



COMMENTAIRE EN LIGNE
LE COMMENTAIRE JURIDIQUE
EN OPEN ACCESS

COMMENTAIRE

Art. 164 Cst.

Un commentaire de Leo Tiberghien
Edité par Stefan Schlegel / Odile Ammann

État du traitement : 16.01.2026
PDF créé le : 06.10.2026
DOI: 10.17176/20260116-162156-0

PROPOSITION DE CITATION

Leo Tiberghien, Commentaire de l'art. Art. 164 Cst., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.),
Commentaire en ligne de la Constitution fédérale

Citation abrégée: OK-Tiberghien, art. 164 Cst. N. XXX.

Art. 164 Législation

¹ Toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale. Appartiennent en particulier à cette catégorie les dispositions fondamentales relatives:

- a. à l'exercice des droits politiques;
- b. à la restriction des droits constitutionnels;
- c. aux droits et aux obligations des personnes;
- d. à la qualité de contribuable, à l'objet des impôts et au calcul du montant des impôts;
- e. aux tâches et aux prestations de la Confédération;
- f. aux obligations des cantons lors de la mise en œuvre et de l'exécution du droit fédéral;
- g. à l'organisation et à la procédure des autorités fédérales.

² Une loi fédérale peut prévoir une délégation de la compétence d'édicter des règles de droit, à moins que la Constitution ne l'exclue.

TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction	3
A. Genèse	3
B. Fondements	4
C. Contexte	5
1. Compétence législative formelle	5
2. Réserves générale et spéciales de la loi	6
D. Structure	6
II. Réserve de la loi (al. 1)	6
A. Exigence de forme de la loi (al. 1 1ère phrase)	6
1. Forme de la « loi fédérale »	6
2. « Dispositions importantes qui fixent des règles de droit »	7
B. Exigence de densité normative de la loi (al. 1 2ème phrase i.i.)	9
1. « Dispositions fondamentales »	9
2. « En particulier »	11
3. Densité normative des autres dispositions importantes	11
C. Catalogue de domaines (al. 1 2ème phrase i.f.)	13
III. Délégation législative (al. 2)	16
A. Principe de la délégation législative	16
1. Notion	16
2. Sous-délégation	17
3. Destinataires	18
B. Admissibilité de la délégation législative	21
1. Conditions en général	21
2. « Prévues dans une loi fédérale »	21
3. « À moins que la Constitution ne l'exclue »	21
4. Conditions implicites	22
C. Conflit avec les compétences originaires du Conseil fédéral	22
IV. Justiciabilité	24
V. Conclusion	25
Lectures complémentaires recommandées	26
Bibliographie	27
Matériaux	32

I. INTRODUCTION

A. Genèse

- 1 L'art. 164 Cst. définit quand une règle de droit doit revêtir la forme d'une loi et quand elle peut, au contraire, prendre la forme d'une ordonnance. En cela, il était dépourvu d'équivalent dans l'**ancienne Constitution**¹. Cette disposition codifie néanmoins la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF) relative à la délégation législative développée au cours du XX^{ème} siècle² ; en outre, elle s'inspire de dispositions déjà connues de nombreuses constitutions cantonales depuis les années 1980³. Pour autant, l'adoption de l'art. 164 Cst. fut mouvementée. Sa mouture finale est le fruit d'un processus marqué par divers compromis et altérations. C'est pourquoi la formulation actuelle de l'art. 164 Cst. est quelque peu malheureuse. Son histoire explique en partie les controverses qui marquent son interprétation⁴.
- 2 La **Commission d'experts** mandatée par les Commissions des institutions politiques des deux Conseils suggéra la première d'ancrer dans la Constitution une disposition qui réserve au législateur la compétence d'adopter les règles de droit importantes⁵. Cette disposition prévoyait ainsi que « [l']Assemblée fédérale édicte les règles de droit importantes, lesquelles doivent revêtir la forme d'une loi fédérale »⁶. La Commission d'experts proposait en outre de définir la notion d'importance par le biais d'une liste de critères, qu'elle souhaitait toutefois codifier dans une loi⁷. Elle se passait par ailleurs de la figure de la délégation législative. Cette dernière était jugée superflue, car la séparation des compétences était conçue de manière stricte : l'adoption des règles importantes revenait au législateur, toute autre règle de droit au Conseil fédéral⁸.
- 3 Le **Conseil fédéral** s'écarta de la proposition de la Commission d'experts. Le Projet de 1996 (P-1996) faisait ainsi l'économie de l'actuel art. 164 al. 1. Plutôt que de retenir une réserve de compétences en faveur du législateur, le P-1996 se limitait à régler la question de la délégation législative⁹. Cette disposition ne faisait néanmoins que reprendre les principes développés par la jurisprudence et la doctrine¹⁰. L'art. 154 al. 2 P-1996 disposait ainsi qu'« [u]ne loi fédérale ou un arrêté fédéral de portée générale soumis au référendum peut prévoir une délégation de la compétence d'édicter des règles de droit, à moins que la constitution ne l'exclue. La norme de délégation doit fixer, dans ses grandes lignes, le contenu de ces règles. » Quant à l'art. 154 al. 1 P-1996, il se contentait d'énoncer que « [l']Assemblée fédérale édicte les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale », ce qui figure à l'actuel art. 163 Cst.
- 4 Les **Commissions des institutions politiques** (CIP) renouèrent toutefois avec la proposition de la Commission d'experts, à deux différences près. D'abord, elles souhaitaient définir la notion

1. Art. 85 ch. 2 aCst. ; Rapport Commission d'experts, FF 1996 II 431 ; Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 3 ; BSK-Wytenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 1 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 5 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 1.

2. ATF 103 Ia 369, c. 6 ; Rapport CIP, FF 1997 III 280 ; Cottier ; Müller, Rechtssetzung, p. 260 ; Mader, Erlassformen, p. 7.

3. Rapport CIP, FF 1997 III 280 ; Auer, Staatsrecht, N 667 ss ; cf. p. ex. art. 69 al. 4 Cst./BE, qui introduit pour la première fois la liste de domaines et qui a exercé une influence particulière sur les travaux préparatoires : Müller, Rechtssetzung, p. 260.

4. Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 3 ss et 30 ss ; Rhinow, Bundesverfassung, 187 s. ; Ehrenzeller, Erlassformen, p. 14 ss ; Feuz, Gesetzesbegriffe, p. 15 ss ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 6.

5. Rapport Commission d'experts, FF 1996 II 413 ss ; Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 5.

6. Rapport Commission d'experts, FF 1996 II 436.

7. Projet d'art. 5 II^{bis} LREC, Rapport Commission d'experts, FF 1996 II 519.

8. Rapport Commission d'experts, FF 1996 II 436 ss.

9. Mess. Cst., FF 1997 I 395 ss et 634.

10. Mess. Cst., FF 1997 I 397.

d'importance par une liste non plus de critères, mais de domaines particulièrement sensibles. La disposition proposée précisait alors que les « dispositions fondamentales » de ces différents domaines étaient toujours importantes¹¹. Ensuite, le rapport des CIP abandonnait la séparation stricte en matière de compétences législatives. Il maintenait la compétence de l'Assemblée fédérale d'adopter des règles de droit de moindre importance¹². Le législateur avait ainsi la charge de déterminer les règles dont l'adoption reviendrait au Conseil fédéral, par analogie avec les règles sur la délégation législative¹³.

- 5 Malgré la réticence réitérée du Conseil fédéral¹⁴, les **Commissions constituantes** et les **Chambres du Parlement** adoptèrent la version des CIP en ce qui concerne la réserve de la loi, le critère de l'importance et la liste de domaines, sans que cela ne fût guère débattu¹⁵. Ces éléments correspondent à l'actuel art. 164 al. 1 Cst. En revanche, le second alinéa suscita de vives controverses. Les deux Conseils s'accordèrent sur le principe d'une disposition qui réintroduit la délégation législative. Toutefois, en sus de la première phrase aux termes de laquelle « [u]ne loi fédérale peut prévoir une délégation de la compétence d'édicter des règles de droit, à moins que la Constitution ne l'exclue », le Conseil national tenait à maintenir la seconde phrase du P-1996 qui disposait que « [l]a norme de délégation doit fixer, dans ses grandes lignes, le contenu de ces règles »¹⁶. Le Conseil des États jugeait un tel ajout redondant au regard de l'alinéa premier : les « dispositions fondamentales » des domaines évoqués couvraient en effet déjà les « grandes lignes » des règles y relatives¹⁷. La divergence persista jusqu'à la Conférence de conciliation¹⁸, au sein de laquelle l'emporta la version du Conseil des États¹⁹.

B. Fondements

- 6 Le choix de réserver au législateur l'adoption des règles de droit importantes repose sur trois fondements²⁰. L'art. 164 Cst. préserve d'abord la **démocratie (représentative mais aussi directe)** en assurant que les grands arbitrages politiques et sociaux soient réalisés par l'organe le plus représentatif et soumis au référendum populaire obligatoire ou facultatif²¹. L'art. 164 Cst. concourt ensuite à l'instauration et au respect du principe de la **séparation des pouvoirs** en réservant (une partie de) la compétence législative au législateur à l'exclusion de tout autre organe²². Finalement, cette disposition concrétise le principe de l'**État de droit** dès lors qu'elle en garantit les déclinaisons, telles que les principes d'égalité et de prévisibilité de l'action étatique²³.

11. Rapport CIP, FF 1997 III 281-283 ; Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 8.

12. Rapport CIP, FF 1997 III 281-283 ; Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 7.

13. Rapport CIP, FF 1997 III 281.

14. Avis du Conseil fédéral, FF 1997 III 1323.

15. PV Commission CN (sous-commission 1) 2269-2273 ; PV Commission CN 292-296 ; PV Commission CdE (sous-commission 1) 5733-5734 ; PV Commission CdE 4625 ; BO CN 76-79 ; BO CE 131-132 ; Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 10.

16. Art. 154 al. 2 Projet de la Commission de la révision constitutionnelle du Conseil National, FF 1998 I 343 ; BO CN 1998 76-79, 361 et 474.

17. Art. 154 al. 2 du Projet de la Commission de la révision constitutionnelle du Conseil des États, FF 1998 I 408 ; BO CdE 1998 131, 191 et 220.

18. BO CN 1998 361 et 490 ; BO CdE 1998 220 et 226.

19. BO CN 1998 490 ; BO CdE 1998 226 ; PV Conférence de conciliation 1595.

20. ATF 103 Ia 369, c. 6 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 4.

21. ATF 148 III 172, c. 3.2.2 ; ATF 146 II 56, c. 6.2.1 ; ATF 143 I 253, c. 6.1 ; ATF 141 II 169, c. 3.1-3.2 ; ATF 133 II 331, c. 7.2.1 ; Rapport Commission d'experts, FF 1996 II 427, 432 et 474 ; Mess. Cst., FF 1997 I 396 ; Rapport CIP, FF 1997 III 280 ; Frick BO CdE 1998 131 ; Sägerser, Bundesbehörden, N 445 ; Feuz, Gesetzesbegriffe, p. 82 s. ; Wiederkehr, Wesentlichkeitstheorie, p. 27 ; Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 3 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 4 et 37 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 4 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 6.

22. ATF 141 II 169, c. 3.1 ; ATF 134 I 322, c. 2.2 ; ATF 133 II 331, c. 7.2.1 ; ATF 118 Ia 305, c. 2a ; ATF 103 Ia 369, c. 6 ; Rapport CIP, FF 1997 II 254 ss ; Avis du Conseil fédéral, FF 1997 III 1313 ; Feuz, Recht, p. 18 ; Wiederkehr, Wesentlichkeitstheorie, p. 28 ; Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 3 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 3 s. et 37 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 4.

