

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 93 (1974)

Artikel: La hiérarchie des règles

Autor: Aubert, Jean-François

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896373>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 07.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

JEAN-FRANÇOIS AUBERT

La hiérarchie des règles

1. Il n'y a pas d'Etat qui n'ait, pour agir en son nom, plusieurs organes: parlement, président, gouvernement, conseils et tribunaux de tous ordres. Cette pluralité d'organes est, elle-même, de plusieurs sortes.

La première pluralité est celle que nous pourrions appeler *fonctionnelle*. L'activité globale de l'Etat offre des fonctions variées: on fait des lois, on taxe les citoyens, on construit des routes, on prononce des jugements. Et ces diverses tâches sont généralement dévolues à des autorités diverses. C'est, on l'a bien reconnu, à la pluralité fonctionnelle que se rattache la vénérable idée de la séparation des pouvoirs.

Nous trouvons une autre pluralité, *structurelle* celle-là, dans tous les Etats qui ne sont pas assez petits pour être entièrement centralisés. Dès que s'accroît la distance entre les autorités centrales et les particuliers, il faut, par des relais, chercher à la réduire. Nous ne nous demanderons pas si, historiquement, ces «relais» n'ont pas précédé l'Etat. Nous constatons simplement que la plupart des Etats actuels sont divisés en communes, cantons, provinces ou régions, dotés de leurs propres organes.

Une troisième pluralité pourrait être qualifiée de *graduelle*. Elle suppose que deux organes exercent la même fonction sur les mêmes personnes, l'un agissant en premier, l'autre intervenant ensuite, par exemple à l'occasion d'un recours.

Ces trois catégories n'épuisent sans doute pas la matière. On pourrait encore discerner une pluralité «parallèle», quand deux ou plusieurs organes (il s'agit surtout de tribunaux) font la même

chose, dans le même ressort, s'étant réparti la tâche pour mieux l'accomplir; ou une pluralité «complémentaire», quand une décision requiert, pour être parfaite, la volonté concordante de deux conseils distincts (on pense ici, naturellement, au bicamérisme). Mais nous ne chercherons pas plus loin.

2. Les pluralités fonctionnelle, structurelle et graduelle ne sont évidemment pas tout à fait indépendantes les unes des autres. Non seulement il est clair qu'elles se combinent: chez nous, par exemple, il y a un parlement, un gouvernement, un tribunal fédéral; et il y a des parlements, des gouvernements, des tribunaux cantonaux. Mais encore il se peut qu'elles se confondent. Le Tribunal fédéral et les tribunaux des cantons ont, entre eux, une différence qui tient à la structure, quand le premier s'occupe de litiges intercantonaux, tandis que les autres s'occupent d'affaires locales; et une différence de degré, lorsque, dans un même procès, il y a recours de ceux-ci à celui-là. Un parlement et un gouvernement ont pour propriété d'accomplir des fonctions distinctes; mais il arrive – et ceci est essentiel à notre sujet – qu'ils accomplissent les mêmes fonctions à des degrés divers. Nous avons donc, dans la première illustration, un mélange de structurel et de graduel; dans la seconde, un mélange de fonctionnel et de graduel.

3. Tous ces organes, qui produisent, chaque année, des milliers d'actes étatiques, doivent se soumettre à un principe commun: que leurs décisions soient, autant qu'il est possible, *cohérentes*. Assurément, un très grand nombre d'actes n'ont aucun rapport entre eux, de sorte que, pour eux, la question de la cohérence ne se pose pas. Que l'on achète ici des avions militaires, que l'on réforme là un code de procédure pénale, que l'on accorde une concession hydraulique, que l'on élise un juge, ce sont autant de décisions absolument distinctes. D'autres actes ont, entre eux, un rapport purement politique. On peut penser, par exemple, qu'il y a un certain lien entre les divers aspects de la gestion économique d'un pays et qu'il ne serait guère compréhensible, par exemple, de diminuer les impôts en même temps qu'on limite les crédits bancaires. Mais ce n'est pas là une question de logique juridique. Quand nous parlons de cohérence, nous entendons que l'activité de l'Etat ne doit pas être contradictoire: il ne faut pas qu'une même personne

soit réduite à obéir, au même moment, à deux prescriptions qui s'annulent; car la contrariété des commandements est une forme de l'anarchie, qui est la négation de l'Etat.

4. Mais le seul énoncé du principe ne suffit pas pour assurer son règne. C'est un fait d'expérience que les organes de l'Etat ne l'observent pas toujours. Le plus souvent, c'est parce qu'ils sont dans l'erreur. Parfois, c'est parce qu'ils le méprisent. Quoi qu'il en soit, il faut alors que l'ordre juridique contienne des *règles de conflit*. Ces règles indiqueront, de deux actes contraires, lequel l'emporte sur l'autre.

Quand un législateur, après avoir fait une loi, en fait une autre qui la contredit, la règle de conflit habituelle est que la loi la plus récente remplace la plus ancienne (*lex posterior derogat priori*). Parfois, le caractère très particulier de l'ancienne loi lui permet de subsister à côté de la nouvelle, qui s'applique, elle, à toutes sortes de cas analogues, mais autres (*lex specialis derogat generali*). D'autres fois encore, la nouvelle loi précise ce qu'il advient de la première.

Si un juge, dans une affaire qu'il a déjà jugée, se ravise et, de lui-même, rend un second jugement, cette décision sera généralement nulle, à cause de l'autorité qui s'attache à la précédente. Si, au lieu d'un juge, il s'agit d'un organe administratif, la règle de conflit n'est pas tout à fait la même. On estime, en effet, qu'ici le besoin de sécurité est moins pressant que dans le cas d'un jugement ou, si l'on préfère, qu'il peut y avoir un intérêt public prépondérant à ce qu'une décision erronée soit corrigée d'office.

C'étaient, jusqu'à maintenant, des contrariétés qui provenaient d'un même organe. Quand un jugement viole une loi, il est attaquant, dans un certain délai, auprès d'une autorité de recours. Quand un acte administratif viole une loi, il en va de même et, de plus, il peut être annulé d'office par une autorité administrative de surveillance. Il y a d'autres règles de conflit qui disent dans quelle mesure un jugement lie l'administration, ou un acte administratif le juge. Bref, avec un peu de patience, on arriverait à dégager, de n'importe quel ordre juridique, tout un système de résolution des conflits.

5. Quand on dit que les règles de droit d'un certain Etat se

superposent en une hiérarchie (Stufenordnung), on formule également une règle de conflit.

Chapitre premier

La hiérarchie des règles en général

6. Nous ne traitons, ici, que de règles ou d'actes normatifs, c'est-à-dire de dispositions juridiques générales et abstraites, qui s'adressent à un nombre de personnes indéterminé et visent un nombre indéfini de cas. Nous ne considérerons ni le rapport entre les règles et les actes qui les appliquent à une personne déterminée dans un cas défini, ni celui entre les actes d'application et les actes d'exécution, qui achèvent de concrétiser l'espèce en la consommant.

7. Une hiérarchie suppose une différence de degré, de niveau, de rang. Dans une hiérarchie, il y a des personnes ou des choses d'un degré supérieur, des personnes ou des choses d'un degré inférieur. L'idée de la hiérarchie, c'est que ce qui est du degré supérieur l'emporte sur ce qui est du degré inférieur. A la différence de degré correspond donc une différence de force. Cette correspondance n'est pas absolument nécessaire du point de vue logique, mais elle est très générale, ainsi que nous le constaterons plus loin.

La supériorité d'une règle par rapport à une autre peut, théoriquement, tenir à diverses qualités. On pourrait, d'abord, dire que les règles s'étagent selon leur contenu, *par rang d'importance*. Les principes fondamentaux sont supérieurs aux grandes règles, et celles-ci sont supérieures aux règles de détail. Cette conception est évidemment conforme au sens commun. Chacun comprend que le principe d'égalité est plus important que la règle de la progressivité de l'impôt, et qu'à son tour celle-ci est plus importante que les règles sur la période fiscale ou sur la prescription de la dette d'impôt. Ou encore: que le principe du suffrage universel et direct est plus important que la règle de la représentation proportionnelle, laquelle est plus importante que les règles sur le panachage ou sur l'utilisation des restes, etc. Tout cela est vrai, mais ne nous conduit pas très loin. Outre que l'importance relative des règles n'est pas toujours aussi facile à discerner, nous n'apprenons pas,

avec cette méthode, ce qu'il faut faire dans l'hypothèse la plus difficile, et nullement la plus rare, où il y a conflit entre deux règles de même importance. Quand nous sommes en présence de deux règles d'importance décroissante, comme la première peut être mise en œuvre de plusieurs façons, les conflits seront alors moins nombreux qu'on ne pense. Mais, s'il y a vraiment contrariété entre la règle la plus importante et celle qui l'est moins, en donnant toujours la préférence à la première sur la seconde, on négligerait d'autres manières, au moins aussi raisonnables, de résoudre le conflit. Par exemple, il n'est pas exclu que l'auteur de la règle moins importante ait voulu déroger, dans un cas spécial, à la règle plus importante.

