international. Selon le droit en vigueur, la Confédération peut certes se charger elle-même, en dernière analyse, de cette mise en oeuvre. Dans les domaines où les cantons sont compétents sur le plan interne, elle laisse dans la règle aux cantons la charge de cette mise en oeuvre. La variante proposée met en évidence que cette tâche incombe au premier chef aux cantons. Les cantons sont ainsi, d'une certaine façon, responsabilisés à cet égard. En même temps, la Confédération doit les soutenir dans l'accomplissement de cette tâche.

Par la variante proposée, la pratique actuelle est pour l'essentiel ancrée dans le droit constitutionnel et précisée. La réglementation constitutionnelle peut être concrétisée au niveau de la loi. En particulier, la législation pourrait régler les modalités de la participation des cantons et, le cas échéant, également définir expressément quels organes spécifiques auraient une responsabilité particulière à cet égard (par ex. le Groupe de contact Confédération-cantons et la Conférence des gouvernements cantonaux). Il n'est pas prévu que la Confédération puisse être liée à d'éventuelles prises de position des cantons, et cela même dans les domaines qui, sur le plan interne, relèvent de la compétence des cantons.

#### **Publicité des actes de l'administration**

##### *Art. 154 Politique gouvernementale*

###### *Al. 1 inchangé*

*2 Les autorités fédérales informent le public sur leurs activités et garantissent à toute personne l'accès aux actes administratifs, dans la mesure où aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose.*

En vertu de cette proposition de variante, d'une part, les autorités seraient tenues à un devoir d'information actif et, d'autre part, les particuliers se verraient reconnaître certains droits d'accès. Aucun des ces devoirs ne serait cependant illimité: des intérêts publics et privés, qui devraient être définis plus précisément au niveau de la loi, peuvent exiger le maintien du secret et les modalités d'accès devraient être précisées dans la loi.

Aujourd'hui vaut, dans l'administration fédérale, le principe du maintien du secret, assorti de l'exception de la publicité des actes de l'administration. Représente en particulier une exception le canton de Berne, qui, dans sa nouvelle constitution, a ancré le principe de la publicité des actes de l'administration, principe qu'il a récemment concrétisé dans une loi sur l'information.

Depuis des années, on s'efforce de prévoir des changements au niveau de la Confédération: le principe du maintien du secret tempéré de l'exception de la publicité doit être remplacé par le principe de la publicité tempéré par le maintien du secret. Plusieurs propositions parlementaires ont été déposées à cet effet et divers travaux administratifs internes ont déjà été effectués. Le Conseil fédéral est renforcé dans son intention de prendre en temps voulu une décision de principe sur ce dossier. La variante proposée ne consacre pas de manière explicite un changement de système explicite

au niveau constitutionnel, mais elle permettrait un tel changement au niveau législatif.

Le passage au principe de la publicité pourrait renforcer la confiance des citoyens dans les institutions étatiques. De nature à créer la confiance, cette mesure apparaît aujourd'hui comme particulièrement importante et répondrait de surcroît à l'un des leitmotiv de la réforme constitutionnelle, la création de la transparence. Le principe de la publicité des actes de l'administration améliorerait de surcroît les conditions de la participation des citoyens à la formation de la volonté publique et serait apte à contribuer à une meilleure discussion politique, qui est souvent compliquée dans les médias par des indiscretions et des rapports unilatéraux ou qui gonflent la réalité.





# Exposé des motifs

<b>1</b>	<b>Introduction</b>	<b>blanc</b>
<b>2</b>	<b>Mise à jour du droit constitutionnel</b>	<b>blanc</b>
<b>3</b>	<b>Variantes</b>	<b>blanc</b>
<b>4</b>	<b>Réforme des droits populaires</b>	<b>bleu</b>
<b>5</b>	<b>Réforme de la justice</b>	<b>vert</b>
<b>6</b>	<b>Abréviations</b>	<b>blanc</b>
<b>7</b>	<b>Annexe: Questionnaire sur la réforme de la Constitution</b>	<b>blanc</b>

# Exposé des motifs du projet de Constitution

<b>1</b>	<b>Introduction</b>	<b>blanc</b>
<b>2</b>	<b>Mise à jour du droit constitutionnel</b>	<b>blanc</b>
<b>3</b>	<b>Variantes</b>	<b>blanc</b>
<b>4</b>	<b>Réforme des droits populaires</b>	<b>bleu</b>
<b>5</b>	<b>Réforme de la justice</b>	<b>vert</b>
<b>6</b>	<b>Abréviations</b>	<b>blanc</b>
<b>7</b>	<b>Annexe: Questionnaire sur la réforme de la Constitution</b>	<b>blanc</b>

## Première Partie: Observations générales sur la réforme des droits populaires fédéraux.

### 41. Introduction.\*

Les droits populaires, initiative et référendum, ont imprégné la vie publique fédérale depuis plus d'un siècle<sup>1</sup>. Il est vraisemblable que, sans eux, l'histoire de notre pays aurait suivi un cours différent. Il est en tout cas certain qu'ils ont eu une influence sur le comportement des autorités et sur le sort des actes qu'elles adoptaient. Cette influence peut être mesurée quand les citoyens ont fait un usage effectif des droits d'initiative et de référendum. L'influence n'est, probablement, pas moins réelle, mais plus difficile à quantifier lorsque les autorités ont infléchi leur action dans la perspective d'un vote populaire. On peut même penser que l'élection du Gouvernement se ferait différemment si les Suisses s'étaient donné un régime purement représentatif. Mais il ne s'agit pas, ici, d'explorer les conséquences occultes de la démocratie directe, sa relation avec la composition quadripartite du Conseil fédéral, non plus que de chercher à dresser l'inventaire des lois que l'Assemblée fédérale a renoncé à faire, ou a faites autrement qu'elle ne le souhaitait, sous la pression d'une initiative ou la menace d'un référendum. On se bornera donc à rappeler quel a été l'effet visible des droits populaires, celui que la

---

\* Par décision du 6 juillet 1994, le Chef du DFJP a créé une commission d'experts chargée d'examiner, dans le cadre des travaux de révision de la Constitution fédérale, les réformes à entreprendre dans le domaine des droits populaires. Cette commission a siégé sous la présidence du Professeur Jean-François Aubert, de l'Université de Neuchâtel; autres membres: Prof. Olivier Jacot-Guillarmod, DFJP, Office fédéral de la justice, vice-président; Prof. Roger Blum, Université de Berne; Prof. Marco Borghi, Université de Fribourg; Prof. Mathias Krafft, DFAE, Direction du droit international public; Prof. Wolf Linder, Université de Berne; Prof. Alois Riklin, Université de Saint-Gall; Prof. Gerhard Schmid, Université de Bâle; Prof. Daniel Thürer, Université de Zurich; M. Hans-Urs Wili, dr en droit, Chancellerie fédérale; Mme Elisabeth Zölch, membre du Conseil-Exécutif, Berne. La commission a bénéficié de l'assistance de M. Aldo Lombardi, dr en droit et de Mme Katharina Fontana, dr en droit, DFJP, Service de la révision totale de la Constitution fédérale.

<sup>1</sup> Les exposés généraux sur les droits populaires en Suisse sont nombreux. Voir, par exemple, parmi les plus récents, l'approche d'un politologue chez Wolf Linder, *Swiss Democracy*, Londres, 1994, p.84-137; et celle d'un juriste chez Walter Haller, *Das schweizerische System der halbdirekten Demokratie*, *Zeitschrift für Verwaltung*, Vienne, 1994/6, p.613-622. - Pour un tableau juridique détaillé, cf. Etienne Grisel, *Initiative et référendum populaires, Traité de la démocratie semi-directe en droit suisse*, Lausanne, 1987. - Pour une vue comparative, cf. Silvano Möckli, *Direkte Demokratie*, Saint-Gall, 1994.

statistique permet de montrer sans effort<sup>2</sup>. Ces chiffres ne rendent compte assurément que d'une partie du problème, mais nous croyons qu'il peut être utile à la discussion de les remettre en mémoire.

Du 14 janvier 1866 (premiers votes référendaires du corps électoral fédéral) au 31 mai 1995, les citoyens suisses se sont prononcés sur 434 questions. Ils ont voté 310 fois en référendum obligatoire (dont six fois en vote populaire préalable, où on ne tient pas compte des voix des cantons) et 124 fois en référendum facultatif. Sur ces 434 questions, 217 (la moitié!) ont été posées au cours des trente dernières années, entre le 1er juin 1965 et le 31 mai 1995: l'accélération est incontestable.

#### Référendum obligatoire.

Sur la revision totale de la Constitution: un projet de l'Assemblée fédérale a été rejeté (en 1872), le projet suivant a été accepté (en 1874), une initiative populaire a été rejetée en vote préalable (en 1935).

Sur la revision partielle de la Constitution: 39 projets de l'Assemblée fédérale ont été rejetés (dont huit du temps de l'ancienne Constitution, en 1866); 107 ont été acceptés (dont un en 1866 et les autres après 1874). A quoi il faut ajouter 10 contre-projets qui ont été rejetés et 18 contre-projets qui ont été acceptés. Parmi les initiatives populaires rédigées, 101 ont été rejetées, 12 ont été acceptées; les 5 initiatives "non rédigées" qui ont été soumises à un vote préalable ont toutes été rejetées. On voit, par les chiffres qui précèdent, que la Constitution fédérale de 1874 a subi 136 revisions partielles.

Sur les arrêtés urgents dérogeant à la Constitution: 11 ont été acceptés, aucun n'a été rejeté.

Sur les traités internationaux: 2 ont été rejetés (en 1986, concernant l'adhésion à l'Organisation des Nations Unies, et en 1992, concernant l'adhésion à un Espace économique européen); 2 ont été acceptés (selon une ancienne pratique, en 1920, sur l'entrée dans la Société des Nations, et en 1972, sur un traité de libre-échange avec la Communauté économique européenne).

#### Référendum facultatif.

Sur les lois et les arrêtés de portée générale: 61 textes de l'Assemblée fédérale ont été rejetés; 59 ont été acceptés.

Sur les traités internationaux: 2 ont été rejetés; 2 ont été acceptés.

Le référendum a donc été demandé 124 fois, alors que l'Assemblée fédérale a adopté, depuis 1874, environ mille huit cents actes contre lesquels il aurait pu être demandé.

Sur la double majorité (du peuple et des cantons). Elle était exigée dans 304 cas (qui ont donné 153 rejets et 151 acceptations). Parmi les 153 rejets, 8 résultent du défaut de majorité des cantons (en 1866, 1955, 1970, 1973, 1975, 1983, et deux fois en 1994). Dans ces huit cas, où les cantons ont tenu en échec la majorité populaire, celle-ci ne dépassait

<sup>2</sup> Voir, par exemple, Hans-Urs Wili, *Demaristokratie?*, Législation d'aujourd'hui, 1993/3, p.71-93, en particulier 77-79 (statistique au 31 octobre 1993).



toutefois pas 55% des votants; et les huit cas concernaient des projets de révision partielle de la Constitution qui devaient donner de nouvelles compétences à la Confédération. Autrement dit, la règle a rempli sa fonction fédéraliste et n'a pas affecté gravement le principe démocratique. Il est vrai que, pour une évidente raison de démographie, la fréquence de ces cas s'est accrue dans le dernier quart de siècle et qu'elle pourrait finir par poser un véritable problème politique.

On notera encore que l'équilibre entre les acceptations et les rejets est purement fortuit et qu'il n'a pas de signification politique. Il serait plus juste de considérer les cas où les autorités ont été soutenues et ceux où elles ont été désavouées. Or les autorités sont en général hostiles aux initiatives populaires; elles n'en ont que rarement recommandé l'acceptation; un non à une initiative populaire est donc, presque toujours, un oui au Parlement et au Gouvernement. En conséquence, on peut estimer à moins de 130 les votes référendaires "antigouvernementaux" et à plus de 300 ceux qui ont appuyé les pouvoirs établis. Il n'en demeure pas moins que certaines défaites ont fait mal.

Pour les deux dernières décennies. Du 1er juin 1975 au 31 mai 1985, les citoyens ont voté sur 87 questions, 67 fois dans le sens de l'Assemblée fédérale et 20 fois contre elle. Du 1er juin 1985 au 31 mai 1995, ils ont voté sur 90 questions, 70 fois dans le sens de l'Assemblée fédérale et, de nouveau, 20 fois contre elle.

Il est vrai que cette exposition statistique ne nous dit rien de l'importance respective des questions: le vote sur l'économie sucrière, le vote sur le commencement de l'année scolaire comptent chacun pour une unité, comme le vote sur le Jura, celui sur les effets du mariage, celui sur l'ONU, celui sur l'EEE, celui sur la TVA. Mais un regard un peu attentif nous fait voir que les succès et les échecs sont en proportions semblables dans les grandes et dans les petites affaires. Tout au plus peut-on relever qu'en politique étrangère, le score des vingt dernières années est franchement négatif; cela tient sans doute à un certain décalage qui s'est créé entre des autorités acquises à l'ouverture internationale et un corps électoral resté, en général, plus méfiant.

Les considérations qui précèdent peuvent donner à penser que le système fonctionne bien. Il fonctionne, c'est vrai, et pas si mal que le prétendent certains détracteurs: après tout, si une petite majorité du peuple suisse s'est montrée réfractaire à la politique étrangère du Gouvernement et du Parlement, on peut le regretter; mais en tirer argument pour retirer la parole aux citoyens a, sous les couleurs du modernisme, un côté un peu "ancien régime" qu'on croyait disparu depuis longtemps. Seulement, si le système fonctionne, il présente quelques défauts auxquels on peut très bien chercher à remédier à l'occasion de la réforme de la Constitution.

Parmi ces défauts, le plus visible est peut-être celui qui affecte les relations internationales de la Suisse. Non pas à cause du décalage qui a été relevé plus haut; ce décalage est un problème de fond, qu'on ne résout pas en diminuant les droits populaires. Mais à cause du risque de contradictions. D'après le droit actuel, les engagements internationaux de la Suisse peuvent être mis en cause devant le peuple à deux reprises. D'abord, les arrêtés d'approbation de plusieurs catégories de traité sont

exposés, voire soumis au référendum avant la ratification (art. 89, al.3 à 5, Cst.féd.). Mais, une fois le traité ratifié, les lois qui l'exécutent peuvent encore, à leur tour, faire l'objet d'un vote populaire (art. 89, al.2, Cst.féd.). Ce cumul du référendum en matière de traités et du référendum législatif ne paraît pas opportun. Il est vrai que, jusqu'à maintenant, le risque de votes contradictoires ne s'est guère réalisé, mais il s'accroît avec l'intensification des relations internationales.

Un autre défaut concerne l'objet du référendum facultatif. Alors que le texte de la Constitution ne fait pas obstacle au référendum administratif, le législateur l'a exclu, en 1962, lorsqu'il a révisé la loi sur les rapports entre les conseils<sup>3</sup>. Le système inauguré en 1962 est fondé sur l'opposition entre la règle de droit et la décision et sur la thèse que la règle de droit est d'une importance plus grande et d'un intérêt plus général que la décision. Or l'opposition n'est pas très claire et la thèse a été maintes fois démentie par l'expérience. Quoi qu'il en soit, l'absence du référendum administratif est ressentie comme une lacune dans divers milieux de l'opinion publique, qui s'efforcent d'y remédier par l'usage, artificiel mais difficile à empêcher, de l'initiative constitutionnelle. On ferait probablement mieux d'appeler les choses par leur nom et de rétablir la possibilité du référendum sur des arrêtés qui ne contiennent pas de règles de droit.

L'obligation de voter en bloc sur les lois présente également des inconvénients. C'est toute la loi qui risque de tomber à cause d'un article ou d'un alinéa. Quand elle a été rejetée, le Parlement peut évidemment la refaire sans les dispositions qui l'ont conduite à l'échec; mais cela signifie du temps et de l'énergie perdus sans utilité. Maintenant qu'une manière simple d'organiser des votes à trois termes, voire davantage (la méthode des frères Haab), s'est répandue dans nos constitutions<sup>4</sup>, on peut sérieusement envisager d'ouvrir au législateur la faculté de présenter des textes alternatifs. La même méthode permettrait d'ailleurs de résoudre encore un autre problème que pose la pratique politique actuelle, qui est le dépôt simultané de plusieurs initiatives populaires sur le même objet.

L'usage répété de l'initiative constitutionnelle, auquel nous avons fait plus haut une brève allusion, est dû, pour une bonne part, comme chacun sait, à l'absence de l'initiative législative. On peut dire, sans forcer les chiffres, qu'environ la moitié des initiatives constitutionnelles actuellement pendantes ou annoncées pourraient être satisfaites par l'adoption ou la modification d'une simple loi. C'est bien la preuve qu'il manque, ici encore, quelque chose dans nos instruments de démocratie directe. Sans doute la plupart de ces initiatives formellement constitutionnelles, mais matériellement législatives, ont-elles fini par être rejetées. Mais elles ont parfois suscité des contre-projets qui sont entrés dans la Constitution sans y avoir nécessairement leur place. Il n'y a d'ailleurs pas de raison de soumettre ce genre de propositions à l'exigence de la double majorité du peuple et des cantons. C'est dire qu'on ne peut guère entreprendre une réforme des droits populaires sans réexaminer, une nouvelle fois, l'opportunité d'instituer l'initiative au niveau de la législation ordinaire - au moins sous la

---

3 R.S. 171.11, art. 5 et 6.

4 Voir notamment l'art. 121 bis Cst.féd.

forme d'une proposition générale (cette forme qu'on appelait naguère l'initiative "de type unique"<sup>5</sup>).

L'institution d'une initiative populaire générale permettrait en outre d'apporter un commencement de réponse à un autre grief qui est adressé, surtout depuis une dizaine d'années, à la pratique usuelle de la démocratie directe. Nous voulons parler de la critique du caractère suspensif du référendum. Avec le système que nous connaissons aujourd'hui, la manière normale de s'opposer à une loi est d'empêcher qu'elle vienne à l'existence: la campagne référendaire se déroule donc (sauf pour les arrêtés urgents) avant l'entrée en vigueur de la loi, l'échange d'arguments porte sur un objet dont on ne connaît pas vraiment la portée, ce qui n'est pas toujours très raisonnable. On peut espérer que certains adversaires, s'ils ont la certitude de pouvoir demander plus tard l'abrogation ou la modification d'une règle, renonceront à l'attaquer hâtivement et sans preuves avant qu'on ait pu la juger à son application.

Dans les paragraphes qui suivent, nous nous efforçons de répertorier les questions que nous avons examinées, les solutions que nous avons retenues, certaines autres que nous avons écartées, enfin les problèmes que nous n'avons fait qu'effleurer parce qu'ils nous paraissaient relever de la loi plutôt que de la Constitution.

L'exposé est divisé en trois rubriques: les droits populaires en tant qu'ils se rattachent à la révision de la Constitution; les droits populaires en tant qu'ils se rattachent à l'adoption d'actes inférieurs à la Constitution (lois et arrêtés à contenu législatif ou administratif); les droits populaires dans leurs rapports avec le droit international. Mais cette division ne doit pas être entendue strictement; il y a des questions qui se posent de la même manière, ou de manière semblable, dans plus d'une rubrique; il y a également, de toute évidence, des interactions entre les diverses solutions qui sont proposées.

## **42. Les droits populaires en matière constitutionnelle.**

### **42.1. Révision totale de la Constitution.**

Le système n'est pas modifié. L'initiative peut venir, comme aujourd'hui, de l'Assemblée fédérale ou des citoyens (avec un vote populaire préalable). Le cas de désaccord entre les deux chambres ne fait plus l'objet d'une réglementation spéciale: il entraîne l'abandon du projet.

Pour le nombre de signatures, les modalités de la récolte, le financement des campagnes référendaires, la présentation d'alternatives, la détermination de la majorité des voix des cantons, les quorums, voir ci-après les questions communes (no 42.9).

---

<sup>5</sup> L'expression "type unique" était appropriée quand l'instrument était destiné à *remplacer* l'initiative constitutionnelle rédigée; comme il est proposé ici qu'il vienne simplement s'y *ajouter*, nous adoptons un autre terme.

#### 42.2. Revision partielle de la Constitution.

Ici également, l'initiative peut venir de l'Assemblée fédérale ou des citoyens. L'initiative populaire présentée sous la forme d'un projet rédigé est maintenue; c'est un instrument traditionnel de l'action politique auquel on ne conçoit guère qu'on puisse renoncer. Quant à l'initiative présentée sous la forme d'une proposition "conçue en termes généraux", nous recommandons de l'élargir en une initiative populaire "générale" (autrefois dite "de type unique"), qui pourrait avoir pour objet des matières non seulement constitutionnelles, mais encore législatives; cette proposition sera développée plus loin, dans la rubrique relative aux actes législatifs et administratifs (no 43.8).

#### 42.3. Limites matérielles à la revision de la Constitution?

Nous avons réexaminé l'opportunité d'introduire de telles limites. Nous nous sommes demandé, une nouvelle fois, s'il était possible, ne fût-ce que d'un point de vue technique, d'empêcher les initiatives populaires dites "rétroactives", comme le Conseil national l'a proposé récemment<sup>6</sup>. Il nous est apparu qu'une telle interdiction - en plus de l'objection politique à laquelle elle se heurte inévitablement - serait facile à tourner, l'abrogation d'une décision passée pouvant presque toujours être transformée en une règle sur le comportement futur des autorités. Nous avons aussi dû constater que le moment critique, pour la détermination de la "rétroactivité", n'était pas facile à fixer (examen préliminaire de l'initiative, aboutissement de l'initiative, votes finals des chambres, vote populaire?) et que des solutions différenciées pour des dates différentes - invalidation facultative dans certains cas, obligatoire dans d'autres - nuiraient à la sécurité du droit. Nous en concluons qu'il est préférable d'en rester à la situation actuelle, où ce sont les citoyens qui tranchent. Ces initiatives n'ont eu d'ailleurs, jusqu'à maintenant, qu'un faible succès<sup>7</sup> et le développement du référendum administratif et financier (voir plus loin, no 43.9) pourrait même avoir pour conséquence la diminution, voire la disparition du phénomène. Finalement, la seule limite matérielle qui nous paraît s'imposer est celle qui peut se fonder sur le droit international. Mais, même dans un tel domaine, la possibilité d'invalider une initiative populaire ne devrait être admise qu'avec une extrême retenue, ainsi qu'il sera montré dans la rubrique relative aux rapports avec le droit international (no 44.3).

---

<sup>6</sup> Initiative Zwingli, du 11 mars 1991; FF 1993 II 205-223 (rapport - positif - de la commission des institutions politiques du Conseil national); 224-232 (avis - négatif - du Conseil fédéral); BO 1993 CN 793-805, 812-821 (décision de reviser la Constitution); 1994 CE 741-743 (refus d'entrer en matière, accompagné d'une motion). Le Conseil national a maintenu sa position dans sa séance du 21 mars 1995; cf. NZZ du 22 mars 1995, no 68, p.18.

<sup>7</sup> Parmi les initiatives considérées comme "rétroactives", seule en effet celle dite de Rothenturm, art.24 sexies V Cst.féd., a été acceptée (le 6 décembre 1987).



#### 42.4. Autorité compétente pour statuer sur la validité des initiatives.

La question des limites est étroitement liée à celle de la validité matérielle des initiatives ainsi qu'à celle de l'autorité compétente pour en juger. Aujourd'hui, c'est l'Assemblée fédérale qui décide si une initiative populaire respecte les principes de l'unité de la forme et de l'unité de la matière et les règles impératives du droit international<sup>8</sup>. On peut se demander si cette tâche, qui est essentiellement juridictionnelle, doit vraiment incomber au Parlement. L'Assemblée fédérale est une autorité politique; elle devrait pouvoir se consacrer à la délibération politique - recommander aux citoyens l'acceptation ou le rejet de l'initiative, faire un contreprojet - tandis que l'examen juridique serait, si les deux chambres estiment que l'initiative n'est pas valable, attribué au Tribunal fédéral. Nous faisons une proposition en ce sens (ci-après, no 42.6).

#### 42.5. Contrôle préalable?

A ce sujet, nous avons d'abord examiné si un contrôle préalable de la validité matérielle des initiatives populaires, avant la récolte des signatures, ne préviendrait pas utilement certaines déconvenues<sup>9</sup>. Nous avons dû nous rendre à l'évidence: le contrôle préalable est difficile à organiser. Pour qu'il soit efficace, il faudrait le déclarer obligatoire ou, tout au moins, le mettre à la disposition de tous les comités d'initiative qui le sollicitent; une procédure sélective, à la demande du Conseil fédéral ou de la Chancellerie fédérale, rendrait en effet difficilement acceptable un examen ultérieur des initiatives qui n'auraient pas été contrôlées au départ (à cause du principe de la bonne foi). Mais le contrôle préalable, qui pourrait même devoir être répété, de toutes les initiatives annoncées, y compris celles qui n'aboutissent pas ou qui ne sont même pas lancées, constituerait une charge disproportionnée pour l'autorité compétente (l'Assemblée fédérale ou, comme il est proposé ici, le Tribunal fédéral). Nous en restons donc au système actuel du contrôle subséquent, exercé après que l'initiative a abouti.

#### 42.6. Mode de saisine du Tribunal fédéral.

Les rôles seraient partagés de la manière suivante: l'Assemblée fédérale constaterait, de manière définitive et sans recours, qu'une initiative est valable; mais, si les deux chambres estiment que l'initiative n'est pas valable, elles la transmettent au Tribunal fédéral, qui prononcerait, lui aussi de manière définitive, si l'initiative est valable ou si elle ne l'est pas. L'Assemblée fédérale serait ainsi dispensée de la charge de prendre elle-même la décision d'invalidation, qui est immanquablement qualifiée de "politique" par une partie de l'opinion publique. Le même grief peut sans

---

8 Voir notamment deux décisions du Conseil des Etats, des 16 et 22 mars 1995; cf. NZZ du 17 mars 1995, no 64, p.18; du 23 mars 1995, no 69, p.16.

9 Voir, en ce sens, une motion du conseiller national Rudolf Keller, du 28 septembre 1994, no 94.3374; Résumé des délibérations de l'Assemblée fédérale, Session de printemps 1995, p.108.

doute être adressé aussi au Tribunal fédéral; mais cette autorité n'est, en général, pas considérée comme politique; ou, si elle l'est, c'est évidemment dans une moindre mesure. D'ailleurs, l'opinion publique est habituée à lui voir rendre, depuis des décennies, des décisions de ce genre à l'encontre des initiatives populaires déposées dans les cantons.

#### 42.7. Pluralité d'initiatives populaires sur le même objet.

Il est arrivé assez souvent, ces derniers temps, que plusieurs initiatives fussent déposées, à quelques mois d'intervalle, sur le même objet (l'AVS, la drogue, la politique européenne). La question se pose de savoir si l'Assemblée fédérale peut les traiter ensemble et leur opposer, si elle le juge utile, un seul contreprojet. Nous avons d'abord considéré qu'il y avait là un casse-tête insoluble<sup>10</sup>. Après un nouvel examen, nous sommes arrivés à la conclusion que deux voies pouvaient être suivies. Une solution minimale consiste à laisser les coudées franches au Parlement, en le libérant du principe d'antériorité imposé par la loi (ce qui suppose l'abrogation de l'art. 28 de la loi sur les rapports entre les conseils); le Parlement fixerait librement l'ordre des scrutins. Il ne pourrait toutefois pas opposer un contreprojet à plus d'une initiative. En effet, l'organisation, dans le même jour, de deux votes séparés où le même contreprojet serait opposé à deux initiatives pourrait conduire à deux résultats contradictoires<sup>11</sup>. L'autre solution, plus exhaustive, serait d'utiliser la méthode Haab en l'élargissant. Au lieu de la limiter, comme aujourd'hui, à trois termes (initiative, contreprojet et statu quo), on l'étendrait à quatre termes ou davantage. Pour permettre de marquer toutes les préférences, les bulletins de vote seraient à vrai dire plus complexes<sup>12</sup>. Mais ce qui est complexe n'est pas nécessairement incompréhensible<sup>13</sup>.

#### 42.8. Délai pour le traitement des initiatives et pour l'organisation du vote populaire.

Ces matières, dont l'importance n'est pas contestable, relèvent traditionnellement de la loi; elles sont d'ailleurs, à l'heure actuelle, en examen devant l'Assemblée fédérale<sup>14</sup>. Notons qu'une souplesse en matière de délais pour l'organisation du vote pourrait aussi être un moyen permettant

<sup>10</sup> Voir, à ce sujet, un exposé instructif de M. Luzian Odermatt, *Das Abstimmungsverfahren bei Grundsatz- und Einzelpunkt abstimmungen, mit oder ohne Varianten*, ZBl 1991, p.93-117, spécialement 102-112.

<sup>11</sup> Si le contreprojet est accepté dans une confrontation et rejeté dans l'autre.

<sup>12</sup> Voir l'étude que le Conseil d'Etat du canton de Zoug a faite de ce problème, en se fondant sur une expertise des frères Haab (message du 25 février 1992, no 7650; ce message est à l'origine de la loi zougnoise du 26 novembre 1992 revisant la loi sur les élections et les votations).

<sup>13</sup> Il suffit, pour s'en convaincre, de penser à la réglementation de l'élection au Conseil national: le cumul, le biffage et le panachage sont aussi des manières de marquer des préférences.

<sup>14</sup> FF 1993 III 405, 469, 513-514; Conseil national, séance du 8 mars 1995; cf. NZZ du 9 mars 1995, no 57, p.17.

d'éviter ou de réduire des conflits potentiels entre le droit national et le droit international.

#### 42.9. Questions communes.

##### Nombre de signatures.

Le nombre de signatures nécessaires aux initiatives populaires n'a été révisé qu'une seule fois en un siècle et demi (en septembre 1977), par doublement (passage de 50 000 à 100 000), alors que le nombre des citoyens actifs, dans la même période, a décuplé (de moins de 500 000 en 1848 à 3 800 000 en 1977 et à 4 600 000 en 1995). Le rétablissement de la proportion admise en 1848, soit environ 10%, conduirait le constituant à porter aujourd'hui le nombre à plus de 450 000. Mais, naturellement, les choses ne sont pas aussi simples. L'élévation du nombre des signatures n'est pas neutre du point de vue politique: la barrière supplémentaire qu'elle oppose aux initiatives serait probablement facile à franchir pour les entreprises et les groupements d'intérêts riches et bien organisés, mais plus difficile pour des mouvements marginaux. La commission d'experts que nous avons consultée s'était donc montrée très réservée sur l'opportunité d'augmenter le nombre des signatures.

Nous sommes toutefois d'avis que, pour les initiatives constitutionnelles rédigées (comme d'ailleurs aussi pour les demandes de référendum, ci-dessous, no 43.1), une augmentation est justifiée. Elle l'est d'abord en raison de l'accroissement du corps électoral et du développement des techniques de communication<sup>15</sup>. Elle l'est aussi pour bien marquer la différence entre l'initiative rédigée et l'initiative générale (no 43.8 in fine). Mais elle répond encore à la nécessité d'équilibrer l'ensemble de nos propositions. Naturellement, il ne peut s'agir que d'une augmentation modérée. Nous estimons qu'un nouveau doublement (passage de 100 000 à 200 000) constitue une mesure raisonnable. La proportion, qui était tombée de 10% en 1848 à 1,3% en 1977 et avait alors été redressée à 2,6%, puis s'est de nouveau érodée à moins de 2,2%, serait ainsi portée à environ 4,4%<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Les conséquences de cette évolution peuvent se mesurer à l'élévation du nombre des initiatives qui ont abouti: 128 entre 1892 et 1977; 73 entre 1978 et 1995. Le rythme a presque triplé.

<sup>16</sup> Signalons, en passant, qu'un observateur averti de la pratique de la démocratie directe a récemment recommandé le retour à 10%: cf. Henner Kleinfewers, "Verwesentlichung" der Politik durch Einschränkung der direkten Volksrechte, Fribourg, 1995, p.38-43. - Il faut toutefois préciser que, si les modalités de la récolte des signatures étaient rendues plus sévères, ou le délai raccourci, le nombre de 200 000 devrait être réduit et peut-être même abaissé au-dessous du nombre actuel de 100 000.

**Modalités de la récolte des signatures.**

Nous considérons que ces modalités sont du domaine de la loi. Elles ont d'ailleurs été réexaminées récemment par le Conseil national<sup>17</sup>. Quant au fond: tout en comprenant la réprobation qui entoure certaines façons de recueillir des signatures, nous ne pouvons pas nous empêcher de penser que l'obligation de se rendre dans des locaux de l'administration pour signer constituerait un obstacle sérieux à l'exercice des droits populaires.

**Délai pour la récolte des signatures.**

Il appartient également au législateur de décider si le doublement du nombre des signatures doit avoir pour corollaire une prolongation de ce délai.

**Présentation d'alternatives.**

La faculté de présenter une alternative devrait être reconnue à l'Assemblée fédérale lorsqu'elle propose au vote populaire une révision totale ou une révision partielle de la Constitution, qu'elle le fasse de son propre chef ou pour réaliser une initiative populaire. Mais cette faculté doit être limitée à un seul texte alternatif, de manière que le vote ne dépasse pas trois termes (les deux textes et le statu quo). Pour la même raison, l'Assemblée fédérale ne doit pouvoir opposer qu'un seul contreprojet à une initiative populaire rédigée. Ce n'est que dans le cas d'une pluralité d'initiatives populaires qu'un scrutin plus complexe pourrait être envisagé (voir plus haut, no 42.7).

Ajoutons que la présentation d'alternatives n'est pas, comme on serait tenté de le croire, une solution de facilité. C'est, en réalité, une arme à deux tranchants. Elle permet sans doute d'éviter l'échec total d'une révision et la perte de temps qui en résulte. Et pourtant, utilisée avec trop de complaisance, elle risque d'empêcher l'adoption de mesures que la majorité du Parlement tient pour justifiées, mais qui, en raison de leur impopularité, n'ont de chance de succès que si elles sont incluses dans un ensemble - alors qu'elles courent au contraire grand risque d'être rejetées si elles sont proposées comme des cibles spéciales. Il appartiendra donc à l'Assemblée fédérale de peser les avantages et les inconvénients du procédé et de choisir, selon la conclusion qu'elle aura tirée de cet examen, entre le vote en bloc et le vote séparé.

**Financement des campagnes référendaires.**

De l'avis de nombreux observateurs de la vie politique suisse, le jeu démocratique est parfois faussé par l'inégalité des ressources financières des parties en présence. D'où la demande, souvent formulée, de prévoir des subventions de l'Etat, ou un plafonnement des dépenses, ou une limitation des dons, ou au moins l'obligation, pour chaque partie, de publier

---

<sup>17</sup> Dans ses séances des 8 et 9 mars 1995; cf. NZZ du 9 mars 1995, no 57, p.17; du 10 mars 1995, no 58, p.18.



les comptes de sa campagne. Nous sommes conscients de l'existence du problème, mais nous constatons qu'il n'est pas d'usage d'y apporter une réponse dans la Constitution; les règles en la matière, d'ailleurs difficiles à concevoir et à formuler et peut-être plus difficiles encore à faire respecter, appartiennent au législateur. La Constitution ne peut guère faire davantage que de lui adresser le mandat de légiférer sur cet objet.

#### Détermination de la majorité des voix des cantons.

C'est, là encore, une question épineuse; et c'est un point qui, à la différence du précédent, ne peut être réglé que par la Constitution. Des voix se sont fait entendre, depuis quelques années, qui signalent la fréquence croissante des cas où une majorité de cantons a tenu la majorité du peuple en échec. Ce qu'il en est exactement, du point de vue statistique, a été exposé dans l'Introduction: huit cas sur cent cinquante depuis le XIX<sup>ème</sup> siècle, mais six au cours du dernier quart de siècle et deux dans une seule journée de 1994.