C. Contexte

1. Compétence législative formelle

- 7 L'art. 164 Cst. s'inscrit dans un cadre constitutionnel plus large relatif aux compétences de l'Assemblée fédérale²⁴. Alors que l'art. 163 Cst. définit les formes d'actions dont dispose l'Assemblée fédérale, l'art. 164 Cst. lui attribue la **compétence législative formelle**²⁵. L'art. 164 Cst. n'attribue pas pour autant de compétence à la Confédération : il se limite à répartir la compétence législative entre différentes autorités fédérales lorsque cette compétence résulte d'une disposition constitutionnelle (cf. art. 3 Cst.)²⁶. L'art. 164 al. 1 Cst. définit quelles règles de droit doivent être adoptées par l'Assemblée fédérale et soumises au référendum obligatoire ou facultatif, par renvoi aux art. 163 et 141 al. 1 let. a et b Cst. C'est pourquoi l'art. 164 Cst. porte en réalité sur la compétence de l'Assemblée fédérale et du peuple, même s'il se situe dans la section de la Constitution relative aux compétences de l'Assemblée fédérale.
- 8 L'art. 164 Cst. doit être lu conjointement avec l'art. 182 Cst., qui régit la **compétence législative du Conseil fédéral**. Aux termes de ce dernier, « [l]e Conseil fédéral édicte des règles de droit sous la forme d'une ordonnance, dans la mesure où la Constitution ou la loi l'y autorisent » (al. 1), et « veille à la mise en œuvre de la législation, des arrêtés de l'Assemblée fédérale et des jugements rendus par les autorités judiciaires fédérales » (al. 2). La lecture croisée des art. 164 et 182 Cst. permet de distinguer trois niveaux normatifs : les règles de droit dont la délégation est interdite, celles dont la délégation est admise et celles dont la délégation est superflue²⁷. Cette tripartition se fonde sur deux critères, dont les contours demeurent indéterminés²⁸ : la distinction entre délégation interdite et admise s'opère selon l'importance de la règle de droit ; la distinction entre délégation admise et superflue correspond à celle entre règles de droit primaires et règles de mise en œuvre²⁹.
- 9 Le Conseil fédéral dispose également d'une compétence législative en vertu des art. 184 al. 3 et 185 al. 3 Cst. lorsque la sauvegarde des intérêts du pays l'exige, respectivement en vue de parer à des troubles existants ou imminents menaçant gravement l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure (*infra* N. 50)³⁰. Finalement, les dispositions transitoires de certaines initiatives populaires chargent le Conseil fédéral de légiférer par voie d'ordonnance à la place du législateur lorsque ce dernier n'a pas mis en œuvre l'initiative dans un certain délai (p. ex. art. 197 ch. 9 al. 1 et ch. 11 al. 2 Cst. ; *infra* N. 51)³¹.

23. ATF 146 I 11, c. 3.1.2 ; ATF 141 II 169, c. 3.1 ; ATF 128 I 113, c. 3c ; ATF 103 Ia 369, c. 6 ; Rapport Commission d'experts, FF 1996 II 474 ; Rapport CIP, FF 1997 III 280 ; Mess. Cst., FF 1997 I 396 ; Frick BO CdE 1998 131 ; Wiederkehr, Wesentlichkeitstheorie, p. 27 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 15 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 4 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 7.

24. BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 3 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 1.

25. Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 2 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 2.

26. Comm. Cst. 1874-Aubert, Art. 85 N 29 ; Feuz, Gesetzesbegriffe, 214 ; Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 8 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 3 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 2 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 12. Cf. toutefois la pratique législative douteuse à cet égard : Baumann, p. 478 ; Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 8.

27. CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 7.

28. C'est pourquoi la Commission d'experts proposait de se passer de la distinction entre ordonnances d'exécution et de substitution et d'entériner une répartition des compétences strictes (réservant à l'Assemblée fédérale les dispositions importantes et au gouvernement les dispositions peu ou non importantes), Rapport Commission d'experts, FF 1996 II 436-437, alors que la difficulté de définir l'importance d'une règle de droit a ensuite justifié le choix des CIP de se distancer d'une telle répartition stricte, FF 1997 III 281.

29. Sur la notion de règle primaire : art. 22 LParl ; ParlG Komm.-Odermatt/Tophinke, Art. 22 LParl, N 18 ss ; CR-Moor, Art. 182 Cst. N 13 ss ; ATF 141 II 169, c. 4.3.1.

30. Biaggini, Komm. BV, Art. 184 Cst. N 11 ss et Art. 185 Cst. N 9 ss ; BSK-Saxer/Brunner, Art. 184 Cst. N 29 ss et Art. 185 Cst. N 26 ss ; CR-Schmidt, Art. 184 Cst. N 30 ss ; CR-Gonin, Art. 185 Cst. N 55 ss ; SGK-Künzli, Art. 184 Cst. N 114 ss et Art. 185 Cst. N 59 ss.

2. Réserves générale et spéciales de la loi

- 10 En exigeant que toutes les règles de droit importantes figurent dans une loi, l'art. 164 al. 1 Cst. pose une **réserve générale** de la loi. Par contraste, la Constitution connaît diverses **réserves spéciales** ou **sectorielles**, à savoir des dispositions qui exigent la forme de la loi de façon ponctuelle, pour un sujet ou un type de règle de droit particuliers³². Dans leur champ d'application respectif, ces réserves sectorielles se situent dans un rapport de spécialité avec l'art. 164 al. 1 Cst. car elles posent une exigence de forme indépendante et plus stricte. Il en va ainsi des restrictions graves aux droits fondamentaux (art. 36 al. 1 2^{ème} phrase Cst.), de restrictions à certains droits fondamentaux spécifiques (art. 28 al. 4, 29a 2^{ème} phrase, 30 al. 2 et 3 2^{èmes} phrase et 31 al. 1 Cst.) ou des principes généraux régissant le régime fiscal (art. 127 al. 1 Cst.)³³. Par ailleurs, certaines dispositions constitutionnelles se limitent à renvoyer à la loi s'agissant de la réglementation de certains domaines ou questions (p. ex. art. 58 al. 2 2^{ème} phrase, 59 al. 1 1^{ère} phrase, 144 al. 3, 162 al. 2, 153, 178 al. 3 et 188 al. 2 Cst.). Ces dernières ne vont pas au-delà de ce qu'exige l'art. 164 al. 1 Cst., c'est-à-dire que les règles de droit importantes revêtent la forme de la loi³⁴. Il s'agit dès lors moins d'un rapport de spécialité que d'un renvoi à l'art. 164 al. 1 Cst.

D. Structure

- 11 L'art. 164 comprend deux alinéas : le premier a trait à la **réserve de la loi**, le second à la **délégation législative**. L'alinéa premier est à son tour composé de deux phrases. La première commande que « les dispositions importantes fixant des règles de droit figurent dans une loi ». La seconde phrase dresse une liste de domaines dont « les dispositions fondamentales » « appartiennent en particulier » à la catégorie des dispositions importantes³⁵. La rédaction de cet alinéa est malheureuse et l'articulation de ses deux phrases prête à controverse. Selon la position minoritaire que nous adoptons, les exigences que posent les deux phrases de l'art. 164 al. 1 sont de nature différente³⁶. La première phrase ancre une exigence de forme ; la seconde, une exigence de contenu, à savoir de densité normative. L'exigence de forme dépend de l'importance de la disposition, qui est une fonction de ses conséquences. L'exigence de contenu repose sur le caractère fondamental d'une disposition, qui a trait au degré de précision de la loi. En d'autres termes, selon la première phrase, toute règle de droit importante doit revêtir la forme d'une loi ; selon la seconde phrase, les dispositions fondamentales d'une loi sont toujours importantes car elles en constituent la densité normative minimale.

II. RÉSERVE DE LA LOI (AL. 1)

A. Exigence de forme de la loi (al. 1 1^{ère} phrase)

1. Forme de la « loi fédérale »

- 12 L'art. 164 al. 1 Cst. réserve une certaine forme (celle de la loi fédérale) pour certaines dispositions (celles qui fixent des règles de droit importantes). Ainsi, l'art. 164 al. 1 Cst. concrétise le principe de la

31. Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 3 ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N 1868 ; Wyss, Umsetzung, N 336 ss ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 50 ; Rausch, p. 66 ss.

32. Müller, Inhalt, p. 126 ss ; Sägger, Neuordnung, p. 682 ; BSK-Wytenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 13 ; Wyss, Umsetzung, N 346 ss ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 12 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 11.

33. Moins strict : SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 11.

34. Feuz, Gesetzbegriffe, p. 113 ; BSK-Wytenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 14 ; Wyss, Umsetzung, N 349 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 15. Plus strict : Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 28 et 41 ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 1634 ; Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, N 2736.

35. BSK-Wytenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 14.

légalité (art. 5 al. 1 Cst.) et le renforce car il exige pour certains actes non seulement une base légale, mais une base légale qualifiée³⁷. Cette disposition renvoie aux art. 163 al. 1 et 141 al. 1 let. a et b. Cst. et consacre une réserve en faveur de la **loi au sens formel**, à savoir un acte adopté par l'Assemblée fédérale avec le concours obligatoire ou facultatif du peuple³⁸. Sont toutefois réservées les lois urgentes qui se passent (temporairement) de tout référendum, conformément à l'art. 165 Cst. Il convient de noter également que l'art. 164 al. 1 Cst. n'exclut pas que des règles de droit importantes figurent dans la Constitution ou des traités internationaux dont la légitimité démocratique est équivalente aux lois fédérales (pour les premières : art. 139, 194 et 195 Cst. ; pour les deuxièmes, art. 140 al. 1 let. b, 141 al. 1 let. d et al. 2 et 166 al. 2 Cst.)³⁹, voire dans une ordonnance indépendante (*infra* N. 50 ss). Les projets de loi qui tombent sous le coup de l'art. 164 al. 1 Cst. doivent en outre faire l'objet d'une procédure de consultation, conformément à l'art. 3 al. 1 let. b LCo. La procédure de consultation permet d'associer les cantons, les partis politiques et les milieux intéressés à l'élaboration desdits projets⁴⁰.

- 13 Si l'art. 164 al. 1 Cst. réserve la forme de la loi pour les dispositions importantes fixant des règles de droit, il ne limite pas le contenu de la loi à ces dernières. L'art. 164 al. 1 Cst. ne prévoit pas de définition du contenu de la loi ; la Constitution ne connaît pas, en d'autres termes, de « **réserve de l'ordonnance** »⁴¹. La loi peut en effet contenir des dispositions de moindre importance, y compris de mise en œuvre⁴², voire des dispositions individuelles et/ou concrètes⁴³. La compétence d'adopter des dispositions d'exécution revient d'abord au Conseil fédéral (art. 182 al. 2 Cst.), mais demeure partagée avec le législateur⁴⁴.

2. « Dispositions importantes qui fixent des règles de droit »

- 14 L'art. 164 al. 1 Cst. circonscrit la réserve de la loi aux « dispositions importantes qui fixent des règles de droit ». Les dispositions concernées sont d'abord limitées à celles qui présentent une certaine structure normative, c'est-à-dire celles qui fixent des **règles de droit**. Cette notion renvoie aux art. 163 al. 1 Cst. et 22 al. 4 LParl et désigne les « dispositions générales et abstraites d'application directe qui créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent des compétences »⁴⁵. Les dispositions d'exécution telles que prévues à l'art. 182 al. 1 et 2 Cst. et les décisions individuelles et concrètes sont ainsi exclues du champ de la réserve de la loi, même lorsqu'elles sont importantes⁴⁶.
- 15 L'art. 164 al. 1 Cst. restreint ensuite la réserve de la loi aux dispositions **importantes**. Ce critère matériel constitue la pierre de touche de l'art. 164 al. 1 Cst. dès lors qu'il départage les règles de droit

36. CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 8.

37. ATF 146 II 56, c. 6.2.1 ; ATF 141 II 169, c. 3.1 ; ATF 131 II 13, c. 6.3 ; CR-Dubey, Art. 5 Cst. N 42 ss.

38. Moor/Flückiger/Martenet, p. 656 ss.

39. Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 11 ; Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 11 ; BSK-Wytenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 5 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 18 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 5.

40. BSK-Wytenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 4.

41. Contrairement à ce que suggérait la Commission d'experts : Rapport Commission d'experts, FF 1996 II 436-437.

42. Rapport CIP, FF 1997 III 280 ; BO CdE 1998 130 ; Feuz, Gesetzesbegriffe, p. 199 ; Ehrenzeller, Erlassformen, p. 17 ; Müller/Uhlmann/Höfler, Rechtssetzungslehre, N 234 ; Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 4 ; Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, N 2677 ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundestaatsrecht, N 1825 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 17 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 10.

43. Rapport CIP, FF 1997 III 279 ; Müller, Rechtssetzung, p. 256 ; Feuz, Gesetzesbegriffe, p. 50 ; Odermatt, Erlassformen, p. 107 ss ; Kley/Feller, Erlassformen, p. 232 ; Biaggini, Komm. BV, Art. 163 Cst. N 5 ; BSK-Wytenbach/Wyss, Art. 163 Cst. N 12 ; SGK-Tschannen, Art. 163 Cst. N 17.

44. Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 4 ; BSK-Wytenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 7.

45. ParlG Komm.-Odermatt/Tophinke, Art. 22 LParl, N 18 ss ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 20. Critique : Müller, Bundesbeschluss, p. 161 s. ; Biaggini, Komm. BV, Art. 163 Cst. N 5.

46. CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 20.

qui doivent revêtir la forme de la loi de celles qui ne sont pas soumises à cette exigence. C'est pourquoi la doctrine se réfère à la notion de « définition matérielle de la réserve de la loi » ou, plus commun en allemand, de « *materieller Gesetzesvorbehalt* »⁴⁷. La Constitution ne fournit toutefois aucune définition de la notion d'importance, si bien qu'il est nécessaire de se référer à un faisceau de critères ou d'indices (ou de déclinaisons⁴⁸) développé par la jurisprudence et la doctrine. L'importance d'une disposition se mesure ainsi (1) au cercle des personnes ou situations affectées ; (2) à l'intensité de ses conséquences sur la position juridique des destinataires ; (3) à son impact financier pour les particuliers ou l'État ; (4) à son effet sur la formation de la volonté politique ou l'organisation des autorités fédérales ; (5) au caractère politiquement controversé des questions qu'elle se propose de régler ; (6) à son caractère inédit et à sa divergence d'avec les principes jusque-là admis ; (7) à l'ampleur de la contestation politique qu'elle génère⁴⁹.

- 16 Les différents indices ont trait avant tout aux **conséquences** de la règle de droit : à leur tour, ces conséquences peuvent être importantes en raison de leur portée quantitative, car elles s'appliquent à un large cercle de destinataire et de situations, ou qualitative, en ceci qu'elles affectent les destinataires avec une certaine intensité⁵⁰. Ces indices ne doivent pas être satisfaits cumulativement ; une norme peut déjà être importante au regard d'un seul élément⁵¹. L'importance d'une disposition ne peut être déterminée de façon abstraite, mais seulement en relation avec la matière et l'objet de réglementation⁵². Le jugement portant sur l'importance d'une disposition dépend toujours des circonstances concrètes et d'une appréciation d'ensemble qui se prête mal à tout schématisation⁵³. Il emporte dès lors une importante marge d'appréciation en faveur du législateur⁵⁴.
- 17 L'interprétation de la notion d'importance doit être guidée par les **fondements** de l'art. 164 Cst., à savoir les garanties de l'État de droit, de la démocratie et de la séparation des pouvoirs⁵⁵. La doctrine avance par ailleurs que ces fondements doivent s'accommoder, voire être pondérés avec d'autres impératifs d'intérêt public parfois divergents : l'efficacité, la rapidité ou la flexibilité de l'activité publique, en particulier en présence de règles à caractère technique⁵⁶. Il s'agirait ainsi de tenir compte de **considérations d'ordre pratique**⁵⁷. Selon nous, cette affirmation ne devrait toutefois être admise qu'avec retenue au vu de la lettre et de l'esprit de l'art. 164 Cst.⁵⁸. Certes, la jurisprudence

47. Sur la terminologie francophone : CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 11 ; Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 3 ; sur la terminologie germanophone : SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 4 ; Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, N 2720 ; Feuz, Gesetzesbegriffe, p. 209 ss.

48. CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 22 s.

49. ATF 145 V 380, c. 6.3.1 ; ATF 134 I 322, c. 2.6.3 ; ATF 133 II 331, c. 7.2.1 ; ATF 130 I 1 c. 3.4.2 ; ATF 121 I 22, c. 4a ; ATF 103 Ia 369, c. 6 ; Eichenberger, Rechtssetzungsfunktion, p. 343 ; Müller, Inhalt, p. 110 ss ; Feuz, Gesetzesbegriffe, p. 102 ss ; Müller/Uhlmann/Höfler, Rechtssetzungslehre, N 235 s. ; Wiederekehr, Wesentlichkeitstheorie, p. 28 ss ; Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 6 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 9 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 22 ; Seaders, p. 55 ss ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 7 ; Rapport Commission d'experts, FF 1996 II 432 ; OFJ, Guide de législation, N 570.

50. CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 22 s.

51. ATF 130 I 1, c. 3.4.2 ; Müller, Inhalt, p. 110 ss ; Wiederekehr, Wesentlichkeitstheorie, p. 32 s. ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 9 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 24 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 7.

52. ATF 130 I 1, c. 3.4.2 ; ATF 103 Ia 369, c. 6 ; Rapport Commission d'experts, FF 1996 II 432.

53. ATF 128 I 113, c. 3c ; ATF 103 Ia 369, c. 6 ; Müller/Uhlmann/Höfler, Rechtssetzungslehre, N 237 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 25.

54. Kley/Feller, Erlassformen, p. 235 ; Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 6 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 12 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 25 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 7.

55. ATF 103 Ia 369, c 6 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 24.

56. Häfelin/Müller/Uhlmann, N 359 ; Feuz, Recht, 19 ; Müller/Uhlmann/Höfler, Rechtssetzungslehre, N 242 ss ; Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 3 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 11 ; Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, N 2723 ; Kradolfer, N 494 ; Seaders, p. 5 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 25.

57. Müller/Uhlmann/Höfler, Rechtssetzungslehre, N 242 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 11 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 26.

58. Dans ce sens : BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 11.

admet que le niveau de densité normative attendu est réduit à la mesure des exigences de la réalité juridique et pratique⁵⁹. Toutefois, ces considérations ont trait à la densité normative, soit au degré de précision de la formulation d'une disposition et ne disent rien, en tant que telles, de l'importance d'une règle de droit⁶⁰. De surcroît, le caractère technique d'une règle de droit ne lui ôte pas nécessairement ses éventuelles dimensions politique et éthique. La *ratio legis* de l'art. 164 al. 1 Cst. est précisément d'assurer qu'une règle de droit importante figure dans une loi au sens formel, quand bien même des considérations d'opportunité plaideraient en faveur de sa délégation. L'on ne peut admettre que la réserve de la loi ne trouve à s'appliquer que lorsque la loi semble être l'instrument propice – sans quoi la réserve de la loi serait largement dépourvue de portée.

B. Exigence de densité normative de la loi (al. 1 2^{ème} phrase *i.i.*)

1. « Dispositions fondamentales »

- 18 La seconde phrase du premier alinéa dresse une liste de domaines dont les « dispositions fondamentales » appartiennent « en particulier à [la] catégorie [des dispositions importantes] ». L'articulation des qualificatifs « important » (al. 1 1^{ère} phrase) et « fondamental » (al. 1 2^{ème} phrase) soulève des difficultés d'interprétation. Selon la doctrine majoritaire, ils seraient synonymes⁶¹. La différence aurait une visée esthétique⁶². La locution « en particulier » se rapporterait ainsi à la liste de domaines, suggérant son caractère non exhaustif⁶³. Nous adhérons à la lecture minoritaire défendue en particulier par Dubey⁶⁴ selon laquelle le qualificatif « fondamental » ne doit pas être lu comme un synonyme d'« important » mais plutôt comme une référence aux « grandes lignes » des domaines visés. L'art. 164 al. 1 2^{ème} phrase Cst. consacre en cela une exigence de contenu, soit **de densité normative minimale**⁶⁵. Il découle de l'art. 164 al. 1 2^{ème} phrase Cst. que lorsque le droit se saisit de l'un des domaines évoqués, la loi doit définir les grandes lignes ou les bases de la réglementation – c'est-à-dire son but, son objet, son étendue, et ses grands principes⁶⁶. En d'autres termes, si l'importance définit les questions – aussi précises soient-elles – qui doivent être réglées par la loi au sens formel (*quoi*), le qualificatif « fondamental » sert à déterminer la précision avec laquelle la loi doit régler les différents domaines de la vie sociale lorsque le droit s'en saisit (*comment*)⁶⁷.
- 19 Cette lecture découle d'abord de la **lettre** et la **syntaxe** de l'art. 164 al. 1 Cst., tant à l'égard des termes employés que de la position grammaticale de la locution « en particulier »⁶⁸. Au sens premier, est fondamental ce qui sert de base à quelque chose. Dans un contexte normatif, ce terme désigne ce sur quoi repose toute règle de droit ; à savoir, en droit suisse, une loi au sens formel qui en définisse les

59. ATF 135 I 130, c. 7.2 ; ATF 129 I 346, c. 5.1 ; ATF 126 I 180, c. 2a/bb. Sur le lien entre technicité et flexibilité d'une part, et densité normative d'autre part : ATF 143 II 162, c. 3.2.1 ; ATF 131 II 13, 6.5.1.

60. Cf. ATF 131 II 13, c. 6.4 et 6.5 ; Wiederkehr, Wesentlichkeitstheorie, p. 33.

61. Müller, Rechtssetzung, p. 260 ; Feuz, Gesetzesbegriffe, p. 113 ss ; Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 24 s. ; Kley/Feller, Erlassformen ParlG, p. 235 ; Wiederkehr, Wesentlichkeitstheorie, p. 25 ; Müller/Uhlmann/Höfler, Rechtsetzungslehre, N 235 ; Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 3 ; BSK-Wytenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 23 ; Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, N 2729 ; Uhlmann, Legalitätsprinzip, N 13 ; Seaders, p. 32 s. ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 14.

62. SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 14.

63. Cf. nbp. 61.

64. CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 9 ss.

65. CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 27 ss. Dans ce sens déjà : Sägerser, Neuordnung, p. 683 ; Sägerser, Bundesbehörden, N 447 ; Kaufmann, Variation, p. 433 ; Beusch, Gesetzsbegriff, p. 240 ss ; OFJ, Guide de législation, N 722.

66. CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 31.

67. Kaufmann, p. 433.

68. Certes, les travaux préparatoires se réfèrent à la locution « en particulier » pour illustrer le caractère non exhaustif de liste : Rapport CIP, FF 1997 III 282 ; PV Commission CN (sous-commission 1) 2272 ; Leuba BO CN 76-79 ; Frick BO CdE 1998 131. Cela n'est toutefois pas déterminant, dès lors que la locution, même à articuler les deux alinéas, implique par extension la non-exhaustivité de la liste.

grandes lignes. Les **travaux préparatoires** de l'art. 164 al. 1 Cst. appuient cette interprétation. Les CIP, qui les premières introduisirent le terme « fondamental », affirmaient à ce propos que « [c]inq domaines clés ont été retenus, dont les grandes lignes exigent d'être édictées sous forme de lois fédérales », et que la définition de ces « principes fondamentaux » peut être « fixée, dans une large mesure, par analogie avec les règles de délégation actuelles »⁶⁹. Ainsi, si elles estimaient pouvoir se passer de la figure de la délégation législative (*supra* N. 4), les CIP en conservaient les exigences en matière d'assise légale et de densité normative⁷⁰. Puis, au moment de réintroduire expressément la figure de la délégation législative, les Commissions constituantes puis les Conseils renoncèrent à la seconde phrase de l'art. 164 al. 2 Cst., considérant qu'elle était déjà couverte par l'alinéa premier : elles jugèrent superflu de préciser que la loi décrive les « grandes lignes » de la délégation dès lors qu'elle devait en contenir les « dispositions fondamentales »⁷¹. La maladresse rédactionnelle s'explique par cette construction historique : la commission d'experts souhaitait se passer entièrement de la délégation législative au profit du critère de l'importance ; les CIP conservèrent cette version en y apposant toutefois, en parallèle du critère de l'importance, les exigences relatives à la délégation législative par le biais de l'exigence relative aux dispositions fondamentales. L'Assemblée fédérale ajouta un alinéa second qui réintroduisit explicitement la délégation législative, sans toutefois modifier l'alinéa premier du projet CIP qui en reprenait implicitement les conditions. Il en découle que l'art. 164 al. 1 2^{ème} phrase Cst. partage un lien dogmatique moins avec la première phrase de l'alinéa premier (le critère de l'importance) qu'avec le second alinéa (la délégation législative).

- 20 Par ailleurs, les Commissions ont sciemment maintenu les termes « important » et « fondamental ». La Commission CN rejeta à l'unanimité une motion qui visait à ne conserver que le premier, faute de pouvoir les distinguer : elle considéra plutôt que « fondamental » se référait au fondement (« *die Grundlage* ») sur lequel le Conseil fédéral est appelé à adopter des ordonnances⁷². Cette dialectique loi-ordonnance et les exigences de densité normative qui s'y rattachent se dégagent plus largement des délibérations au sein des Commissions constituantes et en plénum⁷³. En témoignent également les nombreuses références parlementaires à la parenté entre le qualificatif « *grundlegend* » de l'actuel art. 164 al. 1 Cst. et le terme « *Grundlage* » de l'art. 170 al. 1 de la version allemande du Projet des CIP⁷⁴. Ce dernier prévoyait que le Conseil fédéral adopte des ordonnances « sur la base et dans le cadre [...] de la loi » (« *auf der Grundlage und im Rahmen von [...] Gesetzen* »)⁷⁵.
- 21 Finalement, c'est également le sens donné au terme « fondamental » par la **jurisprudence** du TF relative aux délégations législatives cantonales, que l'art. 164 al. 1 était par ailleurs appelé à codifier⁷⁶.