8. Cette allusion à l'auteur de la règle nous indique une autre hiérarchie. En effet, quand c'est le même auteur qui a fait les principes, les grandes règles et les petites, il conviendrait de présumer qu'il a légiféré avec cohérence, que les apparents conflits, au fond, n'en sont pas, que les dérogations sont voulues. Mais, dans la plupart des Etats, plusieurs organes peuvent poser des règles. C'est même ce qui fait l'intérêt de notre problème. On pourrait, alors, dire que les règles se rangent selon l'organe qui les édicte, *par degré d'autorité*. Il reste à trouver un critère de l'autorité. Ce critère dépend étroitement du système politique et de l'idée qu'on se fait de la légitimité. Dans une monarchie, on pourrait soutenir que le roi est au-dessus de tous les conseils du pays. Dans une démocratie, et il n'y a, aujourd'hui, plus guère qu'elles, on doit reconnaître que la légitimité vient du peuple et qu'elle s'affaiblit à mesure qu'on s'en éloigne. Il résulte de cette prémisse que l'organe le plus élevé est le peuple, suivi de l'assemblée directement élue par le peuple, elle-même suivie du gouvernement qu'elle a désigné, etc. Quand le gouvernement est également élu par le peuple, il faut recourir à un critère en quelque sorte subsidiaire, qui pourrait être la façon dont on a distribué les fonctions: si un organe a reçu, au premier chef, une fonction normative et que l'autre ne l'a qu'accessoirement, le premier aura, pour cette activité-là, le pas sur le second. D'ailleurs, l'affaire n'est pas simple: si la plupart des Etats qui reconnaissent une hiérarchie l'établissent sur l'autorité des organes, ils n'ont pas tous adopté le même ordre.

9. La hiérarchie selon les organes est formelle, par opposition à celle qui se fonde sur l'importance des règles, qu'on pourrait appeler, dans le même langage, matérielle. Mais on peut également concevoir une hiérarchie formelle à l'intérieur des œuvres d'un même organe. Si cet organe use de plusieurs procédures, par exemple d'une procédure ordinaire pour son activité habituelle, d'une procédure plus lourde pour certaines décisions, il est assez naturel d'en conclure, si l'on veut que cette différence ait un sens, que les règles prises dans la procédure lourde sont supérieures à celles qui le sont dans la procédure ordinaire. S'il faut, parfois, une majorité qualifiée des deux-tiers et qu'il suffit, le reste du temps, d'une majorité simple, il semble bien évident que les règles qui ont dû, pour être valables, être prises à la majorité qualifiée l'emportent sur les autres.

10. Tout cela valait pour les règles d'une même collectivité. Quand on en vient aux rapports structurels entre les règles d'une collectivité et celles d'une autre, la situation est un peu différente. Soit une loi, prise par le parlement de l'Etat, et une autre loi, prise par le parlement d'une province de l'Etat. Que se passe-t-il, si elles se contredisent?

Dans les deux cas précédents, du conflit entre les actes d'un même organe et du conflit entre les actes de deux organes de la même collectivité, nous avons cru pouvoir dégager des solutions constantes: l'acte adopté dans la forme la plus lourde prime les autres (ci-dessus, n° 9); ou: l'acte de l'organe qui a l'autorité démocratique la plus élevée prime les autres (n° 8). Car on ne comprendrait pas – sauf exception dûment justifiée – qu'on mobilise le Parlement pour faire ce que le Gouvernement peut défaire à son gré; on ne comprendrait pas qu'on fasse voter à une majorité qualifiée ce qu'une majorité moindre peut répudier en tout temps. Mais, dans le conflit entre les actes de deux collectivités, nous ne pouvons pas nous contenter d'une argumentation aussi élémentaire. Naturellement, il y a d'excellentes raisons pour dire, selon la formule consacrée, que la loi de l'Etat brise celle de la province. Mais il n'y a rien d'absurde à dire que c'est la loi de la province qui brise celle de l'Etat. Avec la première règle de conflit, on donne à entendre qu'on cherche l'unification du droit, la diversité pro-

vinciale n'étant qu'une phase transitoire. Avec la seconde règle de conflit, on met l'accent sur le particularisme des provinces; c'est lui qui doit l'emporter, quand il se manifeste; cependant, pour prévenir des lacunes, on admet l'utilité d'une loi uniforme donnée par l'Etat: le législateur de l'Etat bouche, en d'autres termes, les trous laissés par les législateurs des provinces. Les deux solutions n'ont assurément pas la même valeur politique; la première est, aujourd'hui, préférée à la seconde. Mais elles sont, toutes les deux, également *raisonnables*.

11. L'établissement d'une hiérarchie a quelques conséquences juridiques, par lesquelles s'exprime, précisément, sa nature de règle de conflit. Tout d'abord, nous l'avons vu, une règle d'un degré quelconque est plus forte que toutes les règles des degrés inférieurs, plus faible que toutes celles des degrés supérieurs. Il en résulte qu'elle peut toujours abroger, ou modifier, ou compléter durablement, ou suspendre temporairement, une règle d'un degré inférieur, et qu'elle ne peut pas en faire autant pour une règle d'un degré supérieur. Quant aux règles du même degré, il est bien clair que la seule notion de la hiérarchie formelle ne nous permet pas de les ordonner. Mais cette notion s'accompagne ici d'un principe complémentaire, qui est celui de la mutabilité des règles¹: ce qu'on a fait d'une certaine manière peut toujours être défait de la même manière, c'est-à-dire par le même organe, dans la même procédure. Ce principe est assez général: il vaut pour les contrats comme pour les lois. Des décrets irrévocables, comme on dit que Cyrus les aimait, ou des contrats indissolubles, signés par des doigts sanglants, ne sont plus de notre temps: ils sont contraires à la liberté et paralysent les sociétés. En d'autres termes, une règle d'un degré quelconque peut toujours abroger, ou modifier, ou compléter, ou suspendre une règle d'un même degré formel.

12. Seulement, l'expérience et la raison nous ont appris qu'il ne faut jamais dire «toujours». Les principes les mieux établis peuvent souffrir des exceptions. Mais ces exceptions ne dénaturent pas le principe, si elles prennent leur base dans des disposi-

¹ On dit parfois: principe du parallélisme des formes (ATF 94 I 29, 36, Blaser, du 21 février 1968). Mais il faut d'abord trancher la question préalable, si une autorité est liée par les décisions qu'elle a prises.

tions qui sont, elles-mêmes, conformes au principe. Ainsi, une règle du premier degré (degré supérieur; ici, les chiffres sont utiles) peut prévoir qu'une règle du deuxième degré pourra abroger une règle du premier degré; ou qu'une règle du troisième degré pourra abroger une règle du deuxième degré; ou qu'une règle du deuxième degré ne pourra pas abroger une autre règle du deuxième degré², ou qu'elle ne pourra même pas abroger une règle du troisième degré, etc. Ce qu'il faut, si l'on veut simplement nuancer la hiérarchie sans la détruire, c'est que l'exception qui se rapporte à l'effet d'une règle inférieure soit permise par une règle supérieure. A cette condition logique s'en ajoute d'ailleurs une autre, qui n'est pas moins évidente: de telles exceptions doivent garder leur caractère exceptionnel. Car, si la règle suprême disait que toutes les règles inférieures pouvaient abroger n'importe quelle règle supérieure, le principe de la hiérarchie n'aurait servi qu'une fois, pour s'abolir lui-même.

13. En résumé, la plupart des Etats ont confié à plusieurs organes le soin d'édicter des règles. Dans maint système, certains organes disposent, de surcroît, d'au moins deux procédures pour s'acquitter de leur fonction. Enfin, la plupart des Etats ordonnent leurs règles selon le principe d'une hiérarchie formelle. La hiérarchie matérielle ne joue qu'un rôle d'appoint dans la résolution des conflits. Nous allons maintenant essayer d'illustrer tout cela par deux exemples, celui de l'Allemagne occidentale et celui de la France. Nous nous bornerons, ce faisant, à décrire leur activité normative nationale, en laissant de côté la législation des collectivités inférieures.