La commission d'experts que nous avons consultée, tout en reconnaissant qu'il n'était pas question de renoncer à l'exigence d'une double majorité, a cherché à l'assouplir par une légère pondération des cantons. Elle s'est arrêtée au modèle développé par MM. Trechsel et Hess, de l'Université de Genève<sup>18</sup>. Appliqué aux votes antérieurs, ce modèle aurait transformé en succès cinq échecs dus au défaut de majorité des cantons<sup>19</sup>; seuls les votes de 1955 (protection des locataires et des consommateurs), 1970 (régime des finances) et 1994 (naturalisation des jeunes étrangers) seraient restés négatifs. Mais on peut observer, en passant, que si le vote de 1992, sur l'Espace économique européen, avait donné une majorité populaire positive, la pondération Trechsel-Hess n'aurait pas empêché l'échec. Le modèle, assez semblable, du Professeur Möckli<sup>20</sup> n'y aurait rien changé non plus.

Au vu de ces résultats, nous sommes d'avis qu'il n'y a pas lieu de réformer la règle. Nous pensons d'ailleurs que, dans un domaine aussi sensible, toute modification du système devrait être étudiée de concert avec la Conférence des Gouvernements des cantons.

---

18 Cf. NZZ, 23 juin 1993, no 142, p.23; BaZ, 24 juin 1993, no 144. Le modèle, qui prévoit une pondération de un à trois, donne une voix aux cantons qui ont jusqu'à 2% de la population de la Suisse, deux voix aux cantons dont la population se situe entre 2 et 4% et trois voix à ceux qui ont une population supérieure à 4%. Avec les données démographiques actuelles, il y aurait cinquante voix de cantons au lieu de vingt-trois.

19 Poids et mesures (1866); droit à la formation (1973); premier article conjoncturel (1975); premier article sur l'énergie (1983); deuxième article sur la culture (1994).

20 Pondération de deux à cinq au lieu de un à trois. Cf. TA, 6 septembre 1994.

### Quorums.

Nous n'en proposons aucun. Ni quorum de participation, où le vote n'a pas d'effet si la participation n'atteint pas un certain taux, par exemple 40 ou 50%, des citoyens inscrits; ce système est particulièrement pervers, parce que le camp qui sent qu'il va perdre recommande l'abstention et finit par gagner<sup>21</sup>. Ni quorum d'acceptation, qui, pour les projets de l'Assemblée fédérale, conduirait à une absurdité. Ni même quorum de rejet, qui devrait être placé très bas (à 20%, alors qu'au Danemark il est fixé à 30%<sup>22</sup>), si l'on ne veut pas détruire complètement l'instrument du référendum.

## 43. Les droits populaires en matières législative et administrative.

### 43.1. Lois fédérales et arrêtés fédéraux de portée générale, nombre de signatures.

Nous proposons de maintenir le système actuel, où ces actes sont exposés au référendum facultatif. Sur l'augmentation du nombre de signatures nécessaire, de 50 000 à 100 000, voir les explications qui ont été données plus haut (no 42.9, Nombre de signatures). Il appartient au législateur de décider si le délai pour la récolte des signatures doit être prolongé (comp. no 42.9, Délai pour la récolte des signatures).

### 43.2. Référendum suspensif ou abrogatoire?

Ici se situe la question fondamentale de l'abandon du référendum suspensif au profit d'un référendum abrogatoire.

Précisons d'abord que la suppression du caractère suspensif du référendum ne se conçoit que pour les règles de droit et ne conviendrait nullement à des traités internationaux, non plus d'ailleurs qu'à des actes administratifs ou financiers. Ajoutons qu'elle est également hors de question pour les revisions constitutionnelles<sup>23</sup>.

Quant aux règles de droit du niveau législatif: la commission d'experts s'est longuement interrogée sur les avantages et les inconvénients de la solution actuelle, savoir s'il vaut mieux, comme maintenant, pouvoir empêcher une loi d'entrer en vigueur ou s'il faut ne pouvoir l'abroger qu'après que ses défauts se sont révélés. Pour certains commissaires, le caractère suspensif du référendum est l'un des aspects les moins satisfaisants de la démocratie directe telle qu'elle est pratiquée chez nous et la suppression de la possibilité de détruire un acte avant d'en connaître les

<sup>21</sup> Exemple de quorum à 50%: la revision est acceptée avec 30% de oui et 25% de non, mais elle est rejetée avec 35% de oui et 10% de non (parce qu'ici le quorum de 50% n'est pas atteint et que le scrutin n'a pas d'effet). Voir, en Italie, un référendum du 4 juin 1990, concernant certaines dispositions sur la chasse, où dix-huit millions d'électeurs ont perdu devant deux millions, alors qu'ils auraient gagné devant six millions!

<sup>22</sup> Art. 42, al.5, de la Constitution danoise du 5 juin 1953.

<sup>23</sup> Sauf naturellement les arrêtés urgents au sens de l'art.89 bis, al.3, Cst.féd.

effets constituerait la meilleure réforme des droits populaires. La majorité de la commission n'a pas été insensible à cette opinion, mais elle n'a pas pu se résoudre à proposer l'abolition d'une des institutions les mieux établies de la vie politique suisse.

Nous sommes du même avis. Il serait assurément souhaitable que certaines lois puissent être expérimentées avant d'être combattues, mais nous avons peine à imaginer que le référendum soit dépouillé de son effet suspensif. Il y a d'ailleurs d'autres lois pour lesquelles le besoin d'expérimentation ne se fait guère sentir; par exemple, la plupart des lois fiscales. Il n'en demeure pas moins qu'un problème existe et il nous paraît qu'on peut contribuer à le résoudre, comme nous l'avons annoncé dans l'Introduction, en instituant une initiative populaire générale (ci-après, no 43.8) propre à remettre en cause les lois qui ne donnent pas satisfaction.

La situation serait la suivante. La loi votée par l'Assemblée fédérale demeure, comme aujourd'hui, exposée au référendum suspensif, qui doit être demandé dans un temps relativement court. Mais, et en ceci réside la nouveauté, les adversaires potentiels de la loi sauraient que, s'ils ne la soumettent pas immédiatement au référendum, ils gardent la possibilité de l'attaquer plus tard, en tout temps, pour le cas où elle présenterait effectivement les défauts qu'ils lui prêtent ou d'autres auxquels ils n'ont pas pensé. Si l'initiative générale est subordonnée aux mêmes conditions que la demande de référendum (même nombre de signatures), voire à des conditions plus légères (un délai plus long pour les réunir), on peut penser que certains opposants renonceront à demander le référendum ou, s'il est demandé, à rejeter la loi pour pouvoir la juger à l'usage. L'initiative a d'ailleurs l'avantage de la souplesse en ce qu'elle permet à l'Assemblée fédérale de présenter, sous la forme d'un projet alternatif, une version corrigée de la loi.

#### **43.3. Contenu de la loi.**

Nous avons aussi examiné la question du contenu de la loi. Nous proposons de préciser, dans la Constitution, que la loi et l'arrêté de portée générale contiennent des règles de droit. Mais, si nous le faisons, c'est parce que nous recommandons de prévoir, dans une autre disposition, la possibilité d'exposer au référendum aussi des arrêtés administratifs ou financiers (ci-après, no 43.9). Si cette recommandation n'était pas suivie, il faudrait alors évidemment renoncer à la mention des règles de droit dans la Constitution, de manière à ne pas empêcher le législateur de revenir un jour, s'il le juge opportun, sur la solution restrictive qu'il a adoptée en 1962.

#### **43.4. Importance des règles contenues dans la loi?**

Mais la mention des règles de droit est une chose. Une mention de la qualité des règles de droit en est une autre. Il se pose ici, en effet, une question souvent débattue: s'il faut préciser que les règles de droit contenues dans la loi ou dans l'arrêté de portée générale doivent être importantes.

Une telle précision peut être comprise de deux manières: comme une limite ou comme une exigence minimale.

Dans le premier sens, elle signifierait que la loi ne doit contenir que des règles importantes - les autres règles étant passées dans des formes qui ne sont pas exposées au vote populaire (arrêtés de l'Assemblée fédérale non sujets au référendum, ordonnances du Conseil fédéral). Cette conception, qui rappelle une tentative du constituant français de 1958<sup>24</sup>, est tout à fait contraire à nos habitudes politiques; elle est d'ailleurs peu réaliste, comme l'expérience française l'a démontré depuis plus de trente ans. Elle ne sera donc pas examinée davantage. Mais nous ne pouvons pas nous empêcher d'observer, en passant, que la recherche d'une démocratie concentrée sur l'"essentiel" ("Verwesentlichung der Demokratie") est une entreprise difficile: ce n'est pas la Constitution qui fait le départ entre les règles importantes et celles qui ne le sont pas, c'est le Parlement et ce sont les citoyens.

Dans le second sens, la précision signifie que toutes les règles importantes doivent se trouver dans la loi, qui peut contenir encore d'autres règles. Nous rejoignons ici un principe constitutionnel général, qui est le principe de la légalité, c'est-à-dire de l'exigence d'une base légale formelle pour toutes sortes d'actes de l'Etat. La question est de savoir s'il faut la reproduire ici. Nous sommes d'un avis négatif, pour deux raisons. D'abord, le principe est général, comme on vient de le rappeler. Il vaut pour les cantons aussi bien que pour la Confédération. Si on juge utile de l'inscrire en termes détaillés dans la Constitution, ce n'est donc pas dans une partie consacrée à l'organisation politique de la Confédération qu'il faut le faire, mais bien dans la partie liminaire. L'autre raison, c'est que la définition des règles qu'il faut passer dans la forme de la loi (fédérale ou cantonale) ne peut guère être donnée en termes abstraits. Elle varie, en effet, selon le domaine et peut-être même selon les circonstances. La jurisprudence du Tribunal fédéral, comme d'ailleurs celle des juridictions européennes, est nuancée; assez précise dans le domaine du droit pénal et dans celui du droit fiscal, beaucoup moins dans les autres domaines, ainsi qu'il est apparu, par exemple, avec le problème du *numerus clausus* pour l'accès aux universités<sup>25</sup>. La question est alors de savoir s'il vaut la peine de mettre des adjectifs, tels que "fondamental" ou "important", dans la Constitution. On pourrait l'admettre dans une disposition qui chercherait à limiter l'usage de la délégation législative. Mais on ne voit pas ce que la Constitution gagnerait en clarté à dire, dans une formule abstraite, que les lois fédérales ou les arrêtés fédéraux de portée générale doivent contenir toutes les règles de droit importantes. Le constituant bernois, qui a fait un effort louable pour concrétiser l'idée, n'a lui-même pas pu s'empêcher de recourir à des termes assez vagues<sup>26</sup>.

---

24 Art. 34 et 37 de la Constitution française du 4 octobre 1958.

25 ATF 103 la 369, 388-392, Waeffler, du 25 mai 1977.

26 Voir l'art. 69, al.4, de la Constitution du canton de Berne, du 6 juin 1993 (où il est notamment question, à deux reprises, de "grandes lignes").



En conclusion sur ce point, nous estimons qu'il faut en rester au système actuel et laisser le législateur décider de ce qu'il y a lieu de mettre dans la loi. Si la juridiction constitutionnelle est étendue aux lois fédérales, cette décision devra tenir compte, en l'anticipant là où elle n'est pas encore établie, de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

#### 43.5. Présentation d'alternatives.

Ce qui a été dit au sujet des révisions de la Constitution (voir plus haut, no 42.9, Présentation d'alternatives) doit être répété ici: l'Assemblée fédérale, quand elle adopte une loi, doit pouvoir présenter une alternative; mais cette alternative doit se limiter à une seule variante. En revanche, comme le référendum n'est que facultatif et qu'il n'aura peut-être pas lieu, le Parlement devra indiquer lequel des deux textes entre en vigueur si le vote populaire n'est pas demandé.

#### 43.6. Suppression de la clause référendaire pour les textes qui ont obtenu une majorité qualifiée au Parlement?

La proposition a été faite quelquefois, ces derniers temps, notamment par le Professeur Borner, de l'Université de Bâle, de soustraire au référendum les actes qui bénéficiaient d'une forte légitimité parlementaire parce qu'ils auraient réuni les voix d'une majorité qualifiée de l'Assemblée; par exemple celle des deux tiers des membres de chacune des deux chambres (ce qui signifierait 134 voix au Conseil national et 31 au Conseil des Etats)<sup>27</sup>. Cette idée, qu'on trouve dans la Constitution de certains Etats américains (parfois sous la forme d'une clause d'urgence exclusive du référendum<sup>28</sup>), ne manque pas d'intérêt. Mais force est de constater qu'une majorité des deux tiers serait déjà trop élevée pour être efficace et qu'elle n'aurait guère influencé la pratique récente du référendum: parmi les dix-neuf référendums législatifs qui ont été organisés au cours des trois dernières années (du mois de mai 1992 au mois de mars 1995), trois seulement, semble-t-il, n'auraient pas pu avoir lieu - sur la réforme du Parlement (loi sur les rapports entre les conseils), sur l'augmentation des droits d'entrée sur les carburants et sur l'assurance chômage - trois référendums qui, rappelons-le, ont été favorables au Parlement. Il est vrai que, si la règle des deux tiers avait existé, certains votes finals auraient pu tourner différemment; mais c'est justement la possibilité de changer le statut de la loi par quelques voix en plus ou en moins, avec les calculs et les manœuvres qu'elle permet, qui nous conduit à ne pas recommander cette innovation.

---

<sup>27</sup> Cf. Silvio Borner/Aymo Brunetti/Thomas Straubhaar, *Die Schweiz im Alleingang*, Zurich, 1994, p.131-132.

<sup>28</sup> Voir, par exemple, l'art. II, sect.9, de la Constitution de la Californie; cf. Andreas Auer, *Le référendum et l'initiative populaires aux Etats-Unis*, Bâle/Francfort, 1989, p.21-22.

#### 43.7. Référendum constructif?

L'idée du référendum constructif, qui a été réalisée dans la Constitution bernoise de 1993<sup>29</sup>, a attiré l'attention du monde politique fédéral lors des délibérations sur l'Espace économique européen. L'instrument consiste, comme on sait, à accompagner de propositions constructives la demande de référendum contre une loi; c'est, en réalité, une forme d'initiative populaire législative, qui présente un indéniable attrait dans un système constitutionnel où seule l'initiative constitutionnelle est connue. Si l'initiative législative est introduite, fût-ce sous la forme de l'initiative générale, comme nous le proposons (au no 43.8), le référendum constructif perd une partie de son intérêt. Il est vrai que la Constitution bernoise a les deux institutions, et même l'initiative populaire législative rédigée<sup>30</sup>; mais on ne peut pas non plus ignorer certains défauts inhérents à cet instrument. D'une part, la proposition constructive qui le caractérise pose un problème de conformité au droit supérieur, qui pourrait justifier son invalidation; et il faudrait encore savoir qui serait compétent pour la prononcer et s'il s'agirait de l'invalidation de l'ensemble de la demande ou seulement de celle de sa partie constructive. D'autre part, il est dans la logique du système que le Parlement puisse faire un contreprojet. Or la procédure d'invalidation, comme la confection d'un contreprojet, prennent du temps; elles se conçoivent très bien pour les initiatives populaires, mais elles ne sont guère conciliables avec le caractère suspensif du référendum et la nécessité de présenter sans retard la loi au vote populaire. A quoi l'on ajoutera la difficulté résultant du dépôt de deux ou plusieurs demandes de référendum, qui entraînerait un vote à quatre termes ou davantage (voir ci-dessus, no 42.7). Ces considérations nous ont conduit à renoncer au référendum constructif, dont la nature mélangée combine le frein et le moteur, pour lui préférer l'initiative populaire.

#### 43.8. Introduction de l'initiative populaire générale.

On a déjà dit, plus haut (no 42.2), que l'initiative populaire constitutionnelle rédigée est un instrument trop traditionnel de l'action politique pour qu'il soit concevable de l'abandonner. Toutefois, pour éviter qu'il en soit fait un usage artificiel, comme il arrive souvent aujourd'hui, nous estimons que le moment est venu de proposer l'introduction d'un type d'initiative plus souple, qui permette à ceux qui désirent changer la loi de le faire sans mettre nécessairement en cause la Constitution. A cet effet, deux solutions s'offrent à l'esprit: l'initiative législative rédigée, qui est un instrument très fin, avec lequel les initiants peuvent formuler leur demande d'une manière précise; ou alors une initiative générale, non rédigée, qui laisse une certaine latitude à l'Assemblée fédérale, mais qui résout élégamment le problème de la conformité des lois à la Constitution. En effet, alors que l'initiative législative rédigée qui est contraire à la Constitution doit être invalidée, l'initiative générale qui vise une loi mais qui touche à la Constitution, au lieu d'être invalidée, est simplement traduite en termes constitutionnels. Nous proposons donc d'introduire, à côté

---

29 A l'art. 63, al.3.

30 Art. 58, al.1, lettre b, et al.3.

de l'initiative constitutionnelle rédigée, l'initiative populaire générale. En principe, cette solution n'exclut pas l'introduction, à titre complémentaire, de l'initiative législative.

Ce type d'initiative aurait pour objet l'adoption, la modification ou l'abrogation de règles de droit. Il ne s'étendrait pas aux actes administratifs (cf. encore ci-dessous, no 43.12).

Quant au nombre de signatures: l'initiative générale, qui est moins ambitieuse que l'initiative constitutionnelle rédigée, en ce qu'elle ne vise souvent que le niveau législatif et qu'elle laisse une plus grande marge de manoeuvre à l'Assemblée fédérale, nécessite aussi moins de signatures: 100 000 au lieu de 200 000. Autrement dit, la condition numérique serait la même que pour la demande de référendum (ci-dessus, no 43.1); l'initiative pourrait ainsi remplir, sans difficulté accrue, la fonction d'une demande de référendum abrogatoire, telle qu'elle a été décrite plus haut (no 43.2 in fine).

#### 43.9. Introduction du référendum administratif et financier.

Nous sommes d'avis que le référendum ne devrait pas être limité aux seules règles de droit, comme le législateur l'a décidé en 1962: il y a des mesures concrètes qui sont autrement importantes, aux yeux d'une partie de la population, que mainte disposition abstraite. Mais c'est une fois qu'on a posé cette évidence que les difficultés commencent. Toutes les mesures concrètes ne peuvent pas être exposées au vote du peuple. Faut-il alors recourir à un critère matériel pour définir celles qui doivent l'être, ou s'en remettre à un mode procédural, c'est-à-dire confier à l'Assemblée fédérale, ou à une minorité qualifiée de celle-ci, le soin d'ajouter la clause référendaire à ses arrêtés administratifs ou financiers quand elle l'estime judicieux? Entre la solution matérielle et la solution procédurale, le choix n'est pas facile. Pour finir, nous proposons de retenir un système mixte: le mode procédural pour le principe et des critères matériels pour indiquer les arrêtés qui ne peuvent en aucun cas être munis de la clause référendaire.

Cela ne signifie pas que nous n'ayons, à plusieurs reprises, étudié la possibilité de recourir à un système unique de notions matérielles (telles que des dépenses nouvelles d'un certain montant, des concessions, des autorisations, des plans), comme il a été fait, pour le référendum financier, dans la plupart des Constitutions cantonales et, dans quelques-unes d'entre elles, pour d'autres types de référendum administratif<sup>31</sup>. Mais il faut admettre qu'il y a une différence entre les notions matérielles qui figurent dans la Constitution d'un canton et celles qu'on introduirait dans la Constitution fédérale à l'adresse de l'Assemblée fédérale. Celles des cantons sont sous la protection du Tribunal fédéral, il y a un recours contre la manière dont les Grands Conseils les interprètent et, même si l'on tient compte de la marge d'appréciation que le tribunal reconnaît aux Parlements cantonaux, la qualification qu'un Grand Conseil donne d'une dépense ou d'un acte administratif, avec la conséquence qui en résulte pour

---

<sup>31</sup> Voir, par exemple, la Constitution bernoise de 1993, art.62, al.1, lettres c à e.

l'ouverture au référendum, ne saurait être purement politique. Autre serait la situation si c'était la Constitution fédérale qui imposait au Parlement fédéral l'obligation d'ajouter la clause référendaire à des actes financiers ou administratifs définis par leur contenu. Comme il n'est pas question d'étendre en la matière la juridiction du Tribunal fédéral, l'Assemblée fédérale interpréterait librement et sans recours les notions constitutionnelles. On peut bien dire qu'elle est et qu'elle se tient pour soumise au droit comme toutes les autres autorités du pays. C'est vrai, mais ici le droit, qui opère avec des termes très larges, manque singulièrement de précision; même si les députés s'efforcent de se référer à la jurisprudence du Tribunal fédéral sur les dépenses nouvelles, ils devront admettre qu'elle n'est pas facile à comprendre et à mettre en pratique. Conclusion: présentée sous une apparence juridique, la qualification d'un arrêté finira toujours par être un acte éminemment politique: on comptera les suffrages. Le Conseil national décidera, par exemple, par 90 voix contre 70, qu'une dépense n'est pas nouvelle et il n'y aura pas de clause référendaire.

C'est cette situation inévitablement ambiguë qui fait que nous considérons comme plus réaliste, et même plus franche, la solution procédurale. C'était d'ailleurs celle qui était pratiquée avant 1962: l'Assemblée fédérale décidait librement, sans que la Constitution lui fournît la moindre directive, si l'arrêté qu'elle adoptait était "de portée générale".

Si le mode procédural est retenu, il faut encore choisir entre la règle ordinaire, selon laquelle la clause référendaire serait ajoutée à l'arrêté à la majorité des votants, et une règle nouvelle, qui donnerait cette faculté à une minorité qualifiée, par exemple au tiers des membres de chacune des deux chambres. Nous avons finalement écarté la règle ordinaire de la majorité, qui a une couleur un peu plébiscitaire - l'Assemblée n'adoptant la clause que si elle n'a rien à craindre de son usage ou pour se décharger d'une responsabilité qui lui pèse. Nous jugeons préférable de mettre la clause à la disposition de la minorité qualifiée du tiers (67 voix au Conseil national, 16 au Conseil des Etats), qui représente une condition assez difficile à remplir, tout en supprimant l'apparence même de plébiscite<sup>32</sup>. Nous sommes bien conscients que nous nous exposons ainsi à la critique que nous avons nous-mêmes adressée à la suggestion du Professeur Borner (voir ci-dessus, no 43.6): les voix qui pourraient faire le tiers risquent de se vendre assez cher. C'est vrai qu'il y a, ici également, un danger de manoeuvre. Mais la situation et l'objet ne sont pas les mêmes. D'un côté (proposition Borner), il s'agirait d'empêcher un référendum législatif, qui est une ancienne institution; de l'autre (c'est-à-dire ici), la majorité chercherait à dissuader la minorité d'ouvrir la voie à un référendum administratif, qui est une institution nouvelle.

#### 43.10. Exceptions au référendum administratif et financier.

Tous les actes administratifs, on l'a dit, ne supporteraient pas la démocratie référendaire. Il faut que la Constitution marque des exceptions. Or,

<sup>32</sup> On trouve une règle semblable dans la Constitution bernoise de 1993, art.62, al.1, lettre f: la clause est à la disposition d'une minorité qualifiée des deux cinquièmes (80 députés sur 200).



si c'est une décision de procédure qui expose un arrêté au référendum, seule une énumération de critères matériels permet de soustraire au vote populaire les actes qui ne s'y prêtent pas. Mais on vient de voir que les critères matériels peuvent donner prise à des controverses où les sentiments politiques risquent d'altérer le jugement juridique. Il importe donc que la liste des exceptions soit aussi simple et claire que possible<sup>33</sup>.

#### 43.11. Référendum déclenché par l'Assemblée fédérale ou par une minorité de celle-ci?

Si nous estimons que le Parlement, ou même une minorité du Parlement, devrait pouvoir décider qu'un arrêté sera exposé au référendum, il n'a jamais été question, à nos yeux, que le Parlement (ou une minorité) puisse soumettre directement cet arrêté au vote populaire. Un référendum ne doit être organisé que si une fraction du corps électoral, éventuellement huit cantons, ont manifesté expressément leur opposition.

#### 43.12. Initiative administrative?

Alors que nous préconisons l'introduction du référendum administratif, nous considérons, en revanche, qu'il ne serait pas opportun de prévoir une initiative populaire spéciale dans les mêmes matières (cf. déjà, ci-dessus, no 43.8). Nous en restons donc au système actuel, où l'initiative constitutionnelle peut seule en tenir lieu (voir plus haut, no 42.3, notre conclusion sur le refus des limites matérielles). Mais les conditions en sont difficiles: 200 000 signatures, ainsi que l'exigence de la double majorité du peuple et des cantons.

### 44. Les droits populaires en matière internationale.

Nous partons de l'idée que le principe de la primauté du droit international sur le droit interne fait partie du droit positif interne de la Suisse. Nous l'avons dit sans équivoque, notamment dans notre message du 18 mai 1992 relatif à l'approbation de l'Accord sur l'Espace économique européen<sup>34</sup>, ainsi que dans notre message du 22 juin 1994 concernant une initiative sur la politique d'asile<sup>35</sup>. La seule question qui reste litigieuse, comme il est apparu lors du débat de l'Assemblée fédérale sur l'Accord EEE<sup>36</sup>, est de savoir si les autorités suisses doivent, en toutes circonstan-

---

33 Nous renvoyons ici au commentaire de l'art.123, ci-après. On verra l'exemple d'un principe et d'une liste d'exceptions dans la Constitution soleuroise de 1986, art.36 et 37; cf encore l'art.62, al.1, lettre f in fine, de la Constitution bernoise de 1993.

34 FF 1992 IV 83, 85-87, où le Conseil fédéral déclare partager les vues (d'un "monisme" très strict) développées dans une publication commune de l'Office fédéral de la justice et de la Direction du droit international public, du 26 avril 1989, JAAC 1989, no 54.

35 FF 1994 III 1480-1483.

36 BO 1992 CN 1381-1392; CE 825-833; 883-887; CN 1836-1845. Cf. Aldo Lombardi, Die Gestaltung des künftigen EWR-Rechts, PJA, 1992, p.1330-1344; Felix Schöbi, Die "Schubert-Praxis", etc., ibid., 1993, p.887-893.

ces, prêter leur ministère à la réalisation du principe ou s'il n'y a pas lieu, dans certains cas exceptionnels, d'engager la responsabilité de la Suisse et d'encourir les sanctions du droit international lui-même. Avec nos propositions, nous nous efforçons de prévenir, autant qu'il est possible, la survenance de tels cas.

L'exposé traitera successivement des référendums sur les traités internationaux, des référendums sur les lois qui les exécutent et des initiatives populaires, notamment de celles qui contiennent des dispositions contraires à nos obligations internationales. A ces trois points, nous ajouterons encore une observation sur le conflit entre le droit interne existant et le droit international.

#### **44.1. Elargissement du référendum facultatif sur les traités internationaux.**

Ou, plus exactement: du référendum sur les arrêtés par lesquels l'Assemblée fédérale approuve un traité international. Un des buts de la réforme proposée est d'éviter que l'usage interne des droits populaires, référendums sur les lois ou initiatives, ne conduisent la Suisse à violer le droit international. Nous pensons que la meilleure manière d'atteindre ce but est de renforcer la légitimité populaire des traités eux-mêmes, de manière à les libérer de l'éventuelle objection d'un déficit démocratique qui les affecterait. Voilà pourquoi nous recommandons de reconsidérer la revision constitutionnelle de 1977 et d'élargir la catégorie des traités normatifs définis actuellement par l'art. 89, al.3, lettre c, Cst.féd. Ce ne sont pas seulement les traités multilatéraux qui devraient être exposés au référendum facultatif, mais aussi les traités bilatéraux; et ce ne sont pas seulement les traités qui contiennent eux-mêmes des règles de droit directement applicables à l'intérieur des Etats nationaux, mais aussi les traités qui obligent les Etats nationaux à en créer en adoptant des lois. Ce double élargissement permet seul de justifier la proposition suivante.

#### **44.2. Soustraction au référendum de certaines lois d'exécution des traités internationaux.**

Ce qu'on donne aux droits populaires avant la conclusion du traité, on doit pouvoir le leur ôter une fois le traité approuvé et ratifié, quand il s'agit, pour la Suisse, d'honorer ses engagements. La difficulté est évidemment, ici, de déterminer les actes législatifs internes qui résultent nécessairement du traité. La solution la plus simple serait d'inclure ces actes dans l'arrêté d'approbation. Notons à ce propos que, selon la pratique suivie jusqu'à maintenant et qui n'est nullement mise en question, le droit national est adapté avant ou simultanément à l'approbation des traités internationaux (voir notamment les exemples récents relatifs aux accords sur l'Espace économique européen et sur l'OMC). Mais cette solution n'est pas toujours possible, les choix à faire prennent parfois du temps, et d'ailleurs l'inclusion risquerait d'alourdir considérablement l'arrêté. Une autre solution, à laquelle va notre préférence, consiste à insérer dans l'arrêté d'approbation une clause de délégation détaillée qui indiquerait dans quels domaines l'Assemblée fédérale entend pouvoir légiférer sans référendum. Les deux solutions ont ceci de commun que les citoyens

savent - et même de manière tout à fait précise dans le premier cas - ce que signifie l'approbation du traité<sup>37</sup>. Dans le second cas, l'utilisation que fait le législateur national de la marge de manoeuvre que lui laisse un traité n'est plus soumise au contrôle référendaire. Ajoutons toutefois qu'avec l'une et l'autre solution, l'initiative populaire, rédigée ou générale, permettra toujours aux citoyens de demander la correction des actes d'exécution qui sont entrés en vigueur sans référendum.

#### 44.3. Initiatives populaires et respect du droit international.

L'un des thèmes les plus délicats, dans le domaine qui nous occupe, est celui de la confrontation entre le droit international (conventionnel, coutumier, unilatéral, général) et l'initiative populaire. Une argumentation logique déduirait de la primauté du droit international l'invalidation de toutes les initiatives qui lui sont contraires. Nous n'avons pas pu nous y rallier. Nous nous efforçons, au contraire, de ménager autant qu'il est possible le droit d'initiative. Nous le faisons d'ailleurs en considération de tous les autres moyens, politiques et juridictionnels, qui permettent de défendre la crédibilité de la Suisse. Moyens politiques: les autorités recommanderont le rejet de l'initiative en montrant que son acceptation nous mettrait en danger de violer nos engagements internationaux; elles pourront aussi lui opposer un contreprojet, ou un texte alternatif (dans le cas de l'initiative générale), qui, tout en respectant la tendance générale de l'initiative, lui enlève ce qu'elle a d'incompatible avec le droit supérieur. Moyens politiques encore: si l'initiative est néanmoins acceptée, l'infléchir dans la législation d'exécution; si cela n'est pas possible, dénoncer, au besoin, le traité avec lequel l'initiative est en conflit. Moyens juridictionnels enfin: interpréter l'initiative conformément au droit international; par exemple, ne l'appliquer que dans nos rapports avec les Etats envers lesquels nous ne sommes pas liés par un traité, etc. Il se peut, toutefois, qu'un conflit ne puisse pas être résolu complètement et qu'il faille, dans ce cas, assumer les conséquences éventuelles d'une violation du droit international.

Pour finir, nous proposons de ne frapper d'invalidation, totale ou partielle, que les initiatives ou les éléments d'initiatives qui sont indubitablement contraires aux règles impératives du droit international - comme le Conseil des Etats a récemment commencé de le faire<sup>38</sup>. La définition des "règles impératives du droit international" ne pourrait toutefois guère être donnée en termes abstraits; ce serait l'affaire de la pratique. Il appartiendrait donc à l'autorité compétente (dans notre système, l'Assemblée fédérale, pour la

---

<sup>37</sup> On pourrait encore penser à inscrire la délégation, en termes abstraits, directement dans la Constitution. Mais cette troisième solution laisserait, à notre avis, une trop grande liberté au Parlement: c'est lui qui déciderait seul, de cas en cas, si une loi est la conséquence "nécessaire" du traité.

<sup>38</sup> Dans sa séance du 16 mars 1995 (invalidation d'une initiative populaire "pour une politique d'asile raisonnable", à cause d'une violation du principe de non-refoulement); cf. NZZ du 17 mars 1995, no 64, p.18.

validation, et, s'il y a lieu, le Tribunal fédéral, ci-dessus, no 42.6) de former une jurisprudence en se référant à la doctrine internationale<sup>39</sup>.

Ajoutons qu'une initiative populaire peut avoir avec le droit international un rapport qui ne pose pas de problème de conformité. Elle peut tendre, par exemple, à la dénonciation d'un traité international (s'il peut être dénoncé et aux conditions auxquelles il peut l'être), voire à l'ouverture de négociations avec un Etat étranger ou une organisation internationale. Mais, compte tenu de la façon dont la Constitution distribue les compétences en la matière, seule peut être utilisée ici la voie de l'initiative constitutionnelle rédigée, qui suppose la réunion de 200 000 signatures.

#### 44.4. Conflit entre le droit interne et le droit international dans les cas d'application.

La reconnaissance de la primauté du droit international ne préviendra évidemment pas les conflits; elle donne plutôt une clé pour les résoudre. Si l'autorité chargée d'appliquer le droit à un cas d'espèce considère que la règle de droit interne qu'elle doit appliquer n'est pas conforme au droit international, il faudra distinguer deux hypothèses. Quand la règle litigieuse est une règle cantonale ou une règle fédérale inférieure aux lois et aux arrêtés de portée générale, le contrôle de conformité peut rester ce qu'il est aujourd'hui (c'est-à-dire un contrôle "diffus"); l'autorité d'application peut faire prévaloir elle-même le droit international sur la règle interne qui lui est contraire. En revanche, quand la règle litigieuse se trouve dans une loi fédérale ou un arrêté fédéral de portée générale, la compétence de la déclarer inapplicable, en tout ou en partie, doit être réservée à la plus haute autorité juridictionnelle du pays (contrôle "concentré"); l'autorité juridictionnelle inférieure ne pourra donc que suspendre la procédure qui se déroule devant elle et solliciter la décision du Tribunal fédéral. Celui-ci dira si et dans quelle mesure la loi ou l'arrêté peut être appliqué. Cette solution correspond à celle qui figure dans notre projet de réforme de la justice. Nous renvoyons à ce sujet au commentaire relatif à l'art. 168, al. 2, 2<sup>e</sup> phrase, proposé dans le cadre de la réforme de la justice. La solution proposée s'inspire de la "political question doctrine".

#### 45. Conclusion.

Un de nos soucis a toujours été d'obtenir un ensemble de propositions cohérent et équilibré. L'option fondamentale était bien de renforcer et d'affiner les droits populaires, mais sans qu'il en résulte une enflure démesurée de la démocratie directe. Toutes les dispositions du projet ne devaient pas aller systématiquement dans le même sens; il était clair, au contraire, que le renforcement et l'affinement des droits populaires auraient, sur certains points, des contreparties.

<sup>39</sup> Voir, par exemple, Stefan Kadelbach, *Zwingendes Völkerrecht*, Berlin, 1992; Gennady M. Danilenko, *International Jus Cogens: Issues of Law-Making*, *Journal européen de droit international*, vol.2, 1991, no 1, p.42-65; Peter Saladin, *Völkerrechtliches Jus Cogens und schweizerisches Landesrecht*, *RSJB*, vol.124 bis, 1988, p.67-96.



Nous avons le sentiment de présenter aujourd'hui un système balancé. L'initiative générale et la possibilité d'exposer au référendum certains arrêtés administratifs ou financiers et certains traités qui n'y sont actuellement pas sujets sont incontestablement des élargissements. La faculté d'offrir des alternatives constitue plutôt un affinement ou, si l'on préfère, un perfectionnement; de même les rares interventions du Tribunal fédéral. En face de ces mesures qu'on peut, si elles tiennent leurs promesses, qualifier de positives, nous en proposons d'autres qu'on doit bien considérer comme des restrictions. Il s'agit, on s'en doute, de l'élévation du nombre des signatures; mais il s'agit aussi de la suppression du référendum suspensif à l'égard des actes qui sont la conséquence nécessaire des traités, ainsi que de l'invalidation des initiatives qui seraient jugées contraires aux règles impératives du droit international.