69. Rapport CIP, FF 1997 III 281 s. L'exemple mentionné à FF 1997 III 282 démontre que tout ce qui est important n'est pas fondamental.

70. Cf. Rapport CIP, FF 1997 III 302 s.

71. Voir not. Frick BO CE 131 ; Frick BO CE 191 ; PV Commission CE 4866 s ; PV Commission CN 1298 ; PV Commission CN 1486 ; PV Commission CdE 5355 s. ; cpdt. PV Commission CdE 5214.

72. PV Commission CN (sous-commission 1) 2451.

73. PV Commission CN 293-295 ; PV Commission CN 1003 ; PV Commission CN (sous-commission 1) 2270 ; PV Commission CdE 4867 s. ; PV Commission CN 1486 ; Schmid BO CN 1998 76. En faveur de la thèse de la différence plus généralement : PV Commission CN (sous-commission 1) 2451. Certes, il y a eu des désaccords. Toutefois, les voix dissidentes ont été minorées en votation. C'est le cas de PV Commission CN 294, PV Commission CN (sous-commission 1) 2451 et PV Commission CN 1004 ; PV Commission CN (sous-commission 1) 245. Cf. Sägerser, Bundesbehörden, N 447 s. Avec réserves : Feuz, Gesetzesbegriffe, p. 115. Contra : Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 17 et Müller, Rechtssetzung, p. 260.

74. PV Commission CN (sous-commission 1) 2270 ; PV Commission CN 293-295. Cf. toutefois Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 25 qui souligne également ce lien mais parvient à la conclusion inverse. Il convient de noter que « *Grundlage* », dans ce contexte, se réfère à une base légale formelle et au cadre et à l'esprit de la loi, PV Commission CE (sous-commission 1) 5853.

75. Rapport CIP, FF 1997 III 325.

76. Cf. Rapport Commission d'experts, FF 1996 II 432 ; Rapport CIP, FF 1997 III 281 ; Mess. Cst., 1997 I 397 ; Schmid BO CN 1998 76 ; Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 25 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 32.

De même, dans sa jurisprudence à propos de l'art. 127 al. 1 Cst., lequel consacre une réserve de la loi ponctuelle en matière fiscale, le TF affirme que l'exigence selon laquelle la loi doit contenir les dispositions fondamentales relatives à la perception d'une redevance constitue une exigence de densité normative⁷⁷. Il déduit finalement de l'appartenance d'une règle de droit à l'une des let. a – g de l'art. 164 al. 1 Cst. que sa délégation demeure possible, mais que la clause qui fonde cette délégation doit « être suffisamment précise de manière à circonscrire les lignes fondamentales de la réglementation déléguée, soit le but, l'objet et l'étendue des pouvoirs délégués »⁷⁸. C'est bien là le cœur de l'exigence de densité normative.

2. « En particulier »

- 22 L'art. 164 al. 1 2^{ème} phrase Cst. exige que tout acte juridique repose, directement ou indirectement, sur une base légale formelle qui en définisse les grandes lignes. Selon cette lecture, les dispositions fondamentales composent dès lors un **sous-groupe** des dispositions importantes, ce qui justifie de rattacher la locution « en particulier » à l'articulation des deux phrases de l'art. 164 al. 1 Cst. : sont importantes *en particulier* les dispositions fondamentales⁷⁹. En ce sens, la locution « en particulier » a une dimension quantitative. Elle comporte également une dimension qualitative : les dispositions fondamentales sont *particulièrement* importantes. Il découle de ces considérations que les dispositions fondamentales sont ainsi toujours importantes, sans que l'inverse soit vrai : toute disposition importante n'est pas fondamentale. En effet, l'importance d'une disposition se mesure tant à la lumière de son amplitude et généralité qu'à l'intensité concrète de ses effets⁸⁰. Dès lors, une règle pourrait se révéler importante sans participer des grandes lignes d'un certain domaine en ceci qu'elle serait précise, circonstanciée, individualisée, couteuse, inédite, et/ou controversée⁸¹. Il en va ainsi d'une atteinte sérieuse aux droits fondamentaux d'un cercle de personnes restreint, telle qu'une obligation de constitution de réserves imposées à certaines entreprises qui produisent des bien vitaux (art. 11 LAP), de l'instauration d'une exception ciblée à une règle générale, telle que l'exclusion de certaines entreprises de la loi sur le travail (art. 2 LTr), de l'introduction d'une clause de cas de rigueur, telle que le soutien financier apporté en raison de l'épidémie de COVID-19 (art. 12 Loi COVID-19), ou de conditions spécifiques subordonnant l'accès à une prestation, telles que les exigences de renseignement en matière de demandes de subventions (art. 15c LSu).

3. Densité normative des autres dispositions importantes

- 23 L'art. 164 al. 1 2^{ème} phrase Cst. ancre ainsi une exigence de densité normative, selon laquelle la loi doit contenir les dispositions fondamentales de différents domaines car elles sont particulièrement importantes. En cela, l'art. 164 al. 1 2^{ème} phrase Cst. concrétise et renforce l'**exigence de densité normative générale** de la loi qui découle déjà de l'art. 164 al. 1 Cst. et, plus généralement, de l'art. 5 al. 1 Cst.⁸². L'exigence de densité normative est en effet le corollaire de la réserve de la loi. Toute disposition légale importante, même si elle n'est pas fondamentale, doit faire preuve d'un degré de densité normative suffisant⁸³. A défaut, la réserve de la loi serait dépourvue de portée normative : le législateur pourrait adopter une disposition conférant matériellement un blanc-seing aux autres

77. ATF 146 II 97, c. 2.2.4.

78. ATF 144 II 376, c. 7.2 ; ATF 146 II 56, c. 6.2.1 ; ATF 143 II 87, c. 4.5 ; ATF 137 II 409, c. 6.4 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 31. Sur le lien entre « exigence de contenu » et « dispositions fondamentales » : ATF 144 II 454, c. 3.4 ; ATF 143 II 87, c. 4.5.

79. CR-Dubey, Art. 164 Cst., N 33-34.

80. *Idem*, N 34.

81. *Ibid.*

82. CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 29.

83. ATF 109 Ia 273, c. 4d ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 4 et 15 ss ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 27 ss ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 6 et 8.

autorités⁸⁴. Ainsi, la loi doit non seulement contenir les grandes lignes des domaines mentionnés à l'art. 164 al. 1 2^{ème} phrase Cst., mais ses dispositions importantes doivent en outre toujours faire preuve d'une densité normative suffisante.

- 24 Pour déterminer la densité normative attendue de la loi, il convient de se référer aux principes développés par la jurisprudence⁸⁵. La densité normative d'une norme désigne le degré de **précision, clarté et détermination** de sa formulation⁸⁶. La loi doit ainsi être énoncée d'une manière suffisamment précise pour permettre aux individus d'adapter leur comportement et de prévoir les conséquences d'un comportement déterminé avec un degré de certitude approprié aux circonstances⁸⁷. Le degré de précision attendu ne se détermine toutefois pas de manière abstraite⁸⁸. La jurisprudence note ainsi que le législateur ne peut pas entièrement renoncer à utiliser des notions indéterminées dont la portée n'est pas précisément définie ; cela peut se justifier par la diversité des faits à réglementer, par la nécessité de pouvoir prendre des décisions suffisamment adaptées aux cas d'espèce, ou par l'adaptation des règles à un contexte en constante mutation⁸⁹. Le degré de précision attendu varie en outre en fonction de la multiplicité des situations à régler, de la complexité ou de la prévisibilité de la décision à prendre dans le cas particulier, des destinataires de la norme ou encore de la gravité de l'atteinte aux droits constitutionnels⁹⁰. Il dépend aussi de l'appréciation que l'on peut faire, objectivement, lorsque se présente un cas concret d'application⁹¹. Des domaines éminemment techniques ou complexes s'accommodent d'une densité normative plus faible⁹². Les règles de droit en matière d'administration de prestation sont soumises à des exigences de densité normative moins élevées qu'en matière d'administration de restriction⁹³. Dans le cas de mesures de police mises en œuvre à l'encontre de menaces difficilement prévisibles, à adapter aux circonstances concrètes de chaque cas, des assouplissements sont inévitables dans la précision de la base légale⁹⁴. Finalement,

84. ATF 128 I 113, c. 3c ; ATF 109 Ia c. 4d ; BSK-Wytenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 4 et 15 ss ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 27 ss ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 6 et 8.

85. Pour les exigences déduites de la Convention européenne des droits de l'homme : Sunday Times c. Royaume-Uni, 26 avril 1979, Série A, vol. 30, § 49 : « on ne peut considérer comme une 'loi' qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé. » ; Lautenbach, p. 88 ss.

86. ATF 148 I 160, c. 7.8 ; ATF 139 I 280, c. 5.1 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 28.

87. ATF 150 I 106, c. 5 ; ATF 149 I 249, c. 4.6.1 ; ATF 147 I 450, c. 3.2.1 ; ATF 139 I 280, c. 5.1 ; ATF 143 I 310, c. 3.3.1 ; ATF 117 Ia 472, c. 3e ; Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, N 2624 ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundestaatsrecht, N 308 ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 1866 ss ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 28.

88. ATF 147 I 450, c. 3.2.1 ; ATF 139 I 280, c. 5.1 ; ATF 136 I 87, c. 3.1 ; Feuz, Recht, 19 ; Jaag, Verordnung, 647 ss ; BSK-Wytenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 15 ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 1867 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 35 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 8.

89. ATF 146 I 70, c. 6.2.2 ; ATF 148 I 160, c. 7.8 ; ATF 147 IV 274, c. 2.1.1 ; ATF 143 II 162, c. 3.2.1 ; ATF 141 I 201, c. 4.1 ; ATF 139 II 243, c. 10 ; ATF 131 II 13, c. 6.5.1 ; ATF 103 Ia 369, c. 6 ; Müller/Uhlmann/Höfler, Rechtssetzung, N 255 ; BSK-Wytenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 19 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 8.

90. ATF 147 I 450, c. 3.2.1 ; ATF 144 I 126, c. 6.1 ; ATF 139 I 280, c. 5.1.

91. ATF 147 IV 274, c. 2.1.1 ; ATF 150 I 106, c. 5 ; ATF 146 I 70, c. 6.2.2 ; ATF 143 II 162, c. 3.2.1 ; ATF 139 I 280, c. 5.1 ; ATF 136 I 87, c. 3.1 ; ATF 132 I 49, c. 6.2 ; BSK-Wytenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 15 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 35 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 8.

92. ATF 150 I 106, c. 5 ; ATF 147 I 393, c. 5.1.1 ; ATF 146 I 70, c. 6.2.2 ; ATF 143 II 162, c. 3.2.1 ; ATF 141 I 201, c. 4.1 ; ATF 139 II 243, c. 10 ; ATF 131 II 13, c. 6.5.1 ; ATF 103 Ia 369, c. 6 ; BSK-Wytenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 15 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 8.

93. ATF 103 Ia 369, c. 6.5.1 ; ATF 150 I 1, c. 4.4.2 ; BSK-Wytenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 18 ; Häfelin/ Haller/Keller/Thurnherr, N 308 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 8. « Par administration de restriction » l'on entend la restriction d'un droit ou l'imposition d'une obligation ; par « administration de prestation », l'octroi d'un avantage ou d'un service: cf. Dubey/Zufferey, N 139-140.

94. ATF 147 I 478, c. 3.1.2 ; ATF 147 I 393, c. 5.1.1 ; ATF 146 I 11, c. 3.1.2 ; ATF 143 I 310 ; ATF 143 II 162 ; ATF 136 I 87, c. 3.1 ; ATF 132 I 49, c. 6.2 ; Schweizer/Müller, Polizeibereich, p. 379 ss ; Häfelin/ Haller/Keller/Thurnherr, Bundestaatsrecht, N 309. Cpdt : ATF 147 I 103, c. 14.2 ; TF 1C_63/2023 (publication ATF prévue), c. 4-6.

une faible densité normative peut être compensée par un renforcement des garanties de procédures⁹⁵, voire par un contrôle renforcé de la proportionnalité⁹⁶.