14. En Allemagne occidentale, les règles les plus élevées se trouvent dans la Loi fondamentale – ou Constitution – du 23 mai 1949. Cette loi a été adoptée, à la majorité de 53 voix contre 12, par un Conseil parlementaire issu des Parlements des Länder. Elle a, ensuite, été ratifiée par les Parlements de dix Länder, contre la seule opposition de la Bavière. La Loi fondamentale peut être révisée à la majorité des deux-tiers des membres du Bundestag et des voix du Bundesrat, qui sont les deux chambres du Parlement

² Exemple: La garantie constitutionnelle de la propriété peut empêcher qu'une loi réduise une créance fondée sur une loi antérieure (comp. ATF. 67 I 177, 187, Scacchi, du 27 octobre 1941).

fédéral (art. 79 I et II). Les lois ordinaires sont adoptées, en certaines matières (exemples: art. 84 I, 85 I, etc.), à la majorité dans les deux chambres (Zustimmungsgesetze). Dans les autres matières, elles sont adoptées par le Bundestag, le Bundesrat n'ayant qu'un droit d'opposition dilatoire (Einspruchsgesetze). Les lois peuvent habiliter le Gouvernement à édicter des règles normatives dans des ordonnances (Rechtsverordnungen), pourvu qu'elles précisent le contenu, le but et l'ampleur de la délégation (art. 80 I). La hiérarchie est donc la suivante: Loi fondamentale – Zustimmungsgesetz – Einspruchsgesetz – ordonnance. Elle est, jusqu'à maintenant, purement formelle. Par exemple, une loi approuvée par le Bundesrat ne peut être modifiée qu'avec son accord, même si la modification porte sur un point qui, à lui seul, ne l'aurait pas requis. Mais toute considération du fond n'est pas absente du système. Il y a, dans la Constitution, des règles qui sont déclarées intangibles (art. 79 III). Cela signifie que les chambres, même à la majorité des deux-tiers, ne peuvent pas les modifier. Ces règles, qui ont ainsi été mises au sommet de la hiérarchie, doivent leur suprématie non à leur forme, mais à leur contenu. Il s'agit – aux dires de la doctrine – des libertés individuelles, des principes démocratique et fédératif, de la séparation des pouvoirs. Une revision constitutionnelle qui les violerait pourrait être déclarée inconstitutionnelle (!) par le Tribunal fédéral de Karlsruhe³. Quant à la délégation législative, nous venons de voir qu'elle était, elle aussi, soumise à des limites matérielles. Assurément, la Constitution permet au législateur de transférer au Gouvernement une partie de son pouvoir normatif. Mais il ne doit pas s'agir de la partie essentielle: les grandes règles doivent se trouver dans la loi et, si la délégation va plus loin, le même Tribunal de Karlsruhe peut la déclarer nulle.

15. En France, sous la Cinquième République, les règles les plus élevées se trouvent dans la Constitution, qui est du 4 octobre 1958. Cette Constitution, préparée par le dernier Gouvernement de la République précédente, a été approuvée par le peuple dans un referendum du 28 septembre 1958. Elle peut être révisée par l'As-

³ Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, vol. 30, p. 1, du 15 décembre 1970.

semblée nationale et le Sénat, dont la décision sera confirmée soit par un referendum, soit, éventuellement, par les chambres réunies en Congrès, statuant à la majorité des trois-cinquièmes des membres votants (art. 89). Au-dessous de la Constitution viennent les lois organiques, qui sont obligatoirement soumises à un contrôle de constitutionnalité et qui, lorsqu'elles touchent au Sénat, requièrent l'assentiment des deux chambres ou, dans les autres cas, à défaut de l'accord du Sénat, la majorité absolue des membres de l'Assemblée nationale (art. 46). La Constitution indique dans quels domaines la forme de la loi organique est nécessaire (exemples : art. 23 II, 25 I, 27 III, etc.). Au-dessous des lois organiques, nous trouvons les lois ordinaires, qui sont prises à la majorité des membres votants de l'Assemblée nationale, le Sénat n'ayant ici qu'un veto dilatoire (art. 45). Mais les lois ne peuvent avoir pour objet que les matières qui sont énumérées dans la Constitution (art. 34). En d'autres termes, la Constitution contient deux listes : celle des matières législatives et, à l'intérieur de ces matières, celle des domaines soumis à la forme de la loi organique. Dans les matières qui ne sont pas législatives, l'activité normative n'appartient plus au Parlement, mais au Gouvernement, qui édicte des règlements (art. 37). Dans les matières législatives, le Parlement peut d'ailleurs déléguer, pour une durée limitée, son pouvoir normatif au Gouvernement, qui prend alors des ordonnances (art. 38). En période troublée, le Président de la République peut s'arroger le droit d'adopter des mesures qui, selon la matière – législative ou non – à laquelle elles se rapportent, auront la nature d'une loi ou d'un règlement (art. 16). Le Conseil constitutionnel, qui est une sorte de tribunal suprême, revoit d'office la constitutionnalité des lois organiques et, sur demande, celle des lois ordinaires (art. 61). Le Conseil d'Etat, qui est le tribunal administratif supérieur, revoit, sur demande, la légalité des ordonnances et la constitutionnalité des règlements et des mesures que le Président de la République a prises dans les matières qui ne sont pas législatives. Ce système est encore compliqué par l'existence, dans certains domaines, de lois référendaires, qui échappent au contrôle de constitutionnalité et qui peuvent même servir, depuis une fameuse application de l'automne 1962, à reviser la Constitution (art. 11). Il

est, par conséquent, très difficile d'établir une hiérarchie en des termes simples. Voici, à peu près, comment on pourrait montrer les choses: Constitution – loi organique – loi ordinaire et règlement, étant entendu qu'à ces trois degrés, et s'il s'agit d'organiser les pouvoirs publics, le Président de la République peut proposer au peuple une loi référendaire. Viendraient ensuite les ordonnances de l'art. 38. Les règlements de l'art. 37, eux, ne sont pas inférieurs aux lois, puisqu'ils sont pris dans des matières où il n'y a, justement, pas de loi. S'il s'y trouve néanmoins une loi, adoptée avant 1958 ou, après 1958, à la suite d'une erreur, le règlement peut l'abroger (art. 37 II). Quant aux mesures que le Président édicte en vertu de l'art. 16, nous avons vu qu'elles se situaient au degré de la loi et du règlement, la seule différence étant que la mesure réglementaire est exposée à un contrôle judiciaire, alors que la mesure législative y échappe. Cette distinction entre le domaine de la loi et le domaine du règlement est la principale touche matérielle qui vienne colorer un système, d'ailleurs, très formel. En tout cas, la revision de la Constitution ne se heurte pas aux mêmes limites qu'en Allemagne (sauf la réserve de la forme républicaine du gouvernement, art. 89 V): nous n'avons pas, en France, de contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Cela s'explique, en partie, par le rôle que le peuple joue dans l'adoption de ces lois: l'Allemagne, elle, ne connaît pas le referendum.

Chapitre deuxième

La hiérarchie des règles en Suisse

A. Le rapport des règles fédérales entre elles –

La hiérarchie fonctionnelle

16. En Suisse, les règles fédérales se superposent selon une hiérarchie qui est, presque exclusivement, formelle. Elles peuvent, en effet, revêtir l'une des formes suivantes, énumérées dans un ordre décroissant: la Constitution ou l'arrêté constitutionnel – la loi – l'arrêté de portée générale – l'arrêté de l'Assemblée fédérale – l'ordonnance du Conseil fédéral – celle d'un département – celle

d'un service (division, office) d'un département. Tels sont les degrés usuels. L'échelle a été enrichie, en 1874, par l'institution du referendum législatif et encore nuancée, en 1949, par la redéfinition des effets de la clause d'urgence.

I. La diversité des formes

17. Ces formes se distinguent principalement par l'auteur de l'acte, accessoirement par la manière dont il agit.

Au sommet, la *Constitution*. Celle de 1848 était l'œuvre de l'ancienne Diète, ratifiée par le corps électoral (ou le Parlement) de la majorité des cantons. Celle de 1874 a été établie par le Conseil national et par le Conseil des Etats (Assemblée fédérale), statuant à la majorité des membres votants, puis acceptée par la majorité du corps électoral fédéral et par celle des cantons. Depuis lors, et ceci a été précisé dans un amendement de 1891, les textes constitutionnels sont formulés par l'Assemblée fédérale ou, s'il s'agit d'une revision partielle, par cinquante mille citoyens et confirmés ensuite par la double majorité du peuple et des cantons. Inutile de décrire en détails des choses aussi connues. Notons seulement qu'il n'y a pas de différence entre un arrêté constitutionnel, qui ajoute à la Constitution un ou plusieurs articles nouveaux ou qui en modifie ou en supprime d'anciens, et un additif constitutionnel, qui place une nouvelle disposition à côté de la Constitution, sauf que l'additif est, en général, pris pour une durée limitée et ne peut donc que suspendre temporairement une règle constitutionnelle, non pas l'abroger définitivement.