On trouverait sans doute d'autres voies qui mènent à l'équilibre. Il y en a une, en particulier, que certains membres de la commission d'experts n'ont cessé de défendre avec conviction. Il s'agirait de soustraire généralement les lois au référendum suspensif et de permettre, en compensation, d'en proposer l'abrogation ou la modification par l'initiative législative rédigée. La renonciation aux votes préventifs sur des lois qu'on ne connaît pas constituerait un tel changement dans nos habitudes politiques qu'on pourrait même faire alors l'économie de toute augmentation du nombre des signatures. Cette voie, que la commission, dans sa majorité, n'a pas voulu suivre, n'est pas non plus la nôtre; mais elle ne saurait être écartée d'une discussion sérieuse sur la réforme des droits populaires.

## Deuxième Partie: Commentaire<sup>40</sup>

Les propositions de dispositions constitutionnelles reproduites en bleu ont été conçues de manière à pouvoir remplacer l'ensemble des dispositions relatives aux droits populaires qui figurent dans le projet de Constitution fédérale mise à jour.

Ces propositions reprennent donc la systématique, la densité juridique et la terminologie de la mise à jour. Elles sont censées pouvoir s'y intégrer aussi harmonieusement que possible.

Précision typographique: pour permettre de bien distinguer, dans les propositions, ce qui est nouveau de ce qui n'est qu'une reprise de la mise à jour, des caractères italiques ont été utilisés; en revanche, si les modifications apportées ne portent que sur la rédaction ou l'agencement formel, le texte est imprimé en caractères normaux.

### DROITS POPULAIRES

#### Chapitre premier: Dispositions générales

##### Art. 115 Droit de vote

Cette disposition est la reprise de l'art. 115 de la mise à jour. On renvoie aux explications contenues dans les notes et le commentaire qui s'y rapportent.

##### Art. 116 Formation de l'opinion et de la volonté populaires

Alors que les alinéas 1 et 2 de cette disposition correspondent au droit existant, l'alinéa 3 donne un mandat au législateur de poser les règles propres à assurer un fonctionnement transparent de la démocratie directe. Il s'agirait notamment d'obliger les comités d'initiative et les comités référendaires à rendre publiques leurs dépendances économiques à l'égard de tiers. La loi pourrait ainsi leur faire un devoir d'indiquer leurs sources de financement, afin que les citoyens puissent s'assurer que certains groupements d'intérêts n'abusent pas de leur position dominante dans l'exercice des droits populaires. Cette législation serait inspirée de principes voisins de ceux qui ont amené le législateur, en 1984, à exiger des parlementaires qu'ils signalent leurs intérêts professionnels et économiques<sup>41</sup>. On peut aussi penser à un plafonnement des dépenses autorisées ou à une limitation des dons - encore que le contrôle du respect des réglementations de ce genre ne soit pas une chose facile<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> La structure des articles, leur terminologie et leur numérotation a été conçue de manière à pouvoir s'intégrer dans le projet de mise à jour de la Constitution fédérale.

<sup>41</sup> Art. 3 bis de la loi fédérale sur les rapports entre les conseils, R.S. 171.11.

<sup>42</sup> Voir, à ce sujet, un rapport du Conseil fédéral, du 23 novembre 1988; FF 1989 I 117-225, notamment 156-161.

**Chapitre 2: Initiative populaire****Art. 117 Initiative populaire tendant à la revision totale de la Constitution**

Cette disposition correspond au droit actuel, sauf sur un point important: le nombre de signatures requis pour le déclenchement de la revision totale par des citoyens actifs passe de 100 000 à 200 000.

Nous estimons en effet, en dépit des hésitations de la commission d'experts, qu'il convient d'augmenter le nombre de signatures requis pour les initiatives constitutionnelles - ainsi d'ailleurs que pour les demandes de référendum. On pourrait éventuellement envisager aussi une réduction du délai dans lequel les signatures doivent être récoltées. Cette question n'est pas examinée ici; elle relève traditionnellement de la législation ordinaire.

**Art. 118 Initiative populaire rédigée tendant à la revision partielle de la Constitution**

Tenant compte des critiques qui avaient été adressées au projet de Constitution fédérale de 1977 (projet qui supprimait l'initiative populaire rédigée tendant à la revision partielle de la Constitution pour la remplacer par l'initiative constitutionnelle dite alors "de type unique", voir l'art. 64 du projet de 1977), nous proposons de maintenir l'initiative rédigée: cet instrument constitue en effet l'un des piliers de notre démocratie directe. En revanche, nous estimons possible de renoncer à l'initiative constitutionnelle populaire sous sa forme non rédigée, puisque l'initiative générale (voir l'art. 119) peut en tenir lieu; au surplus, on rappellera qu'en 140 ans, il n'y a eu que cinq cas d'initiatives populaires conçues en termes généraux qui ont été soumises au vote préalable.

Le nombre de signatures requis pour l'initiative populaire rédigée passe toutefois de 100 000 à 200 000 comme pour la revision totale (voir ci-dessus, ad art. 117).

En outre, l'art. 118 précise que l'initiative doit respecter les principes de l'unité de la forme et de l'unité de la matière ainsi que les règles impératives du droit international.

Le principe de l'unité de la matière est un principe incontesté du droit constitutionnel en vigueur. Il doit donc être mentionné ici, comme d'ailleurs aussi à l'art. 169 al. 2, du présent projet (lorsque c'est l'Assemblée fédérale qui procède à la revision partielle de la Constitution).

Le principe de l'unité de la forme est maintenu à cause de l'institution de l'initiative générale, voir ad art. 119.

L'indication que l'initiative doit être exécutable est omise; elle ne figure aujourd'hui ni dans la Constitution, ni dans la loi; à moins d'être interprétée d'une manière abusivement large, elle vise une hypothèse que nous tenons pour académique; et finalement, si l'hypothèse d'une réelle inexécutabilité devait se réaliser un jour, la règle correspond à une évidence qu'il n'est pas nécessaire de rappeler dans le texte constitutionnel<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> En 1976, le Conseil national a refusé, à une forte majorité, d'inscrire la règle dans la loi sur les droits politiques; cf. BO 1976 CN 77-80.

En revanche, nous estimons nécessaire de dire clairement dans la Constitution que l'exercice du droit d'initiative populaire trouve ses limites dans le respect des règles impératives du droit international. Il s'agit essentiellement des dispositions que le droit international qualifie de "jus cogens". Revêt ce caractère une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère<sup>44</sup>. A titre d'exemple on citera, sur le plan universel, l'interdiction du génocide, de la torture, de l'esclavage et, sur le plan régional, les droits fondamentaux qui ne souffrent aucune dérogation (art.15 CEDH<sup>45</sup>). Est nulle toute règle interne - même du niveau de la Constitution - qui est contraire à une norme de cette catégorie.

Pour trancher le cas de l'incompatibilité d'une initiative populaire avec une règle impérative du droit international, la disposition constitutionnelle générale sur le respect du droit et sur le principe de la primauté du droit international (voir l'art. 4 de la mise à jour et l'art. 4 des présentes propositions) ne suffit pas, puisqu'elle n'indique pas la conséquence juridique qui résulte de cette incompatibilité. Il faut donc une règle spécifique pour empêcher qu'une disposition contraire au droit international impératif entre dans la Constitution. Telle est d'ailleurs la position adoptée par le Conseil des Etats, le 16 mars 1995, à l'occasion de l'examen de la validité de l'initiative des Démocrates suisses pour une "politique d'asile raisonnable".

Après un examen approfondi, nous avons décidé de renoncer à proposer toute autre limite matérielle à la revisibilité de la Constitution (voir la Première partie, no 42.3). Nous n'avons, en particulier, pas voulu entrer dans la controverse relative à la rétroactivité des initiatives constitutionnelles; le problème est difficilement saisissable et il pourrait d'ailleurs être désamorcé par l'introduction du référendum administratif et financier (voir l'art. 123 des présentes propositions).

#### **Art. 119 Initiative populaire générale**

L'initiative populaire générale était déjà contenue dans le projet de Constitution fédérale de 1977, sous le nom d'initiative "de type unique" (aux art. 64 et 66 du texte principal et dans une variante), ainsi que dans l'essai de modèle du DFJP de 1985 (à l'art. 82). Lors de la procédure de consultation qui a suivi la publication du projet de 1977, cette forme d'initiative a été fort bien reçue. Chacun s'accordait à reconnaître que son introduction revêtirait un grand intérêt dans une double perspective: d'une part, cet instrument faciliterait la tâche des comités d'initiative, qui ne sont pas toujours entourés de conseils juridiques qui les aident à formuler de manière adéquate des projets constitutionnels rédigés; d'autre part, la possibilité donnée à l'Assemblée fédérale, quand elle approuve l'initiative,

---

<sup>44</sup> Voir l'art.53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, R.S. O.111.

<sup>45</sup> R.S. O. 101.



de réaliser celle-ci en agissant au niveau normatif approprié (adoption ou abrogation de dispositions constitutionnelles ou législatives) garantirait la cohérence de l'ordre juridique et prémunirait le texte constitutionnel contre une dilution de sa densité normative. A ces deux avantages s'ajouterait le fait que l'Assemblée fédérale pourrait agir en même temps, de manière complémentaire, au niveau constitutionnel et au niveau législatif. Les délais dans lesquels les réformes souhaitées pourraient être mises en oeuvre en seraient raccourcis d'autant.

Même s'il eût été assez logique d'admettre qu'une initiative populaire conçue sous la forme d'une proposition générale puisse aussi déboucher sur l'adoption ou l'abrogation de dispositions non normatives, nous estimons que l'élargissement de l'initiative générale aux matières administratives serait inopportun. D'ailleurs, avec 200 000 signatures, les citoyens pourront toujours, dans les cas où ils le jugent vraiment nécessaire, agir en ces matières par le biais de l'initiative populaire rédigée tendant à la révision partielle de la Constitution (par exemple sous la forme d'une disposition transitoire).

Nous proposons de n'exiger, pour l'initiative générale, que 100 000 signatures - soit la moitié du nombre proposé pour l'initiative rédigée tendant à la révision de la Constitution (comp. ad art. 117 et 118). En effet, l'initiative générale n'aura souvent pour objet que l'adoption d'une loi ordinaire et elle laissera, de toute façon, une plus grande latitude à l'Assemblée fédérale. On relèvera encore qu'en accentuant le parallélisme entre ce type d'initiative et le référendum facultatif, la solution proposée peut encourager les adversaires d'une loi à la juger sur ses effets plutôt que de la combattre par anticipation (cf. Première partie, no 43.2).

En résumé, l'institution de l'initiative populaire générale, telle qu'elle est conçue à l'art. 119, représente une amélioration majeure par rapport à l'instrument actuel, peu utilisé, de l'initiative constitutionnelle conçue en termes généraux. On peut considérer, en effet, que les avantages de l'initiative générale sont au nombre de cinq: tâche rédactionnelle plus facile pour les initiants; nombre de signatures inférieur à celui qui est nécessaire pour faire aboutir une initiative constitutionnelle rédigée; faculté donnée à l'Assemblée fédérale d'intervenir au niveau normatif approprié (constitutionnel ou législatif); complémentarité du niveau d'action (constitutionnel et, le cas échéant, simultanément législatif) et, en conséquence, réalisation plus rapide des vœux des initiants; diminution possible du nombre des cas où une loi est bloquée par un référendum suspensif.

### Chapitre 3: Référendum populaire

#### Art. 120 Référendum obligatoire du peuple et des cantons

Cette disposition est la reprise de l'art. 118 de la mise à jour. Il reflète l'état du droit constitutionnel en vigueur et n'appelle, de ce fait, pas de commentaire particulier.

**Art. 121**      **Référendum obligatoire du peuple**

Cette disposition reflète également l'état du droit constitutionnel en vigueur. Nous considérons que le regroupement, dans une même section, de tous les cas de vote populaire présente l'avantage d'être clair et complet.

**Art. 122**      **Référendum facultatif législatif**

Non sans hésitation, nous avons décidé de maintenir, avec son caractère suspensif, cette institution centrale de notre démocratie directe. Nous partageons cependant les vues de la commission d'experts, pour laquelle on ne saurait ignorer l'inconvénient majeur de cette procédure: les campagnes référendaires se mènent sur des textes législatifs qui n'ont jamais été appliqués, de sorte que le citoyen a peine à en mesurer les conséquences pratiques.

Compte tenu de l'accroissement du corps électoral, il nous paraît justifié de porter de 50 000 à 100 000 le nombre de signatures requis pour la demande de référendum (voir la Première partie, no 42.9, Nombre de signatures).

Sur un point, nous jugeons opportun de préciser le texte constitutionnel: l'alinéa 2 dispose lui-même que les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale contiendront des règles de droit. Cette règle figure aujourd'hui aux art. 5 et 6 de la loi sur les rapports entre les conseils<sup>46</sup>. Il convient de l'inscrire désormais dans le texte constitutionnel, pour bien montrer la frontière entre le référendum facultatif législatif, objet de l'art. 122 du projet, et le référendum facultatif administratif et financier, qui est traité à l'art. 123. Naturellement, si la proposition d'instituer le référendum administratif et financier n'était pas suivie, il faudrait alors supprimer cet alinéa 2, de manière que le législateur puisse au moins modifier les dispositions précitées de la loi sur les rapports entre les conseils, le jour où il l'estimerait souhaitable.

**Art. 123**      **Référendum facultatif administratif et financier**

L'interdiction du référendum facultatif administratif et financier, décidée par le législateur en 1962, a créé l'une des lacunes les plus visibles du système des droits populaires fédéraux. Nous proposons donc de revenir sur cette décision et de réintroduire la possibilité de ce type de référendum. Selon le système envisagé, l'usage de cette possibilité relèverait d'un acte procédural et non d'un critère matériel: l'arrêté fédéral administratif ou financier serait, aux termes de l'art. 123, muni de la clause référendaire et par conséquent exposé au référendum (c'est-à-dire qualifié d'arrêté de portée générale) si un tiers des membres de chacune des deux chambres en décidait ainsi.

L'alinéa 2 contient un catalogue d'actes administratifs ou financiers que l'Assemblée fédérale ne pourrait pas munir de la clause référendaire; car si l'introduction du référendum administratif et financier représente manifes-

---

<sup>46</sup> R.S. 171.11.

tement une amélioration des droits populaires, il convient en même temps d'en circonscrire avec soin le champ d'application afin de conjurer les risques d'abus. Tel est le but de cette liste d'exceptions, qui nécessitent encore une discussion approfondie et au sujet desquelles nous pouvons apporter les indications suivantes:

Les actes relatifs à la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse sont ceux qui, dans le droit actuel (mais ils sont très rares), se fonderaient sur l'art.85, ch.6 et 7, Cst.féd.

Les actes relatifs à la surveillance sur les cantons s'étendraient évidemment, le cas échéant, à d'éventuelles mesures d'exécution ou d'intervention fédérale selon l'art.85, ch.7 et 8, Cst.féd.

L'inclusion du budget dans la liste des exceptions est tout à fait normale, mais elle suppose une législation et une pratique rigoureuse<sup>47</sup>, c'est-à-dire une définition étroite des crédits de paiement que le Parlement peut porter directement au budget sans qu'ils soient prédéterminés par une loi ou un crédit d'engagement<sup>48</sup>.

Par actes de stricte application du droit, on entend les décisions à caractère juridictionnel, telles que la garantie des Constitutions cantonales ou les jugements rendus sur recours de droit public; voir notamment l'art.85, ch.7, 12 et 13 Cst.féd.

Par actes de procédure, il faut comprendre les actes qui jalonnent la procédure législative, les motions, les recommandations, ainsi que les actes par lesquels l'Assemblée fédérale approuve une ordonnance du Conseil fédéral ou approuve un rapport ou en prend connaissance.

#### **Art. 124 Référendum facultatif en matière internationale**

Aujourd'hui, le développement de la législation interne est de plus en plus influencé par les règles de droit contenues dans des traités internationaux. La révision constitutionnelle de 1977, qui a élargi les cas d'ouverture du référendum facultatif en matière internationale (art.89, al.3 à 5, Cst.féd.), a dans l'ensemble plutôt donné satisfaction. Nous avons toutefois estimé qu'il fallait étendre encore, sur un point essentiel, le référendum facultatif en matière de traités.

Selon l'art. 89, al. 3, lettre c, du texte actuel de la Constitution, le référendum facultatif n'est ouvert, en effet, qu'à l'égard des arrêtés d'approbation de traités internationaux qui "entraînent une unification multilatérale du droit". C'est à dessein, on s'en souvient, que le constituant de 1977 n'avait pas voulu créer de parallélisme, pour l'ouverture au référendum, entre les actes législatifs internes et les actes normatifs matérialisés dans des traités internationaux.

---

47 Voir la loi fédérale sur les finances de la Confédération, de 1989, R.S. 611.0.

48 En revanche, le crédit d'engagement est un objet possible de référendum, sans qu'il soit fait de différence entre les dépenses nouvelles et les dépenses liées. De délicates controverses sont ainsi rendues superflues.

Il convient cependant, aujourd'hui, de repenser le problème en fonction d'une autre exigence, tout aussi importante: il est capital que le citoyen puisse se prononcer sur l'acte qui opère, en réalité, le choix normatif décisif. Or la réalité montre que ce choix n'existe, le plus souvent, qu'au moment de l'approbation du traité international lui-même, alors que les actes législatifs de mise en oeuvre interne en découlent plus ou moins nécessairement. Partant de cette considération, nous proposons d'élargir la faculté de référendum en matière internationale aux arrêtés par lesquels, selon la nouvelle formulation de l'art.124, al.1, lettre c, du projet, l'Assemblée fédérale approuve un traité qui "contient des règles de droit ou oblige à adopter des lois fédérales ou des arrêtés fédéraux de portée générale"<sup>49</sup>. Conformément à la pratique actuelle, les règles de droit doivent cependant avoir une substance minimale pour que la possibilité du référendum facultatif soit donnée.

#### **Art. 125      Législation d'exécution des traités internationaux**

Nous estimons que cet élargissement du référendum facultatif en matière internationale doit toutefois s'accompagner d'un complément qui en est la suite naturelle: la faculté reconnue au législateur d'inclure, dans l'arrêté fédéral d'approbation exposé au vote du peuple, les modifications législatives requises par le traité ou de déléguer à l'Assemblée fédérale la compétence de les adopter, ultérieurement, sans référendum. Cette proposition s'inspire de l'idée qu'il n'est pas opportun d'offrir une seconde fois au citoyen la possibilité de se prononcer sur un acte législatif de mise en oeuvre d'un traité international, lorsqu'il est largement déterminé par ce dernier. Il faut préciser que, si le Parlement devait adopter, en sus des règles législatives qui sont la conséquence nécessaire du traité, d'autres règles qui lui paraîtraient simplement opportunes, l'adjonction de ces règles exposerait l'ensemble de l'acte législatif au référendum. La solution proposée ne changera rien à la pratique actuelle selon laquelle le droit national est, dans la mesure du possible, adapté avant ou simultanément à l'approbation des traités internationaux.

Nous considérons qu'envisagé dans son ensemble, le système proposé (modification de la lettre c de l'alinéa 1 de l'art. 124, en liaison avec l'art. 125) représente un tout équilibré et cohérent, qui tient compte de voeux souvent exprimés, en 1992, à l'occasion et en marge des débats relatifs à l'approbation de l'Accord EEE.

---

<sup>49</sup> Exemples de traités qui obligent à adopter des lois (et dont l'approbation serait donc exposée désormais au référendum facultatif): Convention de la Haye, du 25 octobre 1980, sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants; approuvée le 21 juin 1983 (R.S. O.211.230.02). - Convention du Conseil de l'Europe, du 16 novembre 1989, contre le dopage; approuvée le 22 septembre 1992 (RO 1993 1237). - Convention du Conseil de l'Europe, du 8 novembre 1990, relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime; approuvée le 2 mars 1993 (RO 1993 2384). - Convention internationale, du 21 décembre 1965, sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale; approuvée le 9 mars 1993 (RO 1995 1163).



Les expériences accumulées depuis une vingtaine d'années (c'est-à-dire depuis la révision constitutionnelle de 1977)<sup>50</sup> laissent supposer que cet élargissement des droits populaires en matière internationale ne conduira pas à une multiplication excessive des demandes de référendum sur les traités. Il ne fait d'ailleurs que compenser la diminution des droits populaires sur les actes législatifs de mise en oeuvre des traités.

#### Chapitre 4: Autres dispositions relatives au référendum populaire

##### Art. 126 Présentation d'alternatives

Nous estimons qu'un moyen pragmatique d'affiner les droits populaires serait de permettre à l'Assemblée fédérale de présenter à la votation populaire des variantes, c'est-à-dire deux textes constitutionnels ou, au niveau législatif, un texte principal et un texte alternatif. Voir les alinéas 1 et 2. Dans la votation populaire, les textes seraient départagés selon les modalités prévues à l'art. 129 du présent projet.

L'alinéa 2 précise que, lorsque l'Assemblée fédérale expose au référendum facultatif un texte principal et un texte alternatif, c'est le texte principal qui entre en vigueur si le vote du peuple n'est pas demandé.

L'alinéa 3 exclut toute alternative pour l'approbation de traités internationaux, en partant de l'idée que, de manière générale, l'approbation d'un traité ne peut pas être conditionnelle. Lorsqu'elle l'est (par la formulation d'une ou plusieurs réserves), c'est d'abord au Conseil fédéral, qui assume la responsabilité principale en matière de relations extérieures, et ensuite à l'Assemblée fédérale, qui coopère avec lui dans cette tâche, que revient la compétence de faire les choix de politique étrangère liés à la formulation des réserves. La possibilité de choisir entre les réserves n'est pas donnée aux citoyens, qui ne se prononcent, par oui ou par non, que sur le choix fait par le Parlement.

##### Art. 127 Clause d'urgence

La clause d'urgence est une disposition qui, en droit fédéral, n'a de signification qu'en rapport avec le référendum. C'est pourquoi nous jugeons utile d'indiquer ici les conditions auxquelles elle peut être adoptée.

Le texte de l'art. 127 correspond au droit actuel, sous réserve d'une précision contenue à l'alinéa 2: la clause d'urgence ne peut affecter qu'un arrêté qui contient des règles de droit. En effet, elle ne convient pas aux arrêtés d'approbation des traités internationaux, non plus qu'aux arrêtés administratifs ou financiers.

---

<sup>50</sup> Eléments de statistique: de 1977 à 1995, 62 traités ont été exposés au référendum facultatif: 18 selon la lettre a de l'al.3 de l'art. 89 Cst.féd.; 21 selon la lettre b; 21 encore selon la lettre c; 2 selon l'al.4. Le référendum n'a été demandé qu'une seule fois (dans un cas de la lettre b, institutions de Bretton Woods, vote du 17 mai 1992). Naturellement, on peut prévoir que la règle proposée à l'art. 124 provoquerait quelques demandes supplémentaires.

**Art. 128 Détermination du résultat des référendums**

Cette disposition maintient le droit actuel (voir la Première partie, no 42.9, Détermination de la majorité des voix des cantons).

**Art. 129 Votes sur les alternatives et les contreprojets**

Cette disposition transpose, dans un cadre plus large, le système Haab contenu à l'art. 121 bis de la Constitution actuelle. Ce dernier système n'est prévu, aujourd'hui, que pour départager une initiative constitutionnelle et un contreprojet. L'art. 129 l'étend au cas où les citoyens peuvent se prononcer sur deux textes (constitutionnels, législatifs ou administratifs) de l'Assemblée fédérale.

**Art. 130 Pluralité d'initiatives populaires**

Cette proposition de réforme vise à traduire, en langage constitutionnel, les avantages politiques qu'il y aurait à donner la possibilité aux autorités d'opposer entre elles plusieurs initiatives sur le même objet ou même de leur opposer un contreprojet commun. En effet, avec une fréquence croissante ces derniers temps, plusieurs initiatives sont lancées sur des objets voisins (intégration européenne, âge de la retraite, interdiction ou légalisation de la drogue, etc.).

Nous sommes cependant d'avis qu'il est difficile de trouver, au niveau constitutionnel, une règle générale et abstraite qui appréhende des cas qui ne sont guère comparables entre eux. Pour cette raison, la règle constitutionnelle envisagée à l'art. 130 vise à donner une certaine latitude à l'Assemblée fédérale. Les innovations doivent toutefois trouver leurs limites dans la garantie que les citoyens puissent exprimer leur volonté de façon cohérente, en marquant leurs préférences éventuelles. La législation d'application devrait également introduire une certaine souplesse (on pourrait notamment renoncer à l'art. 28 de la loi sur les rapports entre les conseils, qui prescrit de traiter les initiatives dans l'ordre chronologique de leur aboutissement). Par ailleurs, lors de la concrétisation législative de l'art. 130, le législateur fédéral pourra s'inspirer de modèles cantonaux récents, tels que le modèle zougais introduit au début des années 1990 (art. 95 bis - 95 déciès de la loi cantonale sur les élections et votations, révision du 26 novembre 1992, fondée sur une expertise des frères Haab)<sup>51</sup>.

**AUTRES DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES LIEES AUX DROITS POPULAIRES****Principes généraux de l'activité de l'Etat****Art. 4 Respect du droit**

L'affirmation claire, dans le texte constitutionnel, du principe de la supériorité du droit international sur le droit interne est, à notre avis, un complément indispensable de la réforme des droits populaires. La plupart des constitutions européennes contient d'ailleurs une clause relative aux rapports entre le droit international et le droit interne. En Suisse, cette

<sup>51</sup> Cf. la note 12, ci-dessus.

question fondamentale a jusqu'ici été laissée à la pratique administrative et judiciaire; du point de vue démocratique, il serait souhaitable qu'elle soit soumise une bonne fois au peuple et aux cantons.

Les droits populaires font en effet partie de l'essence de l'identité suisse. Ils doivent, à ce titre, être préservés, affinés, et le cas échéant renforcés. Mais l'attachement de la Suisse aux droits populaires doit aller de pair avec le respect par la Suisse des règles de droit international qui président à la coopération pacifique entre Etats. De même que nous attendons de nos partenaires qu'ils respectent leurs engagements internationaux, de même sont-ils en droit d'attendre que nous respections les nôtres. La Suisse attache traditionnellement une grande importance au respect de ses engagements internationaux et jouit à cet égard d'une bonne réputation. La règle cardinale, dans ce contexte, est celle de l'art. 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (ci-après, Convention de Vienne), en vigueur pour la Suisse depuis 1990<sup>52</sup>, selon laquelle une partie "ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité". Une telle règle vaut à l'égard non seulement de toute disposition législative, mais aussi de toute disposition constitutionnelle contraire au droit international.

L'un des points essentiels du mandat à la commission d'experts était précisément de chercher à affiner et à renforcer les droits populaires fédéraux en veillant à leur meilleure adéquation aux réalités internationales.

Nous estimons donc que le droit d'initiative populaire doit, dans toute la mesure du possible, être préservé. Mais nous tenons également pour indispensable de consolider dans la Constitution la pratique la plus récente des autorités fédérales, expliquée par le Conseil fédéral dans son message du 22 juin 1994 relatif à l'initiative des Démocrates suisses en matière d'asile<sup>53</sup>: l'initiative populaire qui viole une règle impérative du droit international doit être invalidée, totalement ou partiellement. Naturellement, s'il y a doute, l'initiative devra être soumise au vote du peuple et des cantons, accompagnée, le cas échéant, d'une recommandation de rejet de la part de l'Assemblée fédérale.

Sur la portée de la règle de la primauté du droit international au stade de l'application du droit interne, voir ci-dessous, ad art.166 bis.

Il ne faut pas négliger, dans notre contexte, l'intérêt que présente la règle de la primauté ainsi comprise pour assurer, autant qu'il est possible, le respect de la volonté du constituant: les autorités d'application du droit ne feront, en effet, prévaloir le droit international que dans la mesure où nos engagements envers nos partenaires internationaux l'exigent; à l'égard des Etats tiers, la disposition constitutionnelle pourra garder la plénitude de ses effets.

Dans le contexte international actuel, notamment vis-à-vis de nos partenaires européens, une extension des droits populaires pourrait susciter certains malentendus et objections. C'est pour cette raison, entre autres,

---

52 R.S. O.111.

53 FF 1994 III 1480-1483.

que nous tenons à ce qu'elle soit accompagnée de l'assurance que nous remplirons nos engagements internationaux (art. 26 de la Convention de Vienne). Voilà pourquoi nous estimons que l'insertion d'une règle générale de primauté dans les dispositions liminaires de la Constitution est nécessaire: l'adoption d'une telle clause permettra, dans la pratique, de trouver un équilibre optimal entre les exigences du droit international et la volonté de respecter, dans toute la mesure du possible, les droits populaires nationaux.

### Assemblée fédérale

#### Art. 143 Approbation de traités internationaux

Il est incontestable que les hésitations de certains de nos concitoyens vis-à-vis du principe de la primauté du droit international sur le droit interne trouve son origine dans le sentiment diffus que les traités internationaux ne bénéficient pas de la même légitimité démocratique que les lois internes. La Constitution actuelle érige pourtant en principe général l'approbation des traités internationaux par l'Assemblée fédérale (art. 85, ch. 5, Cst.féd.). La pratique constitutionnelle qui remonte au siècle dernier, et qui est généralement reconnue comme ayant acquis force de droit constitutionnel coutumier, n'est pas toujours d'une application aisée. Il est certes admis que le Conseil fédéral peut conclure seul certains traités, mais les catégories reconnues ont évolué avec le temps et ne se fondent pas toujours sur des critères clairs<sup>54</sup>. La présente réforme doit être l'occasion de dire clairement, dans le texte constitutionnel, que l'approbation des traités internationaux par l'Assemblée fédérale est la règle. Cette approbation est parfois expresse, parfois tacite. Mais c'est toujours l'Assemblée fédérale qui, en dernière analyse, assume la responsabilité de son choix<sup>55</sup>.

Le texte proposé rend ainsi compte de la volonté du constituant de faire jouer à l'Assemblée fédérale un rôle clé dans la légitimation démocratique de nos relations extérieures.

Si l'art. 143 était accepté comme tel, il conviendrait de procéder aux aménagements correspondants à l'art. 158, al. 2, qui concerne le Conseil fédéral. La formule retenue à l'époque à l'art. 114 de l'essai de modèle du DFJP de 1985 fournirait un complément approprié (cette disposition, qui rappelle que le Conseil fédéral dirige les affaires étrangères, signe les traités internationaux et les ratifie, ajoute: "il les soumet à l'approbation de l'Assemblée fédérale, à moins qu'il ne soit autorisé à les conclure lui-

---

54 Cf. JAAC 1955, no 18; 1987, no 58.

55 Eléments de statistique: de 1977 à 1995, la Confédération suisse a conclu 1075 traités internationaux; 372 ont été approuvés par l'Assemblée fédérale (parmi lesquels 62 ont été exposés au référendum facultatif, ci-dessus, note 50) et 703 ont été passés en la forme simplifiée (en vertu de délégations, etc). On notera que, sur ces 1075 traités, 234 étaient multilatéraux et 841 bilatéraux. L'approbation parlementaire est la règle pour les premiers (199 sur 234, soit 85%) et presque l'exception pour les seconds (173 sur 841, soit 20%); il est vrai qu'il s'agit là souvent d'échanges de notes sur des questions mineures.



même", hypothèse qui, elle, excluerait aussi la soumission au référendum facultatif).

### Conseil fédéral

L'art.158, al.2, est, pour les compétences du Conseil fédéral en matière de traités internationaux, le pendant de l'art.143 qui traite de celles de l'Assemblée fédérale (voir ci-dessus).

### Tribunal fédéral

#### Art. 163 bis Juridiction constitutionnelle en matière d'initiatives populaires

Nous avons jugé nécessaire de limiter au strict minimum l'intervention du Tribunal fédéral dans le contrôle de l'exercice des droits populaires fédéraux.

Pour cette raison, nous avons maintenu le rôle prioritaire de l'Assemblée fédérale dans l'appréciation de la validité des initiatives populaires. C'est elle qui assumera comme jusqu'ici la responsabilité principale de cet examen, en veillant à maintenir la substance des droits populaires.

L'art. 163 bis, al. 1, reconnaît implicitement la compétence d'examen prioritaire de l'Assemblée fédérale. Mais celle-ci ne prendra, formellement, que des décisions déclarant valables les initiatives populaires. Si elle a un doute sur la validité, totale ou partielle, de l'une d'elles (au regard des principes de l'unité de la forme ou de l'unité de la matière ou d'une règle impérative du droit international), elle sera placée devant une alternative: soit déclarer l'initiative valable (en recommandant, le cas échéant, le rejet); soit, par une décision prise à la majorité des votants dans chaque chambre, saisir le Tribunal fédéral. Dans ce cas, le Tribunal fédéral devra, au terme d'une procédure rapide (30 jours), rendre un arrêt, qui liera l'Assemblée fédérale.

Nous avons en revanche écarté une proposition tendant à confier au Tribunal fédéral la tâche de contrôler d'office toutes les initiatives avant la récolte des signatures (voir à ce sujet une motion de M. Rudolf Keller, du 28 septembre 1994, et la Première partie, no 42.5). Un tel contrôle obligatoire et préalable constituerait inévitablement une lourde charge pour le Tribunal fédéral (examen de sept à huit initiatives par année, avec un nombre à peu près identique de textes d'initiatives qui n'existent que sous une forme provisoire et qui n'aboutiront jamais). Il y aurait un risque important que l'ensemble de ces textes - le cas échéant dans différentes versions successives - soit soumis à l'examen préalable du Tribunal fédéral. La tentation serait forte, pour les comités d'initiatives, d'abuser du système afin de pouvoir "corriger le tir" en cas d'incertitude de leur part sur la validité de leur projet. Nous n'avons pas non plus jugé convaincante l'idée de subordonner le contrôle du Tribunal fédéral à une première récolte de 10 000 signatures. Aussi avons-nous finalement préféré nous en tenir au contrôle juridictionnel ponctuel décrit plus haut, qui vient se greffer sur le rôle prioritaire de l'Assemblée fédérale.

**Art. 166 bis Conflits entre le droit international et le droit interne**

L'art. 166 bis est le complément procédural, au stade de l'application du droit, de la règle générale de la supériorité du droit international inscrite à l'art. 4, al. 4, du présent projet.

A cet égard, il faut distinguer deux cas de conflits entre une règle interne et une règle internationale: en premier lieu, on maintient le principe d'un contrôle diffus des normes (opéré par toute autorité d'application du droit, judiciaire ou administrative, fédérale ou cantonale) quand il s'agit du rapport entre le droit international et des lois ou des ordonnances cantonales ainsi que des ordonnances fédérales. En revanche, pour les cas de conflits les plus sensibles (conflits entre le droit international et une loi fédérale, un arrêté fédéral de portée générale ou une norme constitutionnelle), il importe de réserver la faculté d'examen au Tribunal fédéral seul, dans le cadre d'un contrôle concentré des normes.

Il convient donc de créer les conditions procédurales d'un dialogue entre les autorités inférieures qui seront confrontées à ce type de problème et la juridiction suprême, seule compétente pour trancher ces conflits juridiquement ou politiquement sensibles.