C. Catalogue de domaines (al. 1 2^{ème} phrase *i.f.*)

- 25 L'art. 164 al. 1 2^{ème} phrase *i.f.* Cst. dresse une liste de domaines dont les dispositions fondamentales sont toujours importantes. La doctrine se montre critique sur le principe d'une telle liste en ceci qu'elle raterait sa cible⁹⁷. La (non-)appartenance à l'un des domaines ne dit, en tant que telle, rien de l'importance ni du caractère fondamental d'une règle de droit. D'une part, ces domaines comportent assurément des règles non importantes. D'autre part, il est douteux que les dispositions fondamentales relevant d'autres domaines soient moins dignes d'importance. Pour autant, cette liste n'est pas dépourvue d'intérêt, à condition de la replacer dans le cadre de la fonction de l'art. 164 al. 1 Cst. Ainsi, la liste tend notamment à orienter les débats parlementaires⁹⁸, et à créer les conditions d'une discussion rationnelle et transparente à propos des compétences des autorités fédérales tant au sein de l'Assemblée fédérale que du débat public⁹⁹. Cette liste fait office de garde-fou, rappelant au législateur les domaines sensibles dans lesquels une attention accrue est de mise¹⁰⁰. Dès lors, la liste de domaines participe effectivement de cette fonction à chaque référence faite, lors des débats parlementaires, aux différentes lettres de l'art. 164 al. 1 2^{ème} phrase Cst.¹⁰¹.
- 26 En ce qui concerne les domaines visés, la liste comprend les domaines dans lesquels le TF a invalidé des ordonnances à défaut de base légale suffisante¹⁰². Elle est non exhaustive¹⁰³, même si elle épuise déjà peu ou prou l'entier de l'activité étatique¹⁰⁴. Les différents domaines se recoupent fréquemment¹⁰⁵. Par ailleurs, la densité normative requise varie d'un domaine à l'autre¹⁰⁶. L'art. 164 al. 1 2^{ème} phr *i.f.* Cst. mentionne les **domaines suivants**.
- 27 *L'exercice des droits politiques (let. a).* Les droits politiques consistent dans les formes de **participation des citoyennes et citoyens** à la formation et à l'expression de la volonté populaire (art. 34 Cst.)¹⁰⁷. Ces droits sont définis par la Constitution elle-même, mais doivent être concrétisés. Les droits politiques ne peuvent en effet être exercés qu'au sein d'un cadre juridique matériel, procédural et institutionnel, à l'image des dispositions qui définissent le cercle électoral, le mode de scrutin de l'élection au Conseil national, le domicile politique ou le vote électronique¹⁰⁸.

95. ATF 147 I 393, c. 5.1.1 ; ATF 132 I 49, c. 6.2 ; ATF 131 II 13, c. 6.5 ; Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 6 ; CR-Dubey, Art. 5 Cst. N 50 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 8.

96. TF 1C_63/2023 (publication ATF prévue), c. 4.5.1 ; ATF 147 I 450, c. 3.2.3 ; ATF 147 I 450, c. 3.2.1. Critique : Biaggini, p. 84.

97. Wiederkehr, Wesentlichkeitstheorie, p. 33 ; Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 5 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 22 ; Uhlmann, Legalitätsprinzip, N 13 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 11. Plus généreux : CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 38.

98. Feuz, Recht, p. 18 s. ; Müller/Uhlmann/Höfler, Rechtssetzung, N 238 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 4. Comme l'indique l'emplacement de l'art. 164 al. 1 Cst., il est avant tout adressé à l'Assemblée fédérale : Dubey/Zufferey, N 527.

99. Rapport Commission d'experts, FF 1996 II 435 ; Schmid, BO CN 1998 p. 76 ; Rapport CIP, FF 1997 II 280 ; Feuz, Gesetzesbegriffe, p. 215 ss ; Müller/Uhlmann/Höfler, Rechtssetzung, N 238 s.

100. Häfelin/Müller/Uhlmann, N 353.

101. Cf. Müller/Uhlmann/Höfler, Rechtssetzung, N 238 avec réf. pour l'exemple de la Loi sur le personnel de la Confédération et le rôle qu'ont joué les let. b, c et e dans les délibérations.

102. Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 26.

103. ATF 148 III 172, c. 3.2.2 ; Rapport CIP, FF 1997 III 282 ; Dettling, BO CN 1998 77 ; Leuba BO CN 1998 77 ; Frick BO CdE 1998 361 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 22 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 13.

104. Kley/Feller, Erlassformen, p. 235 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 13.

105. PV Commission CN (sous-commission 1) 2270 et Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 27 ; Müller, Formen, p. 259 s. ; Sägesser, Neuordnung, p. 684. Critique : SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 13.

106. ATF 103 Ia 369, c. 6 ; Feuz, Gesetzesbegriffe, p. 121 ; Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 26 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. 17.

107. CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 40 ; Kley/Feller, Erlassformen, p. 233.

- 28 *La restriction des droits constitutionnels (let. b).* La notion de **droits constitutionnels** s'entend des dispositions constitutionnelles qui protègent les citoyens contre les interventions étatiques ou celles qui, bien qu'elles poursuivent en premier lieu un intérêt public, accordent également une protection à des intérêts privés¹⁰⁹. La disposition est donc plus large que les seuls « droits fondamentaux »¹¹⁰. De même, la notion de « restriction » dépasse celle ancrée à l'art. 36 al. 1 Cst.¹¹¹. Cela est d'autant plus vrai que la doctrine majoritaire réduit, à tort, selon nous, la notion de « restriction » de l'art. 36 al. 1 Cst. aux libertés fondamentales à l'exclusion des droits sociaux¹¹². Le régime de l'art. 36 Cst. devrait également s'appliquer à ces derniers sinon directement, du moins par analogie : les droits sociaux imposent à l'État tant des obligations positives que négatives, qui se prêtent à la dialectique droit – restriction au même titre que les libertés fondamentales¹¹³. Aux fins de l'application de l'art. 164 al. 1 Cst., la portée pratique de la controverse est toutefois limitée, dès lors que la let. c comprend tout droit qui ne tomberait pas sous le coup de la let. b.
- 29 *Les droits et obligations des personnes (let. c).* La let. c tend à se confondre avec la définition de « règle de droit » (*supra* N 14) et se recoupe largement avec les let. a, b et d, ce qui a suscité certaines critiques à son égard¹¹⁴. Il s'agit avant tout d'une **clause subsidiaire**¹¹⁵. Sa portée est toutefois limitée et les domaines qu'elle couvre sont incertains. A titre d'exemples, l'on peut mentionner les droits et obligations qui relèvent du droit du personnel de la Confédération¹¹⁶, des assurances sociales¹¹⁷, de la nationalité¹¹⁸, voire du droit pénal¹¹⁹. D'aucuns mentionnent également le droit privé¹²⁰, ce que d'autres critiquent¹²¹.
- 30 *La qualité de contribuable, l'objet des impôts et le calcul du montant des impôts (let. d).* La let. d reflète le **principe de la légalité en matière fiscale**, également ancré à l'art. 127 Cst.¹²². Ce principe repose sur une importante pratique jurisprudentielle selon laquelle la loi doit énoncer les règles essentielles concernant le cercle des contribuables (sujet fiscal), l'objet (objet fiscal) et le mode de calcul de la contribution (base de calcul et tarif)¹²³, de même que les exonérations et les exceptions¹²⁴ ou encore les buts en matière de redevance causale¹²⁵. La let. d n'est pas exhaustive¹²⁶. Le régime s'applique par

108. Cf. en particulier Loi fédérale sur les droits politiques du 17 décembre 1976, RS 161.1. ATF 149 I 195, c. 2 ; 136 I 376, c. 4.1 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 24 ; Gfeller/Glaser/Lehner, p. 12 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 17.

109. ATF 131 I 366, c. 2.2 ; ATF 137 I 77, c. 1.3.1 ; Sägesser, Neuordnung, p. 683 ; Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 27 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 41 ; Pelli BO CN 1998 394, à propos de l'actuel art. 189 Cst. Contra : Feuz, Gestzesbegriffe, p. 121 ; Kley/Feller, Erlassformen, p. 234 ; Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 7 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 26 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 18.

110. CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 41. Contra : BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 26 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 19.

111. CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 41. Contra : BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 26 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 19.

112. BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 26 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 19.

113. Avec réfs. jurisprudentielles : CR-Dubey, Art. 36 Cst. N 51 ss. Cf. ég. ATF 129 I 35, c. 8.2 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 41 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 19.

114. Feuz, Gesetzesbegriffe, p. 149 ; Kley/Feller, Erlassformen, p. 234 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 27 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 42 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 21.

115. Feuz, Gesetzesbegriffe, p. 145 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 27 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 42 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 22.

116. BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 27 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 22.

117. Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 27 ; Sägesser, Neuordnung, p. 683 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 27.

118. SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 22.

119. Dans la mesure toutefois où les normes en question ne seraient pas couvertes par d'autres lettres de l'art. 164 al. 1 Cst. ; Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 27 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 22. Dans ce sens : ATF 147 IV 274, c. 2.1.1.

120. Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 27 ; Kley/Feller, Erlassformen, p. 234.

121. CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 42 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 23.

122. Sägesser, Neuordnung, p. 683 ; Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 7 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 28 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 43 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 24.

123. ATF 144 II 454, c. 3.4.

124. ATF 144 II 454, c. 3.4 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 24.

ailleurs aux redevances causales et non seulement aux impôts, même s'il s'accommode alors de certains allègements¹²⁷. Il ne concerne toutefois pas les émoluments de chancellerie¹²⁸.

- 31 *Les tâches et les prestations de la Confédération (let. e).* Les **tâches** de la Confédération ressortent de la Constitution (art. 3 et 42 al. 1 Cst.). La réserve de la loi se réfère, dans ce contexte, à leur définition et concrétisation¹²⁹. Elle comprend le but, l'objet et l'étendue des tâches de la Confédération, de même que les instruments et la procédure qui servent à les mettre en œuvre, ou encore leur délégation à une entité décentralisée¹³⁰. Le terme « **prestations** » sert quant à lui à confirmer que le principe de légalité s'applique non seulement à l'administration de restriction mais également à celle de prestation¹³¹ – quand bien même ses exigences sont alors assouplies au vu des conséquences moins incisives qu'emporte l'administration de prestation¹³².
- 32 *Les obligations des cantons lors de la mise en œuvre et de l'exécution du droit fédéral (let. f).* La let. f rappelle l'art. 46 Cst., qui impose aux cantons de mettre en œuvre le droit fédéral conformément à la Constitution et à la loi¹³³. En exigeant que les obligations de mise en œuvre des cantons soient prévues par la loi, cette disposition consacre une **dimension fédéraliste** du principe de la légalité¹³⁴. La notion de « mise en œuvre » englobe toute mesure visant au respect ou à l'application du droit fédéral ; dès lors, le terme d'« exécution » est redondant¹³⁵.
- 33 *L'organisation et la procédure des autorités fédérales (let. g).* La notion d'« **autorité fédérale** » inclut toute entité chargée d'une tâche publique fédérale, qu'elle soit législative, exécutive ou judiciaire, centralisée ou décentralisée, titulaire ou délégataire¹³⁶. Les exigences précises en matière d'organisation dépendent du type d'autorité, mais elles incluent notamment le statut juridique, l'autonomie, les compétences, la surveillance, l'engagement des fonctionnaires, les incompatibilités ou encore des questions de coordination et de collaboration¹³⁷. La notion de « procédure » couvre l'adoption de toute règle ou décision qui produit des effets juridiques, tant au niveau législatif ou judiciaire qu'administratif¹³⁸. Sont visés les lois de procédure fédérales¹³⁹, certains domaines

125. Feuz, Gesetzesbegriffe, p. 151 s. et 155 ; BSK-Wytenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 29 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 43 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 24.

126. CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 43 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 25.

127. ATF 149 II 177, c. 8.3.2 ; ATF 143 II 283, c. 3.5 ; ATF 143 I 227, c. 4.2.1 ; ATF 132 II 371, c. 2.1 ; ATF 130 I 113, c. 2.2 ; Sägesser, Neuordnung, p. 683 ; BSK-Wytenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 29 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 43 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 25.

128. ATF 130 I 113, c. 2.2 ; ATF 125 I 173, c. 9b ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 43.

129. BSK-Wytenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 30 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 26.

130. ATF 146 II 56, c. 6.2.1 ; ATF 137 II 409, c. 6.3 s. ; Feuz, Gesetzesbegriffe, p. 158 s. ; BSK-Wytenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 30 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 44 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 26.

131. ATF 130 I 1, c. 3.1 ; ATF 103 Ia 369, c. 5 ; Sägesser, Neuordnung, 683 s. ; Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 27 ; Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 7. Sur la distinction: Dubey/Zufferey, N 138 ss.

132. ATF 150 I 1, c. 4.4.2 ; ATF 141 V 688, c. 4.2.2 ; ATF 138 I 378, c. 7.2 ; ATF 118 Ia 46, c. 5b ; Sägesser, Bundesbehörden, 468 s. ; Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 7 ; BSK-Wytenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 30 ; Häfelin/Müller/Uhlmann, N 379 ss ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 44 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 27.