18. Au-dessous de la Constitution, la *loi*. De 1848 à 1874, la loi était l'affaire de la seule Assemblée. Maintenant, c'est toujours l'Assemblée qui la fait (il n'y a pas, ici, d'initiative populaire); mais elle est exposée au referendum du peuple, quand trente mille citoyens (ou huit cantons) le demandent. On voit donc les deux traits qui la distinguent de la Constitution: le referendum n'est que facultatif et, quand il est demandé, la majorité du peuple suffit, celle des cantons n'est pas nécessaire.

19. Presque au même degré que la loi, l'*arrêté de portée générale*.

C'est aussi un produit de l'Assemblée. Il est aussi exposé au referendum. Mais, s'il y a péril en la demeure, c'est-à-dire si son entrée en vigueur ne souffre aucun retard, il peut être muni d'une clause d'urgence. Le referendum, alors, ne diffère pas son application; mais, s'il est demandé, et qu'il est négatif, il entraîne sa caducité, au bout d'un an. C'est dire que, si l'arrêté urgent est pris pour un an ou moins, il échappe tout-à-fait au vote populaire.

20. Au-dessous de la loi et de l'arrêté de portée générale, l'*arrêté de l'Assemblée fédérale*, qu'une terminologie moderne appelle, sans souci de la confusion, arrêté de portée générale pour lequel le referendum ne peut pas être demandé. Mais peu importe le langage: on voit de quoi il s'agit. L'arrêté, quelle que soit sa durée, est pris par l'Assemblée, sans referendum.

21. Après l'arrêté de l'Assemblée fédérale vient l'*ordonnance du Conseil fédéral*. C'est, comme son nom l'indique, l'acte que prend le Gouvernement, tout seul, quand il édicte lui-même des règles. Il n'est pas sujet à referendum. Les degrés suivants, l'ordonnance d'un département, puis celle d'un service, se définissent, également, par leur intitulé.

22. Nous avons négligé, dans notre échelle, certaines formes intermédiaires. Par exemple, entre l'arrêté de l'Assemblée fédérale et l'ordonnance du Conseil fédéral se situent les règlements des chambres. Leur position est assez claire: ils sont inférieurs à l'arrêté, n'étant le fait que d'une chambre; mais supérieurs à l'ordonnance, étant l'œuvre d'un corps parlementaire. Mais il y a encore une autre forme, qu'il est plus difficile de classer: l'ordonnance du Conseil fédéral approuvée par l'Assemblée. Elle tient de l'ordonnance en ce que le Conseil fédéral peut l'abroger tout seul. Elle est toutefois plus qu'une ordonnance, en ce qu'il ne peut pas la modifier ni la compléter sans l'agrément parlementaire. Nous attendrons l'occasion d'un improbable conflit pour examiner si une telle forme est supérieure aux règlements des chambres.

23. Dans l'ensemble, le système suisse est simple, beaucoup plus, nous semble-t-il, que le système français. Il suit l'ordre décroissant de l'autorité: une démocratie fédérative accorde, assez naturellement, la légitimité suprême à la combinaison du peuple et des cantons; puis vient le peuple seul, sans les cantons; puis le Parle-

ment ; puis le Gouvernement et ses subdivisions⁴. Ce système nous donne donc le principe de résolution des conflits : la loi doit obéir à la Constitution ; l'arrêté de l'Assemblée à la Constitution et aux lois ; l'ordonnance, à la Constitution, aux lois et aux arrêtés. Mais, bien entendu, pas plus en Suisse qu'ailleurs ce principe n'est exempt de dérogations.

Pour mieux comprendre le principe et les dérogations qui lui ont été apportées, nous allons maintenant revoir les formes que nous avons énumérées, en examinant ce qu'elles peuvent contenir et ce qui se passe quand leurs contenus ne s'accordent pas entre eux.

II. Le contenu des diverses formes

24. Commençons par la *Constitution*. Dans la Constitution, on met d'abord les règles fondamentales de l'Etat, celles qui établissent sa structure, son organisation, son rôle ; en d'autres termes, les règles qui font de la Suisse une fédération de cantons, une démocratie référendaire, une société mélangée de libéralisme et de socialisme. On y trouve donc des dispositions sur la nature des cantons, le partage des compétences entre la Confédération et les cantons, la composition, les pouvoirs et les tâches du Parlement, du Gouvernement et du Tribunal fédéral, les droits politiques des citoyens, le referendum, la revision de la Constitution, les libertés des particuliers.

Voilà ce qu'il y a dans notre Constitution, de même que (*mutatis mutandis*) dans celle d'un grand nombre d'Etats étrangers. Mais ce n'est pas tout. A cause de son caractère référendaire, le Parlement et les citoyens – par la voie de l'initiative – ont proposé d'y introduire toute espèce de règles beaucoup plus détaillées. Le peuple et les cantons en ont accepté plusieurs, de sorte que notre

⁴ On ne doit pas méconnaître que cette échelle ne correspond pas toujours à la réalité politique. Il y a des revisions constitutionnelles qui ont été votées dans l'indifférence et des lois qui ont été acceptées avec force. Il arrive aussi que le Parlement bâcle un arrêté sans en peser les termes et que le Gouvernement mette le plus grand soin dans la confection d'une ordonnance. Dire que le peuple ou le Parlement a « voulu » ceci ou cela tient parfois de la fiction. Mais cette fiction prévient le désordre.

Constitution, qui contient assurément l'essentiel, renferme encore bien d'autres choses.

On peut, dès lors, se demander si la Constitution n'est pas apte à recevoir n'importe quelle disposition, sur n'importe quel objet, pourvu, naturellement, que le peuple et les cantons l'agrément. Et la question s'est posée, en effet, à mainte reprise dans la doctrine et devant l'Assemblée fédérale. La doctrine dominante répond non. La pratique parlementaire répond oui. Nous penchons, personnellement, pour cette pratique; parce que, si nous comprenons fort bien l'intérêt politique et moral qu'il y a de ne pas gauchir notre Constitution par d'aberrantes mesures, nous ne voyons pas au nom de quel critère l'Assemblée empêcherait le peuple et les cantons de décider eux-mêmes ce qu'il y faut porter.

C'est pour la même raison que nous nions qu'il existe, dans la Constitution, des règles intangibles. On ne saurait assez marquer l'abîme qui sépare, sur ce point, notre système de celui de l'Allemagne. En Allemagne (ci-dessus, n° 14), c'est le Parlement qui, seul, revise la Loi fondamentale; et l'on peut admettre qu'il n'appartient pas à la majorité, même qualifiée, de deux assemblées de bouleverser le régime dont elles sont issues. Mais, chez nous, c'est le peuple et les cantons qui ont fait la Constitution et qui la revisent, et il faut être hardi pour opposer leurs décisions passées à leur volonté d'aujourd'hui.

La seule hiérarchie que nous acceptons est celle que nous suggère la coexistence de deux procédures, pour la revision totale et pour la revision partielle. La première est plus lourde que la seconde. Elle suppose, en effet, quand les deux chambres ne s'accordent pas entre elles ou qu'elle provient d'une initiative populaire, un vote préalable du peuple et la dissolution du Parlement. Et alors il nous semble qu'on peut tirer de cette dualité que la revision, si elle s'attaque aux bases mêmes de notre régime, doit se faire dans la procédure la plus lourde. Il s'ensuit qu'on ne devra pas, dans la simple forme d'une revision partielle, altérer les règles les plus importantes de notre Constitution. Sous cette réserve, dont nous reconnaissons le caractère matériel (qu'est-ce qui est important, qu'est-ce qui ne l'est pas?), un arrêté constitutionnel peut toujours modifier la Constitution.

25. Dans la *loi*, on met toutes les règles qui sont de la compétence fédérale et qui ne dérogent pas, d'une autre manière, à la Constitution. L'Assemblée et le peuple ont, chez nous, la plénitude législative pour les matières fédérales. Ce n'est pas comme en France, où le Parlement ne peut faire des lois que dans des domaines limitativement énumérés, le reste du pouvoir revenant, de par la Constitution même, au Gouvernement (ci-dessus, n° 15). Le législateur suisse a donc une vocation normative générale. Il est vrai qu'une loi du 23 mars 1962⁵ réserve à la forme de la loi les seules «règles de droit», qui sont celles qui donnent aux particuliers des droits et des devoirs, créent des autorités et fixent des procédures (art. 5). On peut, par conséquent, penser qu'il y a d'autres règles, qui ne sont pas «de droit» et qui, d'après la même loi, dépendraient du seul Parlement. Mais, outre qu'il s'agit là de règles apparemment peu importantes, la restriction figure, on l'a vu, dans une loi, non pas dans la Constitution. Rien n'empêche donc le législateur de s'affranchir des décisions qu'il a prises en 1962 et, se fondant sur le principe de la mutabilité (ci-dessus, n° 11), d'édicter autre chose que des «règles de droit»⁶. Tout ce qu'on pourrait alors lui reprocher serait de manquer de constance, qui est un grief de nature purement politique. En d'autres termes, la loi de 1962 n'est qu'une tentative, intéressante mais vaine, de soustraire au législateur – donc au referendum – certains objets jugés mineurs.