Normalement, le Tribunal fédéral exercera son contrôle en statuant sur une action (hypothèse assez rare) ou sur un recours. Mais il pourra également, aux conditions définies dans la loi, être saisi par une autorité inférieure dans une procédure de présentation (Vorlageverfahren). Cette procédure, qui caractérise le contrôle concentré, repose sur une collaboration entre l'autorité inférieure et le juge suprême. Non contentieuse, elle serait déclenchée par l'autorité inférieure qui se heurterait à un problème de compatibilité entre une loi fédérale ou un arrêté fédéral de portée générale et une règle internationale obligatoire pour la Suisse. Elle ne risquerait pas de conduire à un usage abusif, puisqu'elle viendrait se greffer sur un cas d'espèce. Elle devrait, à sa manière, contribuer à garantir une application uniforme du droit dans l'ordre juridique suisse. Elle respecterait de surcroît le fédéralisme, puisque les autorités inférieures, après avoir fait trancher la question de principe par le Tribunal fédéral, appliqueraient elles-mêmes la solution au cas d'espèce<sup>56</sup>.

L'art. 166 bis, dernière phrase, précise qu'il appartient au Tribunal fédéral de décider "si" et "dans quelle mesure" la loi fédérale ou l'arrêté fédéral de portée générale contraire au droit international sera appliqué. Cette formule, qu'on retrouve à l'art. 168, al. 2, du projet de réforme de la justice, permettra au Tribunal fédéral de ne faire prévaloir la règle internationale sur la règle interne contraire que dans la stricte mesure du nécessaire, conformément à l'esprit de l'art. 4 du présent projet. L'essentiel est de lui donner le moyen d'assurer la cohérence globale de l'ordre juridique. L'art. 166 bis fournira aussi au Tribunal fédéral, dans certaines circonstances, l'occasion d'adresser un signal au législateur, en suggérant à celui-ci, selon la procédure des "Appellentscheide" du droit allemand, de

---

<sup>56</sup> On reproche parfois à la procédure de présentation de ralentir le cours de la justice. A ce grief, on peut répondre que, tout au contraire, cette procédure devrait permettre d'éclaircir au plus tôt un point de droit et de faire ainsi l'économie d'un ou de plusieurs recours.

tirer les conséquences d'un conflit entre le droit international et le droit interne et de modifier la loi.

#### **Revision de la Constitution fédérale**

##### **Art. 167 Principe**

L'art. 167 correspond au droit actuel et n'appelle pas de commentaire.

##### **Art. 168 Revision totale**

L'alinéa 1 de l'art. 168 contient deux modifications par rapport au droit constitutionnel actuel: d'une part, l'augmentation du nombre des signatures nécessaires pour demander la revision totale (de 100 000 à 200 000, cf. ad art.117); d'autre part, l'abandon de la possibilité donnée à chaque chambre de l'Assemblée fédérale de demander la revision totale en provoquant un référendum préalable. Désormais, c'est l'Assemblée fédérale qui devra la décréter: en cas de désaccord entre les deux chambres, la procédure s'arrêtera.

##### **Art. 169 Revision partielle**

Sauf le nombre de citoyens actifs pouvant demander la revision partielle (désormais 200 000, cf. ad art.118), cette disposition correspond au droit actuel.

Le principe de l'unité de la matière vaut non seulement pour les initiatives populaires demandant la revision partielle de la Constitution, mais aussi pour les projets qui émanent de l'Assemblée fédérale. Pour les raisons indiquées ci-dessus (voir le commentaire relatif à l'art. 118), il n'y a pas lieu de mentionner l'exigence de l'exécutabilité comme condition de validité d'une revision partielle de la Constitution.

##### **Art. 170 Entrée en vigueur**

L'art. 170 correspond au droit en vigueur. La règle constitutionnelle est aujourd'hui précisée par l'art. 15, al. 3, de la loi fédérale sur les droits politiques de 1976 (LDP), qui prévoit que les modifications de la Constitution "entrent en vigueur dès leur acceptation par le peuple et les cantons, à moins que le projet n'en dispose autrement".

Dans la publication commune de l'Office fédéral de la justice et de la Direction du droit international public, du 26 avril 1989, sur les rapports entre le droit international et le droit interne au sein de l'ordre juridique suisse<sup>57</sup>, on a relevé l'opportunité de modifier l'art. 15, al. 3, LDP, en vue de faciliter la résolution des problèmes d'harmonisation des initiatives populaires tendant à la revision de la Constitution avec le droit international en vigueur pour la Suisse. Voir les conclusions de cette communication, in fine, ainsi que les développements contenus au § 16, lettre f de ce texte, avec une proposition de formulation pour l'art. 15, al. 3, LDP (nouveau):

---

57 JAAC 1989, no 54.

"Sous réserve des dispositions particulières prévues dans ces textes, le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur des modifications de la Constitution, des lois fédérales et des arrêtés fédéraux de portée générale". Nous nous référons, pour l'exposé des motifs, aux considérations qui figurent dans la communication.

Cette modification législative permettrait, elle aussi, d'assurer une meilleure adéquation du système suisse des droits populaires aux réalités de la vie internationale.



# Exposé des motifs

1	Introduction	blanc
2	Mise à jour du droit constitutionnel	blanc
3	Variantes	blanc
4	Réforme des droits populaires	bleu
5	Réforme de la justice	vert
6	Abréviations	blanc
7	Annexe: Questionnaire sur la réforme de la Constitution	blanc

# Exposé des motifs du projet de Constitution

<b>1</b>	<b>Introduction</b>	<b>blanc</b>
<b>2</b>	<b>Mise à jour du droit constitutionnel</b>	<b>blanc</b>
<b>3</b>	<b>Variantes</b>	<b>blanc</b>
<b>4</b>	<b>Réforme des droits populaires</b>	<b>bleu</b>
<b>5</b>	<b>Réforme de la justice</b>	<b>vert</b>
<b>6</b>	<b>Abréviations</b>	<b>blanc</b>
<b>7</b>	<b>Annexe: Questionnaire sur la réforme de la Constitution</b>	<b>blanc</b>

## 51 Bases du rapport

Par lettre du 6 juillet 1994, Monsieur le Conseiller fédéral Arnold Koller a chargé une commission d'experts d'élaborer les grandes lignes d'une nouvelle réglementation constitutionnelle de la juridiction fédérale et un avant-projet de révision de la constitution fédérale pour le domaine de réforme de la justice.\*

## 52 Nécessité d'une réforme

### 521 Situation initiale

La nécessité de réviser les dispositions constitutionnelles relatives à l'organisation et aux compétences du Tribunal fédéral (art. 106 - 114bis) est reconnue depuis les années septante au moins<sup>1</sup>. Dans son rapport final de 1973, le groupe de travail Wahlen proposait l'introduction du contrôle de la constitutionnalité au niveau fédéral<sup>2</sup>. De plus, elle préconisait, dans l'intérêt du citoyen qui peine à trouver la voie de droit correcte dans le dédale des droits de procédure cantonaux, d'uniformiser le droit de procédure pour toutes les procédures juridictionnelles dans lesquelles les instances cantonales appliquent le droit civil, pénal ou administratif de la Confédération<sup>3</sup>. La commission Furgler, quant à elle, était favorable à l'introduction du contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales, et ce pour améliorer la protection des particuliers, pour mieux concrétiser la hiérarchie des normes et pour renforcer la séparation des pouvoirs en développant la juridiction fédérale en tant que "pouvoir neutre"<sup>4</sup>. L'Etude-modèle du DFJP renonçait à étendre le contrôle de la constitutionnalité mais proposait d'in-

---

\* La commission d'experts a déposé son rapport final le 22 mars 1995. La présente partie relative à la réforme de la justice se fonde sur ce rapport.

La commission d'experts "Réforme de la justice" se composait des membres suivants:

- Monsieur Walter Kälin, prof. et dr. en droit, Berne (président)
- Monsieur Heinrich Koller, prof. et dr. en droit, directeur de l'Office fédéral de la justice (vice-président)
- Monsieur Alfred Kölz, prof. et dr. en droit, Zurich
- Monsieur Pierre Moor, prof. et dr. en droit, Lausanne
- Monsieur Peter Alexander Müller, juge fédéral et dr. en droit, Lausanne.
- Monsieur Philipp Stähelin, conseiller d'Etat et dr. en droit, Thurgovie.

<sup>1</sup> Pour un aperçu des tentatives de réformes antérieures, voir JEAN-FRANCOIS AUBERT, Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales; méthode, organisation, procédure, dans: Verfassungsgerichtsbarkeit, Schriftenreihe SAV, vol. 3, Zurich 1988, p. 17.

<sup>2</sup> Groupe de travail pour la préparation d'une révision totale de la Constitution fédérale (groupe de travail Wahlen), rapport final, vol. IV, Berne 1973, p. 736.

<sup>3</sup> a.a.O., p. 734.

<sup>4</sup> Commission d'experts pour une révision totale de la Constitution fédérale, rapport, Berne 1977, p. 178ss.

troduire un "recours pour méconnaissance par l'Assemblée fédérale de la teneur et du but d'une initiative populaire"<sup>5</sup>.

Alors que ces propositions de modifications constitutionnelles se concentraient sur l'extension de la protection juridique, les projets de réformes législatives, depuis le milieu des années quatre-vingt, mirent l'accent sur une diminution de la charge toujours croissante des affaires à laquelle le Tribunal fédéral est confronté. Cette problématique doit être prise en compte également dans le cadre de la réforme constitutionnelle.

## **522 Mise en péril de l'aptitude du Tribunal fédéral à assumer son rôle de cour suprême**

Un tribunal suprême doit assumer au moins trois tâches: il doit assurer la protection juridique, garantir l'unité du droit et contribuer à son développement tant par son oeuvre d'interprétation de la loi que par la reconnaissance et la concrétisation de principes constitutionnels. Alors que la tâche d'assurer la protection juridique des particuliers revient en premier lieu aux instances inférieures, la garantie de l'unité et du développement du droit en vigueur relèvent typiquement de la mission d'un tribunal suprême.

Le Tribunal fédéral est certes parvenu, en ces temps de surcharge permanente, à garantir comme auparavant l'unité du droit, même si, par manque de temps, une coordination optimale de la jurisprudence au sein du Tribunal fédéral n'a pas toujours pu être réalisée dans toute la mesure souhaitable. La protection juridique des particuliers est mise à mal par des procédures de longue durée, et la multiplication des procédures sommaires risque, à la longue, de donner à tout le moins l'impression qu'il n'est plus possible d'examiner chaque recours de manière suffisamment approfondie. Ce qui est en cause, ce n'est rien de moins que la réputation même de la cour suprême. Mais l'inconvénient majeur de cette surcharge est d'affaiblir la capacité d'élaborer une jurisprudence satisfaisant aux plus hautes exigences et, autant que faire se peut, d'adapter le droit à l'évolution des circonstances. Il est enfin à craindre que la surcharge puisse affecter l'impartialité des juges. En effet, un juge surchargé peut être tenté de se rallier trop rapidement à un point de vue plausible d'une partie, dès lors qu'il lui manque purement et simplement le temps d'effectuer lui-même une recherche juridique absorbante.

La surcharge du Tribunal fédéral a pris des proportions inquiétantes. Certes, l'adoption de différentes mesures permet de maintenir le nombre des affaires pendantes dans des limites acceptables. Toutefois, lorsqu'un trop grand volume d'affaires conduit à ce que le principe de liquidation devienne la règle de conduite cardinale, la mission de la cour suprême de garantir l'unité et le développement du droit est sérieusement mise en péril. Pour une protection juridique efficace, les conditions dans lesquelles travaille le tribunal sont décisives. Il n'appartient pas à une cour suprême de liquider un grand nombre d'affaires. La nécessité s'impose de recentrer l'activité jurisprudentielle du tribunal suprême sur l'essentiel.

---

<sup>5</sup> Art. 125, 1<sup>er</sup> al, let. c de l'étude-modèle.



Ce but ne peut être atteint que par des réformes structurelles qui comprennent de véritables limitations d'accès et le renforcement des instances judiciaires inférieures. De telles mesures impliquent, pour la plupart, la création de nouvelles bases constitutionnelles.

### **523 Surcroît de travail dû à des tâches étrangères à la mission du Tribunal fédéral**

Alors qu'il est déjà très chargé et sans que cela réponde à une justification intrinsèque, le Tribunal fédéral doit exercer des tâches qui lui sont matériellement étrangères: il s'agit notamment des tâches de surveillance et de législation dans les domaines de la poursuite pour dettes et faillite et de l'expropriation. Il doit en être déchargé. Une autre tâche inconciliable avec sa fonction de cour suprême est celle de fonctionner comme juridiction de première instance, et ce dans un nombre non négligeable de cas. Les procédures de première instance nécessitent beaucoup de temps et de travail, car l'état de fait doit être établi de manière complète et une limitation au seul contrôle du droit n'est pas possible. Dans la mesure où il ne s'agit pas de contestations entre collectivités publiques ou d'affaires dans lesquelles des magistrats fédéraux sont impliqués, les compétences du Tribunal fédéral comme juridiction de première instance doivent être supprimées. Cela nécessite une modification de l'actuelle constitution fédérale (art. 110 al. 1 ch. 2 et 4, art. 114bis al. 4 cst. féd.).

### **524 Lacunes dans le dispositif de protection juridique**

Il faut, pour l'essentiel, mentionner quatre domaines:

Une lacune sensible de la protection juridique résulte de l'impunité des lois fédérales et des arrêtés de portée générale (art. 113 al. 3, 114bis al. 3 cst. féd.). Si, à l'époque de la création de cette règle, il s'agissait en priorité de protéger la liberté des citoyens contre les cantons forts, c'est aujourd'hui, compte tenu de l'énorme transfert de compétences, avant tout face à la puissante Confédération qu'un besoin de protection se fait sentir. Ce besoin n'est toutefois pas satisfait. Le citoyen ne dispose, d'après l'actuelle constitution, d'aucun moyen de droit contre la violation de droits constitutionnels contenue dans des lois fédérales ou des arrêtés de portée générale. Les cantons ne peuvent pas davantage se défendre lorsqu'une loi fédérale ou un arrêté de portée générale viole la répartition constitutionnelle des compétences.

Au surplus, la constitution fédérale ne connaît pas la garantie d'une voie de droit au sens de l'accès à un tribunal indépendant. Pour ce qui est des prétentions de droit civil ou des affaires pénales, une telle garantie ressort de l'article 6, paragraphe 1 CEDH. En dehors du champ d'application de cette disposition, il subsiste encore des situations où il n'est pas possible d'accéder à un tribunal. C'est notamment le cas lorsque le Conseil fédéral ou un département statue de manière définitive. Certes, il existe toujours contre les actes administratifs des cantons la possibilité de recourir au Tribunal fédéral par la voie du recours de droit public. Cette possibilité ne permet cependant pas un contrôle complet de l'état de fait et du droit. L'absence d'une véritable garantie de voie de droit est contraire à la conception de l'Etat de droit en matière de protection juridique. En effet, une

telle protection ne peut être garantie qu'en assurant l'accès à un tribunal indépendant.

Une autre lacune de la protection juridique concerne le recours des autorités. Il fait défaut dans le domaine d'application de l'actuel recours de droit public. Ce dernier donne au particulier un moyen de droit lui permettant de recourir contre les atteintes étatiques injustifiées à ses droits constitutionnels. Une telle possibilité fait cependant défaut aux collectivités publiques agissant comme détentrices du pouvoir étatique. Aussi les corporations de droit public - comme les cantons et les communes ainsi que leurs autorités - ne sont pas à même de recourir, par la voie du recours de droit public, contre les actes d'autres organes étatiques qui les touchent en tant que détentrices de compétences souveraines. Une exception existe uniquement lorsque les communes, ou des corporations qui leur sont assimilées, cherchent à se défendre contre la violation de leur autonomie ou de leur existence garanties par le droit cantonal. Cela peut conduire à des situations inéquitables. Par exemple, le canton qui a fait l'objet d'une décision de contrôle de normes par le tribunal cantonal administratif ou, le cas échéant, par le tribunal constitutionnel, ne dispose d'aucun moyen de défense. De même, le gouvernement cantonal ne peut attaquer un jugement du tribunal administratif qui touche le canton dans ses compétences souveraines, en invoquant une fausse application des droits constitutionnels du citoyens<sup>6</sup>. Un autre exemple est l'absence de possibilité de recours du procureur public contre la décision d'acquiescement d'un tribunal qui repose sur une constatation des faits contraire aux actes ou sur une appréciation arbitraire des preuves.

Enfin, il convient de réexaminer la protection juridique dans le domaine des droits politiques de la Confédération. Le Tribunal fédéral ne possède dans ce domaine que des compétences marginales (recours de droit administratif dans les cas de l'art. 80 LDP). Pour le surplus, il n'y a pas de protection juridictionnelle. Toutefois, le Conseil fédéral ou le Conseil national tranchent en dernière instance les recours contre les décisions des gouvernements cantonaux pour ce qui est des votations fédérales ou des élections au Conseil national (art. 81 et 82 LDP). Aucun recours n'existe contre la décision d'invalidité d'une initiative populaire prise par l'Assemblée fédérale.

## 525 Nécessité de décharger le Conseil fédéral de ses fonctions juridictionnelles

Selon le droit actuel, le Conseil fédéral dispose de compétences résiduelles non négligeables en matière de juridiction administrative (art. 72 ss LPA) et de quelques plus rares compétences en matière de juridiction de droit public (art. 73, al. 1, let. a et b, LPA). Les décisions du Conseil fédéral en cas de contestations de droit public au sens de l'art. 73, al. 1, let. a et b, LPA peuvent être déférées à l'Assemblée fédérale (art. 79 LPA).

Plusieurs raisons font apparaître aujourd'hui les compétences juridictionnelles du Conseil fédéral comme problématiques. Ces compétences com-

---

<sup>6</sup> Cf. p.ex. ATF 120 Ia 95ss: qualité pour recourir déniée au canton de Bâle-Ville dans la contestation pécuniaire relative aux jardinières d'enfants.



pliquent le système de la juridiction de droit public de la Confédération. En effet, les domaines de compétences du Conseil fédéral et du Tribunal fédéral sont à la fois séparés et pas toujours faciles à délimiter les uns des autres. La plupart des compétences actuelles du Conseil fédéral en matière de juridiction de droit public et de droit administratif sont dépourvues de justification propre et ne peuvent s'expliquer aujourd'hui que par des raisons historiques, sous réserve des contestations qui soulèvent de pures questions politiques et qui ne se prêtent pas à un contrôle judiciaire (ainsi par ex. dans le domaine des affaires étrangères). En outre, il peut en résulter certaines contradictions par rapport à la CEDH. Selon la pratique des organes de Strasbourg en matière de "droits civils" au sens de l'art. 6, par. 1, CEDH, cette disposition a une portée toujours plus grande dans le domaine de la juridiction administrative, et les garanties qui en découlent, notamment le droit à un tribunal, doivent être assurées. Or, le Conseil fédéral ne satisfait pas aux exigences de la CEDH pour ce qui est de la garantie d'un tribunal indépendant. Mais surtout, le Conseil fédéral s'occupe de tâches extra-gouvernementales et perd de ce fait du temps et de l'énergie pour accomplir ses propres fonctions.

La réforme du gouvernement projetée doit décharger autant que possible le Conseil fédéral (et les Chambres fédérales) de leurs tâches juridictionnelles et apporter ainsi une contribution importante à la répartition des tâches. Ceci ne saurait cependant s'opérer au détriment du Tribunal fédéral. Les recours traités jusqu'à maintenant par le Conseil fédéral ne sauraient être purement et simplement transférés au Tribunal fédéral, déjà fortement surchargé. Il convient bien plutôt de réformer la juridiction administrative inférieure au niveau fédéral, ce qui implique la révision des principes de l'article 103 de l'actuelle constitution fédérale.

## 526 Problématique du contrôle des normes

Le contrôle des normes signifie l'examen des normes sous l'angle de leur compatibilité avec le droit de rang supérieur. Lorsque la constitution constitue l'aune du contrôle, le contrôle des normes représente l'une des formes de la juridiction constitutionnelle (pour autant qu'il soit effectué par un tribunal).

Les normes peuvent être contrôlées de manière abstraite ou concrète. Dans le premier cas, la norme elle-même constitue l'objet du recours. Sa conformité par rapport au droit de rang supérieur est examinée indépendamment d'un cas d'application. Dans le contrôle concret des normes, l'objet du recours est un acte d'application (décision, décision sur recours). Dans ce cas, la conformité de la norme - sur la base de laquelle repose l'acte d'application - par rapport au droit de rang supérieur est examinée de manière préjudicielle.

Pour ce qui est des législations cantonales, le système du contrôle des normes est bien établi. Il incombe en principe à toutes les autorités d'application d'examiner la conformité avec le droit de rang supérieur des normes invoquées dans le cas d'espèce. De plus, l'ensemble des législations cantonales peut faire l'objet du recours de droit public (art. 84, al.1, OJ). Le Tribunal fédéral peut alors effectuer également un contrôle abstrait

portant sur le respect des droits constitutionnels ainsi que des concordats et des traités internationaux. En tout cas, le Tribunal fédéral refuse d'effectuer le contrôle abstrait des normes des constitutions cantonales (ATF 118 la 124 ss., notamment 128). Son argumentation repose sur le fait que l'Assemblée fédérale soumet déjà les constitutions cantonales à un contrôle préventif des normes dans le cadre de la garantie fédérale (art. 6 en relation avec art. 85, ch.7 cst.). Le Tribunal fédéral effectue un contrôle concret des normes constitutionnelles des cantons uniquement lorsque le droit de rang supérieur n'était pas encore en vigueur au moment de la garantie de la norme par l'Assemblée fédérale (ATF 116 la 366, consid. 4b, 111 la 239 ss.). Il revient au Conseil fédéral et, en dernière instance, à l'Assemblée fédérale de trancher les recours en cas de violation de certains droits constitutionnels et de certaines dispositions de traités internationaux (art.73, al. 1, let.a et b, LPA, art. 79 LPA). De tels recours peuvent également être dirigés contre des législations cantonales. A la suite du démantèlement des compétences juridictionnelles du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale, ces recours tomberont alors dans les compétences du Tribunal fédéral.

Par contre, des limites étroites ont été posées pour ce qui est du contrôle des normes de droit fédéral: "le Tribunal fédéral appliquera les lois votées par l'Assemblée fédérale et les arrêtés de cette Assemblée qui ont une portée générale. Il se conformera également aux traités que l'Assemblée fédérale aura ratifiés." (art. 113, al. 3, art.114bis, al. 3, cst. féd.). Figurent au nombre des actes législatifs immunisés au sens de l'art. 113 al. 3, cst.:

- les lois fédérales,
- les arrêtés fédéraux de portée générale (selon la doctrine dominante, également ceux qui ne sont pas soumis au référendum),
- les traités internationaux (selon une conception prédominante de la doctrine, également ceux qui n'ont pas été approuvés par l'Assemblée fédérale).

Figurent au nombre des actes législatifs qui ne font pas partie de ceux couverts par l'art. 113, al. 3, cst.:

- les ordonnances du Conseil fédéral,
- les arrêtés fédéraux simples.

Par conséquent, ces normes peuvent, en principe, faire l'objet d'un contrôle concret<sup>7</sup>. En revanche, un contrôle abstrait n'est pas prévu.

Compte tenu du changement de la situation initiale (transfert de nombreuses compétences à la Confédération) et de l'incorporation de la Suisse dans le droit international (en particulier depuis d'entrée en vigueur de la CEDH), il est aujourd'hui difficilement défendable que les actes législatifs les plus importants de la Confédération échappent encore à tout contrôle judiciaire. Pour plusieurs motifs, qui seront évoqués de manière plus précise ci-dessous (chiffre 561), l'extension du contrôle des normes aux lois

---

<sup>7</sup> Concernant la mesure du contrôle relatif aux ordonnances, cf. ATF 118 lb 372, 118 V 225, 106 lb 190s.



fédérales et aux arrêtés de portée générale devient un postulat de réforme de plus en plus actuel.

## 527 Besoin d'harmonisation dans le domaine du droit de procédure

L'actuelle constitution fédérale laisse aux cantons la compétence de légiférer dans le domaine de la procédure en matière de droit civil et pénal (organisation judiciaire, procédure et jurisprudence). Les art. 64, al. 3, et 64bis, al. 2, cst. n'assurent cependant aux cantons qu'une "Substanzgarantie"<sup>8</sup>. La Confédération n'est pas totalement exclue. Quelques domaines de la procédure civile ou pénale sont réservés à la Confédération par la constitution fédérale<sup>9</sup>. Pour les domaines restants, il est reconnu que la Confédération peut édicter des dispositions de procédure, dans la mesure où elles s'avèrent nécessaires à l'application uniforme et à la réalisation du droit matériel et qu'elles servent à éviter les conflits intercantonaux de compétences. C'est également ce qui prévaut dans le domaine du droit administratif fédéral. En effet, dans le cadre de l'exécution du droit administratif fédéral, les cantons disposent en principe, sur la base de l'art. 3 cst., d'une autonomie en matière de procédure et d'organisation. Dans la mesure où les cantons exécutent leur propre droit administratif matériel, ils jouissent de leur autonomie en matière d'organisation et de procédure, laquelle ne peut être limitée que par le droit constitutionnel fédéral. Si le législateur constitutionnel n'est jusqu'à présent pas intervenu en cette matière, le Tribunal fédéral a porté atteinte notamment à l'autonomie de procédure des cantons: les garanties judiciaires, telles que reconnues par une jurisprudence créatrice développée sur la base des art. 4 et 58 cst., doivent être respectées par les cantons également lorsqu'ils exécutent leur propre droit public. L'obligation de coordination applicable en matière de procédure d'autorisation dans les domaines relevant de la construction et de l'environnement, telle que reconnue par le Tribunal fédéral, a entraîné des conséquences considérables sur le développement des procédures cantonales<sup>10</sup>.

Le résultat de cette répartition constitutionnelle des compétences est que l'on est en présence de 26 droits de procédure différents (27, si l'on tient compte de la Confédération - 29 en matière pénale<sup>11</sup>). La marge de manœuvre du législateur cantonal est de toute manière devenue étroite de par la jurisprudence constitutionnelle du Tribunal fédéral et celle des organes de Strasbourg. En outre, on peut observer, dans toutes les branches juridiques pour lesquelles la Confédération dispose d'une compétence de légiférer, que le droit cantonal de procédure, notamment celui qui se rapporte à la procédure proprement dite, est progressivement envahi par des

---

8 KURT EICHENBERGER, Bundesrechtliche Legiferierung im Bereich des Zivilprozessrechts nach geltendem Verfassungsrecht, dans: RDS 1969 II, 467ss, 485 (pour l'art. 64, 3e al. cst.).

9 L'organisation et la procédure relative à la juridiction fédérale, la réalisation forcée de créances se rapportant à une somme d'argent ou à une sûreté, la procédure civile internationale.

10 La première fois dans ATF 116 Ib 50 ss.

11 PPF, DPA et procédure pénale militaire.

réglementations fédérales. Les traités internationaux<sup>12</sup> limitent également l'autonomie des cantons en matière judiciaire dans d'importants domaines. Ainsi, un processus d'unification est d'ores et déjà amorcé.

Bien que demeurées jusqu'ici ponctuelles et non systématiques, les multiples ingérences du législateur fédéral dans la procédure et l'organisation judiciaire des cantons ont eu pour effet de compromettre sérieusement la transparence et, partant, la sécurité du droit. Cela est d'autant plus vrai que de nombreuses règles ne trouvent leur source que dans la jurisprudence du Tribunal fédéral et celle des organes de la CEDH. Cette situation fait obstacle à la défense de prétentions de droit civil ainsi qu'à la pénétration scientifique du droit de procédure. Dans le domaine du droit pénal, l'actuel éparpillement du droit empêche de surcroît une lutte efficace contre la criminalité. La coexistence de 26 (27/29) droits de procédure ne correspond plus aux exigences de notre époque, où les rapports juridiques dépassent de plus en plus les frontières cantonales. De plus, cette situation est préjudiciable sous l'angle de l'intégration de la Suisse à un ordre économique commun à toute l'Europe.

La doctrine se prononce clairement en faveur d'une unification du droit de procédure en matières civile et pénale<sup>13</sup>. Au niveau politique également, il y a des interventions dans ce sens. Pour ce qui est de l'unification de la procédure pénale, plusieurs initiatives des cantons sont en préparation ou ont été lancées et deux motions sont pendantes<sup>14</sup>.

Il s'impose dès lors de réexaminer l'actuelle répartition des compétences dans le domaine du droit de procédure, et cela à la lumière d'une situation nouvelle et du processus d'unification déjà engagé du fait de certains choix du législateur fédéral ainsi que des principes jurisprudentiels déduits de la constitution et de la CEDH.

12 On peut citer notamment la Convention de Lugano (RS 0.275.11).

13 Ont plaidé récemment l'unification du droit de procédure en matière civile: OSCAR VOGEL et STEPHEN BERTI lors de la Journée des juristes suisses, dans: RDS 1988 II, p. 350ss, 356ss, ainsi que PIERRE MARTIN, Probleme des Rechtsschutzes, dans: RDS 1988 II, p. 1ss, 103; voir aussi RICHARD FRANK, Soll das Zivilprozessrecht in der Schweiz vereinheitlicht werden?, dans: Festschrift für Oscar Vogel, Fribourg 1991, p. 23-50, et OSCAR VOGEL, Europa und das schweizerische Zivilprozessrecht, dans: PJA 1992, p. 459ss. Parviennent aux mêmes conclusions sous l'angle d'une analyse économique du droit: PETER STOLZ/STEPHAN GRASS, Reform und Vereinheitlichung des schweizerischen Zivilprozessrechts?, dans: recht 1995, p. 1ss, en part. 9.

L'unification du droit de procédure en matière pénale est proposée par: JÜRIG AESCHLIMANN, Die Zukunft des schweizerischen Strafprozessrechts, dans: RPS 1992, p. 355ss, 365; GERARD PIQUEREZ, L'avenir de la procédure pénale en Suisse, dans: RPS 1992, p. 366ss, 381; HANS SCHULTZ, 50 Jahre Schweizerisches Strafgesetzbuch, dans: RPS 1992, p. 3 ss, 31. Déjà H.F. PFENNINGER, Eidgenössisches Strafrecht und kantonales Strafprozessrecht, dans: RSJ 1955, p. 197ss, 207. ROBERT HAUSER, Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2e éd., Bâle 1984, p. 43, regrette l'actuelle dispersion de la réglementation juridique.

14 Motion Rhinow (94.3311); Motion Schweingruber (94.3181). Initiatives du Conseil des Etats (BS et BL).



**528 Actualisation du texte de la constitution**

Au-delà de ce motif spécifique de révision, il existe un intérêt général à adapter le texte de la constitution, qui a fortement vieilli, aux tâches actuelles du Tribunal fédéral: l'art. 110 cst. sur la compétence du Tribunal fédéral de connaître des contestations de droit civil s'explique par exemple aisément par la situation juridique qui prévalait au niveau fédéral avant l'unification du droit civil; et l'art. 112 instituant le Tribunal fédéral comme juridiction pénale de première instance est fortement lié aux tensions - parfois violentes - qui marquèrent l'avènement de l'Etat fédéral, encore bien fragile, au 19ème siècle.

**53 Buts de la réforme****531 Garantie d'une protection juridique effective dans tous les domaines**

L'organisation judiciaire fédérale dans son ensemble et les systèmes judiciaires des cantons doivent conjointement offrir la garantie d'une protection juridique effective dans tous les domaines du droit. Les jugements pénaux ainsi que les décisions qui ne sont pas rendues par une autorité judiciaire doivent en principe pouvoir faire l'objet d'un recours auprès d'un tribunal impartial et indépendant. Le système des recours doit être aussi simple et clair que possible et les procédures doivent pouvoir être achevées dans un délai raisonnable.

**532 Consolidation de l'aptitude du Tribunal fédéral à assumer son rôle de tribunal suprême**

Une réforme de l'organisation judiciaire fédérale doit créer, voire restaurer, les conditions nécessaires pour que le Tribunal fédéral puisse se consacrer non seulement à la protection judiciaire des particuliers dans les cas prévus par la loi, mais également à ses tâches spécifiques en tant que tribunal suprême, à savoir principalement l'application correcte et uniforme du droit, le développement de la jurisprudence, la protection des droits constitutionnels et le règlement des différends entre la Confédération et les cantons ou les cantons entre eux. Le Tribunal fédéral ne peut pas assumer convenablement ces tâches s'il est surchargé comme il l'est à l'heure actuelle.

Pour permettre au Tribunal fédéral d'assumer son rôle de tribunal suprême, il convient de le décharger. Une cour suprême ne doit pas non plus être trop nombreuse: il y va de l'unité de sa jurisprudence. La solution ne doit donc pas être recherchée dans une augmentation pour le long terme du nombre actuel des juges fédéraux. Ce qu'il faut, ce sont des mesures structurelles, propres à maintenir la charge de travail du Tribunal fédéral à un niveau convenable.

Le Tribunal fédéral doit être déchargé des contestations de particuliers qui sont sans rapport avec les tâches d'une juridiction suprême. Une autorité judiciaire inférieure est tout aussi apte à statuer sur de tels litiges. L'accès au Tribunal fédéral doit toutefois rester ouvert lorsqu'il s'agit de se prononcer sur des questions de principe ou de sauvegarder l'unité du droit.

C'est en étant à même de consacrer suffisamment de temps pour le développement et la mise en oeuvre d'une pratique cohérente en matière d'application du droit fédéral et international que le Tribunal fédéral peut contribuer le mieux au renforcement tout à la fois de la sécurité du droit et de la protection juridique, ce qui profite finalement à l'ensemble des justiciables. La qualité de la protection juridique ne saurait de toute façon se mesurer au seul nombre des instances de recours. Une trop longue succession d'instances nuit au contraire à la protection juridique, du fait de la durée de la procédure et des frais élevés qui en découlent. Elle peut également compromettre la crédibilité de la jurisprudence, en raison du risque de jugements en tout ou partie divergents d'une instance à l'autre. Or, c'est un fait d'expérience qu'un jugement de dernière instance tombant après une succession de va-et-vient dans la recherche de la bonne solution juridique ne parvient plus à convaincre personne, quelle que soit la qualité de sa motivation.

### **533 Développement de la juridiction constitutionnelle**

Les fonctions assignées à la juridiction constitutionnelle, soit avant tout "garantir les fondements de la démocratie, de l'Etat de droit et de l'Etat fédéral" (J. P. MÜLLER), doivent être assurées non seulement à l'égard des cantons, mais aussi de la Confédération. Par conséquent, une révision de la constitution dans le domaine de la justice doit inclure l'élargissement de la juridiction constitutionnelle aux lois fédérales et aux arrêtés fédéraux de portée générale, tout au moins sous la forme d'un contrôle concret des normes. Pour renforcer les cantons, il faut leur donner la possibilité d'invoquer devant le Tribunal fédéral le fondement insuffisant d'une loi fédérale ou d'un arrêté fédéral au regard des règles de compétences. Cela revient à reconnaître aux cantons un droit que la Confédération possédait déjà dans le sens opposé (art. 113, al. 1, ch. 1, cst.).

### **534 Unification du droit de procédure**

Il faut prévoir des bases constitutionnelles claires pour permettre la nécessaire unification ou harmonisation du droit de procédure.

## **54 Domaine de réforme I: Protection juridique**

### **541 Garantie explicite d'une voie de droit pour les particuliers**

L'Etat de droit se doit de garantir au citoyen une protection publique de ses droits. Cela implique la garantie d'une protection juridique qualifiée assurée par un tribunal indépendant. Une protection juridique assurée par une autorité publique quelconque ne disposant pas de l'indépendance d'un tribunal n'est donc pas suffisante. L'accès au juge doit rester ouvert. Telle est la signification de la garantie d'une voie de droit pour les particuliers.

L'actuelle constitution fédérale ne contient pas une garantie d'une voie de droit à caractère général. En prévoyant, à l'art. 113, al. 1, ch. 3, que le Tribunal fédéral connaît des réclamations pour violation des droits constitutionnels des citoyens, elle ouvre cependant au particulier une procédure



judiciaire pour faire valoir ses droits constitutionnels. En effet, d'après l'opinion d'une grande partie de la doctrine, l'art. 113, al. 1, ch. 3, cst. oblige le Tribunal fédéral à statuer lorsqu'il est saisi d'un recours<sup>15</sup>. L'art. 113, al. 1, ch. 3, cst. doit être mis en relation avec l'art. 5 cst. qui stipule que la Confédération garantit "les droits constitutionnels des citoyens". L'art. 113, al. 1, ch. 3 cst. garantit ainsi une voie de droit (au Tribunal fédéral) pour les droits garantis par la constitution. Cette garantie ne vaut bien sûr que dans le champ d'application du recours de droit public.