133. ATF 143 II 1, c. 4.2 ; ATF 127 II 49.

134. ATF 138 IV 40, c. 2.2.4 ; Müller, Umschreibung, p. 32 ; Feuz, Gesetzesbegriffe, 179 ; Kley/Feller, Erlassformen, p. 234 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 28.

135. Feuz, Gesetzesbegriffe, p. 175 ; BSK-Wytenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 34 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 45 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 28.

136. Cf. p. ex. Loi sur l'Assemblée fédérale, RS 171.10 ; Loi sur le Tribunal fédéral, RS 173.110 ; ATF 148 III 172, c. 3.2.2 ; ATF 104 Ia 226, c. 2c ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 46 ; Feuz, Gesetzesbegriffe, p. 182 ; Kley/Feller, Erlassformen, p. 234 s. ; BSK-Wytenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 35 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 31.

137. BSK-Wytenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 36 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 46 ; Petrig/Sinz, p. 143 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 32.

138. ATF 104 Ia 226, c. 2c ; Sägesser, Neuordnung, p. 684 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 46 ; SGK-Tschannen, Art. 182 N 33.

139. SGK-Tschannen, Art. 182 N 33.

spécifiques tels que les marchés publics¹⁴⁰, ou encore les procédures d'adoption du droit international¹⁴¹. Si l'art. 164 al. 1 let. e vise les autorités fédérales, les mêmes exigences s'appliquent aux procédures devant les autorités cantonales dès lors que la liste n'est pas exhaustive. C'est par exemple le cas d'une ordonnance fédérale qui soumet un litige à la juridiction civile sans égard à sa nature de droit public, même s'il s'agit alors de tribunaux cantonaux¹⁴².

III. DÉLÉGATION LÉGISLATIVE (AL. 2)

A. Principe de la délégation législative

1. Notion

- 34 L'art. 164 al. 2 Cst. consacre et, simultanément, limite la **délégation législative**, c'est-à-dire tout acte par lequel le législateur (l'Assemblée fédérale avec le concours éventuel du peuple, *supra* N. 7 et N. 12) confère à une autre autorité (voire à une autre institution ou personne) le droit ou l'obligation d'édicter une règle de droit qui relève de sa compétence¹⁴³. La figure de la délégation n'apparaissait pas dans l'ancienne Constitution, bien qu'elle fût déjà pratiquée et sanctionnée par le TF¹⁴⁴. La délégation législative répond à des considérations d'ordre pratique car elle permet au législateur d'écarter les questions de détail ou de rang inférieur afin de se concentrer sur les éléments importants. Une délégation législative se justifie lorsqu'elle est nécessaire à la souplesse et à la rapidité de l'action étatique, qu'elle permet d'éviter à la loi de régler des détails, ou que des questions techniques sont appelées à évoluer¹⁴⁵. Toutefois, chaque délégation législative affecte la séparation des pouvoirs ainsi que la qualité démocratique du droit. Elle permet d'une part au législateur de se dessaisir d'une compétence que la Constitution lui assigne au profit d'un autre organe ; elle soustrait d'autre part l'adoption de règles de droit au concours du peuple¹⁴⁶. C'est pourquoi la délégation législative est soumise à différentes conditions examinées ci-dessous.
- 35 La règle de droit adoptée sur le fondement d'une délégation législative revêt la forme d'une **ordonnance** dite dépendante de substitution. Dans cette constellation, l'ordonnance dépend d'une loi qui prévoit une délégation législative et s'y substitue car elle contient des règles de droit primaires (*supra* N. 8)¹⁴⁷. La délégation législative ne concerne que la compétence législative générale de l'Assemblée fédérale. Elle ne s'applique pas aux cas où une autorité fédérale adopte une ordonnance sur la base d'une compétence directement prévue par la Constitution, c'est-à-dire une compétence originaire (cf. art. 84 al. 2, 182 al. 2, 184 al. 3 et 185 al. 3 Cst. pour le Conseil fédéral, art. 159 al. 4 et 173 al. 1 let. c Cst. pour l'Assemblée fédérale et art. 188 al. 3 Cst. pour le TF)¹⁴⁸. Dans ce dernier cas, l'ordonnance est dite indépendante dès lors qu'elle trouve son fondement non pas dans une loi fédérale (et n'en dépend pas), mais dans la Constitution¹⁴⁹. Cela étant, certaines compétences originaires du Conseil fédéral peuvent entrer en conflit avec l'art. 164 al. 1 Cst. car elles conduisent

140. BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 33.

141. Petrig/Sinz, p. 141 ss.

142. ATF 148 III 172, c. 3.2.2.

143. Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 36 ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 1631 ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 1631 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 47 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 34.

144. ATF 116 Ib 410, c. 3a ; ATF 109 Ib, c. 2a ; Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 37.

145. OFJ, Guide de législation, N 723 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 37 ; Wyss, Rechtsetzungsverfahren, N 28.

146. ATF 103 Ia 369, c. 3a ; Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 37 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 37 ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 1631.

147. Jaag, Verordnung, p. 629 ss ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundestaatsrecht, N 1869 ss ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 47.

148. Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 9 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 50.

149. CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 50.

parfois à l'adoption de règles de droit importantes. Cette tension est examinée ci-dessous (*infra* N. 51 s.).

2. Sous-délégation

- 36 La Constitution ne mentionne pas la question de la **sous-délégation**. Une sous-délégation a lieu lorsque que le délégataire transmet, à son tour, la compétence qui lui a été déléguée¹⁵⁰. La doctrine déduit du silence de la Constitution que celle-ci n'exclut pas la sous-délégation¹⁵¹. L'art. 48 LOGA régit la question pour le Conseil fédéral¹⁵². Selon son alinéa premier, le Conseil fédéral peut déléguer aux **départements** la compétence d'édicter des règles de droit, mais doit alors prendre en compte « la portée de la norme envisagée ». Une telle limite se justifie car la sous-délégation atténue encore le lien entre citoyennes et citoyens, d'une part, et adoption du droit, d'autre part. De surcroît, une sous-délégation à un département affecte la répartition des compétences au sein de l'administration car elle affaiblit la participation des autres départements¹⁵³. Finalement, le droit de consultation des commissions parlementaires ne porte que sur les ordonnances du Conseil fédéral (art. 151 LParl), à l'exclusion des ordonnances des départements¹⁵⁴. Le message relatif à la LOGA indique que l'attribution au Conseil fédéral ou au département de la compétence d'édicter une ordonnance est tributaire de l'importance de la matière¹⁵⁵ et qu'une délégation se justifie d'autant plus qu'elle porte sur une prescription de nature technique¹⁵⁶. De même, l'OFJ mentionne au titre de critères applicables l'importance de la matière, le cercle des destinataires, les conséquences de la norme et la technicité de la matière¹⁵⁷. Ces critères rappellent l'évaluation de l'importance d'une norme au sens de l'art. 164 al. 1 Cst. L'évaluation du degré d'importance est toutefois indépendante de l'art. 164 al. 1 Cst., dès lors que les dispositions importantes au sens de cet article ne peuvent pas être déléguées au Conseil fédéral. Quant au TF, il semble limiter la sous-délégation fondée sur l'art. 48 al. 1 LOGA aux règles de mise en œuvre qu'il assimile aux prescriptions d'ordre technique¹⁵⁸, même s'il adopte une définition large de la notion de mise en œuvre¹⁵⁹.
- 37 Si une délégation aux départements peut se passer de base légale formelle spécifique, il en va autrement d'une délégation aux **groupements et offices**. L'art. 48 al. 2 LOGA dispose que la délégation de compétences législatives aux groupements et aux offices n'est autorisée « que si une loi fédérale le permet ».
- 38 L'art. 48 LOGA ne mentionne pas la **sous-délégation de deuxième degré**, par le biais de laquelle les départements ou offices et groupements délèguent une compétence aux entités administratives qui leur sont subordonnées¹⁶⁰. Selon Sägesser, il convient d'affirmer sa constitutionnalité tant qu'elle n'est pas exclue par la clause de (sous-)délégation¹⁶¹. Il est toutefois douteux qu'un département délégataire

150. ATF 141 II 169, c. 3.5.

151. ATF 141 II 169, c. 3.5 ; Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 11 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 40 ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N 1875 ss ; SGK-Tschannen, Art. 182 N 9 ; Komm RVOG-Sägesser, Art. 48 LOGA N 1. Plus strict: CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 48. La jurisprudence admettait la pratique avant l'entrée en vigueur de la LOGA: ATF 120 II 137, c. 2a.

152. Dubey/Zufferey, N 539 s. ; Tanquerel, N 498 ; Komm RVOG-Sägesser, Art. 48 LOGA N 1 ss.

153. OFJ, Guide de législation, N 379 et 729.

154. Komm RVOG-Sägesser, Art. 48 LOGA N 17.

155. Mess. LOGA, FF 1993 III 1047 ; Komm RVOG-Sägesser, Art. 48 LOGA N 9.

156. Mess. LOGA, FF 1993 III 1047 ; Komm RVOG-Sägesser, Art. 48 LOGA N 9.

157. OFJ, Guide de législation, N 381.

158. TF 1C_35/2013, c. 6.1-6.3 ; ATF 128 V 75, c. 4a ; ATF 120 II 137, c. 2a.

159. TF 1C_35/2013, c. 6.3 à propos d'une sous-délégation de règles qui emportent une restriction légère à la liberté économique.

160. Komm RVOG-Sägesser, Art. 48 LOGA N 23.

161. *Ibid.*

d'une compétence sur la base de l'art. 48 LOGA puisse la déléguer à un office sans base légale formelle, au risque de contourner l'art. 48 al. 2 LOGA. Pour des raisons de sécurité juridique, il serait judicieux que la clause de délégation prévoie explicitement l'autorisation ou l'interdiction d'une sous-délégation¹⁶².

3. Destinataires

- 39 La Constitution ne dit rien des **possibles destinataires** de la délégation législative. Il s'agit avant tout du Conseil fédéral ou de l'administration, mais également du TF ou de l'Assemblée fédérale (lorsqu'elle adopte une ordonnance, conformément à l'art. 163 al. 1 Cst., avec pour effet de soustraire l'adoption d'une règle de droit au référendum facultatif au sens de l'art. 141 al. 1 Cst.). Dans une perspective fédéraliste, l'art. 164 al. 2 Cst. régit la délégation « horizontale », par opposition à la délégation « verticale » ; la première a trait aux relations entre autorités fédérales, la seconde à celles entre autorités d'un échelon fédéral différent¹⁶³.
- 40 Par ailleurs, le législateur peut déléguer le pouvoir d'édicter des ordonnances à des **établissements autonomes de droit public**¹⁶⁴. Se pose alors la question des conditions y relatives et, en particulier, de la densité normative de la clause de délégation. Une analyse au cas par cas, et institution par institution, est nécessaire. Selon le TF, une délégation législative en faveur de la FINMA est assortie de conditions strictes, car son Conseil d'administration n'est pas élu par le Parlement, contrairement au Conseil fédéral. La légitimité démocratique des normes de la FINMA est donc plus faible¹⁶⁵. Dès lors, le fondement dans une loi formelle doit être d'autant plus net. À défaut de prescription légale concrète, la clause de délégation se limite à ce qui est, dans le cadre de la réglementation légale, indispensable à la réalisation du but légal, c'est-à-dire au minimum nécessaire¹⁶⁶. En revanche, le TF estime que la Direction d'une EPF dispose d'une grande latitude d'appréciation concernant le système de cours, les examens et les exigences y relatives¹⁶⁷. L'autonomie des EPF est explicitement garantie à l'art. 63a Cst., en plus de découler de la liberté de la science (art. 20 Cst.)¹⁶⁸. En somme, les conditions de la délégation à un établissement autonome de droit public sont souples quand il s'agit de l'accès à un établissement dont la fonction est spécifique ; elles sont strictes lorsque les règles déléguées emportent des conséquences importantes sur les droits des administrés¹⁶⁹.
- 41 La constitutionnalité des **délégations législatives en faveur d'organismes ou personnes privés** est controversée. L'art. 164 al. 2 Cst. doit être contrasté avec l'art. 178 al. 3 Cst. Ce dernier prévoit explicitement la délégation à des organismes ou personnes de droit privé de tâches publiques incombant à l'administration, quand l'art. 164 al. 2 Cst. premier ne la mentionne pas¹⁷⁰. Nonobstant l'absence de base constitutionnelle, de telles délégations législatives à des privés sont fréquentes en pratique. Si une délégation législative à un organisme privé peut être explicite, elle résulte souvent d'un « **renvoi dynamique** »¹⁷¹. La technique du renvoi au profit de normes privées revêt une importance croissante, en particulier dans des domaines techniques¹⁷². Un acte législatif comprend un

162. *Ibid.*

163. Zysset, N 583 ss ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 47.

164. ATF 146 II 56, c. 7.2 ; ATF 143 I 253, c. 6.2.

165. ATF 143 I 253, c. 6.2.

166. ATF 143 I 253, c. 6.2.

167. ATF 146 II 56, c. 8.1.

168. ATF 146 II 56, c. 8.1.

169. Moor/Bellanger/Tanquerel, p. 219.

170. Sur la délégation d'activités étatiques à des personnes privées : Moor/Bellanger/Tanquerel, 221 ss ; Favre, 145 ss ; Bellanger, 43 ss ; Poltier, 193 ss ; Dubey/Zufferey, N 106 ss ; Tschannen/Müller/Kern, § 10 N 16 ss.