26. Nous arrivons maintenant à la forme, très «suisse», de l'*arrêté de portée générale*. Cette forme ne se distingue de celle de la loi que par la possibilité qu'il y a, pour le Parlement, de la munir de la clause d'urgence. Cela est prévu par la Constitution. Quant à son contenu, c'est de nouveau la loi, déjà citée, de 1962 qui cherche à le préciser: on y met les règles de droit qui sont prises pour une durée limitée (cinq ou dix ans, d'après la pratique). Rien n'empêcherait, on vient de le voir, de passer de telles règles dans la forme de la loi. Mais l'opération n'aurait guère de sens.

⁵ 171.11.

⁶ Par exemple, une tranche de subventions: voir l'art. 14 al. 1 de la loi sur l'aide aux universités, du 28 juin 1968 (414.20); Bulletin sténographique, 1968, Conseil des Etats, p. 99–100.

Il est plus intéressant d'examiner si on peut mettre des règles de droit d'une durée illimitée dans la forme de l'arrêté. Si l'arrêté n'est pas muni de la clause d'urgence, il n'y a aucune objection. La forme étant alors absolument identique à celle de la loi, ce n'est que le titre qui change. En revanche, s'il est muni de la clause d'urgence, cela signifierait qu'un tel acte peut, sans referendum suspensif, abroger durablement une loi quelconque. Mais il n'est pas nécessaire de chercher si une telle dérogation à la loi de 1962 est licite, parce que la Constitution elle-même, dès 1939, n'admet l'urgence que pour des arrêtés de durée limitée (jusqu'à cinq ans, d'après la pratique). Autrement dit, même si on pense qu'un arrêté de portée générale peut, malgré la loi de 1962, être pris pour une durée illimitée, cela n'est plus permis dans la seule hypothèse où cette faculté présenterait un intérêt, c'est-à-dire en cas d'urgence.

Un arrêté urgent ne peut donc pas abroger, ni compléter, ni modifier durablement une loi. Il ne peut lui apporter qu'un changement temporaire. Il peut, par exemple, en suspendre l'application pendant quelques années. On notera que, s'il est pris pour moins d'un an, il peut faire cela sans que le peuple ait rien à dire (ci-dessus, n° 19 in fine).

Mais il y a mieux. La Constitution, par un texte révisé en 1949, permet qu'un arrêté urgent lui soit contraire. Elle exige seulement que, s'il est pris pour plus d'un an, il soit soumis, dans ce délai, au referendum obligatoire du peuple et des cantons. Nous avons donc la situation suivante: pendant un an, l'Assemblée fédérale peut suspendre, à elle seule, l'application de la Constitution, si elle estime qu'il y a urgence. Tout ce que demande le texte constitutionnel, c'est que l'urgence soit constatée à la majorité absolue des membres des deux conseils. Au terme d'un an, la situation se régularise: la suspension ne se poursuit que si le peuple et les cantons, qui sont les maîtres de la Constitution, sont d'accord⁷.

27. Après l'arrêté de portée générale, nous rencontrons l'*arrêté de l'Assemblée fédérale*. C'est, répétons-le, une sorte d'acte que la loi de 1962 nomme également arrêté de portée générale, à cause

⁷ Exemple: quatre arrêtés dits «conjuncturels», du 20 décembre 1972 (642.91, 933.3, 942.20, 951.90; ROLF 1972, p. 3049, 3102, 3112, 3121); approuvés, tous les quatre, le 2 décembre 1973.

de son contenu (art. 7). Mais ce mélange de fond et de forme ne nous paraît pas très heureux. Ce qui caractérise l'arrêté de portée générale, au sens (formel) où l'entend la Constitution, c'est la possibilité de referendum (sauf l'exception de l'arrêté urgent de moins d'un an). Par contraste, l'arrêté dont nous parlons maintenant n'est justement pas exposé à un vote populaire.

Il est vrai que, si nous considérons ce qu'on y peut mettre, nous retrouvons la règle de droit. Mais alors, par quel mystère l'Assemblée peut-elle faire toute seule ce qui, d'après les paragraphes précédents, semblait être l'apanage du législateur, donc du peuple? La réponse est simple: elle reçoit ce pouvoir d'une délégation. Cette délégation peut figurer dans la Constitution elle-même ou dans un additif du même degré (art. 23 al. 3, 37 al. 2 de la Constitution; art. 8 al. 3 f des Dispositions transitoires de la Constitution; autrefois, art. 3 al. 6 de l'additif de 1939 sur l'imposition des grands magasins; art. 5 al. 1 de l'additif de 1950 sur un régime financier temporaire). Mais, le plus souvent, la délégation figure dans une loi ou dans un arrêté de portée générale exposé à referendum. Pas plus que la délégation purement législative au Conseil fédéral, celle-ci ne va de soi (voir, ci-après, n° 30).

Elle est, cependant, admise depuis longtemps dans la pratique et la loi de 1962 – sans la légitimer – la tient pour possible. C'est même dans les lois que se rencontrent les cas les plus remarquables (art. 45 et 87 de la loi d'organisation militaire de 1907⁸; art. 26 de la loi sur l'agriculture de 1951⁹; si, pour prendre une illustration récente, la cavalerie a pu être supprimée sans referendum par un arrêté du 19 décembre 1972¹⁰, c'est parce que l'art. 45 de la loi de 1907 permettait à l'Assemblée de le faire; et, par voie de conséquence, c'est parce que le referendum était exclu qu'on a parlé d'une initiative populaire, qui rétablirait la cavalerie par le moyen d'un nouvel article constitutionnel).

28. Avant d'aller plus loin, nous aimerions montrer, à l'aide d'un exemple simple et notoire, ce que signifie la superposition des formes que nous avons vues jusqu'ici. Soit l'impôt fédéral direct,

⁸ 510.10.

⁹ 910.1.

¹⁰ 513.1; ROLF 1972, p. 3029.

appelé, encore aujourd'hui, impôt pour la défense nationale. Chacun sait, en Suisse, qu'il a sa base dans un texte constitutionnel de 1971, qui en fixe les taux maximaux (art. 41^{ter} al. 1 et 5). La revision de 1971 a d'ailleurs, pour un motif de psychologie référendaire, réduit les taux de 5%, sous réserve d'un arrêté de l'Assemblée fédérale (art. 8 al. 3 f, déjà cité, des Dispositions transitoires). Enfin, dans le même arrêté constitutionnel, il a été prévu que les taux maximaux pourraient être augmentés de 10% (art. 41^{ter} al. 5 in fine). Le taux maximal de l'impôt sur le revenu des personnes physiques fut fixé à 9,50%, ce qui, avec la réduction de 5% votée simultanément, nous donne 9,025%. Tout cela se passait en 1971.

La Confédération manqua bientôt d'argent. Il fallut augmenter l'impôt. La première chose à faire était de supprimer la réduction et de passer de 9,025% à 9,50%. Ce fut l'objet d'un arrêté de l'Assemblée fédérale du 7 mars 1973. La deuxième mesure, proposée en même temps, consistait à utiliser la marge de flexibilité de 10% et de passer de 9,50 à 10,45%. C'était possible dans la forme ordinaire des règles de droit, qui est la loi. Nous eûmes donc une loi du 21 mars 1973. Mais, s'il faut monter au-delà, on devra reviser l'art. 41^{ter} al. 5 de la Constitution. On voit donc la gradation: de 9,025 à 9,50%, un arrêté sans referendum; de 9,50 à 10,45%, une loi exposée à un referendum facultatif du peuple (mais qui, en l'espèce, n'a pas été demandé); au-delà de 10,45%, un arrêté constitutionnel soumis à un referendum obligatoire du peuple et des cantons (il en est question aujourd'hui, avril 1974).

29. Si, maintenant, nous passons du Parlement au Gouvernement, nous nous heurtons à la masse imposante des *ordonnances du Conseil fédéral*. Du point de vue quantitatif, c'est là que se trouve le centre de gravité de notre législation nationale. Cela s'explique par le fait que cette forme peut contenir des objets nombreux et variés.

Le Conseil fédéral tire la majeure partie de son pouvoir réglementaire de la Constitution même. C'est ainsi qu'il est chargé de prendre toutes les dispositions qui sont nécessaires à l'application des lois, des arrêtés de portée générale et des arrêtés de l'Assemblée fédérale, art. 102 5°. On appelle ordonnances d'exécution les me-

sures qu'il édicte à cette fin. Le mot d'«exécution» ne doit pas nous tromper: il donne au Conseil fédéral une compétence étendue. L'exécution, ce n'est pas seulement la concrétisation des règles qui sont dans la loi; c'est aussi, d'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, la définition des termes de la loi¹¹ et c'est même le comblement des lacunes, lorsqu'elles sont véritables et que le silence de la loi n'est pas volontaire¹².