Il convient non pas de supprimer sans autre cette réglementation, mais plutôt de la remplacer par la garantie d'une voie de droit de caractère général, à savoir une garantie d'accès à un juge. En vertu de la CEDH, un tel droit existe déjà en droit pénal et en droit civil ainsi que dans les domaines du droit administratif où sont en cause des droits de caractère civil au sens de l'art. 6, par. 1, CEDH. Dans les autres domaines du droit administratif, les particuliers ont un intérêt légitime à ne pas être de simples objets d'un pouvoir exécutif de plus en plus puissant, mais à pouvoir faire appel à une autorité indépendante en étant ainsi assuré de certaines garanties procédurales. Il est par conséquent justifié d'introduire dans la constitution fédérale, à l'instar de nombreuses constitutions européennes<sup>16</sup>, une protection judiciaire générale contre les actes de l'administration. Ce principe, qui peut au demeurant ne pas être absolu et laisser place à des exceptions justifiées (en particulier les actes de gouvernement), peut être intégré dans la partie relative à l'organisation de la juridiction fédérale, ainsi qu'on le propose ici. Il serait également possible d'inscrire cette garantie d'accès à un juge en tant que droit fondamental, par analogie avec l'art. 19, al. 4, de la Loi fondamentale allemande.

La garantie d'une voie de droit de caractère général assure au citoyen une protection judiciaire. Cela ne signifie pas pour autant que celle-ci doive être assurée par le Tribunal fédéral seulement. En effet les autorités judiciaires inférieures sont aussi capables que lui de garantir au particulier la protection de ses droits. Un accès sans restriction au Tribunal fédéral

---

<sup>15</sup> Dans ce sens p.ex. ANDREAS AUER, Une procédure d'admission devant le juge constitutionnel fédéral?, dans: RSJ 1986, p. 105ss; WALTER HALLER dans Commentaire de la Constitution de la Confédération suisse, art. 113, no 85; WALTER KÄLIN, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2e éd., Berne 1994, p. 5s; JEAN-FRANCOIS POUDRET, La procédure d'admission selon le projet de révision de la loi fédérale d'organisation judiciaire, dans: RDS 1986 I, p. 388ss; PETER SCHIBLI, Die Möglichkeit der Einführung einer Zulassungsbeschränkung am schweizerischen Bundesgericht nach dem Muster des amerikanischen certiorari-Verfahrens, Berne 1984, p. 187. La commission d'experts pour la réforme de l'organisation judiciaire a également défendu ce point de vue dans son rapport, Berne, janvier 1982, p. 35. Contra: OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE, dans: JAAC 1985 no 36, p. 237ss et LUZIUS WILDHABER, Zur Verfassungsmässigkeit des Annahmeverfahrens vor Bundesgericht, dans: RSJ 1986, p. 273ss.

<sup>16</sup> Art. 19, 4e al. de la Loi fondamentale allemande du 23.5.1949; art. 20 de la constitution grecque du 9.6.1975; art. 24, 1er al. et 113, 1er al. de la constitution italienne du 27.12.1947; art. 20, 2e al. de la constitution portugaise du 2.4.1976; art. 24, 1er al. de la constitution espagnole du 29.12.1978; art. 63, 1er al. de la constitution danoise du 5.6.1953; art. 92/93 de la constitution belge du 7.2.1831.

n'apparaît dès lors pas indispensable pour concrétiser cette garantie (au sujet des modèles de répartition possibles de l'obligation d'assurer la protection juridique et des restrictions d'accès au Tribunal fédéral, cf. chiffre 55).

#### 542 Extension du droit de recours des autorités

L'absence de droit de recours des autorités dans le domaine de l'actuel recours de droit public (cf. chiffre 524) est, dans le système de protection juridique, une lacune que la constitution doit permettre au législateur de combler. Pour cela, il suffit de ne plus réserver le droit de recourir aux seuls citoyens et particuliers, comme le fait l'actuel art. 113, al. 1, ch. 3, cst. Le législateur aura ainsi toute liberté de décider qui a le droit de recourir et à quelles conditions, et dans quelle mesure ce droit doit aussi être reconnu à certaines autorités ou corporations de droit public.

#### 543 Simplification du système des voies de droit

Ce ne sont pas uniquement les lacunes du système judiciaire qui nuisent à une bonne protection juridique mais également son excessive complexité. Cette constatation vaut en particulier pour l'organisation des recours au Tribunal fédéral. Ce système se caractérise par une pluralité de voies de recours avec, à la clé, de sérieuses difficultés de délimitation. Les problèmes les plus importants sont les suivants:

- Délimitation entre le recours en réforme ou le pourvoi en nullité et le recours de droit public: selon que le recourant veut invoquer la fausse application du droit fédéral ou plutôt la violation de droits constitutionnels, il doit déposer contre le jugement civil ou pénal soit un recours en réforme ou un pourvoi en nullité, soit un recours de droit public, soit encore les deux.
- Délimitation entre le recours de droit public et le recours de droit administratif: par la voie du recours de droit administratif, il est certes possible de se plaindre de toute violation du droit fédéral, y compris de la violation de droits constitutionnels; ce recours n'est toutefois ouvert que si la décision attaquée est fondée sur le droit public fédéral. Par conséquent, s'agissant de contester une décision d'une autorité cantonale, il faut examiner dans chaque cas si cet acte est fondé, ou aurait dû se fonder, sur le droit public fédéral ou s'il se base sur le droit public cantonal. Dans le premier cas, il faut agir par le recours de droit administratif; dans le second, par le recours de droit public. L'enchevêtrement de plus en plus important du droit fédéral et du droit cantonal rend cette délimitation encore plus difficile<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> La doctrine recense plus de 20 règles de démarcation: WALTER KÄLIN/MARKUS MÜLLER, Vom ungeklärten Verhältnis zwischen Verwaltungsgerichtsbeschwerde und staatsrechtlicher Beschwerde, dans: ZBI 1993, p. 422s; également RENE A. RHINOW, Oeffentliches Prozessrecht, Bâle 1994, no 1240, se plaint de la complexité de la distinction; de même PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. II, Berne 1991, p. 384.



La seule solution pour le justiciable confronté au choix délicat de la bonne voie de droit est souvent de prendre la précaution de déposer l'un et l'autre recours, ce qui occasionne des frais et du travail supplémentaires. De son côté, le Tribunal fédéral est obligé de consacrer proportionnellement beaucoup de temps à l'étude de questions formelles ne contribuant en rien à résoudre le litige sur le plan matériel.

Il n'appartient cependant pas au constituant mais au législateur de trouver une solution à ce problème. Un moyen efficace de simplifier le système des voies de recours - qui faciliterait l'accès du justiciable au Tribunal fédéral tout en déchargeant celui-ci de délicates questions de délimitation - serait d'introduire le recours unifié<sup>18</sup>, fusionnant le recours de droit public avec chacun des recours de droit administratif, pénal ou civil. Pour laisser une certaine marge de manoeuvre au législateur, il paraît toutefois préférable de ne pas aller jusqu'à prévoir le recours unifié dans la constitution.

Par ailleurs, en renonçant largement au recours devant le Conseil fédéral, on élimine une autre source de complication, à savoir la délimitation souvent difficile entre les domaines de compétence respectifs du Conseil fédéral et du Tribunal fédéral.

#### 544 Introduction d'une protection judiciaire des droits politiques en matière fédérale

Selon le droit actuel, le Tribunal fédéral examine si les droits politiques des citoyens ont été respectés lors d'élections ou de votations cantonales dans le cadre du recours pour violation du droit de vote de l'art. 85, let. a, OJ. Les élections et les votations dans les communes sont également considérées comme cantonales (ATF 119 la 169, consid. 1a). En revanche, ce sont les voies de recours spéciales des art. 77 ss. LDP qui sont ouvertes pour les votations et élections fédérales.

Il se justifie d'accorder aux droits politiques la même protection juridique en matière fédérale qu'en matière cantonale. Pour cela, il faut introduire le recours pour violation du droit de vote également au niveau fédéral. Cela permettra de décharger le Conseil fédéral et le Conseil national de leurs tâches juridictionnelles en relation avec les votations et les élections. Les compétences qui avaient été octroyées au Conseil fédéral et au Conseil national par les art. 81 et 82 LDP seront désormais assumées par le Tribunal fédéral. Cela ne modifiera pas l'étendue de la protection juridique; simplement, le Tribunal fédéral statuera à la place du Conseil fédéral et du Conseil national.

On pourrait en outre envisager d'introduire un recours au Tribunal fédéral contre la déclaration de nullité d'une initiative populaire prononcée par l'Assemblée fédérale. Cela constituerait une extension de la protection juridique, car il n'existe à ce jour aucun recours contre une telle décision de l'Assemblée fédérale. D'autres modes d'intervention du Tribunal fédéral seraient également concevables; ainsi, par exemple, l'Assemblée fédérale pourrait en référer au Tribunal fédéral lorsqu'il lui paraît qu'une initiative est

---

<sup>18</sup> Il faut comprendre par là un recours susceptible d'être interjeté aussi bien pour violation du droit fédéral ordinaire (droit civil, pénal ou administratif) que pour violation des droits constitutionnels.

contraire aux règles qu'elle applique. Pour des raisons de cohérence, ce volet particulier de la protection juridique est traité plus avant dans la partie relative à la réforme des droits populaires (voir art. 163<sup>bis</sup> et le commentaire y relatif).

## 55 Domaine de réforme II: Le Tribunal fédéral en tant que juridiction suprême

### 551 Les modèles

La réflexion sur les structures envisageables pour la juridiction du Tribunal fédéral est, par la force des choses en Suisse, fortement influencée par des considérations fédéralistes. Sous cet angle, il est possible de distinguer sommairement trois modèles de réforme, selon la position que l'on entend attribuer au Tribunal fédéral vis-à-vis des juridictions cantonales:

- **Modèle 1:** le Tribunal fédéral n'est plus la juridiction suprême dans la succession ordinaire des instances; il ne traite que des cas ayant une importance particulière (avant tout pour garantir l'unité et le développement du droit). Au niveau fédéral, cette option implique le développement des commissions de recours ou la création d'un véritable Tribunal administratif fédéral, pour ce qui est des recours contre des décisions de l'administration fédérale. Sinon, la succession ordinaire des instances s'arrête au tribunal supérieur du canton. En droit civil et en droit pénal, ainsi que dans les domaines du droit administratif fédéral où l'exécution appartient aux cantons, la responsabilité principale de la garantie de la protection juridique se situe alors au niveau cantonal.
- **Modèle 2:** L'actuel Tribunal fédéral est l'autorité judiciaire suprême dans la succession ordinaire des instances; pour pouvoir remplir cette mission, il doit être doté de personnel supplémentaire. Pour éviter une trop longue succession d'instances, il y a éventuellement lieu de supprimer des instances inférieures. Pour assurer l'unité du droit, pour traiter des cas revêtant une importance de principe ou juger de la constitutionnalité de lois fédérales, on crée une Cour suprême à composition restreinte (7 - 9 membres); à l'instar de la Cour suprême des Etats-Unis, cette cour choisit librement lesquels des recours formés contre des décisions du Tribunal fédéral elle entend traiter. Dans ce modèle, la responsabilité principale de la garantie de la protection juridique incombe au Tribunal fédéral.
- **Modèle 3:** les réformes se concentrent sur le développement des autorités judiciaires inférieures et sur l'introduction de restrictions d'accès (ponctuelles). Pour le reste, on maintient l'essentiel de la structure actuelle, selon laquelle la garantie de la protection juridique incombe conjointement aux cantons et à la Confédération.

Il n'y a pas lieu de retenir le modèle 2 (création d'une Cour suprême supérieure au Tribunal fédéral): il implique une dépréciation du Tribunal fédéral actuel et ne correspond pas aux traditions suisses. Le modèle 1 déchargerait considérablement le Tribunal fédéral; mais il se heurte au besoin qu'éprouvent encore de nombreux justiciables de pouvoir déférer des décisions des juridictions cantonales supérieures à une instance fédérale. Le modèle 3 n'offre pas l'assurance de contribuer suffisamment à la néces-



saire décharge de notre tribunal suprême. Ce qui est proposé ici, c'est une disposition constitutionnelle souple, qui correspond au modèle 3, tout en permettant au législateur de l'infléchir sensiblement dans le sens du modèle 1. L'un et l'autre modèles supposent le développement des autorités judiciaires inférieures.

## 552 Développement des autorités judiciaires inférieures

En principe, il n'appartient pas à une cour suprême d'assumer la protection juridique en première instance ou de statuer en qualité de première instance judiciaire. Pourtant, le droit actuel met à la charge du Tribunal fédéral une quantité non négligeable de tâches de cet ordre, qui sont étrangères à sa vocation.

En qualité de première et unique instance, le Tribunal fédéral se prononce aujourd'hui dans les cas suivants:

- Recours contre les actes législatifs des cantons qui ne connaissent pas de contrôle abstrait des normes;
- Recours contre les décisions des parlements cantonaux, en particulier dans le domaine des droits politiques (par exemple refus de soumettre au référendum financier une décision relative à une dépense, invalidation d'une initiative) et dans celui de la planification (par ex. planification routière avec droit d'expropriation), dans la mesure où il n'existe pas de recours au niveau cantonal;
- Réclamations de droit public de l'art. 83 OJ et actions de droit administratif des art. 116 et 130 OJ;
- Procès pénaux au sens de l'art. 112 cst. et divers procès directs de droit civil (art. 110, al. 1, cst., art. 41 et 42 OJ);
- Différends administratifs en matière cantonale, attribués à sa connaissance en vertu de l'art. 114bis, al. 4, cst.

En qualité de première instance judiciaire, le Tribunal fédéral est saisi de recours de droit public dans tous les cas où des décisions cantonales sont rendues sur recours par le gouvernement ou un organe administratif inférieur, sans pouvoir être portées devant le tribunal administratif cantonal. S'ajoute à cela, dans le cadre du recours de droit administratif, une série de cas où une autorité administrative fédérale statue en tant qu'autorité inférieure, ainsi que, dans le domaine de la juridiction pénale fédérale, les cas où le recours au Tribunal fédéral est ouvert contre des actes administratifs d'autorités fédérales (Juge d'instruction fédéral, Procureur général de la Confédération).

Une base doit être créée pour fonder désormais la compétence des autorités judiciaires inférieures dans toutes les contestations, à l'exception de quelques cas particuliers. Cela permet d'éviter que le Tribunal fédéral ait à statuer, dans les cas de procédures connexes, en qualité de première instance judiciaire, ce qu'autorise la limitation au contrôle du droit. Le Tribunal fédéral profitera en outre de l'effet de filtrage attendu des autorités judiciaires inférieures. Sa charge s'en trouvera allégée. Au surplus, la généralisation des autorités judiciaires inférieures constitue la condition né-

cessaire pour que de véritables restrictions d'accès au Tribunal fédéral puissent être prévues, sans qu'il soit porté atteinte à la garantie générale de l'accès à un juge.

Le développement ou la création d'autorités judiciaires inférieures ne relève guère du niveau constitutionnel; c'est donc avant tout le législateur qui devra s'en charger. Il convient néanmoins d'introduire dans la constitution le principe des autorités judiciaires inférieures (notamment dans le domaine aussi de la juridiction pénale fédérale), tout en y réservant la possibilité de certaines exceptions. Par souci de clarification, il y a lieu d'énumérer expressément dans la constitution les autres autorités judiciaires de la Confédération et celles des cantons. Dans la mesure où, par analogie avec l'art. 98a OJ, on prescrit aux cantons d'instituer la compétence de la juridiction administrative en matière de droit public cantonal également, il est nécessaire de créer une base constitutionnelle, car une telle obligation empiète sur l'autonomie des cantons en matière d'organisation.

Concrètement, le principe de la généralisation des autorités judiciaires inférieures implique que l'on prenne (au niveau législatif) les mesures suivantes:

#### **552.1 Développement des autorités judiciaires inférieures en matière de juridiction administrative fédérale**

Selon le droit en vigueur, les décisions d'autorités administratives fédérales (art. 1er, al. 2, PA) sont susceptibles en dernière instance de recours au Tribunal fédéral, dans la mesure où elles ne constituent pas l'une des exceptions des art. 99 à 102 ou 129 OJ. Les commissions fédérales de recours et d'arbitrage statuent en tant qu'autorités directement inférieures au Tribunal fédéral dans les cas où une loi fédérale prévoit qu'un recours ou une action peuvent être portés devant elles (art. 71a, al. 1, PA, art. 98, let. e, et 128 OJ). Dans les autres cas, il n'y a pas d'autorité judiciaire inférieure au Tribunal fédéral (art. 98, let. a à d, f, et h, OJ).

A l'heure actuelle, les départements, établissements autonomes et commissions non-judiciaires de la Confédération rendent chaque année quelque 2200 décisions qui ne sont pas susceptibles de recours devant une commission fédérale de recours. Entre autres domaines importants où il n'existe pas de commission de recours, on trouve la police des étrangers, la circulation routière, les approbations de plans pour des projets d'infrastructure, et, dans une large mesure, les subventions fédérales.

Dorénavant, une voie de recours devra passer dans tous les cas par une autorité judiciaire inférieure avant d'aboutir au Tribunal fédéral. Il y a différentes façons d'organiser le contrôle judiciaire de décisions d'autorités fédérales au stade antérieur au Tribunal fédéral. On peut envisager de créer soit de nouvelles commissions de recours, soit un petit nombre de tribunaux ayant une compétence matériellement ou géographiquement limitée, soit encore un tribunal administratif fédéral centralisé. Le texte constitutionnel proposé laisse au législateur le libre choix du mode d'organisation.

### 552.2 Création d'un tribunal pénal fédéral autonome

Le nombre d'affaires pénales dont s'occupe le Tribunal fédéral en tant qu'autorité de première instance est en soi très faible. Les Assises fédérales n'ont plus siégé depuis 1933 et la Cour pénale fédérale n'a jugé que cinq cas pendant ces dix dernières années. Ce chiffre modeste s'explique par la pratique très large de la délégation aux cantons d'affaires originaires de la compétence de la Cour pénale fédérale (art. 18 PPF). Cependant, les quelques affaires soumises à la Cour pénale fédérale lui occasionnent un travail disproportionné car, d'une part, les juges fédéraux ne sont plus accoutumés par une pratique quotidienne à diriger des débats régis par le principe d'immédiateté et, d'autre part, ces procès focalisent le plus souvent l'intérêt du public.

La commission d'experts "Unification de la procédure pénale", que le DFJP a instituée le 31 mai 1994, examine notamment la possibilité d'étendre la juridiction pénale fédérale et les conséquences qui pourraient en résulter au niveau de l'organisation judiciaire (cf. à ce sujet le chiffre 571). Selon les résultats de ces réflexions, la Cour pénale fédérale pourrait devoir supporter une augmentation du travail.

Pour décharger le Tribunal fédéral des affaires pénales qui, de première instance, ne relèvent pas d'une juridiction suprême, on prévoit de détacher la Cour pénale fédérale du Tribunal fédéral pour en faire une autorité judiciaire distincte. Les jugements du tribunal pénal fédéral, alors autonome, devront pouvoir faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral (art. 2 du Protocole n° 7 à la CEDH, RS 0.101.07); la réserve faite à l'art. 14, al. 5, du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (FF 1991 I 1167, IV 1054) sera alors caduque.

On peut également envisager que les tâches de l'actuelle Chambre d'accusation<sup>19</sup> soient transférées au nouveau Tribunal pénal fédéral, sous réserve éventuellement des contestations entre autorités de différents cantons concernant l'attribution de la compétence et l'entraide judiciaire (art. 264 PPF, art. 357 CP). La disposition constitutionnelle proposée autorise cette solution en ce qu'elle ne limite pas la compétence du tribunal pénal fédéral à la seule juridiction pénale fédérale de première instance.

Cela étant, il serait également possible de transférer au tribunal pénal fédéral l'activité des actuels tribunaux militaires d'appel. Ne subsisteraient ainsi comme tribunaux spéciaux dans le domaine de la juridiction militaire que les tribunaux de division. Les tribunaux militaires d'appel et de cassation perdraient toute utilité; le recours au tribunal pénal fédéral et le recours au Tribunal fédéral remplaceraient l'appel et le pourvoi en cassation de l'actuelle procédure pénale militaire.

### 552.3 Développement des juridictions cantonales

C'est dans le domaine du droit public cantonal que se trouve la principale lacune des systèmes judiciaires des cantons. En effet, tous les cantons

---

<sup>19</sup> Art. 102ter, 105bis, 2e al. et art. 214ss PPF, art. 26, 27 DPA, art. 106, al. 1bis PPF, de même que 51, 2e al., 66ss, 72, 110, 252, 3e al. PPF.



n'ont pas encore institué un tribunal administratif devant lequel peuvent être déférés les actes pris en application du droit public cantonal. Cela a pour conséquence que le Tribunal fédéral doit, dans le cadre du recours de droit public, statuer dans ce domaine en qualité de première instance judiciaire. Cette situation ne peut plus durer, raison pour laquelle il faut obliger les cantons à instituer une juridiction administrative dans le domaine du droit public cantonal également. Il convient cependant de réserver des exceptions justifiées, pour des décisions relevant du gouvernement ou du parlement en dernière instance cantonale (par ex. pour les actes de gouvernement ou l'invalidation d'initiatives cantonales).

Pour les domaines où les cantons exécutent le droit administratif fédéral, le principe de la compétence primaire des autorités judiciaires inférieures est déjà réalisé grâce à l'article 98a OJ. En vertu de cette disposition, les cantons sont tenus d'instituer, d'ici au 15 février 1997, des autorités judiciaires pour tous les cas où le recours de droit administratif au Tribunal fédéral est ouvert.

En droit civil et pénal, il n'y a - en raison de la jurisprudence relative à la garantie de l'accès à un juge de l'article 6, par. 1, CEDH - plus guère de cas qui échappent à la compétence des juridictions cantonales. Subsiste encore notamment le changement de nom qui, dans quelques cantons, relève de la compétence de la seule autorité administrative. La compétence des tribunaux cantonaux devra être étendue à de tels domaines.

#### 552.4 Limitation des procès directs

En droit civil, il convient de supprimer la plus grande partie des procès directs (art. 110 et 111 cst., art. 41 et 42 OJ). Ils n'ont plus de justification propre. La compétence directe du Tribunal fédéral n'a de raison d'être que pour les contestations entre la Confédération et un canton ou entre cantons (art. 110, ch. 1 et 3, cst., art. 41, let. a, OJ).

En droit pénal, il n'y aura plus de procès directs au Tribunal fédéral une fois qu'aura été créé un tribunal pénal fédéral autonome (chiffre 552.2).

Dans le domaine de la juridiction de droit public, le moment est venu de supprimer les procès directs prévus par l'art. 114bis, al. 4, cst. (art. 121 OJ) pour les différends administratifs en matière cantonale. Le droit des cantons d'attribuer, avec l'autorisation de l'Assemblée fédérale, la connaissance de tels différends au Tribunal fédéral perd définitivement toute justification du moment que les cantons sont de toute façon tenus de créer des tribunaux administratifs. On peut certes trouver des raisons à ce qu'un litige soit jugé non par un tribunal administratif cantonal mais directement par le Tribunal fédéral, par exemple lorsqu'est impliqué un magistrat cantonal (en particulier en matière d'actions en responsabilité résultant de l'activité officielle des membres des tribunaux supérieurs). On observera toutefois que le même problème se pose au niveau fédéral lorsque le Tribunal fédéral est appelé à juger d'actions de droit administratif portant sur des prétentions en dommages-intérêts à raison de l'activité officielle, par exemple de juges fédéraux. L'abrogation de l'art. 114bis, al. 4, cst., permettra de décharger à la fois le Tribunal fédéral et l'Assemblée fédérale,



laquelle doit donner son approbation et examiner pour cela si l'attribution de compétence au Tribunal fédéral se justifie .

Les autres cas de procès directs de droit public doivent demeurer dans la compétence du Tribunal fédéral:

Les réclamations de droit public sont là essentiellement pour résoudre les conflits de compétence entre la Confédération et les cantons et les différends de droit public entre cantons (art. 113, al. 2, ch. 1 et 2, cst.; art. 83, let. a et b, OJ). Leur rôle dans un Etat fédéral est important car elles permettent de vider ces litiges dans le cadre d'une procédure judiciaire réglementée<sup>20</sup>. Vu l'importance et la nature de ces procès, le seul tribunal qui puisse entrer en ligne de compte est le tribunal suprême de la Confédération. Il convient dès lors de laisser ces compétences en première instance au Tribunal fédéral. Les autres cas de réclamations de droit public (art. 83, let. c à e, OJ) n'ont plus de portée ou - avec l'art. 83, let. b, OJ - plus de portée propre.

Le champ d'application de l'action de droit administratif a été réduit au strict minimum lors de la dernière révision de l'OJ de 1991. Il comprend aujourd'hui les contestations relevant des relations entre Etat fédéral et Etats fédérés et celles portant sur des prétentions en dommages-intérêts résultant de l'activité officielle des magistrats (art. 116 et 130 OJ). Ces litiges sont à juste titre dans la compétence du Tribunal fédéral et doivent le rester.

### 553 Restrictions d'accès

Quelle que soit la manière dont le législateur définira la mission du Tribunal fédéral quant à la garantie de la protection juridique, il est essentiel que ce dernier puisse travailler dans des conditions qui lui permettent de garantir une protection juridique qui ne soit pas que formelle. Cela signifie que les juges fédéraux doivent pouvoir disposer de suffisamment de temps pour bien étudier les dossiers et les questions juridiques qui se posent. C'est à cette condition seulement que pourra être développée ou maintenue une jurisprudence de grande qualité. Le Tribunal fédéral doit être en mesure d'assumer sa fonction d'autorité judiciaire suprême. Le développement des autorités judiciaires inférieures et la simplification du système des voies de droit ne peuvent suffire à contenir le volume des affaires dans des limites supportables. Ces mesures doivent donc être complétées par de nouvelles restrictions d'accès au Tribunal fédéral. Le législateur dispose pour cela de différents instruments possibles, qui sont brièvement décrits ci-après.

#### 553.1 Instruments

##### Exclusion du recours avec possibilité d'avis préjudiciel

---

<sup>20</sup> Cf. WALTER HALLER dans le Commentaire de la Constitution de la Confédération suisse, ad art. 113, no 5.

L'instrument le plus radical est l'exclusion totale du recours au Tribunal fédéral dans des domaines déterminés. Le droit actuel utilise déjà ce moyen pour le recours de droit administratif (art. 99 à 101 et 129 OJ). Un tel système d'exceptions convient notamment dans les domaines du droit où le nombre des recours est extrêmement élevé (par exemple en matière d'asile), ou dans ceux où la plupart des cas sont bénins (par exemple: amendes d'ordre en matière de circulation routière), en sorte que la fonction du Tribunal fédéral doit se limiter à la protection d'intérêts dépassant les simples intérêts particuliers.

Pour assurer l'application uniforme du droit (et le développement de la jurisprudence) y compris dans les domaines où le recours au Tribunal fédéral est exclu, on peut prévoir une procédure d'avis préjudiciel.

La procédure d'avis préjudiciel permet à une autorité judiciaire inférieure de faire trancher par le tribunal suprême une question de droit particulière qui se pose dans le cadre d'une procédure en cours. On peut citer à titre d'exemples célèbres d'une telle institution la procédure de renvoi préjudiciel devant la Cour de justice des communautés européennes (art. 177 du Traité CE) et la procédure devant la Cour constitutionnelle fédérale de l'art. 100 de la Loi fondamentale allemande.

La procédure d'avis préjudiciel ne constitue pas en elle-même une restriction d'accès, car elle ne limite pas l'accès au Tribunal fédéral mais au contraire l'élargit. Elle offre un correctif possible à l'exclusion totale du recours.

En conséquence, il conviendrait de prévoir une obligation pour les autorités judiciaires statuant à titre définitif de demander un avis préjudiciel lorsqu'elles:

- sont d'avis qu'une loi fédérale ou un arrêté fédéral de portée générale, dont la validité doit être examinée à l'appui de leur décision, viole des droits constitutionnels ou le droit international;
- entendent s'écarter de la jurisprudence du Tribunal fédéral dans leur propre interprétation du droit fédéral ou international;
- ont des doutes sérieux quant à une question d'interprétation du droit fédéral ou international.

### **Valeurs litigieuses**

Un autre moyen de limiter l'accès au Tribunal fédéral consiste à exiger une valeur litigieuse minimale, ce qui signifie que les causes dont la valeur litigieuse est inférieure au seuil fixé ne peuvent en aucun cas être portées devant le Tribunal fédéral. Ce procédé est fondé sur l'idée que le tribunal n'a pas à s'occuper d'affaires d'importance mineure (de *minimis non curat praetor*).

En matière civile, une telle barrière existe déjà pour les contestations de nature pécuniaire inférieures à 8'000 francs. Le législateur peut envisager un relèvement de ce seuil. S'agissant des contestations non pécuniaires, d'autres instruments doivent être trouvés pour limiter l'accès au Tribunal fédéral.

L'exigence d'une valeur litigieuse est inconnue en droit public. L'introduction d'une telle valeur ne paraît possible que dans les domaines qui s'apparentent aux rapports de droit civil, soit dans le contentieux pécuniaire du droit des fonctionnaires et dans celui de la responsabilité de l'Etat. Dans les autres domaines, l'introduction d'une valeur litigieuse se heurte à des objections d'ordre tant pratique que dogmatique. Les premières difficultés pratiques surviennent déjà avec la définition de la contestation de nature pécuniaire, puis avec la recherche d'un seuil uniforme qui soit approprié pour toutes les contestations de droit public et, enfin, avec la détermination de la valeur litigieuse dans un cas concret. Plus fondamentalement, les contestations de droit public ne peuvent, par essence, être comparées avec celles de droit civil. En droit public, l'enjeu ne consiste pas seulement à faire valoir des droits subjectifs, mais il porte toujours simultanément sur l'intérêt public à l'application correcte du droit objectif, et donc sur le respect du principe de la légalité. Il est en outre pratiquement impossible, sauf à recourir à des artifices, de convertir en argent les intérêts en présence dans un litige de droit public (comment, par exemple, convertir en argent le refus d'une autorisation de séjour?). Hormis pour les contestations proches du droit civil, l'introduction de l'exigence d'une valeur litigieuse en droit public ne paraît dès lors ni justifiée, ni adéquate.

Le droit pénal se prête encore plus mal à la fixation de valeurs litigieuses, car les intérêts en jeu ne peuvent généralement pas être traduits en argent. On ne peut dire de l'Etat, lorsqu'il fait valoir ses prétentions dans une cause pénale, qu'il défend des intérêts financiers. Il faut donc renoncer à introduire l'exigence d'une valeur litigieuse en droit pénal. Pourrait éventuellement entrer en ligne de compte le domaine des amendes d'ordre en matière de circulation routière; compte tenu toutefois de l'importance mineure de ces cas, il convient plutôt d'exclure tout recours au Tribunal fédéral en cette matière.

#### **Procédure d'admission**

Là où l'accès à la juridiction suprême est réglé par une procédure d'admission, le tribunal n'inscrit à son rôle que les causes qu'il considère comme importantes, selon sa libre appréciation ou selon des critères fixés par la loi. On parle de procédure d'autorisation lorsque ce sont les instances inférieures qui se prononcent sur l'importance du cas et, partant, décident de l'ouverture du recours à la cour suprême. En comparaison internationale, il s'avère que les procédures d'admission et d'autorisation sont,



sous diverses formes, assez répandues à l'étranger (par ex. en Allemagne, en Autriche, en Suède, aux Etats-Unis, au Canada).

Une procédure d'admission est préférable à une procédure d'autorisation. L'avantage de la procédure d'autorisation réside dans le fait que la décision d'autorisation ne demande que très peu de travail dès lors que l'autorité compétente connaît déjà le dossier. Son inconvénient est que la cour suprême est liée par l'autorisation donnée par l'autorité inférieure, même si elle juge l'affaire sans importance.

On peut retenir les motifs d'admission suivants:

- La décision attaquée s'écarte de la jurisprudence du Tribunal fédéral.
- La cause soulève une question de droit dont le Tribunal fédéral n'a pas encore eu à connaître ou qui mérite un nouvel examen.
- Il existe des indices d'une violation d'un droit constitutionnel influant sur le sort de la cause.

Peut aussi constituer un motif d'admission le fait que les parties à la procédure encourent un grave préjudice.

#### **Procédure d'examen préalable**

La procédure d'examen préalable n'est pas à proprement parler une restriction d'accès mais plutôt une procédure particulière de prise de décision. Cette procédure doit permettre de trier et de rayer directement du rôle les recours qui, pour des raisons de forme ou de fond, sont manifestement dénués de chances de succès. Un exemple d'une telle procédure est donné par les art. 28 et 35, par.3, CEDH, dans la version du Protocole n° 11 (FF 1995 I 1020 s.).

Un tel examen préalable pourrait être organisé par exemple de la manière suivante: tout recours déposé au Tribunal fédéral est examiné par deux juges qui déterminent, sans autre mesure d'instruction ni échange d'écritures, s'il est manifestement dénué de chance de succès. Si, de façon indépendante, les deux juges parviennent à cette conclusion, le recours est rayé du rôle avec, pour toute motivation, l'indication qu'il est dénué de chance de succès. Dans le cas contraire, le recours est traité selon la procédure ordinaire. Cette procédure d'examen préalable est sensiblement différente de l'actuelle procédure simplifiée de l'article 36a OJ: les recours qui échouent dans la procédure préalable sont écartés sans motivation, alors que la procédure simplifiée exige une motivation sommaire, laquelle s'avère d'ailleurs souvent assez circonstanciée. En outre, la procédure d'examen préalable autorise même l'économie d'une motivation à usage interne, puisque les deux juges prennent leur décision de manière indépendante et sans se fonder sur une proposition motivée par écrit d'un rapporteur. La procédure simplifiée est appliquée si l'examen de la cause fait apparaître, avant ou après l'échange d'écritures, que les critères des art.



36a, al. 1 et 2, OJ sont remplis. A l'inverse, la procédure d'examen préalable s'applique automatiquement dans tous les cas; l'examen préalable se fonde uniquement sur le mémoire de recours et les annexes, dont en particulier la décision entreprise.

Le critère de l'absence manifeste de chances de succès est relativement strict, de sorte que, vraisemblablement, seule une proportion relativement faible des recours devrait pouvoir être définitivement éliminée de cette manière. Mais l'on pourrait bien sûr préférer un critère permettant un tri plus efficace, telle par exemple l'exigence d'indices de violation du droit ayant une influence sur le sort du procès.

### 553.2 Bases constitutionnelles

Il appartient au législateur d'opter soit pour des mesures de restriction d'accès, soit pour des procédures particulières de prise de décision, soit encore pour une combinaison des deux instruments. Au niveau constitutionnel, il importe que le texte soit rédigé de manière ouverte, pour permettre au législateur de réagir avec souplesse aux changements de situation. Il est possible qu'une solution judicieuse, mais refusée à un certain moment pour des raisons politiques, soit plus tard jugée acceptable à la suite d'un changement d'opinion. Un texte constitutionnel formulé de manière large doit laisser au législateur la marge de manoeuvre nécessaire.