171. ATF 136 I 316, c. 2.4.1 ; Moor/Bellanger/Tanquerel, p. 224. Critiques: Uhlmann/Natassia, p. 14.

172. P. ex. Zulauf, p. 61 ss ; Stutz, p. 71 ss ; Jenni/Schüpbach, p. 83 ss ; Mächler, p. 107 ss.

renvoi lorsqu'il se réfère à des prescriptions émises par un organisme privé et renonce par là même à réglementer l'objet en question¹⁷³. Le renvoi constitue le lien entre l'acte législatif et la norme privée¹⁷⁴. Le renvoi est dit statique lorsqu'il porte sur des règles déjà existantes et n'emporte pas création ni modification de normes¹⁷⁵. Le renvoi est dit dynamique lorsqu'il ne fait pas référence à une version déterminée de la norme privée, de sorte que celle-ci peut évoluer au fil des modifications apportées par l'organisme privé¹⁷⁶. Un renvoi dynamique se confond avec une délégation législative¹⁷⁷. La classification d'un renvoi est une question d'interprétation tranchée au cas par cas¹⁷⁸. La constitutionnalité du renvoi statique est en principe admise, dès lors qu'il s'agit d'une réception des normes plutôt que d'une délégation¹⁷⁹. En revanche, le renvoi dynamique est soumis aux conditions de la délégation législative et à ses controverses.

- 42 La **doctrine majoritaire** estime qu'une délégation législative à des organismes ou personnes privés est admissible dans la mesure où elle porte sur des règles secondaires et d'ordre technique¹⁸⁰. Une délégation d'une règle de droit qui dépasse la simple exécution est en principe exclue ; en revanche, les règles qui pourraient figurer dans des ordonnances d'exécution peuvent être déléguées à des organismes privés par analogie avec l'art. 178 al. 3 Cst.¹⁸¹. Il s'agirait alors, d'un point de vue fonctionnel, d'un exercice administratif et non législatif. En revanche, une partie de la doctrine¹⁸², le Conseil fédéral¹⁸³ et l'OFJ¹⁸⁴ excluent entièrement la constitutionnalité d'une délégation législative à des organismes privés, faute de base constitutionnelle explicite.
- 43 La **jurisprudence du TF** est en partie incohérente, mais semble plus généreuse que ce dernier avis¹⁸⁵. Dans un premier temps, le TF affirma qu'une délégation à un organisme privé était subordonnée à l'exigence d'une base constitutionnelle et au respect des conditions relatives à la délégation législative. Néanmoins, si les normes pouvaient faire l'objet d'une ordonnance de mise en œuvre (avant tout les normes purement techniques), il s'agissait de délégation de tâches administratives et l'art. 178 al. 3 Cst. s'appliquait par analogie¹⁸⁶. Par la suite toutefois, le TF estima, sans référence à sa décision précitée, qu'une délégation législative était subordonnée aux conditions relatives à la délégation législative au sens de l'art. 164 al. 2 Cst., à savoir, une base légale et non constitutionnelle¹⁸⁷. Dans un arrêt ultérieur, le TF restreignit explicitement la portée de son arrêt

173. Sur la distinction entre renvoi direct et indirect : ATF 123 I 112, c. 7c/cc ; OFJ, Guide de législation, N 739.

174. OFJ, Guide de législation, N 739.

175. TF 1C_35/2013, c. 6.4 ; TF 1C_259/2012, c. 2.3 ; ATF 136 I 316, c. 2.1 ; ATF 123 I 112, c. 7c/cc ; OFJ, Guide de législation, N 740 ; Müller/Uhlmann/Höfler, Rechtssetzung, N 350 ss ; Sägesser, Bundesbehörden, N 482 ; BSK-Wytenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 41.

176. TF 1C_35/2013, c. 6.4 ; TF 1C_259/2012, c. 2.3 ; ATF 136 I 316, c. 2.1 ; ATF 123 I 112, c. 7c/cc ; OFJ, Guide de législation, N 743.

177. TF 1C_35/2013, c. 6.4 ; TF 1C_259/2012, c. 2.3 ; ATF 136 I 316, c. 2.1 ; ATF 123 I 112, c. 7c/cc ; OFJ, Guide, N 740 ; Müller/Uhlmann/Höfler, Rechtssetzung, N 350 ss ; Sägesser, Bundesbehörden, N 482 ; BSK-Wytenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 41.

178. ATF 136 I 316, c. 2.1 ; TF 1C_35/2013.

179. ATF 136 I 316, c. 2.1 ; Moor/Bellanger/Tanquerel, p. 235 ; Errass, N 357 ; Müller/Uhlmann/Höfler, Rechtssetzung, N 517 ; Marti, Aufgabenteilung, 1161.

180. Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 11 ; Marti, Aufgabenteilung, p. 1155 ; Müller/Uhlmann/Höfler, Rechtssetzung, N 513 ss ; Mader, Regulierung, p. 91 s. ; Errass, p. 225 ss ; BSK-Wytenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 41 ; Moor/Bellanger/Tanquerel, p. 219 ; Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, N 2739 ss ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 35 ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N 1890 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 49.

181. Mader, Regulierung, 91 s. ; Errass, 225 ss ; Müller/Uhlmann/Höfler, Rechtssetzung, N 513 ss ; BSK-Wytenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 41 ; Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, N 2739 ss ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundestaatsrecht N 1890 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 49 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 35.

182. Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 40.

183. P. ex. PV Commission CE 4866 ; Mess Cst., FF 1997 I 397.

184. OFJ, Guide de législation, N 733.

185. Wyss, Legalitätsprinzip, p. 67 et Rechtsetzungsverfahren, p. 1958 s.

186. ATF 136 I 316, c. 2.4.1.

initial, affirmant que les réserves exprimées à l'égard du renvoi dynamique étaient limitées au domaine fiscal ; dans d'autres domaines, la délégation pouvait se passer de base constitutionnelle¹⁸⁸. Dans un dernier arrêt, le TF réaffirma qu'une délégation à un organisme privé s'analysait sous l'angle de l'art 178 al. 3 Cst., sans toutefois indiquer si ce dernier s'appliquait directement ou par analogie, ni traiter de son articulation avec l'art. 164 al. 2 Cst¹⁸⁹.

- 44 Selon nous, la délégation législative à des personnes privées ne doit être **admise que restrictivement**. Le texte de l'art. 164 Cst. et sa lecture croisée avec l'art. 178 al. 3 Cst., de même que les travaux préparatoires, l'excluent. En outre, la ratio legis de l'art. 164 Cst. réside dans la garantie de la légitimité démocratique du droit fédéral et de la séparation des pouvoirs. Le silence de la Constitution ne saurait justifier une pratique qui met à mal ces fondements. Autre est la question de l'application par analogie de l'art. 178 al. 3 Cst. Une telle délégation doit être limitée à des règles d'exécution, et l'interprétation de cette notion doit être restrictive¹⁹⁰. Ainsi, des normes privées ne peuvent que préciser la volonté du législateur sans annuler ni modifier la loi et sans restreindre les droits du citoyen ni l'assujettir à aucune obligation supplémentaire, même conforme au but de la loi¹⁹¹. En sus d'une application rigoureuse des conditions relatives à la délégation législative¹⁹², une délégation à un organisme ou personne privé doit en tous les cas poursuivre un intérêt public et satisfaire les exigences du principe de proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.)¹⁹³. Par ailleurs, l'accessibilité des normes doit être garantie¹⁹⁴. Finalement, il serait judicieux de soumettre l'organisme privé à une surveillance étatique minimale¹⁹⁵.
- 45 Force est de constater que le **droit fédéral** comporte des délégations à des organismes privés dont la constitutionnalité est douteuse. C'est par exemple le cas d'une délégation aux « organismes d'autorégulation » en matière de blanchiment d'argent à la faveur de laquelle ces derniers « édictent un règlement [qui précise] à l'intention des intermédiaires financiers qui leur sont affiliés les obligations de diligence [...] et règlent les modalités d'application » (art. 25 al. 1 et 2 LBA). Est ainsi « un organisme d'autorégulation » une association reconnue par la FINMA, à laquelle les intermédiaires financiers non soumis directement à sa surveillance peuvent s'affilier pour satisfaire à leurs obligations en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, et qui édicte des règles de conduite conformes à la LBA, contrôle leur respect par ses membres et dispose d'un pouvoir disciplinaire à leur égard. Secondement, en matière de formation professionnelle, la loi prévoit que « Les organisations du monde du travail compétentes définissent les conditions d'admission, le niveau exigé, les procédures de qualification, les certificats délivrés et les titres décernés » (art. 28 al. 2 LFPr). De telles délégations vont au-delà de la simple exécution, dès lors qu'elles affectent les droits et obligations des particuliers¹⁹⁶. Elles nécessitent ainsi une base constitutionnelle qui fait défaut en droit fédéral.

187. ATF 137 III 37, c. 2.2.1.

188. TF 1C_259/2012, c. 2.3.

189. TF 1C_35/2013, c. 6.4.

190. Dans le cadre d'une sous-délégation du Conseil fédéral à un département, le TF a ainsi considéré qu'une restriction légère à la liberté économique pouvait constituer une règle de mise en œuvre : TF 1C_35/2013, c. 6.3.

191. ATF 139 II 460, c. 2.2 ; ATF 136 I 29 ; ATF 130 I 140, c. 5.1 ; Moor/Bellanger/Tanquerel, N 2004.

192. Müller/Uhlmann/Höfler, Rechtssetzung, N 513 ss ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 41; Zysset, N 593-595 ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundestaatsrecht N 1890.

193. Marti, Aufgabenteilung, 1156 ; Müller/Uhlmann/Höfler, Rechtssetzung, N 516 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 41; Wyss, Rechtsetzungsverfahren, N 31.

194. Uhlmann, Publikation, p. 89 ss ; Uhlmann/Natassia, p. 12 ss ; ATF 120 Ia 1, c. 4b.

195. Marti, Aufgabenteilung, p. 1155 ; Wyss, Rechtsetzungsverfahren, N 31 ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N 1890 ; Häfelin/Müller/Uhlmann, N 1839. Pour des exemples de procédure d'approbation : art. 18 al. 2 LFINMA et art. 28 al. 2 LFPr.

196. Uhlmann/Natassia, p. 8.

B. Admissibilité de la délégation législative

1. Conditions en général

- 46 La délégation législative emporte des conséquences importantes en matière de légitimité démocratique et de séparation des pouvoirs. C'est pourquoi le TF assortit la pratique d'une série de **quatre conditions cumulatives** : la délégation doit (1) figurer dans une loi au sens formel ; (2) ne pas être exclue par le droit supérieur ; (3) être limitée à une matière particulière ; et (4) contenir les grandes lignes de la réglementation, en particulier lorsque la situation juridique des particuliers est affectée de manière importante¹⁹⁷. Cette jurisprudence concerne les délégations législatives au niveau cantonal, dès lors que l'art. 190 Cst. empêche un contrôle effectif d'une clause de délégation contenue dans une loi fédérale, mais est applicable *mutatis mutandis* au niveau fédéral¹⁹⁸. De ces quatre conditions, l'art. 164 al. 2 Cst. ne mentionne explicitement que les deux premières. Le constituant n'a toutefois pas voulu, par cette formulation, se distancer de la pratique antérieure¹⁹⁹. La concision de l'art. 164 al. 2 Cst. s'explique plutôt par sa genèse et sa systématique. Comme évoqué ci-dessus, l'Assemblée fédérale abandonna explicitement la seconde phrase de l'alinéa second proposée par le Conseil national et qui prévoyait que la clause de délégation dût prévoir les grandes lignes (*supra* N. 5). Elle jugeait cet ajout superflu au regard de l'alinéa premier, qui dispose que les dispositions fondamentales des domaines évoqués doivent figurer dans la loi. De surcroît, dans sa mouture finale, l'art. 164 al. 2 Cst. renvoie à son alinéa premier, lequel couvre, implicitement, les deux conditions restantes. En cela, l'art. 164 al. 2 Cst. contient déjà, implicitement, les deux dernières conditions²⁰⁰.