Mais la Constitution habilite, de surcroît, le Conseil fédéral à édicter des règles sur la sûreté extérieure et la sûreté intérieure du pays, c'est-à-dire sur le maintien de l'indépendance et de l'ordre public, art. 102 9° et 10°. Ici, le Gouvernement légifère de lui-même, sans qu'il y ait nécessairement de loi. Ce qu'il fait tient lieu de loi, de sorte qu'on peut donner à cette espèce d'arrêtés le nom d'ordonnances de substitution.

30. Ces deux catégories d'ordonnances avaient leur base dans la Constitution. Non pas, à vrai dire, dans un texte exprès, mais dans des phrases (art. 102 5°, 9° et 10°) que la doctrine dominante s'accorde à comprendre ainsi. Ce qui est plus discutable, c'est si une loi ordinaire peut avoir le même effet; si donc, hors des prévisions de l'art. 102, le législateur peut «déléguer» au Conseil fédéral le soin de poser des règles à sa place. Il y a des Constitutions qui disent ce qu'il en faut penser. Par exemple, la Loi fondamentale allemande permet la délégation à certaines conditions (art. 80; ci-dessus, n° 14); de même, la Constitution italienne de 1947 (art. 76); la Constitution française de la Cinquième République l'accepte aussi (art. 38; ci-dessus, n° 15). A l'opposé, la Constitution française de la Quatrième République, de 1946, la prohibait (art. 13). Dans ces systèmes, la réponse est donc relativement claire (encore que la prohibition de la Quatrième République n'ait guère été respectée). Mais, justement, la Constitution suisse ne dit rien de précis. Alors? Faut-il admettre, avec M. GIACOMETTI, qu'en prescrivant la séparation des pouvoirs, elle empêche, implicitement, la délégation? On sait que la pratique en a décidé autrement, soit qu'elle n'ait pas voulu voir de contrariété entre la séparation et la délégation, soit qu'elle ait estimé que la Constitution

¹¹ ATF 58 I 280, 282, Käch, du 26 septembre 1932.

¹² ATF 95 I 223, 232–233, Dellberg, du 13 juin 1969.

n'imposait pas une séparation intégrale. De quelque manière qu'on raisonne, le point nous paraît définitivement tranché. La délégation législative est reçue, en droit suisse, dans les limites, assez larges, qu'a tracées le Tribunal fédéral, quand il statuait sur la régularité des ordonnances des gouvernements cantonaux: elle doit porter sur une matière déterminée, la loi doit définir l'usage qui pourra en être fait, elle indiquera, au moins approximativement, l'objet, le but et l'étendue de la compétence accordée¹³.

31. Une délégation législative au Gouvernement peut donc figurer dans une loi ou dans un arrêté de portée générale. Et dans un arrêté de l'Assemblée fédérale? Théoriquement, il semble que, si le législateur prend la peine de déléguer une partie de son pouvoir au Parlement (ci-dessus, n° 27), ce n'est pas, sauf permission expresse (comme celle de l'art. 45 al. 2 de la loi d'organisation militaire), pour que celui-ci la subdélègue ensuite au Conseil fédéral. Mais, ici encore, la pratique ne s'est pas embarrassée d'une pareille considération. Par exemple, le statut du lait, du 29 septembre 1953¹⁴, qui est bien une œuvre de l'Assemblée fédérale, confie au Gouvernement le soin de fixer le prix du lait (art. 4). Cette solution est assez naturelle. Et pourtant, quand le Conseil fédéral fixe un prix, malgré les dispositions légales auxquelles il doit se conformer, il fait plus que de prendre une simple mesure d'exécution.

32. Il nous reste à traiter des compétences normatives extraordinaires dont le Conseil fédéral peut être investi en des temps particulièrement graves. La chose s'est produite deux fois dans notre histoire, en 1914 et en 1939. Les deux fois, l'Assemblée fédérale a pris, à cette fin, un arrêté qui n'était pas exposé à referendum. Nous rappellerons, plus loin, que le Gouvernement, fort de ces pouvoirs, a édicté toutes sortes de règles qui étaient contraires à la Constitution et aux lois. Cela suffit à nous montrer que nous ne sommes pas, ici, en présence d'une «délégation». On ne délègue que ce qu'on a et, en principe, le Parlement n'a

¹³ C'est, en ce qui concerne les restrictions apportées aux libertés fondamentales, la jurisprudence la plus récente; voir ATF 98 Ia 584, 592, Schneider, du 31 octobre 1972.

¹⁴ 916.350.

pas à lui seul la faculté de contredire la Constitution ni les lois. L'explication correcte du mécanisme, c'est de dire que la Constitution elle-même, par une règle implicite, attribue au Gouvernement la compétence, conditionnelle, d'adopter des ordonnances d'exception, quand la nation court un danger auquel les procédures parlementaires et référendaires ne fournissent plus de réponse adéquate. Le Conseil fédéral tient donc ses pouvoirs du constituant, non du Parlement. Si, toutefois, l'Assemblée est en mesure de se réunir – ce qu'elle a pu faire dans les deux cas dont nous avons parlé – c'est à elle qu'il appartient de constater l'existence du danger. En d'autres termes, les pouvoirs gouvernementaux dérivent de la Constitution, mais l'enclenchement de ces pouvoirs dépend, «normalement», du Parlement¹⁵. Si l'Assemblée était hors d'état de délibérer, il faudrait bien que le Gouvernement agisse à sa place.

33. Au-dessous du Conseil fédéral, il y a les départements et leurs services. Une loi de 1948¹⁶ dispose que les services ne peuvent prendre des ordonnances que si une loi ou un arrêté (de portée générale) le permet. La jurisprudence en a déduit, par contraste, que les départements, eux, pouvaient en prendre sur une simple délégation du Gouvernement, lors du moins qu'il s'agit de prescriptions principalement techniques (en l'espèce, le Département de l'Intérieur a pu interdire, valablement, d'ajouter des vitamines au tabac, en usant d'une compétence qui lui venait d'une ordonnance du Conseil fédéral)¹⁷.

III. Le rapport entre les contenus

34. Nous avons vu ce qu'on pouvait mettre dans les différents actes normatifs de la Confédération. Il nous faut, désormais, considérer de plus près les rapports entre ces diverses règles. Nous connaissons le principe: la Constitution l'emporte sur la loi, la loi sur l'arrêté, l'arrêté sur l'ordonnance. Mais ce principe n'est pas absolu.

¹⁵ A la différence du système français, art. 16 de la Constitution (ci-dessus, n° 15).

¹⁶ 170.513.1.

¹⁷ ATF 87 IV 29, 38–39, Steiner, du 3 février 1961.

Prenons, d'abord, les rapports avec la Constitution. Les lois, les arrêtés, les ordonnances doivent y obéir. Sans doute n'y a-t-il pas de contrôle judiciaire sur les lois, peut-être pas non plus sur les arrêtés de l'Assemblée fédérale (le point n'a pas été tranché). Mais ce n'est pas cet aspect de procédure qui nous retient ici. Ce qui nous importe, c'est la question de fond : la règle hiérarchique que nous venons de reproduire n'est pas sans exception. Il arrive que la Constitution permette à une loi de la contredire ou, comme on dit parfois, qu'elle «déconstitutionnalise» certaines de ses dispositions. L'un des meilleurs exemples se rencontre à l'étranger : sous la Troisième République, une loi constitutionnelle française du 14 août 1884 a ainsi déclassé tous les articles de la loi constitutionnelle du 24 février 1875 relatifs à la composition du Sénat. En droit fédéral suisse, nous ne connaissons guère qu'une illustration comparable : l'art. 8 des Dispositions transitoires (version de 1971), qui contient certaines règles sur l'impôt sur le chiffre d'affaires et l'impôt pour la défense nationale, réserve les modifications que pourront lui apporter les lois qui seront faites ultérieurement sur ces objets. Mais il n'y a là qu'une curiosité de notre droit fiscal¹⁸. Ce qui est plus remarquable, c'est que la Constitution permet expressément à l'Assemblée fédérale de ne pas l'observer, en cas d'urgence, pendant un an (nous avons vu cela, en parlant des formes, au n° 26 in fine); et qu'elle permet implicitement au Conseil fédéral – telle est du moins l'opinion dominante – de l'ignorer, lorsqu'il use de ses pouvoirs extraordinaires (voir déjà, ci-dessus, n° 32)¹⁹. En revanche, on ne tiendra pas pour des dérogations au principe toutes les lois qui servent à «informer» les règles constitutionnelles, à délimiter leur contenu : les lois qui, par exemple, restreignent la liberté personnelle, ou la liberté d'opinion, ou la liberté du commerce et de l'industrie, pour protéger certains intérêts publics, ne contredisent pas la Constitution; elles ne font que l'interpréter, en en définissant la substance.