Une base constitutionnelle est nécessaire pour limiter l'accès au Tribunal fédéral, bien qu'il n'existe pas de garantie d'une voie de droit au tribunal suprême. La constitution doit exprimer clairement que les compétences octroyées au Tribunal fédéral ne doivent pas être comprises comme une obligation pour ce dernier de s'occuper de tous les cas. Dans l'intérêt des besoins légitimes des individus en matière de protection juridique, la constitution doit toutefois imposer certaines limites au législateur. Il doit ressortir sans ambiguïté de son texte que les restrictions d'accès ne sont pas obligatoires, mais qu'elles peuvent être introduites si le maintien de l'aptitude du tribunal suprême à remplir ses tâches en dépend; la constitution doit au surplus préciser d'emblée que l'accès demeure garanti dans tous les cas importants. Sont importants tous les cas dans lesquels se posent des questions de droit ayant une portée de principe ou sont en cause des intérêts importants des parties.

### 554 Indépendance et position du Tribunal fédéral et de ses membres

Alors que la précédente section portait sur le fonctionnement du Tribunal fédéral en tant que juridiction suprême, l'aperçu qui suit a trait aux principes de droit qui sous-tendent l'organisation du Tribunal fédéral en tant que juridiction suprême.

## 554.1 Position du Tribunal fédéral

### Aperçu

Les règles sur les attributions et la position des juridictions suprêmes sont partie intégrante du droit constitutionnel judiciaire au sens matériel. Il se justifie donc de décrire dans la constitution elle-même la position du Tribunal fédéral. Celle-ci est déterminée par le principe de la séparation des pouvoirs d'une part et par celui de l'indépendance du juge de l'autre. Le Tribunal fédéral suisse présente en outre la caractéristique d'être la juridiction suprême de la Confédération et, en tant que tel, de s'occuper des questions de droit civil, de droit pénal et de droit public.

### Principe de la séparation des pouvoirs

Le principe de la séparation des pouvoirs est à la base de l'actuelle constitution en tant que principe d'organisation non écrit. Du strict point de vue de la position du Tribunal fédéral, son inscription expresse dans la constitution ne s'impose pas.

### Principe de l'indépendance du juge

La constitution révisée devrait garantir ce principe de façon explicite. En effet, c'est l'indépendance spécifique des tribunaux qui détermine leur nature et leur position propres. C'est donc par elle, nécessairement, que se caractérise un tribunal. Seule une justice indépendante peut offrir la garantie d'une véritable protection juridique, digne d'un Etat de droit. En cela, l'indépendance du pouvoir judiciaire constitue un principe de l'Etat de droit. L'importance fondamentale de ce principe justifie qu'il figure dans le texte de la constitution<sup>21</sup>. A cela s'ajoute que l'indépendance du juge borne le territoire d'autres institutions, telle la haute surveillance du Parlement, qui, elles, ont leur place dans la constitution,.

Placé au sein du droit positif, le principe de l'indépendance revêt plusieurs dimensions. En tant que norme organisationnelle, tout d'abord, il détermine la position des tribunaux. Cet aspect plaide pour son inscription dans le chapitre relatif à la juridiction fédérale, ce que l'on propose ici en tant qu'innovation. Mais le principe de l'indépendance du juge a également une portée de droit fondamental. A ce titre, il pourrait aussi figurer, avec les garanties judiciaires, dans le catalogue des droits fondamentaux<sup>22</sup>.

---

21 L'indépendance du juge est expressément garantie dans les constitutions allemande (art.97), autrichienne (art. 87 et 88), française (art. 64), belge (art. 100), italienne (art. 101 et 104, 1er al.), espagnole (art. 117), grecque (art. 87), irlandaise (art. 35, 2e al.), danoise (§ 64) et portugaise (art. 206 et 218).

22 Cf. art. 24, al.1. du projet de mise à jour. C'est l'emplacement choisi dans l'AP-77 (art. 20, 2e al.) et dans l'étude-modèle (art. 21, 2e al.). Le projet Kölz/Müller garantit le principe aussi bien dans la partie consacrée aux droits

### Le Tribunal fédéral en tant qu'autorité suprême chargée de dire le droit

Les compétences juridictionnelles de l'Assemblée fédérale ne sont plus qu'un résidu et il est question de réduire encore celles du Conseil fédéral. Le Tribunal fédéral apparaît ainsi comme l'autorité par excellence dont la vocation est de dire le droit au niveau le plus élevé. Un article constitutionnel doit consacrer cette position du Tribunal fédéral. Cela étant, si la juridiction suprême est au premier chef l'affaire du Tribunal fédéral, cela n'exclut pas que, pour des cas justifiant une exception, d'autres autorités, et notamment le Conseil fédéral, puissent aussi être chargées de cette fonction.

A côté de sa fonction originelle qui est de dire le droit, le Tribunal fédéral détient certaines compétences législatives<sup>23</sup> et administratives<sup>24</sup>. Comme jusqu'à présent, il n'y a pas lieu d'inscrire les compétences législatives du Tribunal fédéral dans la constitution. D'une part, leur portée ne justifie pas un rang constitutionnel. D'autre part, le législateur doit rester libre de décharger le Tribunal fédéral de tâches législatives qui ne doivent pas nécessairement lui incomber. Par exemple, le pouvoir législatif du Tribunal fédéral dans le domaine de la poursuite pour dettes et la faillite n'est pas justifié, au contraire de sa compétence d'édicter des règlements relatifs à l'organisation interne ou aux tarifs. En effet, cette compétence est en relation avec la fonction juridictionnelle et découle de la compétence du Tribunal fédéral d'organiser lui-même sa chancellerie (art. 109 cst.). Cette dernière doit d'ailleurs garder sa place dans la constitution, ceci pour des raisons de clarté et pour empêcher les conflits de compétence avec l'autorité exécutive. Par ailleurs, il n'y a aucune raison d'accroître les attributions administratives du Tribunal fédéral, par exemple quant au budget. A cet égard, il n'y a rien à changer à la situation actuelle.

### Organisation et siège

L'organisation du Tribunal fédéral ne constitue pas une réglementation des structures de l'Etat à tel point fondamentale qu'il faille réserver cette matière au constituant. Elle peut demeurer du ressort du législateur. La constitution devra-t-elle, comme jusqu'ici (art. 107, al. 2), mentionner expressément cette compétence du législateur? Quelle qu'elle soit, la solution devra être harmonisée avec celle retenue dans les autres domaines (problème d'ordre général). On se bornera à relever, pour l'heure, que des

---

fondamentaux que dans le chapitre sur la juridiction du Tribunal fédéral (art. 14, 2e al., 97, 2e phrase).

23 Ces compétences n'existent que dans quelques domaines: Poursuite pour dettes et faillite (art. 15 LP), procédure des commissions fédérales d'estimation (art. 63 LEx), organisation du Tribunal fédéral, tarifs (art. 3a, 2e al., 8, 14, 1er al. et 160 OJ).

24 Compétence d'organiser sa chancellerie (art. 109 cst.).



directives constitutionnelles relatives à l'organisation du Tribunal fédéral<sup>25</sup> feraient obstacle à la souplesse requise en la matière.

Il n'y a pas lieu à innovation s'agissant du siège du Tribunal fédéral. Pas plus qu'aujourd'hui (art. 115 cst), ce point n'a besoin d'être précisé dans la constitution.

## 554.2 Election et position des membres du Tribunal fédéral

### Généralités

La réglementation de l'élection et de la position des juges fédéraux n'appelle pas de réforme matérielle; elle relève avant tout de la mise à jour. Des modifications sont liées à l'ordonnancement systématique des normes dans le texte de la constitution; en outre, certains aspects disparaîtront de la constitution, car ils n'appartiennent matériellement pas au droit constitutionnel.

La terminologie appelle une remarque. La constitution en vigueur distingue les membres du Tribunal fédéral des suppléants (art. 107). Cette terminologie ne correspond plus à la réalité ni au langage juridique actuels (cf. art. 1er, al. 1, OJ dans sa version du 4.10.1991). Dans la réalité des faits, les juges dont la fonction au Tribunal fédéral est accessoire y assument la même tâche, quoique réduite, que les autres. Ils ne sont pas sollicités à titre exceptionnel seulement, comme l'est en principe un juge suppléant. C'est pourquoi on propose désormais, dans la constitution, l'expression neutre "juges du Tribunal fédéral", qui regroupe toutes les catégories de juges fédéraux. Elle n'implique ni n'exclut le recours à des juges remplaçants. Le cas échéant, ceux-ci devraient toutefois remplir les conditions que la constitution prescrit pour les juges du Tribunal fédéral.

### Election

L'organe électoral et les conditions d'éligibilité relèvent du rang constitutionnel car ils sont d'une importance fondamentale. En revanche, on peut laisser au législateur le soin de réglementer le mode d'élection ainsi que d'éventuelles innovations institutionnelles dans la nomination des candidats. N'a pas non plus rang constitutionnel la règle de l'actuel art. 107, al. 1, 2e phrase, cst., selon laquelle les trois langues officielles de la Confédération doivent être représentées au sein des juges. Compte tenu de leur portée, de tels critères de sélection peuvent, si on les juge utiles, fi-

---

<sup>25</sup> En ce qui concerne p.ex. le nombre des juges ou la subdivision en sections spécialisées ou encore la prescription selon laquelle l'organisation et la procédure doivent être simples et efficaces.



gurer simplement dans la loi, ce d'autant qu'il ne s'agirait que de prescriptions d'ordre<sup>26</sup>.

L'Assemblée fédérale doit demeurer l'organe électoral. La mention de cette compétence électorale au catalogue des compétences de l'Assemblée fédérale suffit. Une disposition particulière au chapitre relatif à la juridiction fédérale, telle qu'elle existe aujourd'hui à l'art. 107, al. 1, 1ère phrase, cst., est superflue. Par ailleurs, la fonction de juge fédéral doit rester soumise au principe de l'accessibilité de tout individu aux charges publiques, lequel n'a jamais posé de problème dans la pratique. Ainsi le droit de vote constitue-t-il l'unique condition d'éligibilité. Son emplacement idoine se situe dans les dispositions générales relatives aux autorités fédérales.

### **Durée des fonctions**

L'exigence de la réélection détermine fortement la position des juges fédéraux et a une incidence sur l'indépendance du juge. Aussi une norme constitutionnelle sur ce point se justifie-t-elle. La fixation de la durée des fonctions ne devrait pas incomber au législateur, contrairement à ce qui est le cas aujourd'hui (art. 107, al. 2, cst.). Il y a en effet une relation étroite entre l'exigence de la réélection et la durée des fonctions. Une durée d'un ou deux ans, par exemple, serait incompatible avec le principe de l'indépendance du juge et ne devrait donc pas être admise. C'est pourquoi la constitution révisée devrait définir la durée des fonctions des juges du Tribunal fédéral, et ce dans le cadre des dispositions générales relatives aux autorités fédérales.

L'indépendance du juge appelle le maintien de la durée de six ans<sup>27</sup>. Le juge doit bénéficier d'un laps de temps assez long sans être "perturbé". Au reste, une telle durée évite de charger l'organe électoral. Enfin, une longue durée se justifie d'autant plus pour les juges fédéraux qu'ils acquièrent la nouvelle compétence du contrôle accessoire des lois votées par l'Assemblée fédérale, ce qui renforce l'impératif de l'indépendance du juge.

### **Incompatibilités et liens de parenté exclus**

Le niveau constitutionnel s'impose en tout cas pour la réglementation des incompatibilités qui découlent du principe de la séparation des pouvoirs. En revanche, les incompatibilités fondées sur d'autres motifs ne doivent pas

---

26 La densité normative proposée correspond à l'AP-77, à l'étude-modèle et au projet Kölz/Müller.

27 Ce que fait l'art 123 du projet de mise à jour. L'AP-77 (art. 72), l'étude-modèle (art. 90) et le projet Kölz/Müller maintiennent également une durée de fonction de six ans.

forcément faire partie du droit constitutionnel au sens matériel<sup>28</sup>. Leur réglementation à ce niveau rend néanmoins les choses plus claires<sup>29</sup>.

L'exclusion de liens de parenté appartient aux incompatibilités au sens large et peut donc être traitée dans la loi. L'interdiction que les conjoints ainsi que les parents et les alliés jusqu'à un certain degré fassent partie en même temps de l'Assemblée fédérale, du Conseil fédéral et du Tribunal fédéral nécessiterait un article constitutionnel. Toutefois, il faut refuser une telle interdiction car elle va trop loin.

#### **Garanties personnelles, responsabilité, traitement**

La réglementation de ces aspects du statut du juge fédéral peut rester l'affaire du législateur. En effet, leur importance n'est pas si fondamentale qu'ils réclament des dispositions constitutionnelles. En outre, leur inscription dans la constitution pourrait difficilement satisfaire à l'exigence de simplicité que requièrent les dispositions constitutionnelles. Une délégation expresse au législateur pour la fixation du traitement des juges fédéraux, telle que contenue dans la constitution en vigueur (art. 107, al. 2), ne s'impose pas. Il va de soi que cette activité s'exerce contre rémunération.

### **56 Domaine de réforme III: Développement de la juridiction constitutionnelle**

#### **561 Motifs**

Il faut situer l'absence de contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales et des arrêtés fédéraux de portée générale découlant de l'art. 113 al. 3 (et 114bis al. 3) cst. dans le contexte historique où les compétences de la Confédération étaient extrêmement restreintes et la liberté des citoyens menacée avant tout par les cantons les plus puissants. Sur le plan dogmatique, l'art. 113 al. 3 cst. se fonde sur un modèle de séparation des pouvoirs qui, d'une part, tire ses origines de la primauté du législateur démocratique et qui, d'autre part, distingue clairement entre législation et application du droit au sens d'une simple exécution de la volonté du législateur. Depuis 1874, les conditions ont changé dans une mesure telle que ces objections à la juridiction constitutionnelle n'ont plus qu'une signification limitée. Plaident aujourd'hui en faveur de l'introduction d'un contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales et des arrêtés fédéraux les principaux motifs suivants<sup>30</sup>:

---

28 WERNER BEELER, *Personelle Gewaltentrennung und Unvereinbarkeit in Bund und Kantonen*, thèse, Zurich 1983, p. 62s. en part. note 6.

29 CF. l'art 122 du projet de mise à jour.

30 Voir à ce sujet rapport du groupe de travail Wahlen (n.2), p. 416ss; rapport de la commission d'experts pour une révision totale de la constitution fédérale (n.4), p. 178ss et, parmi la doctrine, RENE A. RHINOW, *Ueberprüfung der Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen durch das*

- La mission première du Tribunal fédéral est de sauvegarder les fondements de l'Etat fédéral, de la démocratie et de l'Etat de droit<sup>31</sup>. Dans son oeuvre de concrétisation de la constitution, le Tribunal fédéral doit définir et appliquer ces principes, qui ont une importance particulière tant pour les individus concernés que pour les processus démocratiques et les structures fédéralistes de la Suisse. Contrairement au législateur qui se concentre le plus souvent sur l'actualité politique et sur l'efficacité de ses décisions, le juge constitutionnel doit sauvegarder les valeurs fondamentales et durables de la constitution, telles que contenues dans les droits fondamentaux; il peut, pour ainsi dire, agir en tant qu'"instance correctrice" qui garantit l'évolution de l'ordre juridique conformément aux droits fondamentaux. Cette tâche doit être assumée non seulement à l'égard des cantons mais aussi au niveau fédéral. Ce modèle de pouvoirs qui, tout à la fois, se complètent et se limitent mutuellement, correspond mieux à la réalité constitutionnelle que la représentation désuète d'une séparation rigide entre le législateur qui crée le droit et le juge qui ne fait qu'exécuter la volonté du législateur. Dans ce contexte, il apparaît significatif que la juridiction constitutionnelle se soit imposée aujourd'hui dans tous les Etats constitutionnels de la culture occidentale; elle fait partie de la substance intangible de tout Etat fondé sur le droit et la démocratie, non seulement dans les Etats membres de l'Union européenne mais aussi dans les nouvelles démocraties de l'Europe de l'est<sup>32</sup>.
- L'introduction de la juridiction constitutionnelle au niveau fédéral se justifie par l'importance grandissante de la législation fédérale, laquelle est en mesure de toucher tous les domaines des libertés. Le transfert massif de compétences à la Confédération a conféré une toute autre portée à l'art. 113 al. 3 cst. Certes, les dispositions fédérales qui en tant que telles violent manifestement des droits constitutionnels sont

---

Bundesgericht - Ja oder Nein?, dans: Schriftenreihe SAV, vol. 3, Zurich 1988, p. 37ss; FRIDOLIN SCHIESSER, Die akzessorische Prüfung, thèse, Zurich 1984, p. 240ss; WALTER HALLER, Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit?, dans: RDS 1978 I, p. 501ss; OTTO K. KAUFMANN, Verfassungsgerichtsbarkeit 1875-1974-19..?, dans: RDS 1974 I, p. 339ss, 352ss. Voir aussi PETER ALEXANDER MÜLLER, die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen, EuGRZ 1988, p. 218ss; ANDREAS AUER, Grundlagen und aktuelle Probleme der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit, dans: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, vol. 40, Tübingen 1991/1992, p. 11ss, 123 ss.

31 JORG P. MÜLLER, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, dans: VVDStRL 39/1981, p. 53ss; voir aussi WALTER KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, Berne 1987.

32 Cf. à ce sujet GEORG BRUNNER, Die neue Verfassungsgerichtsbarkeit in Osteuropa, ZaöRV 1993, p. 819ss.



rares<sup>33</sup>. Il arrive cependant qu'une disposition s'avère inconstitutionnelle dans le cadre d'un cas d'application particulier<sup>34</sup>. Il se peut également qu'une norme, à l'origine conforme à la constitution, devienne inconstitutionnelle avec le temps, parce que les droits fondamentaux se développent, que les conceptions relatives aux restrictions que l'on peut apporter à certaines libertés évoluent, ou alors que le contexte a subi dans la réalité de profondes mutations. L'Assemblée fédérale n'est pas en mesure de prévoir tous ces cas. Un examen judiciaire a posteriori ne signifie donc pas obligatoirement, que le Tribunal fédéral passe outre la volonté du législateur lorsqu'il décide dans un cas particulier de ne pas appliquer une disposition d'une loi fédérale pour cause d'inconstitutionnalité. Au contraire, l'introduction de la juridiction constitutionnelle offre la garantie que l'Assemblée fédérale et le Tribunal fédéral accomplissent leur mission commune de gardiens de la constitution, par les procédures et les compétences qui leurs sont propres<sup>35</sup>.

- Il n'y a donc pas lieu de craindre que le Tribunal fédéral s'arroge un rôle qui ne lui appartient pas. Au contraire : les expériences faites avec le contrôle des lois cantonales par le Tribunal fédéral, tel qu'il existe depuis toujours dans le cadre du recours de droit public, démontrent que la juridiction constitutionnelle peut apporter une contribution essentielle au développement des libertés individuelles, sans que la démocratie soit menacée par des juges trop puissants. Il faut tenir compte également du fait qu'au niveau fédéral, la juridiction constitutionnelle aurait surtout un effet préventif; en effet, le législateur fédéral serait incité à soumettre la question de la constitutionnalité des lois fédérales à un examen encore plus approfondi qu'il ne l'est actuellement. Si toutefois un arrêt du Tribunal fédéral devait s'avérer inacceptable pour une majorité, il est toujours possible en Suisse de corriger la situation juridique par le biais d'une révision constitutionnelle.
- Par ailleurs, force est de reconnaître que la jurisprudence du Tribunal fédéral présente déjà certains éléments de juridiction constitutionnelle au niveau fédéral. En effet, s'il admet que l'art. 113 al. 3 cst. l'oblige à appliquer également des lois inconstitutionnelles, le Tribunal fédéral considère que cet article ne lui interdit pas de contrôler préjudiciellement la constitutionnalité d'une loi fédérale à l'occasion d'un cas d'application et d'inviter le cas échéant le législateur à modifier la disposition en question. L'interdiction des art. 113 al. 3 ou 114 al. 3 cst. ne porte que

---

<sup>33</sup> Cf. toutetois la réglementation de l'art. 21b de la LF sur l'asile (allocations pour enfants) adoptée par le Parlement en connaissance de cette inconstitutionnalité (voir ATF 114 la 1ss).

<sup>34</sup> OTTO K. KAUFMANN décrit un exemple impressionnant: Etoilauto contre Confédération, dans : Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, p. 139ss.

<sup>35</sup> Cf. RHINOW (n. 30), p. 43.



sur l'application, non sur l'examen<sup>36</sup>. Le pas vers une véritable juridiction constitutionnelle n'est plus aussi grand, si l'on considère les approches déjà faites par la jurisprudence (interprétation conforme à la constitution, reconnaissance de lacunes de la loi, examen d'actes cantonaux qui contiennent des normes analogues à celles d'une loi fédérale)<sup>37</sup>.

- Mais ce qu'il faut surtout relever, c'est que l'absence de contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales est devenue problématique depuis l'entrée en vigueur de la CEDH. En vertu de l'art. 113 al. 3 respectivement 114 al. 3 Cst., le Tribunal fédéral est lié par les lois fédérales et les arrêtés fédéraux. Cette obligation ne vaut pas pour les organes de Strasbourg. Ces derniers peuvent examiner des lois fédérales quant à leur conformité avec la CEDH. Ainsi par exemple, l'argument a été soulevé dans un recours devant le Tribunal fédéral que l'interdiction de remariage de l'art. 150 CC (délai imposé après divorce) violait le droit au mariage de l'art. 12 CEDH. Le Tribunal fédéral n'ayant pas statué sur ce grief en raison de l'art. 113 al. 3 Cst., le recourant s'est adressé à la Cour de Strasbourg. La Cour européenne des droits de l'homme a examiné cette question et a admis le recours<sup>38</sup>. Sur ce point important, le pouvoir d'examen des instances de Strasbourg est donc plus grand que celui du Tribunal fédéral, qui se voit ainsi dégradé au rang de simple instance de passage. Le Tribunal fédéral a reconnu ce problème; il est, depuis quelques années, disposé à examiner les lois fédérales quant à leur conformité avec la CEDH<sup>39</sup>. Dans le domaine des droits fondamentaux, ceci a pour conséquence que la juridiction constitutionnelle est en grande partie pratiquement introduite, du fait que les garanties découlant de la CEDH - à l'exception notamment de la garantie de la propriété et de la liberté du commerce et de l'industrie - se confondent avec les droits fondamentaux de la constitution. Le recourant qui ne peut faire valoir l'inconstitutionnalité d'une loi fédérale en raison de l'art. 113 al. 3 Cst. a maintenant souvent la possibilité de se fonder sur la CEDH. Il faut reconnaître que la constitution subit par là une dépréciation; en effet ce n'est plus elle, mais le droit public international qui devient l'aune à laquelle se mesure le contrôle des normes. Il s'agit donc, en introduisant la juridiction constitutionnelle, de reconquérir la force normative que la constitution a perdue face au droit international public.

---

36 Cf. ATF 117 Ib 373 cons. f; cf. aussi ATF 118 la 353 cons. 5.

37 RHINOW y rend particulièrement attentif (n. 30), p. 41. Sur ces approches, voir KÄLIN (n. 15), p. 13ss.

38 Affaire F. contre la Suisse, jugement du 18.12.1987, dans: JAAC 1987 no 86; autre exemple: affaire Burghartz contre la Suisse, jugement du 22.2.1994, dans: JAAC 1994 no 121 (l'inégalité des époux dans le choix du nom [art. 160 CC] contrevient à l'art. 8 en liaison avec l'art. 14 CEDH).

39 Pour la première fois dans ATF 117 Ib 371ss.

- La CEDH fournit une raison supplémentaire de développer la juridiction constitutionnelle. Selon l'art. 13 CEDH, le particulier a droit à un recours effectif devant une instance nationale en cas de violation de la Convention. La question de savoir si le droit national doit prévoir un recours contre des lois est controversée en doctrine. Selon leur jurisprudence actuelle, les organes de Strasbourg ne l'exigent pas. Un contrôle abstrait des normes n'est pas requis<sup>40</sup>. Nul ne sait si cette jurisprudence sera encore longtemps de mise. Aujourd'hui, les recours individuels selon l'art. 25 CEDH peuvent être interjetés directement contre des lois lorsque le recourant est touché, ou simplement risque d'être touché, directement par la disposition incriminée. Certains auteurs souhaitent qu'à long terme la juridiction constitutionnelle nationale soit étendue dans ce sens<sup>41</sup>. Eu égard à ces exigences étendues, l'introduction d'un contrôle - à tout le moins concret - de la constitutionnalité des lois fédérales et des arrêtés fédéraux de portée générale apparaît comme un pas qu'il aurait fallu franchir depuis longtemps.
- Enfin, le développement de la juridiction constitutionnelle s'impose aussi pour des raisons fédéralistes. La Confédération et les cantons ne sont pas à armes égales face à l'impunité des lois fédérales et des arrêtés fédéraux de portée générale. La Confédération peut aujourd'hui citer les cantons devant le Tribunal fédéral lorsque leur législation viole le droit fédéral. Mais à l'inverse, les cantons ne peuvent pas se plaindre auprès du Tribunal fédéral d'une inobservation par la Confédération des règles constitutionnelles de répartition des compétences. Au surplus, le développement de la juridiction constitutionnelle est dans l'intérêt des cantons pour cette autre raison encore que toute violation du droit constitutionnel fédéral constitue en même temps une atteinte à la règle de la majorité des cantons<sup>42</sup>.

Toutes ces raisons justifient indiscutablement l'extension de la juridiction constitutionnelle. L'aménagement concret de cette extension peut se faire selon différents modèles:

## 562 Modèles

Les études de droit comparé révèlent qu'il existe en Europe un grand nombre de modèles de juridiction constitutionnelle. Cependant, ces modè-

---

40 ARTHUR HAEFLIGER, *Die EMRK und die Schweiz*, Berne 1993, p. 273; YVO HANGARTNER, *Das Recht auf eine wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK und seine Durchsetzung in der Schweiz*, dans: PJA 1994, p. 3ss, 6; MARK E. VILLIGER, *Handbuch der EMRK*, Zurich 1993, p. 371.

41 HANGARTNER (n. 40), p. 7.

42 Cf. RHINOW (n. 30), p. 43.

les procèdent tous pour l'essentiel d'une combinaison de quelques mêmes paramètres de base, lesquels forment les cinq paires opposées suivantes<sup>43</sup>:

- Contrôle des normes préventif / répressif : Le contrôle de la constitutionnalité des normes est préventif lorsqu'il intervient avant leur entrée en vigueur (p.ex. en France); on ne parle toutefois de "contrôle" que lorsque la décision ne constitue pas un simple avis à l'attention du législateur, mais qu'elle est contraignante et empêche l'entrée en vigueur de la norme. Le contrôle répressif, quant à lui, porte toujours sur la constitutionnalité d'une loi déjà en vigueur.
- Juridiction constitutionnelle diffuse / concentrée : Dans les systèmes concentrés (p.ex. Autriche, Allemagne, Italie et France), la juridiction constitutionnelle ne peut être exercée que par un seul et même tribunal, alors que dans les systèmes décentralisés, tous les juges sont en principe autorisés, voire tenus, d'examiner les normes quant à leur conformité avec la constitution (par exemple les Etats-Unis, la Suisse en ce qui concerne les arrêtés cantonaux et les ordonnances du Conseil fédéral).
- Contrôle des normes abstrait / concret : Le contrôle des normes est abstrait, lorsque la loi est en tant que telle l'objet du recours et que l'examen porte sur sa constitutionnalité sans égard à un cas d'application particulier. En revanche, il est concret lorsque le recours porte sur une décision ou sur un jugement et que l'on examine alors, à titre préjudiciel, si la loi s'avère inconstitutionnelle dans le cas particulier. A l'exception de la France, tous les Etats qui ont une juridiction constitutionnelle connaissent le contrôle concret des normes; en revanche, le contrôle abstrait n'existe pratiquement que dans les Etats qui ont un système concentré (Autriche, Italie, Allemagne).
- Juridiction constitutionnelle exercée par le tribunal suprême / par un tribunal constitutionnel spécial : La juridiction constitutionnelle peut être exercée par le tribunal suprême dans le cours ordinaire des instances; ou alors, elle est réservée à un tribunal constitutionnel spécial, placé au-dessus de tous les autres tribunaux. C'est avant tout dans les systèmes concentrés qu'on rencontre les tribunaux constitutionnels spécialisés, alors que dans les pays où le tribunal suprême ordinaire exerce également la juridiction constitutionnelle, on trouve aussi bien des systèmes diffus que des systèmes concentrés.
- Juridiction constitutionnelle sur recours / sur demande d'avis préjudiciel d'instances inférieures: Dans le domaine de la juridiction constitutionnelle également, les tribunaux sont normalement saisis sur recours ou par voie d'action, la qualité pour agir pouvant appartenir non seulement

---

<sup>43</sup> Voir à ce sujet, p. ex., ANDREAS AUER, Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, Bâle et Frankfurt sur le Main 1984, p. 13ss; AUBERT (n.1), p. 22ss.



aux particuliers mais aussi à des organes de l'Etat (parlement, gouvernement ou, comme en Allemagne, Etats membres de l'Etat fédéral). Certains systèmes concentrés reconnaissent en outre aux instances inférieures la faculté de s'adresser au tribunal chargé de la juridiction constitutionnelle pour lui soumettre la question de la constitutionnalité d'une norme.

### 563 Proposition

Il est proposé de maintenir intégralement le régime actuel de contrôle des normes pour les actes cantonaux et les concordats, soit:

- Contrôle préventif des constitutions cantonales par l'Assemblée fédérale.
- Contrôle répressif concret de tous les arrêtés cantonaux et concordats, selon un système en principe diffus. Est notamment préconisé l'extension aux constitutions cantonales du contrôle concret par le Tribunal fédéral. La réalisation de ce postulat suppose une modification de la jurisprudence du Tribunal fédéral.
- Contrôle abstrait de tous les actes cantonaux (à l'exception des constitutions cantonales) et des concordats par le Tribunal fédéral. Les cantons sont libres de prévoir, de leur côté, des procédures de contrôle abstrait à l'encontre de leurs propres actes.

Aucune modification non plus n'est proposée pour ce qui concerne l'examen des ordonnances du Conseil fédéral (et du Tribunal fédéral). Elles demeurent, comme aujourd'hui, susceptibles d'un contrôle préjudiciel lors d'un cas d'application, et ce en principe - sous réserve des restrictions valant pour les organes administratifs inférieurs - par toutes les autorités chargées d'appliquer le droit. Il n'est pas nécessaire d'introduire un contrôle abstrait des normes. La protection de la séparation des pouvoirs visée par le contrôle des ordonnances fédérales est suffisamment garantie par un contrôle concret.

L'innovation qui est proposée consiste à développer le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales et des arrêtés fédéraux de portée générale selon les principes suivants:

- a) Limitation des motifs de recours à la violation de droits constitutionnels (découlant de la Constitution fédérale) et à la violation du droit international, étant donné que, s'agissant de recours de particuliers, la tâche primaire du tribunal est la protection des droits individuels. Ainsi, les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale demeurent contraignants, pour autant qu'ils ne violent ni des droits constitutionnels ni le droit international.

Au surplus, les cantons (et uniquement les cantons) doivent se voir reconnaître la faculté de faire valoir devant le Tribunal fédéral une viola-



tion de la répartition constitutionnelle des compétences par une loi fédérale ou un arrêté fédéral. Cette solution représente une alternative à une redéfinition du rôle du Conseil des Etats; il s'agit d'une autre façon d'habiliter les cantons à se défendre contre le législateur fédéral lorsque ce dernier porte atteinte à leurs droits. Il faut exclure une extension aux particuliers de la possibilité d'invoquer ce même grief, car une telle extension des moyens de recours serait contraire au système et entraînerait une surcharge de travail pour le Tribunal fédéral.

- b) Renonciation à la création d'un tribunal constitutionnel spécial, parce que l'on créerait ainsi une instance supplémentaire et que cela entraînerait une certaine "dépréciation" du Tribunal fédéral. On peut laisser au législateur le soin de déterminer comment la juridiction constitutionnelle sera exercée à l'intérieur du Tribunal fédéral; il peut donc prévoir l'application de la procédure ordinaire, ou instituer par exemple une "Cour constitutionnelle" spéciale, qui jugerait seule ou en collaboration avec une section spécialisée. A la différence de plusieurs constitutions étrangères, il faut renoncer à consacrer un article constitutionnel particulier à l'activité du Tribunal fédéral en tant que juge constitutionnel, ceci pour bien montrer que le Tribunal fédéral est d'abord un tribunal suprême, qui exerce à ce titre la juridiction constitutionnelle comme une tâche parmi d'autres.
- c) Centralisation de la compétence de décision auprès du Tribunal fédéral. En effet, il n'appartient pas aux tribunaux cantonaux de refuser l'application de lois fédérales (ou d'exhorter le législateur fédéral, dans le cadre d'un jugement, à élaborer une réglementation conforme à la constitution). En raison du degré d'abstraction élevé des normes constitutionnelles, la juridiction constitutionnelle présente une dimension hautement créatrice de droit. Cette fonction créatrice doit, dans un Etat fédéral, être l'apanage du Tribunal fédéral, à l'exclusion des tribunaux cantonaux<sup>44</sup>. Le système de contrôle diffus pour les ordonnances du Conseil fédéral ne saurait être simplement transposé par analogie au contrôle des lois fédérales. D'une part, il est rare que les tribunaux cantonaux exercent leur compétence de contrôle à l'encontre d'une ordonnance fédérale<sup>45</sup>. D'autre part, l'examen des ordonnances met en règle générale l'accent sur la légalité (et non sur la conformité avec le droit constitutionnel ou le droit public international). Mais un système diffus serait surtout problématique en ce qu'il compromettrait la sécurité du droit et l'unité de la jurisprudence constitutionnelle<sup>46</sup>. Tous ces motifs

---

44 Cf. WALTER KÄLIN, Chancen und Grenzen kantonaler Verfassungsgerichtsbarkeit, dans: ZBl 1987, p. 233ss, 242.

45 AUBERT (n.1), p. 22; KURT EICHENBERGER, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in den Gliedstaaten der Schweiz, dans: Landesverfassungsgerichtsbarkeit, vol. 1, Baden-Baden 1983, p. 435ss, 442.

46 Cf. HALLER (n.30), p. 524s, en part. note 66.

plaident en faveur d'un système concentré. La procédure d'avis préjudiciel permettrait d'éviter que l'on doive inutilement épuiser les voies de droit lorsque la conformité d'une loi avec la constitution et le droit international public est en cause. Selon cette procédure, les instances inférieures devraient surseoir à leur décision et requérir l'avis du Tribunal fédéral. La procédure d'avis préjudiciel doit être prévue à tout le moins dans les domaines où le recourant ne peut pas s'adresser au Tribunal fédéral en raison de restrictions d'accès, afin que la jurisprudence constitutionnelle concentrée dans les mains du Tribunal fédéral puisse être assurée dans ces domaines également.

- d) Limitation au contrôle concret des normes, étant donné que limiter le Tribunal fédéral à la constatation ponctuelle de l'inconstitutionnalité d'une loi dans le contexte d'un cas particulier concorde mieux avec les droits du peuple en démocratie référendaire qu'un jugement abstrait rendu indépendamment d'un cas d'application. Un contrôle des normes abstrait ne s'impose pas; il n'est pas non plus requis par l'article 13 CEDH<sup>47</sup>.

Il serait concevable d'envisager le contrôle des abstrait normes pour les griefs des cantons relatifs aux règles de compétences<sup>48</sup>. Une telle réglementation présenterait l'avantage de renforcer la sécurité du droit. On renonce toutefois à faire une proposition dans ce sens, car un contrôle abstrait conduirait - dans le cas d'un conflit - le Tribunal fédéral à jouer en quelque sorte le rôle d'arbitre entre la Confédération et les cantons. Il est en revanche judicieux que les cantons puissent, lors d'un cas d'application, faire valoir que l'acte de souveraineté repose sur une loi fédérale contraire au régime des compétences. Pour être praticable en dehors d'une procédure par voie d'action, cette solution présuppose un recours des autorités. Lors de l'élaboration des dispositions transitoires, il y aura lieu d'examiner si l'octroi de cette possibilité aux cantons ne doit pas être exclu pour les lois déjà en vigueur, ce au regard de la sécurité du droit.