¹⁸ Comp. encore l'art. 12 des Dispositions transitoires (sur l'abattage israélite).

¹⁹ Exemples : arrêté du 9 décembre 1940 sur l'impôt pour la défense nationale (qui créait un impôt sans que la Confédération en eût la compétence); arrêté du 15 octobre 1941 sur la pénurie des logements (qui suspendait la liberté d'établissement).

35. Les rapports entre la loi et l'arrêté de portée générale sont simples. Ces deux formes sont équivalentes. Mais, comme l'arrêté est pris pour une durée limitée, en vertu de la Constitution, s'il est muni d'une clause d'urgence, et de la loi de 1962, s'il ne l'est pas, il ne peut affecter la loi que d'un changement *temporaire* (ci-dessus, n° 26). Par exemple, les arrêtés sur l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger²⁰ ont suspendu, dès 1961, à l'égard de certains justiciables, l'application de certaines règles du code civil (actuellement, jusqu'au 31 décembre 1975); l'arrêté sur les abus dans le secteur locatif²¹ a modifié, dès le 7 juillet 1972, pour cinq ans, certaines dispositions du code des obligations. L'arrêté sur les écoles polytechniques fédérales²², pris en 1970 pour une durée de cinq ans également, est encore plus explicite. La loi de 1854, sur l'école de Zurich, «reste en vigueur dans la mesure où les présentes dispositions n'y dérogent pas», précise l'art. 17 al. 1. Mais l'alinéa 3 du même article contient une singularité: il «abroge» littéralement trois articles de cette loi et une autre loi de 1881 sur le conseil de l'école. On peut admettre, à la rigueur, que certains de ces textes, qui ne tiennent pas compte de l'existence d'une deuxième école à Lausanne, avaient perdu leur objet. Mais cela n'est pas vrai de tous les textes ainsi visés. Il en résulte que, si une nouvelle loi n'est pas faite d'ici 1975, nous aurons une situation curieuse: une formule abrogatoire, prise pour un temps limité, sera caduque et on ne saura pas très bien ce qu'il faudra penser des dispositions abrogées, si elles renaissent ou si elles continuent d'être mortes.

36. Les rapports entre la loi, d'une part, l'arrêté de l'Assemblée fédérale et l'ordonnance du Conseil fédéral, d'autre part, peuvent être traités ensemble. L'arrêté de l'Assemblée est, en effet, une espèce d'ordonnance, à ceci près qu'il dérive ordinairement d'une loi, rarement de la Constitution (comp. nos 27 et 29).

Quand l'ordonnance est de pure exécution (n° 29 in initio), elle doit évidemment respecter la loi en tous points. Si, par exemple, une ordonnance dénature la loi par la définition qu'elle donne de ses termes, ou si elle prétend combler une lacune qui n'en est pas

²⁰ 211.412.41.

²² 414.110.2.

²¹ 221.213.1.

une, ou si, d'une quelconque manière, elle dit autre chose que la loi, elle est nulle. Nombreux sont les arrêts du Tribunal fédéral qui ont constaté l'illégalité de mesures que le Gouvernement avait prises. C'est ainsi qu'il a été jugé, en 1971, qu'une ordonnance qui prescrivait l'assurance obligatoire des passagers de moto-cyclette violait la loi sur la circulation routière, qui ne l'imposait qu'aux motocyclistes eux-mêmes²³.

37. Et quand il s'agit d'une ordonnance de substitution, qui dépasse le niveau de la simple exécution et qui, en d'autres termes, tient lieu de loi (ci-dessus, nos 29 in fine, 30)? Si une telle ordonnance est fondée directement sur la Constitution, et qu'elle soit prise dans un domaine où il n'y a pas de loi, le risque d'un conflit avec une (autre) loi est minime, mais celui d'un conflit avec la Constitution demeure entier. Il se résout en faveur de la Constitution, ce qui signifie, en particulier, que le Conseil fédéral ne peut pas faire, lorsqu'il se prévaut de l'art. 102 9^o et 10^o, ce qu'il peut faire, quand il est investi des pouvoirs extraordinaires (ci-dessus, nos 32 et 34). Les ordonnances qu'il prend pour maintenir la sûreté extérieure ou intérieure du pays, sans que soit réalisé le cas de danger national, ne doivent pas déroger à la Constitution : la phrase liminaire de l'art. 102 le dit en toutes lettres. Ce point de droit est donc clair. Mais, comme les dispositions constitutionnelles qui sont en cause concernent, principalement, les libertés individuelles et que ces libertés peuvent être limitées au nom de l'intérêt public, nous ne sommes pas beaucoup plus avancés. La sûreté de la Suisse est aussi un aspect de l'intérêt public, et même le plus important. Si vous lui accordez une valeur absolue, et que les menaces les plus lointaines vous paraissent justifier des mesures protectrices, l'ordonnance la moins libérale passera pour constitutionnelle. Pour finir, tout est affaire de circonstances et de proportions.

38. Si l'ordonnance de substitution est fondée sur la loi, donc sur une délégation législative, le risque d'un conflit avec cette loi est, évidemment, considérable. On peut même dire qu'il est inhérent au mécanisme de la délégation. Or il s'agit là de conflits pour lesquels le principe de la hiérarchie ne nous fournit pas de solution.

²³ ATF 97 II 259, 272, Bays, du 12 octobre 1971.

Car, si le législateur charge l'Assemblée ou le Conseil fédéral d'agir à sa place, ce sera bien pour qu'ils modifient son œuvre, fût-ce en remplissant ce qu'il a volontairement laissé libre. L'ordonnance l'emporte donc sur la loi. Exemple: La loi sur le travail, de 1964, contient toute une réglementation sur la durée du travail (art. 9 et ss.). Mais, à l'art. 27, la même loi habilite le Conseil fédéral à prendre d'autres règles sur la durée du travail dans certaines professions. Tant que le Conseil fédéral n'use pas de cette compétence, c'est la loi qui régit la matière. Mais, s'il légifère – et il l'a fait dès l'origine –, c'est, pour les professions visées, son ordonnance qui fait loi²⁴. Autre exemple: La loi sur le séjour et l'établissement des étrangers, de 1931/1948, partage, aux art. 15 et suivants, les compétences administratives entre la Confédération et les cantons. D'après l'art. 18 al. 2b et c, les cantons ont le droit d'accorder de leur chef des autorisations de séjour, jusqu'à cinq ans, à la main d'œuvre dans le service de maison et dans l'agriculture, et, jusqu'à neuf mois, aux ouvriers et employés saisonniers. Mais l'al. 4 du même article ajoute que le Conseil fédéral peut déroger aux al. 2 et 3. Or, justement, une ordonnance du 13 mars 1964 prévoit, à l'art. 1^{er}, qu'en dérogation à l'art. 18 al. 2b et c de la loi, toutes les autorisations de séjour accordées, par les cantons, à la main d'œuvre dans les services de maison et dans l'agriculture ainsi qu'aux ouvriers et employés saisonniers seront soumises à l'approbation de la Police fédérale des étrangers²⁵. En d'autres termes, la loi attribue une compétence exclusive aux cantons et l'ordonnance leur retire l'exclusivité. La loi donne, l'ordonnance reprend. On ne peut guère trouver d'illustration plus simple.

39. Bien entendu, ces ordonnances ne peuvent modifier la loi que parce que la loi le leur permet. C'est cette permission de la loi qui fait la différence entre l'ordonnance d'exécution et celle de substitution. Quand il n'y a pas de permission, le Gouvernement doit se borner à édicter des règles d'exécution²⁶. La difficulté, dans tout cela, c'est qu'on ne voit pas toujours très bien si la loi contient une telle permission. La délégation était, par exemple,

²⁴ 822.11; 822.112.

²⁵ 142.20; 142.202.

²⁶ De même, l'Assemblée fédérale, agissant en vertu d'une loi (ci-dessus, n° 27), ne

indubitable dans le cas des lois, précitées, sur le travail et sur les étrangers. Mais il arrive que les textes soient beaucoup moins clairs et qu'on doive les interpréter. Il fallait, notamment, recourir à divers procédés d'exégèse pour établir qu'un article de loi qui disait que le Conseil fédéral pouvait prendre des mesures en vue d'«assainir le commerce de détail des tabacs manufacturés» (art. 127 al. 1 d de la loi sur l'assurance vieillesse, de 1946) l'habilitait à prescrire des prix minimaux²⁷.