- e) Maintien de la primauté des traités internationaux. Le maintien est requis par le principe "pacta sunt servanda" (art. 26 de la Convention de Vienne) et par le principe de la force dérogatoire du droit international public. En vertu de l'art. 27 de la Convention de Vienne, les principes qui lient les Etats aux traités ne peuvent être éludés par des arguments tirés du droit interne contraire. Un contrôle a posteriori des traités ratifiés quant à leur conformité à la Constitution fédérale serait sans effets pratiques. Il convient de ne pas charger le Tribunal fédéral d'une telle tâche à valeur purement théorique.

---

<sup>47</sup> Cf. les citations à la n. 40.

<sup>48</sup> Ainsi, parmi la doctrine, RHINOW (n. 30), p. 42.

La question du contrôle de la constitutionnalité des traités internationaux ne doit pas être confondue avec celle de savoir dans quelle mesure les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale l'emportent sur le droit international avec lequel ils sont en conflit. Selon une jurisprudence qui remonte aux origines de notre Etat fédéral<sup>49</sup> et qui a été récemment à nouveau consolidée<sup>50</sup>, le Tribunal fédéral et les autorités fédérales reconnaissent la primauté de principe du droit international sur les lois fédérales. Depuis l'arrêt Schubert<sup>51</sup>, ce n'est que dans les cas où le législateur a sciemment envisagé la violation du droit international que le Tribunal fédéral renonce, à titre exceptionnel, à s'opposer à l'application de la loi fédérale contraire au droit international. Cette pratique trouve sa justification dans la considération qu'il n'appartient pas au juge de censurer le législateur, alors que celui-ci a accepté d'assumer les conséquences d'une violation délibérée du droit international. C'est pourquoi la réforme de la justice doit préserver la faculté pour le Tribunal fédéral de renoncer exceptionnellement à l'application du principe de la primauté du droit international dans de tels cas, qui sont d'ailleurs rares.

- f) Possibilité de recourir à la procédure d'avis préjudiciel, lorsqu'une instance inférieure rend une décision définitive; en effet, sans cette procédure, certaines lois seraient soustraites à la juridiction constitutionnelle.

En résumé : En ce qui concerne le contrôle des lois fédérales et des arrêtés fédéraux, on propose un système concentré qui prévoit un contrôle des normes répressif, concret et avec limitation des motifs de recours. Dans ce système on renonce à instaurer un tribunal constitutionnel spécial.

Cette proposition renonce donc à l'introduction d'une juridiction constitutionnelle selon un modèle maximal, tels que certains Etats le connaissent aujourd'hui, à savoir un tribunal constitutionnel habilité à contrôler les lois d'une manière abstraite, voire préventive. Inversement, la proposition va au-delà d'une solution minimale, en vertu de laquelle une mise à jour du texte de la constitution permettrait de prévoir que le Tribunal fédéral, tout

---

49 Cf. ATF 7 783 et 18 193, qui précisent qu'une nouvelle loi fédérale ne saurait déroger à des dispositions contraires de traités internationaux en vigueur sans violation des obligations internationales.

50 ATF 119 V 175 ss., 118 Ib 281 consid. b, 117 Ib 370 consid. b, 117 IV 128 consid. b, 99 Ib 43 s.; Publication commune de l'Office fédéral de la justice et de la Direction du droit international public, du 26.4.1989: "Rapports entre le droit international et le droit interne au sein de l'ordre juridique suisse", in: JAAC 1989 N° 54; Message du Conseil fédéral du 18.5.1992 relatif à l'approbation de l'accord sur l'Espace économique européen, FF 1992 IV 82 ss.

51 ATF 99 Ib 39 ss., confirmé par Atf 118 Ib 281, consid. b, 112 II 13, consid. 8, 111 V 203, consid. 2b.



en étant lié à l'application des lois fédérales et des arrêtés fédéraux de portée générale (Anwendungsgebot), puisse en examiner la conformité avec la Constitution, et, le cas échéant, constater dans le cadre d'un jugement à l'attention du législateur, que telle disposition s'est avérée inconstitutionnelle.

## 57 Domaine de réforme IV: Unification du droit de procédure

### 571 Dans le domaine du droit pénal

Par décision du 31 mai 1994, le DFJP a institué une commission d'experts ayant pour tâche d'examiner si, dans l'intérêt d'une poursuite pénale efficace, particulièrement dans les domaines de la criminalité économique et du crime organisé, une unification totale ou partielle du droit de procédure pénale ou d'autres mesures appropriées seraient indiquées. Le mandat de la commission s'étendait en outre à l'examen de la nécessité, de l'opportunité et de la constitutionnalité d'une extension de la juridiction fédérale, ainsi que des conséquences qui pourraient en résulter sur l'organisation judiciaire.

Dans son rapport intermédiaire du 19 janvier 1995, la commission conclut à la nécessité d'unifier le droit de procédure pénale, et ce pour les principales raisons suivantes:

- Le législateur fédéral a déjà largement contribué à l'unification de la procédure pénale (recours en nullité contre les décisions cantonales, dispositions de procédure dans le CP, dans la PPF et, par exemple, dans la LAVI).
- La jurisprudence du Tribunal fédéral et des instances de Strasbourg relative à la liberté personnelle, aux art. 4 et 58 cst. et 5 et 6 CEDH, a déjà conduit à une unification de fait du droit de procédure pénale, en imposant des exigences minimales fondamentales en matière de procédure comme aussi d'organisation de la poursuite pénale et de la justice pénale.
- Les poursuites pénales qui s'étendent à plusieurs cantons sont rendues plus difficiles en raison de procédures différentes et des conditions de l'entraide judiciaire.
- L'unification assurerait une plus grande sécurité juridique.
- Droit de procédure et droit pénal matériel sont étroitement liés: la règle de forme permet la mise en oeuvre de la règle de fond et devrait être dès lors parfaitement adaptée à celle-ci. Cette adéquation sera plus facilement réalisée si le pouvoir législatif se trouve pour l'un et l'autre domaines dans les mêmes mains.
- Un régime unifié favoriserait la réception scientifique du droit de procédure pénale et de la jurisprudence. Il permettrait de fournir des infor-



mations claires et précises en réponse à des demandes de renseignements d'autres pays ou de certains organismes internationaux, ce que le morcellement de notre droit ne permet guère aujourd'hui.

- Une procédure pénale applicable sur tout le territoire de la Confédération permettrait de lutter plus efficacement contre une criminalité dont la mobilité, l'organisation, le professionnalisme et la spécialisation s'accroît toujours davantage.
- Des adaptations, par exemple à la jurisprudence strasbourgeoise, seraient plus aisément réalisées si elles ne nécessitaient la révision que d'une seule loi, plutôt que de 29 codes de procédure pénale.
- A une époque où la criminalité et les poursuites pénales s'internationalisent, la mosaïque de nos droits de procédure s'avère particulièrement anachronique. Même un juriste a peine à mettre la main sur les textes de loi pertinents et s'il y parvient, il ne connaît pas pour autant l'interprétation qu'en donnent les autorités cantonales. Un code de procédure pénale suisse aurait l'avantage de pouvoir faire l'objet d'une interprétation uniforme par le Tribunal fédéral.

Le DFJP se rallie à cette appréciation et se déclare favorable à l'unification de la procédure pénale. On ne voit d'ailleurs aucun motif rationnel de s'y opposer. Le fédéralisme n'exige pas davantage le maintien du statu quo. En effet, la lutte efficace contre le crime organisé dans le respect des principes de l'Etat de droit représente un problème technique de politique criminelle auquel tout Etat doit faire face, et qui n'a pas grand chose à voir avec les particularités cantonales, lesquelles ne sont dès lors pas mises en cause.

Les considérations qui précèdent valent en tout cas pour la procédure, laquelle réclame tout particulièrement l'unification. Cependant, il faut aussi tenir compte de l'organisation des autorités. D'une part, on ne peut pas toujours opérer une séparation stricte entre ces deux domaines<sup>52</sup>. D'autre part, une réglementation uniforme peut également s'avérer nécessaire pour certains aspects de l'organisation<sup>53</sup>. Toutefois, il apparaît opportun que la Confédération n'intervienne qu'avec mesure dans le domaine de l'organisation judiciaire, où des spécificités cantonales peuvent subsister pour l'organisation des tribunaux. Il faut s'en tenir en principe à la souveraineté des cantons en matière d'organisation.

L'unification de la procédure pénale nécessite une base constitutionnelle claire, qui devra figurer dans la constitution révisée.

---

52 Lorsque, p.ex., une procédure d'examen judiciaire de la détention est exigée, il en résulte également des conséquences sur l'organisation (juge ad hoc).

53 Comme le montre l'exemple de l'art. 10 LAVI, selon lequel le tribunal doit également être composé de femmes.

Selon la commission d'experts "Unification de la procédure pénale", les insuffisances de la procédure pénale en Suisse ne sont toutefois pas imputables uniquement au morcellement du droit et aux quelques déficiences des codes de procédure et de leur mise en oeuvre; elles sont dues aussi au manque d'effectifs et à la formation lacunaire dans certains cantons, en particulier les plus petits, pour la poursuite des délits relevant de la criminalité économique ou organisée. C'est pourquoi la commission propose, outre l'unification de la procédure, une série de mesures réalisables à court terme, dont les suivantes:

- extension de la juridiction fédérale aux cas de criminalité organisée;
- droit des cantons de proposer à la Confédération d'assumer l'enquête dans les cas graves et complexes de criminalité économique;
- subventions incitatives en faveur des cantons pour le recrutement de personnel qualifié et spécialisé.

Dans quelle mesure ces réformes exigent-elles une modification de la constitution? La question peut ici rester ouverte. On observe toutefois qu'une telle extension de la juridiction pénale fédérale constituerait une raison supplémentaire de créer un tribunal pénal fédéral autonome de première instance (cf. chiffre 552.2).

#### 572 Dans le domaine du droit civil

En procédure civile, la situation est largement analogue à celle qui prévaut en procédure pénale:

- Le morcellement horizontal (27 codes de procédure) et vertical (nombreuses ingérences de la législation fédérale et de la jurisprudence) conduit dans ce domaine aussi à un manque de clarté et à une insécurité du droit inadmissibles. Pour le justiciable, la défense de ses droits s'en trouve grandement entravée. Il est très risqué pour un avocat "étranger", et plus encore pour le justiciable lui-même, d'engager un procès dans un autre canton.
- La multiplicité des codes de procédure aboutit en outre à des inégalités de traitement<sup>54</sup>, ce qu'un Etat de droit ne peut tolérer.
- Si lors de l'unification du droit civil matériel en 1898, il était raisonnable que les cantons continuent à réglementer la procédure (les structures économiques et sociales étaient encore beaucoup plus cloisonnées), cela n'est plus compatible de nos jours avec l'évolution vers des espaces économiques plus vastes. Est ainsi réduit à néant un argument

---

<sup>54</sup> Ainsi, l'apport d'une preuve peut, dans un canton connaissant la maxime éventuelle et une réglementation stricte des nova, être frappée de péremption et le procès perdu de ce fait, alors que, dans un autre canton, la preuve aurait encore pu être rapportée.

de poids en faveur de la compétence des cantons en matière de procédure civile<sup>55</sup>.

- La Convention de Lugano<sup>56</sup> entraîne l'unification en Europe de grands chapitres de la procédure civile, notamment la compétence judiciaire, la litispendance, ainsi que la reconnaissance et l'exécution de jugements civils. En Suisse aussi, on a entrepris des travaux visant à l'unification de la compétence judiciaire et de questions apparentées (en particulier la litispendance)<sup>57</sup>. Ainsi, aujourd'hui déjà, on prévoit une réglementation fédérale relative à un domaine important du droit de procédure.
- Dans la perspective de l'intégration de la Suisse dans l'Europe - laquelle s'efforce de son côté de rapprocher les droits de procédure nationaux<sup>58</sup>-, il n'apparaît plus soutenable qu'un petit territoire comme la Suisse veuille maintenir 27 codes de procédure civile.

Certes l'unification de la procédure civile n'est pas aussi indispensable que celle de la procédure pénale. Néanmoins, pour les raisons précitées, une harmonisation du droit de la procédure civile s'impose tout de même. A cet effet, il y a lieu de créer une base constitutionnelle et, contrairement à l'actuelle répartition des compétences (art. 64, 3e al., cst.), d'habiliter la Confédération à édicter des dispositions relatives à l'harmonisation du droit de la procédure civile. Par contre, les cantons pourront continuer à réglementer l'organisation judiciaire de manière autonome.

### 573 Dans le domaine du droit administratif

En droit public, les différences entre les procédures cantonales sont moins considérables qu'en droit pénal ou qu'en droit civil, et ce pour des raisons avant tout historiques. En effet, la codification du droit de la procédure administrative n'a débuté que dans le courant de ce siècle. Tenant lieu de modèle, la loi fédérale sur la procédure administrative a été un facteur d'unification notable.

---

55 Cf. STOLZ/GASS (n. 13), p. 6.

56 Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, conclue à Lugano le 16.9.1988 (RS 0.275.11), entrée en vigueur le 1.1.1992.

57 Une commission de la Société suisse des avocats élabore, en collaboration avec un représentant de l'Office fédéral de la justice, un projet de loi y relatif. Elle devrait déposer un projet formulé, accompagné d'un rapport, à fin 1995 déjà.

58 Par accord du 22.2.1990, la Communauté européenne a institué une "Commission European Judiciary Code" chargée d'un tel mandat (cf. VOGEL [n.13], PJA 1992, p. 462). Cf. aussi la proposition pour une "Richtlinie betreffend eine Europäische Zivilprozessordnung" avec les remarques de GERHARD WALTER, Tu felix Europa, relatif au projet de procédure civile européenne, dans: PJA 1994, p. 425ss.



Est dès lors superflue une norme constitutionnelle qui attribuerait à la Confédération la compétence de réglementer la procédure en matière d'exécution du droit administratif fédéral par les cantons. Lorsque la mise en oeuvre uniforme du droit matériel exige des dispositions de procédure fédérales, la Confédération est implicitement habilitée à les édicter en vertu de sa compétence législative matérielle.

Une réglementation fédérale uniforme de la procédure dans le domaine de l'exécution du droit administratif fédéral reviendrait pratiquement à supprimer aussi l'autonomie des cantons pour ce qui est de la procédure relative à l'exécution de leur propre droit administratif. En effet, il serait quasiment impossible d'appliquer simultanément deux lois de procédure, ce d'autant plus que droits administratifs cantonal et fédéral s'interpénètrent souvent.

Il n'est pas nécessaire que la Confédération dispose d'une large compétence législative dans le domaine de la juridiction administrative cantonale. Un aspect important de ce domaine est réglé dans la constitution révisée, en ce qu'elle fait obligation aux cantons d'instituer des autorités judiciaires inférieures pour connaître non seulement des affaires de droit administratif fédéral mais aussi de celles relevant de leur propre droit administratif. En outre, le principe de l'unité de la procédure implique par lui-même certaines conséquences pour l'aménagement de la procédure cantonale, en plus de celles qui résultent déjà de l'article 1er, 3e al., LPA. Ainsi les conditions de recevabilité et le pouvoir d'examen ne doivent-ils pas être définis plus étroitement pour les instances cantonales inférieures que pour l'autorité de recours fédérale. Ces exigences, découlant à la fois du principe précité et de l'article 4 de la cst., et auxquelles la procédure cantonale doit se conformer, garantissent un "standard" minimum d'unité. Il suffit que ce dernier trouve son expression dans les garanties judiciaires, sans qu'il soit besoin d'une norme de compétence particulière.

## **58 Grands traits de la réforme proposée**

### **581 Aspects formels**

D'un point de vue formel, la densité normative moyenne de la constitution actuelle dans le domaine de l'administration de la justice a permis une grande souplesse sur le plan législatif, de sorte que l'OJ a pu être adaptée aux besoins actuels. Conformément à la devise "aussi ouverte que possible, aussi fermée que nécessaire", cette densité normative moyenne doit être conservée dans une constitution révisée, afin que le législateur ne soit pas trop restreint dans son champ d'action, tout en étant orienté de façon suffisamment claire sur la structure et la compétence de la juridiction fédérale.

### **582 Teneur de la réglementation constitutionnelle en résumé**

La réforme proposée repose dans ses grandes lignes sur les piliers suivants:



- Renforcement de la position du Tribunal fédéral en tant que tribunal suprême.

La constitution doit exprimer clairement que le Tribunal fédéral est la juridiction suprême de la Confédération, appelée à connaître des contestations en matière de droit fédéral, de droit intercantonal, de droits constitutionnels des cantons et de droit international. En outre, il y a lieu d'étendre la compétence du Tribunal fédéral aux droits politiques de la Confédération, en lui transférant les tâches juridictionnelles qui appartiennent aujourd'hui en cette matière au Conseil fédéral et au Conseil national (art. 81 et 82 LDP).

- Développement des autorités judiciaires inférieures.

Le Tribunal fédéral ne devrait en principe plus statuer en tant que première instance judiciaire. Cela implique le développement des autorités judiciaires de la Confédération en matière de juridiction administrative fédérale et la création d'un tribunal pénal fédéral de première instance. Les cantons devraient être tenus de créer des autorités judiciaires compétentes en matière de droit administratif cantonal également. Des procès directs au Tribunal fédéral ne devraient être maintenus que dans les cas où cela répond à une justification objective.

- Création d'une base constitutionnelle pour des restrictions d'accès au Tribunal fédéral et, à titre de compensation, inscription d'une garantie - non absolue - d'accès à un juge

Le législateur doit se voir reconnaître la compétence de limiter l'accès au Tribunal fédéral. La norme constitutionnelle proposée retient le principe de la liberté du législateur dans le choix d'éventuelles restrictions d'accès (p. ex. procédure d'admission ou procédure d'examen préalable) mais tout en assurant que l'accès au Tribunal fédéral demeure en tout cas garanti lorsqu'une contestation est objectivement ou subjectivement importante.

En contrepartie de la possibilité de restreindre l'accès au Tribunal fédéral, le projet de réforme contient la garantie que toute contestation doit pouvoir être portée devant un Tribunal indépendant (lequel n'est pas nécessairement le Tribunal fédéral). Des exceptions justifiées à la garantie d'une voie de droit doivent toutefois être possibles (p. ex. actes non justiciables du Gouvernement ou du Parlement).

- Introduction de la juridiction constitutionnelle pour les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale.

Le Tribunal fédéral doit être habilité à examiner, dans le cadre d'un recours portant sur un acte d'application, si une norme législative est conforme aux droits constitutionnels et au droit international et à ne pas appliquer cette norme au cas concret en cas de violation. Ce que l'on propose par là se limite donc à un contrôle concret - et non pas abstrait

- des normes. Est retenu un système concentré, selon lequel le Tribunal fédéral est seul habilité à contrôler les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale. On renonce à créer une cour constitutionnelle placée au-dessus du Tribunal fédéral et séparée de lui, un tel système ayant pour effet indésirable de rendre les procédures plus compliquées et plus longues.

En revanche, l'impunité des traités internationaux doit être préservée.

- Pas de modification relative à l'élection et à la position des juges fédéraux, mais consécration explicite du principe de l'indépendance du juge

Il n'y a aucune nécessité de réformer matériellement ce domaine sur le plan constitutionnel. Il convient en particulier de maintenir l'élection des juges fédéraux par l'Assemblée fédérale pour une période de six ans. En revanche, l'importance fondamentale du principe de l'indépendance du juge justifie qu'il soit désormais garanti de façon explicite dans la constitution.

- Unification du droit de procédure pénale, harmonisation du droit de procédure civile, "standard" minimum en matière de procédure administrative.

Il y a lieu d'attribuer à la Confédération la compétence d'unifier également le droit pénal formel, à tout le moins le droit de procédure. S'agissant du droit de procédure civile, la proposition va un peu moins loin. Dans ce domaine, la Confédération doit pouvoir provoquer une harmonisation par des réglementations-cadre idoines. L'organisation judiciaire en matière de droit pénal et civil demeure en principe de la compétence des cantons. En matière de droit public, il suffit d'obliger les cantons à créer des autorités judiciaires pour l'ensemble du droit administratif, fédéral et cantonal.

### 583 Questions de rang infra-constitutionnel

La souplesse de la Constitution fédérale actuelle dans le domaine de la juridiction fédérale et l'absence de toute réglementation de la procédure se sont avérés jusqu'ici être un avantage, en ce qu'elles ont permis que la procédure fédérale soit adaptée aux changements. Il faut conserver cette souplesse. En particulier, il faut renoncer à énumérer de manière exhaustive les différents moyens de droit, à définir la qualité pour agir et les grands traits de la procédure ou à régler la question du contrôle abstrait des normes de droit cantonal.

De même, il n'y a pas lieu de fixer dans la constitution l'organisation concrète du Tribunal fédéral, à savoir par exemple le nombre de juges, la subdivision en sections spécialisées ou le nombre des juges appelés à statuer. La souplesse est souhaitable dans ce domaine également.

S'agissant de l'élection et de la position des juges fédéraux, la constitution ne doit régler que l'essentiel, à savoir l'organe électoral, les conditions

d'éligibilité, la durée des fonctions et les incompatibilités en tant qu'elles sont liées au principe de la séparation des pouvoirs. Il faut laisser au législateur le soin de régler tous les autres aspects (critères de sélection, procédure d'élection, exclusion de parenté et autres incompatibilités, garanties personnelles, responsabilité, traitement).

Doivent en outre être réglées par le législateur la structure, l'organisation et les attributions des autorités judiciaires inférieures de la Confédération, y compris l'élection de leurs juges.

## 59 Dispositions proposées et commentaire

### CHAPITRE 4: JURIDICTION FEDERALE

#### Art. 162 Tribunal fédéral

1 Le Tribunal fédéral est le tribunal suprême de la Confédération.

2 Il organise sa chancellerie.

#### *Commentaire:*

##### Alinéa 1:

Cette disposition décrit la position du Tribunal fédéral. Selon l'ordonnement actuel de la constitution, le Tribunal fédéral partage le rang d'autorité juridictionnelle "suprême" avec le Conseil fédéral (et l'Assemblée fédérale). Du moment que l'on supprime presque toutes les compétences juridictionnelles du Conseil fédéral, il se justifie de mieux affirmer la position du Tribunal fédéral en le désignant explicitement comme la plus haute autorité juridictionnelle. Est ainsi exprimé le principe qu'il appartient primordialement au Tribunal fédéral (et non au Conseil fédéral ou à l'Assemblée fédérale) de dire le droit au plus haut niveau. La position du Tribunal fédéral en tant qu'autorité judiciaire supérieure aux autres autorités judiciaires de la Confédération est du même coup précisée. Placé au sommet de l'ordre judiciaire, le Tribunal fédéral se trouve, du point de vue de la structure des pouvoirs, sur un rang analogue à celui du Conseil fédéral en sa qualité d'"autorité exécutive supérieure".

##### Alinéa 2:

Comme avec la constitution actuelle (art. 109), le Tribunal fédéral est habilité à organiser lui-même sa chancellerie. Il se justifie d'énoncer expressément cette compétence dans la constitution<sup>59</sup>, car elle constitue une exception au principe de la séparation fonctionnelle des pouvoirs, selon lequel l'activité administrative incombe à l'exécutif. L'Assemblée fédérale détermine comme auparavant le nombre et la nature des postes mis à

---

<sup>59</sup> Différent de l'AP-77, l'étude-modèle et le projet Kölz/Müller.



disposition du Tribunal fédéral<sup>60</sup>, lequel toutefois nomme et surveille lui-même son personnel. Il n'y a pas lieu d'ajouter d'autres compétences administratives propres, telle en particulier une autonomie financière du Tribunal fédéral, à celles que prévoit le droit actuel, et ce pour des motifs tirés de l'unité de l'administration de l'Etat et de la charge du Tribunal fédéral. C'est pourquoi l'administration judiciaire n'est pas placée globalement dans la compétence du Tribunal fédéral.

#### **Art. 163 Attributions du Tribunal fédéral**

1 Le Tribunal fédéral connaît des contestations pour violation:

- a. du droit fédéral, du droit intercantonal et du droit international;
- b. des droits constitutionnels cantonaux;
- c. des garanties que les constitutions cantonales reconnaissent aux communes et à d'autres corporations publiques;
- d. des dispositions du droit fédéral et cantonal sur les droits politiques.

2 La loi peut conférer d'autres attributions au Tribunal fédéral ou exclure sa compétence dans des domaines déterminés sous réserve de la possibilité de l'avis préjudiciel.

#### *Commentaire:*

##### Alinéa 1:

Cet alinéa décrit la tâche principale du Tribunal fédéral, soit le jugement de différends. La constitution se borne à fixer les motifs de recours admissibles, en laissant notamment ouverte la question de savoir qui est habilité à recourir<sup>61</sup>. Le législateur dispose ainsi d'un plein pouvoir d'appréciation pour définir la qualité pour agir.

Lettre a: Droit fédéral: Contrairement à ce que prévoyaient les art. 109, al. 1, et 110 AP-77, les art. 125/126 de l'étude-modèle et les art. 98/99 du projet Kölz/Müller, le grief de violation de la constitution et celui de violation de lois fédérales ont été fondus en un seul grief de violation du droit fédéral, afin d'exprimer le concept du recours unifié; le texte est au demeurant ainsi rédigé que le recours unifié n'est pas obligatoire; l'ordonnement actuel des voies de recours pourraient ainsi être maintenu. Même dans ce cas, le sens de cette disposition resterait que le Tribunal fédéral n'est pas au premier chef un tribunal constitutionnel, mais bien un tribunal suprême. On peut renoncer à l'énumération des domaines particu-

<sup>60</sup> Art. 85, ch. 3 cst., art. 7, 1er al. et 123, 3e al. OJ.

<sup>61</sup> Au contraire de l'art. 113, 1er al., ch. 3 cst. actuel qui limite la possibilité de faire valoir la violation de droits constitutionnels aux "citoyens et aux particuliers".



liers (droit privé, droit pénal, droit administratif et droit des assurances sociales); la notion de "droit fédéral" recouvre tous les domaines, y compris les droits constitutionnels garantis par la Constitution fédérale.

Droit intercantonal: Comme jusqu'à présent, la violation du droit cantonal ne peut être invoquée de façon indépendante; dans le sens d'une "prestation de service" de la Confédération aux cantons, le Tribunal doit toutefois continuer à connaître des recours pour violation de concordats.

Droit international: Le grief de violation du "droit international" ne se déduit pas simplement de la notion de violation du "droit fédéral", mais doit être invoqué de façon indépendante. Le droit international et le droit fédéral se fondent sur des sources juridiques différentes.

Lettre b: Attribuer à la Confédération la compétence de connaître, de façon générale, des litiges relatifs aux constitutions cantonales constituerait une atteinte excessive à l'autonomie des cantons. Dès lors, seule la violation de droits constitutionnels doit pouvoir être invoquée. Ce motif de recours doit être inscrit dans la constitution fédérale avant tout eu égard à la tendance des nouvelles constitutions cantonales d'ancrer dans leur texte des droits fondamentaux autonomes, ainsi que dans l'intérêt d'un fédéralisme vivant.

Lettre c: Il se justifie de mentionner séparément le recours pour violation de l'autonomie communale: il se distingue du recours pour violation des droits constitutionnels par la qualité du recourant (non pas un privé, mais une collectivité publique) et par la nature du grief: même si l'autonomie des communes et des autres corporations publiques a une fonction de garantie d'une liberté, elle n'en constitue pas pour autant un droit fondamental des particuliers contre l'Etat. A côté de l'autonomie communale, qui devrait constituer le principal cas d'application, la norme comprend aussi la garantie constitutionnelle de l'autonomie ou de l'existence d'autres corporations publiques, telles les Eglises nationales. Le texte exprime clairement qu'il s'agit là d'une garantie de droit cantonal.

Lettre d: Le recours pour violation des droits politiques en matière cantonale est suffisamment important comme instrument central de la garantie de la démocratie pour être expressément mentionné dans la constitution. Il ne se confond pas avec le recours pour violation de droits constitutionnels, car, à l'avenir également, le grief de violation de la législation cantonale réglant les droits politiques sera recevable. En vue de décharger le Conseil fédéral et le Conseil national de leurs tâches juridictionnelles, la protection des droits politiques au niveau fédéral doit également être transférée au Tribunal fédéral. Mais, comme les actes du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale ne sont pas susceptibles d'être attaqués (art. 167, al. 2), les arrêtés du Conseil fédéral en matière de droits politiques ou la déclaration de nullité d'une initiative populaire par l'Assemblée fédérale continueront d'échapper à la juridiction du Tribunal fédéral. Si l'on souhaite

éviter cette conséquence, il faut statuer explicitement la possibilité d'un recours dans le sens d'une *lex specialis* dérogeant à l'art. 167, al. 2, (voir aussi à ce propos le ch. 4.4 ci-dessus).

Alinéa 2:

Il faut éviter une réglementation exhaustive des attributions du Tribunal fédéral, qui lierait de façon trop étroite le législateur. Le législateur peut étendre les attributions du Tribunal fédéral. Mais il peut également, comme l'autorise déjà la constitution actuelle, excepter certains domaines de la compétence du Tribunal fédéral et les attribuer à une autre instance qui statuera à titre définitif. Pour ces cas (et pour eux seulement), une innovation est introduite: l'autorité de dernière instance doit soumettre la question de la constitutionnalité de lois fédérales et d'arrêtés fédéraux de portée générale au Tribunal fédéral par la voie de la procédure d'avis préjudiciel. C'est la conséquence nécessaire de la concentration du contrôle de la constitutionnalité de ces actes législatifs dans les mains du Tribunal fédéral. Il appartiendra au législateur de définir les modalités de la procédure d'avis préjudiciel ainsi que d'éventuels autres motifs justifiant un tel avis (p. ex.: doutes sérieux quant à l'interprétation d'une loi fédérale).

#### **Art. 164 Accès au Tribunal fédéral**

1 Le Tribunal fédéral connaît:

- a. des recours contre des décisions prises en dernière instance cantonale;
- b. des recours contre des décisions des autorités judiciaires inférieures de la Confédération;
- c. des actions portant sur des contestations entre Confédération et cantons ou cantons entre eux, et des actions en réparation du dommage causé par des magistrats fédéraux dans l'exercice de leurs fonctions.

2 La loi peut limiter l'accès au Tribunal fédéral, sous réserve de questions de droit ayant une portée de principe ou de préjudice grave encouru par une partie.

*Commentaire:*

Alinéa 1:

Tandis que l'article 163 statue la compétence du Tribunal fédéral à raison de la matière, l'article 164, alinéa 1, a trait à la position du Tribunal fédéral dans le cadre de la succession des instances (compétence fonctionnelle). Le principe est ainsi posé que le Tribunal fédéral, d'une part, ne statue pas en première instance, d'autre part qu'aucun recours ne peut lui être

adressé qui n'ait déjà été traité par une instance judiciaire inférieure. Ce principe connaît des exceptions.

Lettre a: Les litiges qui se nouent dans les cantons et qui, de là, sont acheminés directement devant le Tribunal fédéral, ne peuvent être examinés par celui-ci qu'après épuisement des instances cantonales. C'est ce que signifie l'expression "dernière instance cantonale". Il découle de l'article 166 qu'il doit s'agir en principe là d'une instance judiciaire. Le législateur cantonal peut toutefois prévoir des exceptions à la garantie de l'accès à un juge (art. 167, al. 1, 2<sup>ème</sup> phrase). Dans ces cas exceptionnels, c'est le gouvernement ou le parlement qui statue comme dernière instance cantonale et non un tribunal. Comme ces décisions peuvent également être portées devant le Tribunal fédéral, la lettre a parle de façon neutre de décisions prises en "dernière instance cantonale" et non de décisions de "dernière instance judiciaire cantonale". Par ailleurs, le Tribunal fédéral statue comme première et unique instance sur les recours dirigés contre des actes législatifs cantonaux<sup>62</sup>, dans la mesure où les cantons renoncent à introduire un contrôle abstrait des normes.

Lettre b: Les litiges de la compétence des autorités juridictionnelles de la Confédération ne peuvent être portés devant le Tribunal fédéral qu'après avoir passé par une instance judiciaire inférieure. Ici (autrement qu'à la lettre a), il se justifie de spécifier "judiciaire". Il est vrai que le législateur fédéral peut également prévoir, pour le droit fédéral, des exceptions à la garantie de l'accès à un juge (art. 167, al. 1, 2<sup>ème</sup> phrase). Mais dans un tel cas, les décisions prises par le Conseil fédéral ou l'Assemblée fédérale, comme autorité de décision ou de recours, ne peuvent pas être portées devant le Tribunal fédéral (art. 167, al. 2).

Lettre c: Les actions portant sur des contestations entre Confédération et cantons ou cantons entre eux doivent demeurer dans la compétence du tribunal suprême. Il peut s'agir de litiges portant sur n'importe quel domaine du droit civil ou du droit public. Cela représente pour une part une extension en regard de l'actuelle constitution, laquelle, parmi les litiges de droit public entre la Confédération et les cantons ne place, dans les attributions directes du Tribunal fédéral, que les conflits de compétence (art. 113, al. 1, ch.1, cst.). Pour ces contestations, le Tribunal fédéral statue sur plainte, soit comme première et unique instance. Par ailleurs, il doit être fait exception au principe de l'instance judiciaire inférieure pour les actions en réparation du dommage causé par des magistrats fédéraux dans l'exercice de leur fonction. La position des personnes impliquées comme partie impose que seul le Tribunal suprême connaisse de ces litiges.

Alinéa 2:

La garantie de l'accès à un juge (art. 167) assure l'accès à un tribunal quelconque, mais ne s'étend pas nécessairement à la procédure devant le

---

62 Pour autant que le législateur fédéral maintienne le contrôle abstrait des actes cantonaux, ce que la Constitution ne prescrit pas; cf. commentaire ad art. 167, al.1.



Tribunal fédéral. L'art. 164, al. 2, part de l'idée que la voie du Tribunal fédéral est en principe ouverte dans un domaine de sa compétence, mais qu'elle peut être restreinte par la loi (si cela paraît nécessaire pour préserver la position du Tribunal fédéral et sa capacité d'assumer ses fonctions). Le texte de la norme autorise différentes solutions (examen préalable, admission, valeurs litigieuses, catalogue d'exceptions, etc.) et laisse au législateur le soin de décider quelles restrictions d'accès il y a lieu de retenir concrètement. La loi devra néanmoins garantir un accès dans tous les cas où se pose une question de droit ayant une portée de principe et ceux où une partie encourt un préjudice grave. Est ancré par là dans la Constitution le principe que toutes les causes objectivement ou subjectivement importantes continueront d'être jugées par le Tribunal fédéral. Sont notamment des causes où se pose une question de droit ayant une portée de principe, celles où il y a des indices d'une violation de droits constitutionnels ou celles où le jugement de l'autorité inférieure s'écarte de la jurisprudence du Tribunal fédéral. La Constitution autorise ainsi soit une procédure d'admission, qui reprendrait les critères de l'art. 164, al. 2, comme motifs d'admission, soit une procédure d'examen préalable permettant d'exclure les causes sans importance parce que dénuées de chances de succès, soit encore des valeurs litigieuses, qui ouvrent la voie aux causes subjectivement importantes du point de vue des montants en jeu.

#### **Art. 165 Autres autorités judiciaires de la Confédération**

- 1 La Confédération institue un tribunal pénal qui connaît des cas que la loi attribue à la juridiction pénale fédérale. La loi peut conférer d'autres attributions au tribunal pénal fédéral.
- 2 La Confédération crée d'autres autorités judiciaires pour connaître des recours contre des actes de l'administration fédérale.
- 3 La loi peut prévoir d'autres autorités judiciaires de la Confédération.