*B. Le rapport entre les règles fédérales et les règles cantonales –
La hiérarchie structurelle*

40. La structure fédérative suisse est ainsi conçue que le droit fédéral, quand il est pris dans un domaine où la Confédération est compétente, brise le droit cantonal (comp. ci-dessus, n° 10 in fine). La règle fédérale la plus basse l'emporte sur la règle cantonale la plus haute: l'ordonnance d'un département fédéral prime la Constitution d'un canton. Quand l'art. 6 al. 2 a de la Constitution fédérale dit qu'une Constitution cantonale ne doit «rien renfermer de contraire aux dispositions de la Constitution fédérale», il n'énonce qu'un aspect du principe général: c'est l'ensemble du droit fédéral qui doit être respecté. Ce principe, qui n'est nulle part exprimé avec clarté, est communément admis. Il se dégage de l'art. 3 de la Constitution fédérale et de l'art. 2 des Dispositions transitoires. Ces textes montrent, en effet, que les compétences normatives sont partagées exhaustivement entre la Confédération et les cantons, que le pouvoir des cantons est «limité» par celui de la Confédération, que les Constitutions et les lois cantonales

peut pas mettre dans ses arrêtés des dispositions que la loi ne l'habilite pas à prendre. Elle ne peut, en d'autres termes, le faire que dans la forme d'une loi, avec une clause référendaire. Voir l'arrêté, déjà cité, sur le statut du lait, de 1953 (916.350; ci-dessus, n° 31). Quand l'Assemblée l'a enrichi d'une règle sur le prix de vente minimal du lait pasteurisé, elle a dû prendre une loi; cf. la loi du 2 octobre 1964 (Feuille fédérale, 1964 I, p. 711; ROLF 1965, p. 437) et celle du 25 juin 1971 (Feuille fédérale, 1970 II, p. 1498; ROLF 1971, p. 1597).

²⁷ ATF 94 I 82, Tuor, du 15 mars 1968.

ne peuvent entrer ou «cessent d'être en vigueur» dans la mesure où elles sont en conflit avec la Constitution ou les lois fédérales. Le principe est muni de sanctions diverses, telles que la garantie des Constitutions cantonales – et des lois constitutionnelles qui les revisent – par l'Assemblée fédérale, l'approbation de certaines lois cantonales par le Conseil fédéral et toutes sortes de recours au Tribunal fédéral contre les lois et les ordonnances cantonales et leurs actes d'application.

41. A côté de cette hiérarchie «normale», il en existe une autre, qui résulte de l'absence de contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales et des arrêtés de portée générale: les lois que la Confédération prend en dehors de ses compétences brisent également le droit cantonal sous toutes ses formes. En revanche, les ordonnances fédérales inconstitutionnelles ou illégales ne bénéficient pas de la même immunité. Leur nullité pouvant être constatée en tout temps à travers leurs actes d'application, elles sont privées de force dérogatoire.

42. De même que la supériorité de la loi sur l'ordonnance (ci-dessus, nos 30 et 38), celle du droit fédéral sur le droit cantonal peut être levée en certaines circonstances. Les exceptions doivent, évidemment, être prévues par le droit fédéral lui-même; car, une fois qu'une hiérarchie a été établie, on ne peut la modifier qu'en suivant ses voies (comp. ci-dessus, n° 12 in initio).

Mais de quel droit fédéral s'agit-il? Sera-ce la Constitution? En principe non. Si la Constitution fédérale donne, en une certaine matière, la compétence législative aux cantons, ce procédé singulier ne peut signifier qu'une chose: à savoir, qu'à l'occasion d'un transfert de compétence à la Confédération, le constituant a voulu circonscrire cette attribution, en précisant qu'une partie de la matière, ou une matière connexe, continuait d'appartenir aux cantons (voir les art. 24^{sexies} al. 1, 64 al. 3, 64^{bis} al. 2). Dans cette mesure, la Confédération ne sera donc justement pas compétente et il ne sera pas question d'une hiérarchie, ni de son renversement: le droit cantonal ne dérogera pas au droit fédéral, pour la raison qu'il n'y aura pas, dans ce domaine, de droit fédéral.

Il arrive toutefois, mais rarement, qu'on rencontre un autre phénomène: quand la Constitution fédérale pose elle-même une

règle matérielle, telle que la garantie d'une liberté individuelle, il se pourrait qu'elle autorise les cantons, et eux seuls, à y déroger sur certains points. Si, ensuite, les cantons usent de cette permission, ils prendront, avec l'agrément du constituant, une disposition qui contredit partiellement le droit fédéral. Nous avons cela dans le domaine de la liberté économique : les cantons peuvent instaurer des mesures protectionnistes, donc contraires à l'art. 31 de la Constitution fédérale, pour les cafetiers et les restaurateurs (art. 31^{ter} al. 1).

43. C'est donc, ordinairement, une loi ou un arrêté fédéral (voire une ordonnance) qui prévoira les exceptions. Ces exceptions consisteront en une rétrocession de compétences aux cantons : le législateur fédéral, usant d'une compétence que la Constitution lui donne, en rend une partie aux cantons. On peut parler, ici, d'une délégation législative aux cantons. De telles délégations se trouvent, par exemple, en assez grand nombre dans le code civil. Elles sont de plusieurs sortes. Ou bien le législateur fédéral dit que les législateurs cantonaux pourront, ou devront, compléter la loi fédérale (art. 686, 688) ; ici, la délégation contient une autorisation ou un ordre. Ou bien le législateur fédéral permet aux législateurs cantonaux de modifier la loi fédérale (art. 472) ; et là, naturellement, la délégation ne donne qu'une faculté. Ou encore le législateur fédéral laisse aux législateurs cantonaux le soin de mettre en vigueur, s'il leur plaît, les règles qu'il a édictées²⁸. Dans les deux premiers cas, les législateurs cantonaux, quand ils usent de la délégation, font du droit cantonal. Dans le troisième cas, théoriquement le plus intéressant, ils donnent naissance, par une décision cantonale rapportable en tout temps, à des règles de droit fédéral.

44. La délégation législative aux cantons n'a pas suscité la même objection que la délégation aux gouvernements (comp. ci-dessus, n° 30). Au contraire, on la juge plutôt conforme à l'esprit du fédéralisme et la pratique, pas plus que la doctrine, ne l'entoure de grandes précautions. Une seule réserve, toutefois, que nul ne songe à contester : cette délégation ne saurait être globale (comp. ci-

²⁸ Exemple : loi sur le maintien de la propriété foncière rurale, du 12 juin 1951, art. 18–21 (211.412.11) ; cf. ATF 87 I 326, 329, Hauser, du 15 septembre 1961. Voir encore les art. 828–830 du code civil.

dessus, n° 12 in fine). Si le constituant attribue un domaine à la Confédération, ce n'est certainement pas pour que le législateur fédéral le restitue en bloc aux cantons. On conçoit que le code civil leur laisse la question des distances entre les bâtiments (art. 686), ou celle des taux hypothécaires (art. 795 al. 2), mais pas l'ensemble des droits réels.

45. Ajoutons, pour conclure, qu'à l'intérieur du droit cantonal, nous retrouvons des superpositions de formes assez semblables à celles du droit fédéral. C'est ainsi qu'à Neuchâtel, nous avons, par ordre décroissant, la Constitution, qui est soumise au referendum obligatoire; la loi et le décret de portée générale, qui sont exposés à un referendum facultatif; le décret simple du Grand Conseil, pour lequel le vote populaire ne peut pas être demandé; l'arrêté du Conseil d'Etat. Il est vrai qu'il y a aussi, parfois, des différences. Par exemple, plusieurs cantons soumettent leurs lois au referendum obligatoire, comme la Constitution, et paraissent, de ce fait, brouiller les termes de la hiérarchie. Mais la Constitution demeure supérieure aux lois: elle bénéficie de la garantie de la Confédération. En d'autres termes, les dispositions qui auront été présentées à l'Assemblée fédérale, et qu'elle approuve, l'emportent sur les autres. En outre, plusieurs cantons autorisent leur parlement à soumettre de lui-même ses décrets au vote populaire. Un tel décret, s'il est accepté par le peuple, peut-il être modifié, ensuite, sans referendum? Il nous semble que oui, mais cette réponse est évidemment discutable²⁹.

46. La supériorité de la Constitution cantonale sur la loi est garantie par un recours spécial de droit public. La supériorité de la loi sur le décret simple bénéficie de la protection qu'un recours semblable offre aux titulaires des droits politiques. La supériorité du décret sur l'arrêté est sanctionnée à la demande de toute personne qui s'estime lésée par une violation de la séparation des pouvoirs. Et le Tribunal fédéral a encore précisé, s'il en était besoin, que le principe de la hiérarchie formelle était une règle de droit fédéral, qui s'imposait même aux cantons qui l'auraient oubliée³⁰.

²⁹ Comp. ATF 50 I 229, 234, Steiner, du 14 mars 1924.

³⁰ ATF 94 I 29, 37, Blaser, du 21 février 1968.