#### *Commentaire:*

Cet article prévoit les autres autorités judiciaires de la Confédération<sup>63</sup>. La constitution exprime ainsi clairement que la juridiction fédérale n'est pas exercée exclusivement par le Tribunal fédéral et qu'elle peut être organisée sur deux degrés. Avec les articles 166 et 167, cette disposition garantit du même coup qu'il existe en principe une voie de droit à un tribunal.

#### Alinéa 1:

---

<sup>63</sup> Au contraire de l'actuelle Constitution qui, à l'art. 106, 1er al., ne mentionne que le Tribunal fédéral et dont on a déduit que la juridiction fédérale, à tout le moins en matière civile et pénale, ne pouvait être à deux échelons (WALTER HALLER dans *Commentaire de la Constitution de la Confédération suisse*, art. 106, no 8). Concernant l'organisation de la justice administrative, l'actuel art. 114bis cst. laisse par contre au législateur la liberté de créer d'autres autorités judiciaires.



On trouve ici la base constitutionnelle permettant l'institution d'un tribunal pénal fédéral de première instance, lequel connaît des cas que la loi soumet à la juridiction pénale de la Confédération<sup>64</sup>. Comme l'article 112 cst. est devenu largement obsolète<sup>65</sup>, l'institution des Assises fédérales et l'énumération des cas qui en relèvent peuvent être purement et simplement biffées de la constitution. Il suffit que la loi définisse les attributions du tribunal pénal fédéral de première instance.

Cette disposition constitutionnelle ne change rien au partage des compétences entre la Confédération et les cantons dans le domaine de l'administration de la justice pénale. Elle ne fait que préciser que la juridiction pénale fédérale s'organise sur deux niveaux avec, au premier degré, un nouveau tribunal pénal fédéral, lequel est autonome quant à son organisation et son personnel et détaché du Tribunal fédéral. Le législateur détermine quels domaines de la justice pénale tombent exclusivement dans la compétence de la Confédération.

En plus de sa tâche principale qui est d'assumer la juridiction pénale fédérale de première instance, le tribunal pénal fédéral doit pouvoir reprendre d'autres fonctions judiciaires, notamment celles qui sont aujourd'hui dévolues à la Chambre d'accusation. La 2ème phrase le permet.

Alinéa 2:

C'est ici qu'est posé, comme conséquence de la décharge du Conseil fédéral et du Parlement dans le domaine de la juridiction administrative, le principe selon lequel sont instituées de façon générale, au niveau de la Confédération, des autorités indépendantes de l'administration, auprès desquelles les actes de l'administration fédérale doivent être entrepris, avant de pouvoir, cas échéant, faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral. Il appartiendra au législateur de décider s'il doit s'agir là de commissions de recours ou d'un, voire plusieurs tribunaux administratifs fédéraux à compétence générale. C'est pourquoi il est question d'"autres" autorités judiciaires et non d'autorités "spéciales", afin de bien préciser que l'on ne pense pas nécessairement à des autorités judiciaires spécialisées dans des domaines particuliers du droit.

C'est à dessein qu'il n'est question que "autorités judiciaires pour connaître des recours contre des actes de l'administration fédérale" et non, de façon plus large, "autorités judiciaires pour connaître de contestations relevant du droit public de la Confédération". Il s'agit de préciser par là que cette disposition n'implique nullement un transfert de l'exécution du droit administratif fédéral des cantons à la Confédération. Cette norme constitutionnelle signifie bien plutôt que la procédure de recours en matière administrative doit, d'une façon générale au sein de la Confédération, être organisée judiciairement<sup>66</sup>. Le contentieux interne à l'administration est

---

64 Art. 7-10 PPF resp. art. 340-344 CP.

65 Selon WALTER HALLER dans *Commentaire de la Constitution de la Confédération suisse*, art. 112, no 9, les assises fédérales n'ont siégé que deux fois au cours de ce siècle (affaire Justh en 1927 et affaire Nicole en 1933).

66 L'art. 167, al. 1 permet des exceptions justifiées.

remplacé par la juridiction administrative et ce, en principe (selon la règle postulée ici de l'instance judiciaire inférieure), sous la forme d'un double degré de juridiction (pour autant que le législateur n'exclue pas la possibilité du recours au Tribunal fédéral sur la base des art. 163, al. 2, et 164, al. 2).

Le terme "acte" laisse ouvert, au niveau de la constitution, la question de savoir contre quel objet il peut être interjeté recours. Le législateur peut ainsi notamment prévoir une ouverture à recours contre des actes matériels des autorités administratives, qui ne reposent pas sur une décision. La possibilité de recours contre des actes matériels constitue entre autres également un postulat de l'article 13 CEDH<sup>67</sup>.

Alinéa 3:

Cet alinéa constitue la base pour l'institution, au niveau de la Confédération, d'éventuels autres tribunaux (p.ex. tribunaux militaires), de rang inférieur au Tribunal fédéral. Il offre aussi la base constitutionnelle notamment pour les commissions d'arbitrage. Celles-ci connaissent en première instance de litiges qui leur sont soumis par voie d'*action* et ne sont, de ce fait, pas couverts par l'alinéa 2, où il n'est question, pour les autorités judiciaires, que de recours. En outre, l'alinéa 3 constitue aussi la base constitutionnelle pour les commissions de recours (cas échéant, pour un ou plusieurs tribunaux administratifs fédéraux, à compétence générale), lorsque celles-ci connaissent de recours contre des actes de dernière instance cantonale, mais non de ceux contre des actes de l'administration fédérale, seuls visés à l'alinéa 2.

La réglementation de l'organisation, de la procédure et de la compétence des autres tribunaux de la Confédération ne relève pas du niveau constitutionnel, mais doit être laissée au législateur. Il en va de même pour la nomination de leurs membres.

#### **Art. 166 Autorités judiciaires des cantons**

Les cantons instituent:

- a. des autorités judiciaires pour connaître des contestations de droit civil et des affaires pénales;
- b. des autorités judiciaires pour connaître des affaires de droit public.

*Commentaire:*

Cette disposition revêt pour une part une fonction purement informative (lettre a); elle constitue d'autre part la base constitutionnelle permettant des atteintes de droit fédéral à l'autonomie d'organisation des cantons (lettre b). Dans le domaine de l'application du droit administratif fédéral, il s'agit de corriger une situation qu'une partie de la doctrine a pu considérer comme contraire à la constitution<sup>68</sup>. Par ailleurs, une base constitutionnelle

<sup>67</sup> HANGARTNER (n. 40), p. 6.

<sup>68</sup> PETER SALADIN dans Commentaire de la Constitution de la Confédération suisse, art. 3, no 105.

claire est nécessaire si, pour décharger le Tribunal fédéral, l'on entend imposer aux cantons de prévoir une juridiction administrative dans le domaine du droit administratif cantonal également. Les exceptions sont réglées par l'article 167, qui traite de la garantie de l'accès à un juge.

#### **Art. 167 Garantie de l'accès à un juge**

- 1 Toute personne, physique ou morale, peut porter sa cause devant une autorité judiciaire. La Confédération et les cantons peuvent cependant exclure l'accès à un juge dans des cas exceptionnels prévus par la loi.
- 2 Les actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral ne peuvent pas être portés devant le Tribunal fédéral;

#### *Commentaire:*

##### Alinéa 1:

C'est ici qu'est ancré la garantie de l'accès à un juge, dans le sens de l'accès à un tribunal, en principe pour n'importe lequel litige. La Confédération et les cantons peuvent toutefois exclure l'instance judiciaire dans des cas exceptionnels prévus par la loi. Mais l'exclusion de l'accès au juge n'entre en considération, et ce expressément, que pour les cas exceptionnels seulement; ce qui signifie qu'il doit exister pour cela des motifs spécifiques. De tels motifs peuvent éventuellement être réalisés dans les cas suivants: manque de "justiciabilité" (p.ex. actes de gouvernement, où les questions politiques l'emportent, qui ne se prêtent pas à un contrôle judiciaire), organisation particulière des droits de participation démocratiques dans un canton (p.ex. décisions du parlement sujettes à référendum) ou arguments tirés de la séparation des pouvoirs. La formulation du texte constitutionnel admet en principe que le législateur cantonal peut prévoir des exceptions à la garantie de l'accès à un juge non seulement pour le droit cantonal, mais aussi pour le droit fédéral. Mais les exceptions doivent toujours être justifiées par des motifs importants. Les litiges pour lesquels l'art. 6, par. 1 CEDH exige l'accès à un tribunal ne peuvent être soustraits à cette garantie par les cantons, car sinon le Tribunal fédéral devrait assurer le respect du droit stipulé par la CEDH par un contrôle non seulement en droit, mais encore en fait. Il appartient aux cantons de mettre eux-mêmes à disposition un tribunal qui soit conforme à la CEDH.

La garantie de l'accès à un juge statue ici n'exige pas de contrôle abstrait de la norme législative<sup>69</sup>, mais elle ne l'exclut pas non plus.

La constitution ne précise pas à quel stade de la procédure les personnes physiques et morales peuvent avoir accès au juge. Il appartient au législateur de le dire. La Confédération et les cantons peuvent ainsi prévoir

---

<sup>69</sup> Encore moins la garantie des voies de droit statuée à l'art. 6, ch. 1 CEDH; KLEY-STRULLER (n. 63), p. 42. A propos de l'art. 13 CEDH qui, selon la jurisprudence actuelle des organes de Strasbourg n'exige pas non plus un contrôle abstrait des normes, cf. n. 40.



qu'une autorité administrative décide d'abord et qu'ensuite seulement l'accès au juge est ouvert.

Cet article ne détermine pas précisément le cercle des personnes habilitées à recourir; en particulier, il ne dit pas dans quelle mesure cette qualité doit être reconnue à des Etats étrangers. Il appartiendra au législateur de régler cette question, étant précisé qu'il pourrait définir la qualité pour recourir des Etats étranger plus largement que ne le fait le droit actuel.

Alinéa 2:

Cet alinéa statue, au niveau de la Constitution elle-même, une exception importante à la garantie de l'alinéa 1: les actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral ne peuvent pas être attaqués devant le Tribunal fédéral<sup>70</sup>, étant entendu que, de toute façon, seul ce dernier pourrait entrer en considération en tant qu'autorité judiciaire de contrôle de tels actes. Cette exception à la garantie de l'accès au juge se justifie par des arguments relevant de la séparation des pouvoirs. Le mot "acte" recouvre non seulement les décisions individuelles et concrètes, mais aussi notamment les règles générales et abstraites. Le contrôle abstrait des normes en matière de législation fédérale<sup>71</sup> est ainsi exclu. Cela n'est nullement contraire à l'article 13 CEDH<sup>72</sup>, selon la jurisprudence actuelle des organes de Strasbourg. Des problèmes pourraient en revanche se présenter à propos d'actes individuels et concrets, pour lesquels l'article 13 CEDH exige un recours effectif. Ces problèmes peuvent être largement évités, si le législateur veille à ce que les décisions qui restreignent les droits garantis par la CEDH ne soient pas placées dans la compétence du Conseil fédéral ou de l'Assemblée fédérale. Ainsi conviendrait-il, par exemple, de cantonner systématiquement le pouvoir disciplinaire du Conseil fédéral, en matière de droit des fonctionnaires<sup>73</sup>, au chef du département; la jurisprudence des organes de Strasbourg tend en effet à considérer les sanctions disciplinaires pécuniaires comme étant de nature "civile" au sens de l'article 6, par. 1 CEDH, de sorte que les garanties conférées par cette disposition sont applicables et doivent être assurées par un recours efficace<sup>74</sup>.

#### Art. 168 Contrôle des normes

- 1 Le droit international, les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale ne peuvent pas être attaqués.
- 2 Dans le cadre d'un recours ou d'une demande d'avis préjudiciel portant sur un acte d'application ou dans celui d'une action, le Tribunal fédéral examine si une loi fédérale ou un arrêté fédéral de portée générale viole

<sup>70</sup> Il faut distinguer la question de savoir si un acte est attaquant de celle de l'examen à titre préjudiciel d'actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral. C'est l'objet de l'art. 168.

<sup>71</sup> Ordonnances du Conseil fédéral, arrêtés fédéraux, lois fédérales; pour les deux derniers, l'exclusion du contrôle abstrait résulte également de l'art. 168.

<sup>72</sup> Cf. n. 40

<sup>73</sup> Art. 33, let. a StF.

<sup>74</sup> ANDREAS KLEY-STRULLER, (n. 69), 27 avec les références.



des droits constitutionnels ou le droit international; il décide si et dans quelle mesure la loi fédérale ou l'arrêté fédéral de portée générale doit être appliqué.

- 3 Dans les mêmes cas, le Tribunal fédéral peut en outre examiner le grief invoqué par un canton de violation par une loi fédérale ou un arrêté fédéral de ses compétences constitutionnellement garanties.

*Commentaire:*

Cet article statue une nouveauté importante: l'introduction du contrôle concret des normes pour les lois et les arrêtés fédéraux de portée générale. S'écartant des art. 109 AP-77, 125 de l'Etude-modèle et 98 du projet Kölz-Müller, qui, à l'exception de l'Etude-modèle, proposent également cette nouveauté, le titre marginal s'énonce "Contrôle des normes" et non "Juridiction constitutionnelle"; en effet, en plus du thème de la juridiction constitutionnelle à l'égard des lois et arrêtés fédéraux, se pose également la question de la compatibilité avec le droit international.

Alinéa 1:

Cet alinéa s'en tient au principe de l'art. 113, al. 3, cst.: le droit international, les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale lient toutes les autorités d'application du droit; des exceptions sont toutefois prévues pour le Tribunal fédéral (alinéas 2 et 3). Ainsi tout contrôle diffus des normes à l'égard des lois fédérales et des arrêtés fédéraux de portée générale est exclu.

Alinéa 2:

Dans le sens d'une exception au principe énoncé à l'alinéa 1, il est prévu que le Tribunal fédéral est habilité à procéder au contrôle concret des normes de lois fédérales et d'arrêtés fédéraux de portée générale. Il convient en particulier de distinguer les aspects suivants:

- L'alinéa précise que cette compétence appartient au seul Tribunal fédéral (système concentré). En même temps, il est également établi qu'il n'y a pas de tribunal constitutionnel indépendant du Tribunal fédéral (et supérieur à lui); qui plus est, la juridiction constitutionnelle doit être intégrée parmi les activités du Tribunal fédéral, la procédure devant être concrètement réglée par le législateur. Pour éviter qu'une instance inférieure soit contrainte d'appliquer une loi qu'elle considère contraire à la constitution<sup>75</sup>, le texte prévoit une procédure d'avis préjudiciel. Le champ d'application de cette procédure et son déroulement doivent être réglés par le législateur.
- Le contrôle abstrait des normes de lois et d'arrêtés fédéraux est exclu. Ces normes ne peuvent être examinées qu'en relation avec un acte d'application.
- Pour les motifs indiqués plus haut (ch. 6.3. a.), la règle est que le contrôle des normes est limité à la question de la violation des droits constitutionnels. Une exception est prévue pour les cantons à l'alinéa 3. Ils

---

<sup>75</sup> AUBERT soulève ce problème (n. 1), p. 19.

peuvent faire valoir la violation des règles de compétence constitutionnellement garanties.

- A côté de la juridiction constitutionnelle à proprement parler, cet alinéa statue également la compétence, aujourd'hui reconnue par le Tribunal fédéral<sup>76</sup>, de contrôler la compatibilité des lois et arrêtés fédéraux avec le droit international.
- La 2ème phrase de l'alinéa 2 a été retenue à dessein: elle ouvre la possibilité de résoudre un conflit entre la loi et la constitution par la voie de l'interprétation conforme à la constitution, ou aussi, dans les cas où - parce que par exemple plusieurs interprétations peuvent être conformes à la constitution - les conséquences de la non-application de la loi peuvent être réglées simplement par le législateur, de renoncer à l'annulation de l'acte attaqué tout en invitant le législateur à prendre les mesures adéquates dans un délai convenable.

La formulation retenue permet aussi de trouver la solution idoine en cas de conflit entre loi fédérale et droit international. Le point de départ est l'art.4, al. 4, du projet de révision qui pose le principe de la primauté du droit international. La 1ère phrase de l'alinéa 2 représente le pendant procédural de cette disposition; en même temps, la 2ème phrase précise que c'est au Tribunal fédéral de décider si et dans quelle mesure il y a lieu d'appliquer une norme légale contraire au droit international. Cette solution permet au Tribunal fédéral d'accorder la primauté au droit international dans la mesure nécessaire. Il dispose ainsi d'un instrument qui lui permet d'assurer l'unité de l'ordre juridique à tous les niveaux (interne et international). Mais la 2ème phrase de l'alinéa 2 autorise aussi le Tribunal fédéral à alerter le législateur, en l'invitant dans son arrêt ("Appellentscheid") à tirer les conséquences qui résultent d'un cas de conflit entre droit international et droit interne. Pour les rares cas où il s'avère que le législateur a délibérément ignoré le droit international, le Tribunal fédéral a enfin la faculté, dans le sens d'une jurisprudence Schubert modifiée<sup>77</sup>, de renoncer à corriger la décision du législateur. Compte tenu de l'art. 4, al. 4, du projet de révision, cette solution ne devrait toutefois être retenue que dans des cas tout à fait exceptionnels.

#### Alinéa 3:

Le Tribunal fédéral peut, selon cet alinéa, examiner si une loi fédérale ou un arrêté fédéral respecte les compétences cantonales constitutionnellement garanties. Seuls les cantons sont admis à invoquer le grief de violation des règles de compétence. L'expression "dans les mêmes cas" se réfère à l'alinéa 2 et souligne qu'ici aussi il est question de contrôle concret des normes. Ce n'est donc qu'en relation avec un acte d'application que les cantons peuvent faire valoir que la loi fédérale ou l'arrêté fédéral à la base de l'acte d'application entrepris viole ses compétences constitutionnellement garanties.

---

<sup>76</sup> Cf. ATF 117 Ia 373.

<sup>77</sup> Cf. ATF 99 Ib 39 ss.

**Art. 169 Indépendance du juge**

Dans l'exercice de leurs compétences juridictionnelles, les autorités judiciaires sont indépendantes et ne sont soumises qu'à la loi.

*Commentaire:*

Cette disposition, nouvelle, ancre expressément dans la constitution le principe de l'indépendance du juge, soulignant par là l'importance particulière de cette règle dans un Etat de droit<sup>78</sup>.

Les juges jouissent de leur indépendance spécifique non comme privilège lié à leur statut de juge, mais dans l'intérêt d'une activité juridictionnelle qui tend à la justice. L'indépendance du juge n'a dès lors de portée que dans la mesure où elle sert ce but. C'est ce qu'il faut comprendre par l'expression "dans l'exercice de leurs compétences juridictionnelles".

La soumission à la loi, en tant que "restriction immanente"<sup>79</sup> à l'indépendance du juge, va sans dire. Cependant, la mention de la soumission au droit constitue avant tout aussi un rappel du principe démocratique, dans un souci de clarté. Cette limite est dès lors expressément énoncée.

L'indépendance judiciaire ne vaut pas seulement pour le Tribunal fédéral, mais pour tous les tribunaux de la Confédération. Pour qu'il n'y ait aucun doute possible à ce sujet, ce principe fait l'objet d'un article spécifique, placé à la fin de la section consacrée à la juridiction fédérale.

**Art. 101 Droit civil**

- 1 La Confédération a le droit de légiférer en matière de droit civil.
- 2 Elle peut légiférer sur l'unification de la procédure judiciaire.

*Commentaire:*

L'alinéa 2 de cet article aménage en faveur de la Confédération la compétence, dans le domaine du droit de procédure civile, d'adopter des dispositions-cadre en vue d'harmoniser la matière. Cela ne permet pas à la Confédération (à la différence de ce qui est prévu pour la procédure pénale) d'édicter un code de procédure civile fédéral; elle ne peut que prescrire une harmonisation. Restent toutefois admissibles des dispositions ponctuelles dans des lois fédérales particulières, en tant qu'elles sont nécessaires à la mise en oeuvre ou à l'application uniforme du droit privé fédéral.

A l'intérieur du cadre tracé par le droit fédéral, les cantons sont autonomes pour régler la procédure civile. Ainsi, l'organisation des tribunaux et l'administration de la justice demeurent aux cantons dans la même mesure

---

<sup>78</sup> L'AP-77 (art. 20, al. 2), l'étude-modèle (art. 21, al. 2) et le projet Kötz/Müller (art. 14, al. 2 et 97, 2e phrase) la proposent également. Le groupe de travail "Wahlen" s'était exprimé clairement en faveur d'une garantie constitutionnelle explicite de l'indépendance du juge (rapport final, p. 174).

<sup>79</sup> KURT EICHENBERGER, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Berne 1960, p. 92.



que par le passé. Il n'est pas nécessaire de le rappeler dans une disposition constitutionnelle expresse. La compétence des cantons résulte sans autre du système constitutionnel de répartition des compétences (compétence générale subsidiaire des cantons). Au demeurant, il est proposé, dans un souci de clarté, d'inscrire explicitement la souveraineté des cantons à l'art. 33 du projet de mise à jour.

#### **Art. 102 Droit pénal**

1 La Confédération a le droit de légiférer en matière de droit pénal.

2....

3 Elle peut légiférer sur la procédure.

#### *Commentaire:*

L'alinéa 3 de cette disposition crée la base constitutionnelle pour l'unification du droit de procédure pénale. Il s'agit d'une compétence concurrente. Ce qui signifie que les cantons restent compétents tant et aussi longtemps que la Confédération ne légifère pas.

A la différence de ce qui est prévu pour la procédure civile, qui est purement judiciaire, la compétence de légiférer de la Confédération dans le domaine de la procédure pénale ne se limite pas à la procédure judiciaire. En effet, une réglementation uniforme peut aussi s'avérer nécessaire en matière d'investigation, de renvoi, d'instruction et d'accusation.

L'unification du droit de procédure pénale ne peut se réaliser sans certaines atteintes à la souveraineté des cantons en matière d'organisation. De telles atteintes ne doivent toutefois être admises que dans la mesure où elles sont nécessaires à la réalisation d'une procédure unifiée. Pour le surplus, l'organisation des tribunaux et des autorités continue d'incomber aux cantons. Il n'est pas nécessaire de le rappeler dans une disposition constitutionnelle expresse. La compétence des cantons résulte sans autre du système constitutionnel de répartition des compétences (compétence générale subsidiaire des cantons). Au demeurant, il est proposé, dans un souci de clarté, d'inscrire explicitement la souveraineté des cantons à l'art. 33 du projet de mise à jour.



# Exposé des motifs

<b>1</b>	<b>Introduction</b>	<b>blanc</b>
<b>2</b>	<b>Mise à jour du droit constitutionnel</b>	<b>blanc</b>
<b>3</b>	<b>Variantes</b>	<b>blanc</b>
<b>4</b>	<b>Réforme des droits populaires</b>	<b>bleu</b>
<b>5</b>	<b>Réforme de la justice</b>	<b>vert</b>
<b>6</b>	<b>Abréviations</b>	<b>blanc</b>
<b>7</b>	<b>Annexe: Questionnaire sur la réforme de la Constitution</b>	<b>blanc</b>

# Exposé des motifs du projet de Constitution

<b>1</b>	<b>Introduction</b>	<b>blanc</b>
<b>2</b>	<b>Mise à jour du droit constitutionnel</b>	<b>blanc</b>
<b>3</b>	<b>Variantes</b>	<b>blanc</b>
<b>4</b>	<b>Réforme des droits populaires</b>	<b>bleu</b>
<b>5</b>	<b>Réforme de la justice</b>	<b>vert</b>
<b>6</b>	<b>Abréviations</b>	<b>blanc</b>
<b>7</b>	<b>Annexe: Questionnaire sur la réforme de la Constitution</b>	<b>blanc</b>

## Liste des abréviations

ACF	Arrêté du Conseil fédéral
AEEE	Accord sur l'Espace économique européen
AELE	Association européenne de libre échange
AF	Arrêté fédéral
AFpg/APG	Arrêté fédéral de portée générale
al.	alinéa
art.	article
Ass.féd.	Assemblée fédérale
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BO (CN/CE):	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale (Conseil national/Conseil des Etats)
BNS	Banque nationale suisse
CC/CCS	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CE	Conseil des Etats
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 (Convention européenne des droits de l'homme) (RS 0.101)
CF	Conseil fédéral
cf.	conférez, comparez
chap.	chapitre
chif.	chiffre
CN	Conseil national
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) (Code des obligations) (RS 220)
Comm.	Commentaire
cons.	considérant
CP/CPS	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
cst.	Constitution
Cst.(féd.)	Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 29 mai 1874
DFJP	Département fédéral de justice et police
Disp.trans.	Dispositions transitoires de la Constitution fédérale
DPA	Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (RS 313.0)
DT	Dispositions transitoires de la Constitution fédérale
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme, du 10 décembre 1948 (FF 1983 II 1376ss)
éd.	édition
EEE	Espace économique européen
EIMP	Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (Loi sur l'entraide pénale internationale) (RS 351.1)
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
FF	Feuille fédérale
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
Kölz/Müller	Alfred Kölz et Jörg Paul Müller: Projet pour une nouvelle Constitution fédérale, 2ème édition remaniée, du 14 juillet 1990
LAAM	Loi fédérale du 3 février 1995 sur l'armée et l'administration militaire (FF 1995 I 655)

LAVI	Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur l'aide aux victimes d'infractions (RS 312.5)
LBN	Loi du 23 décembre 1953 sur la Banque nationale (RS 951.11)
LCPR	Loi fédérale du 4 octobre 1985 sur les chemins pour piétons et les chemins de randonnée pédestre (RS 704)
LDP	Loi fédérale du 17 décembre 1976 sur les droits politiques (RS 161.1)
let.	lettre
LF	Loi fédérale
LFC	Loi fédérale du 6 octobre 1989 sur les finances de la Confédération (RS 611.0)
LFo	Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur les forêts (loi sur les forêts) (RS 921.0)
LHID	Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes
LIFD	Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (RS 642.11-RO 1991 1184)
lit.	lettre
LOA/LOAF	Loi fédérale du 19 septembre 1978 sur l'organisation et la gestion du Conseil fédéral et de l'administration fédérale (Loi sur l'organisation de l'administration) (RS 172.010)
Loi sur la responsabilité	Loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (RS 170.32)
Loi sur les garanties	Loi fédérale du 26 mars 1934 sur les garanties politiques et de police en faveur de la Confédération (RS 170.21)
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
LPA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)
LPP	Loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale (RS 312.0)
LRC/LREC	Loi fédérale du 23 mars 1962 sur la procédure de l'Assemblée fédérale ainsi que sur la forme, sur la publication et l'entrée en vigueur des actes législatifs (Loi sur les rapports entre les Conseils) (RS171.11)
LRN	Loi fédérale du 8 mars 1960 sur les routes nationales (RS 725.11)
LSEE	Loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (RS 142.20)
LSF	Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur la statistique fédérale (RS 431.01)
N./n.	note
no/nos	numéro/numéros
OIT	Organisation internationale du travail
OJ/OJF	Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (Organisation judiciaire) (RS 173.110)
ONU	Organisation des Nations Unies
P	projet de Constitution du 29 mai 1995
p.	page
p.ex.	par exemple
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)



Pacte I	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, du 16 décembre 1966 (RO 1993 I 725)
Pacte II	Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du 16 décembre 1966 (RO 1993 I 750)
par.	paragraphe
PJA	Pratique juridique actuelle
projet 1977	Projet de Constitution de 1977 élaboré par la Commission d'experts pour la préparation d'une révision totale de la Constitution fédérale
projet (Cst.)	projet de Constitution du 29 mai 1995
projet DFJP	Essai de modèle du 30 octobre /6 novembre 1985 (FF 1985 III 202ss) - Rapport sur la révision totale de la Constitution fédérale du 6 novembre 1985 (FF 1985 III 1ss)
projet Kölz/ Müller	Alfred Kölz et Jörg Paul Müller: Projet pour une nouvelle Constitution fédérale, 2ème édition, du 14 juillet 1990
projet PRD	projet de Constitution du Parti radical-démocratique suisse, du 22 juin 1979
RCE	Règlement du Conseil des Etats du 24 septembre 1986 (RS 171.14)
RCN	Règlement du Conseil national du 22 juin 1990 (RS 171.13)
RDS	Revue de droit suisse
recht	recht, Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
RJB	Revue de la Société des juristes bernois
RO	Recueil officiel des lois fédérales (Recueil officiel)
RPS	Revue pénale suisse
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSDIE	Revue suisse de droit international et européen
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSJB	Revue de la Société des juristes bernois
s./ss	et suivant/suivantes
StF	Loi fédérale du 30 juin 1927 sur le statut des fonctionnaires (RS 172.221.10)
TF	Tribunal fédéral
TFA	Tribunal fédéral des assurances
TVA	Taxe à la valeur ajoutée
UE	Union européenne
vol.	volume
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung



# Exposé des motifs

<b>1</b>	<b>Introduction</b>	<b>blanc</b>
<b>2</b>	<b>Mise à jour du droit constitutionnel</b>	<b>blanc</b>
<b>3</b>	<b>Variantes</b>	<b>blanc</b>
<b>4</b>	<b>Réforme des droits populaires</b>	<b>bleu</b>
<b>5</b>	<b>Réforme de la justice</b>	<b>vert</b>
<b>6</b>	<b>Abréviations</b>	<b>blanc</b>
<b>7</b>	<b>Annexe: Questionnaire sur la réforme de la Constitution</b>	<b>blanc</b>

# Exposé des motifs du projet de Constitution

<b>1</b>	<b>Introduction</b>	<b>blanc</b>
<b>2</b>	<b>Mise à jour du droit constitutionnel</b>	<b>blanc</b>
<b>3</b>	<b>Variantes</b>	<b>blanc</b>
<b>4</b>	<b>Réforme des droits populaires</b>	<b>bleu</b>
<b>5</b>	<b>Réforme de la justice</b>	<b>vert</b>
<b>6</b>	<b>Abréviations</b>	<b>blanc</b>
<b>7</b>	<b>Annexe: Questionnaire sur la réforme de la Constitution</b>	<b>blanc</b>



## Questions de principe

1. **Nécessité de la réforme constitutionnelle**  
Une revision constitutionnelle vous paraît-elle nécessaire?
2. **Mise à jour du droit constitutionnel en vigueur**  
La mise à jour du droit constitutionnel en vigueur, qu'il soit écrit ou non écrit, vous paraît-elle utile ?
3. **Lien avec certaines réformes**  
Cette mise à jour doit-elle s'accompagner de réformes sur certains points ou dans certains domaines ?
4. **Droits populaires et justice comme domaines de réforme prioritaires**  
Est-il opportun d'aborder en priorité des réformes dans le domaine des droits populaires et de la justice et d'inclure d'autres domaines dans une phase ultérieure (revision constitutionnelle comme processus ouvert) ?
5. **Autres domaines de réforme**  
Quels autres domaines de réforme devraient, à votre avis, être inclus dans la revision constitutionnelle (p. ex. réforme du Parlement, réforme du Gouvernement, fédéralisme, régime financier, droits fondamentaux et sociaux, etc.)?

## Mise à jour du droit constitutionnel en vigueur

6. **Langue et style**  
La langue et le style du projet de Constitution sont-ils compréhensibles ?
7. **Articulation**  
L'articulation du projet facilite-t-elle l'accès au droit constitutionnel ?
8. **Densité**  
La densité normative (degré de précision des normes) des différentes parties du projet vous paraît-elle appropriée ?
9. **Lacunes**  
A votre avis, le projet reflète-t-il de manière complète le droit constitutionnel existant ou est-il lacunaire ?

**10. Niveau des normes**

A votre avis, le projet contient-il des dispositions qui ne devraient pas figurer dans la Constitution et qui pourraient être de rang législatif ?

**Variantes (innovations ponctuelles)****11. Variantes proposées**

Les quatre variantes proposées vous apparaissent-elles importantes ?

**12. Autres variantes**

Quelles autres innovations ponctuelles considèreriez-vous comme prioritaires ?

**Réforme des droits populaires****13. Nécessité d'une réforme**

Les droits populaires doivent-ils faire l'objet d'une réforme ?

**14. Caractère équilibré de la réforme**

Considérez-vous que les propositions relatives aux droits populaires, envisagées globalement, sont suffisantes et équilibrées (réaménagement et affinement des droits populaires, en évitant l'extension ou la diminution unilatérale de ces droits) ?

**15. Initiative populaire générale**

Considérez-vous que par le biais de l'initiative populaire (initiative populaire générale, le cas échéant également initiative législative), le peuple doit non seulement disposer de la possibilité de proposer des modifications de la Constitution, mais également d'exprimer des vœux susceptibles d'être réalisés au niveau législatif ?

**16. Référendum administratif et financier**

Est-il juste que puissent être exposés au référendum facultatif non seulement des actes législatifs, mais également d'autres décisions de grande portée (travaux d'envergure, décisions financières importantes, etc.) ?

**17. Référendum en matière de traités internationaux - Référendum contre les actes législatifs d'exécution**

Etes-vous d'accord avec la proposition consistant à élargir le référendum facultatif en matière de traités internationaux, tout en créant la possibilité de réduire le référendum contre les actes législatifs de mise en oeuvre de tels traités ?

**18. Primauté du droit international**

Le principe de la primauté du droit international sur le droit interne doit-il être expressément ancré dans la Constitution ?

**19. Validité des initiatives populaires**

La décision d'invalidation d'une initiative populaire doit-elle être prise par le Tribunal fédéral ?

**20. Nombre de signatures**

Estimez-vous que l'augmentation envisagée du nombre de signatures requises (200'000 pour les initiatives populaires et 100'000 pour les référendums) est justifiée si elle est accompagnée d'une extension des droits d'initiative et de référendum ?

**Réforme de la justice****21. Voies de recours**

Chaque personne doit-elle en principe avoir le droit de soumettre des litiges à un tribunal indépendant, ou suffit-il dans certains cas de disposer d'une décision d'une autorité administrative (sous réserve des garanties de la Convention européenne des droits de l'homme) ?

**22. Dernière instance**

Est-il justifié que certains litiges déterminés prennent fin devant une juridiction cantonale ou devant une instance judiciaire inférieure, ou doit-il être dans chaque cas possible de saisir le Tribunal fédéral ?

**23. Juridiction fédérale en matière administrative**

Est-il justifié, dans le but de décharger le Tribunal fédéral, de prévoir une extension de la juridiction fédérale administrative d'instance inférieure, par exemple en créant des commissions de recours ?

**24. Cour pénale fédérale**

Dans le but de décharger le Tribunal fédéral de procès pénaux jugés en instance unique, ainsi que de tâches de surveillance, estimez-vous utile de créer un tribunal pénal fédéral de première instance, qui pourrait de surcroît traiter d'affaires pénales complexes (criminalité organisée, criminalité économique) ?

**25. Accès limité au Tribunal fédéral**

Considérez-vous possible de limiter l'accès au Tribunal fédéral, sous réserve d'une garantie d'accès en cas de litiges juridiques d'importance fondamentale ou lorsqu'une partie risque de subir un préjudice important ?

**26. Juridiction constitutionnelle**

Le Tribunal fédéral devrait-il avoir la compétence d'examiner, dans des cas d'application, la compatibilité d'une loi fédérale avec les droits constitutionnels et le droit international et, le cas échéant, de ne pas appliquer cette loi fédérale, compétence qui lui est déjà reconnue en ce qui concerne le droit cantonal ?

**27. Procédure pénale**

En vue notamment d'améliorer la lutte intercantonale et internationale contre la criminalité, la Confédération devrait-elle avoir la possibilité de régler elle-même de manière uniforme le droit de procédure pénale et de diriger elle-même l'action pénale ?

**28. Procédure civile**

La Confédération devrait-elle être habilitée à adopter des dispositions relatives à l'unification de la procédure civile ?