2. « Prévue dans une loi fédérale »

- 47 En premier lieu, l'art. 164 al. 2 Cst. exige que la délégation soit **prévue** dans une « **loi fédérale** », c'est-à-dire une loi au sens formel. Cette condition a pour but de sauvegarder les droits populaires en permettant la tenue d'un éventuel référendum (par le renvoi aux art. 163 et 141 Cst.)²⁰¹. A défaut de pouvoir provoquer un scrutin sur la réglementation déléguée, le peuple peut se prononcer sur le principe de la délégation²⁰². C'est pourquoi la norme de délégation doit toujours être explicite²⁰³. Une délégation législative implicite se heurterait également aux exigences de sécurité du droit²⁰⁴. L'art. 141 al. 2 let. b LParl sert par ailleurs cette fonction en exigeant que le Conseil fédéral fasse état, dans son message relatif à un projet d'acte, des compétences que le projet prévoit de déléguer²⁰⁵.

3. « À moins que la Constitution ne l'exclue »

- 48 En deuxième lieu, une délégation est admissible « **à moins que la Constitution ne l'exclue** ». Par cette formulation, l'art. 164 al. 2 Cst. se réfère aux réserves de la loi, générale ou spéciales (*supra* N. 10). Lorsque la Constitution réserve la forme de la loi, elle exclut les délégations. En cela, l'art. 164 al. 2

197. ATF 142 I 26, c. 3.3 ; 134 I 322, c. 2.4 ; ATF 128 I 113, c. 3c ; ATF 118 Ia 305 ; Jaag, *Verordnung*, p. 644 ss ; Dubey/Zufferey, N 536 ss ; Tanquerel, N 492 ss ; Uhlmann, *Legalitätsprinzip*, N 25 ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 1633 ss ; Häfelin/Müller/Uhlmann, N 368 ss.

198. ATF 144 II 376, c. 7.2 ; ATF 137 II 409, c. 6.4 ; ATF 133 II 331, c. 7.2.1 ; ATF 130 I 26 ; Jaag, *Verordnung*, p. 645 ; Biaggini, *Komm. BV*, Art. 164 Cst. N 13 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 50 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 39.

199. Biaggini, *Komm. BV*, Art. 164 Cst. N 13 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 50 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 38.

200. CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 52.

201. Biaggini, *Komm. BV*, Art. 164 Cst. N 12 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 42 ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 1635 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 39 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 52.

202. CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 52.

203. Sägesser, *Bundesbehörden* N 478 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 42 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 52 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 39.

204. SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 39.

205. Biaggini, *Komm. BV*, Art. 164 Cst. N 14 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 52.

Cst. renvoie d'abord à son alinéa premier. La réserve de la loi au sens formel ancrée à l'art. 164 al. 1 Cst. constitue ainsi un cas d'exclusion de la délégation législative. L'articulation des deux alinéas de l'art. 164 Cst. soulève certaines difficultés d'interprétation²⁰⁶, mais la doctrine majoritaire considère à raison que la délégation législative portant sur des règles de droit importantes est inadmissible²⁰⁷, avis corroboré par la jurisprudence du TF²⁰⁸. Les réserves spéciales constituent également des cas d'exclusion sectoriels de la délégation législative. Il en va ainsi d'une restriction grave à un droit fondamental (art. 36 al. 1 Cst.) ou d'une privation de liberté (art. 31 al. 1 Cst.) (*supra* N. 28).

4. Conditions implicites

- 49 En renvoyant à son alinéa premier, l'art. 164 al. 2 Cst. exclut les délégations législatives portant sur les dispositions fondamentales des domaines listés aux let. a–g. Il en découle que l'art. 164 al. 2 Cst. implique déjà les deux dernières conditions développées par le TF²⁰⁹. En effet, ces deux conditions ont trait à la densité normative de la loi²¹⁰. Elles tendent à interdire les délégations conférant un « blanc-seing » au délégataire²¹¹. En d'autres termes, elles assurent que les dispositions fondamentales soient adoptées par le législateur. C'est bien là l'exigence que pose l'art. 164 al. 1 2^{ème} phrase Cst. Par renvoi à cette dernière disposition, l'art. 164 al. 2 Cst. couvre dès lors les deux dernières conditions développées par le TF. Ainsi, en troisième lieu, la délégation doit être **limitée à une matière déterminée**²¹². Sont exclues les délégations dont le champ d'application serait trop vaste²¹³. En dernier lieu, la loi doit énoncer les règles principales dans les **grandes lignes**, à savoir le but, l'objet et l'étendue des pouvoirs délégués²¹⁴. Afin de servir de base légale, la norme de délégation doit être suffisamment dense ; l'on se référera à la jurisprudence évoquée ci-dessus (*supra* N. 24). Le législateur ne peut se dessaisir d'une question sans définir, dans une certaine mesure, le contenu de sa réglementation. Il est à cet égard essentiel que les dispositions de la règle déléguée puissent être rattachées ou rapportées à sa base légale formelle²¹⁵. En d'autres termes, la loi doit constituer, de façon claire, le fondement de tout acte étatique qui en est dérivé (*supra* N. 19).

C. Conflit avec les compétences originaires du Conseil fédéral

- 50 L'art. 164 al. 2 Cst. a trait aux délégations de compétences prévues dans une loi. La Constitution ne précise en revanche pas les relations entre les **compétences originaires** – c'est-à-dire les dispositions de la Constitution qui habilite (en particulier) le Conseil fédéral à adopter des règles de droit – et la réserve de la loi au sens de l'art. 164 Cst.²¹⁶. Lorsque le Conseil fédéral adopte des règles de droit sur la base d'une compétence originaire, il est amené à adopter des règles de droit importantes. C'est d'abord le cas des art. 184 al. 3 et 185 al. 3 Cst., qui octroient au Conseil fédéral une

206. Müller, Umschreibung, 35 s. ; Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 14.

207. Rhinow, Bundesverfassung, 190 ; Beusch, Gesetzsbegriff, p. 242 ; Feuz, Gesetzesbegriffe, p. 234 ; Wiederkehr, Wesentlichkeitstheorie, 25 ; Häfelin/Müller/Uhlmann, N 377 ; Rhinow/Schefer/Uebersax, N 2733 ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N 1870 ; Malinverni/Hotelier/Hertig Randall/Flückiger, N 1633 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 40 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 53 s. Cf. cpdt. OJF, Guide de législation, N 722 ; Rapport CIP, FF 1997 III 282.

208. Le TF n'est toutefois pas absolument clair à cet égard : ATF 146 II 53 ; ATF 145 V 380, c. 6.3.1 ; ATF 141 II 169 ; ATF 131 II 13, c. 6.3 – après avoir laissé la question ouverte : ATF 133 II 331, c. 7.2.2.

209. Cf. CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 52.

210. *Ibid.*

211. ATF 128 I 113, c. 3c et 3f ; Jaag, Verordnung, p. 465 ; Uhlmann, Legalitätsprinzip, N 26.

212. ATF 142 I 26, c. 3.3 ; ATF 132 I 7 c. 2.4 ; ATF 133 II 331, c. 7.2.1 ; ATF 128 I 113, c. 3d ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 1636 ; Uhlmann, Legalitätsprinzip, N 26.

213. CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 56.

214. ATF 143 I 227 ; ATF 142 I 26, c. 3.3 ; ATF 134 I 322, c. 2.6.2 ; ATF 128 I 113, c. 3d ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 1637.

215. ATF 144 II 454, c. 5.3.1 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 55.

216. BSK-Wytenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 43.

compétence législative lorsque la sauvegarde des intérêts du pays l'exige, respectivement en vue de parer à des troubles existants ou imminents menaçant gravement l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure²¹⁷. Ce droit d'urgence ou de nécessité semble appelé à gagner en importance au vu de l'interprétation large qu'en a fait le Conseil fédéral dans le contexte de la recapitalisation d'UBS²¹⁸ ou de la pandémie de Covid-19²¹⁹. Il est toutefois admis que ces dispositions se trouvent dans une relation de spécialité avec (et donc priment) l'art. 164 Cst., notamment au vu de l'intérêt public en cause et du caractère temporaire des mesures²²⁰.

- 51 Certaines dispositions transitoires adoptées à l'occasion d'initiatives populaires imposent au Conseil fédéral d'édicter des **ordonnances « d'application » ou « d'exécution » provisoires** en cas d'inactivité de l'Assemblée fédérale dans un délai imparti (cf. p. ex. art. 197 ch. 9 al. 1 et ch. 11 al. 2 Cst.). Ce mécanisme sert à exercer une pression sur l'Assemblée fédérale et assurer la mise en œuvre effective de l'initiative constitutionnelle²²¹. Il s'ensuit toutefois une tension avec l'art. 164 Cst., dès lors que la mise en œuvre d'une initiative populaire entraîne potentiellement l'adoption de règles de droit importantes. Cette tension doit être résolue par voie d'interprétation²²². Dans une telle constellation, il convient d'interpréter la Constitution de façon harmonieuse, en favorisant la lecture la plus respectueuse possible des différentes dispositions et de sorte à garantir une « concordance pratique »²²³. L'interprétation doit tenir compte du contexte constitutionnel global : à eux seuls, la volonté des initiants et le caractère postérieur d'une disposition ne suffisent pas à établir un rapport de spécialité²²⁴.
- 52 La **doctrine** estime que de telles dispositions transitoires octroient au Conseil fédéral la compétence d'adopter des règles de droit importantes et priment l'art. 164 Cst. Selon Rausch, cette primauté se justifie en raison du caractère temporaire des ordonnances ainsi adoptées²²⁵. Cette approche peine à convaincre, dans la mesure où le déficit démocratique de l'ordonnance est amplifié par l'effet préjudiciel qu'elle exerce en pratique : pour des raisons de sécurité juridique, la loi fédérale sera susceptible de reprendre tout ou partie de l'ordonnance²²⁶. De plus, le caractère temporaire d'une règle de droit ne diminue pas nécessairement son importance. C'est pourquoi la Constitution circonscrit bien plutôt la possibilité offerte au Conseil fédéral d'adopter de façon temporaire des règles de droit importantes aux situations d'urgence et qui répondent à un intérêt public particulier (art. 184 al. 3 et 185 al. 3 Cst.). Wyss considère que l'art. 164 al. 1 doit céder le pas car les dispositions transitoires seraient dénuées de sens à défaut de permettre au Conseil fédéral d'adopter des règles de droit importantes. Le Conseil fédéral serait incapable, en pratique, de remplir son mandat²²⁷. Selon nous, cette position fait toutefois la part trop belle à la volonté des initiants et à la postériorité des dispositions transitoires, au détriment de l'expression fidèle de la volonté populaire.

217. BSK-Saxer/Brunner, Art. 184 Cst. et 185 Cst. ; Tschanen, Staatsrecht, § 46 N 25 ; CR-Schmidt, Art. 184 Cst. ; CR-Gonin, Art. 185 Cst. ; SGK-Künzli, Art. 184 Cst. et 185 Cst.

218. Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N 1867a ss.

219. BSK-Saxer/Brunner, Art. 185 Cst. N 147 ; Waldmann ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N 1867f ss ; CR-Gonin, Art. 185 N 107 ss. Critique: Biaggini, Verfassungsgefüge, p. 62 ss.

220. ATF 147 I 333 (implicite) ; ATF 141 I 20, c. 5.1 ; ATF 125 II 417, c. 6b ; Wyss, Umsetzung, N 354 ss ; BSK-Wytenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 43 ; Tschanen, Staatsrecht, § 46 N 26.

221. Rausch, p. 68 ; Wyss, Umsetzung, N 329 ; Rhinow, Bundesrat, 345 s.

222. Wyss, Umsetzung, N 351 ; Rhinow, Bundesrat, 346.

223. ATF 139 I 16, c. 4.2.2 ; ATF 145 IV 364, c. 3.3 ; ATF 129 I 173, c. 5.1 ; ATF 126 III 129, c. 8a ; Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, N 529 ss ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 1520 ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N 100 ; Wyss, Umsetzung, N 169 ss ; Tschanen, Staatsrecht, § 4 N 41 ; Biaggini, Auslegung, p. 320 ss ; Rausch, p. 67.

224. ATF 139 I 16, c. 4.2.2 ; Tschanen, Staatsrecht, § 4 N 41 ; Rausch, p. 68.

225. Rausch, p. 68.

226. CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 51 ; BSK-Wytenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 44 ; Rhinow, Bundesrat, p. 346.

227. Wyss, Umsetzung, N 363 ss, qui est toutefois plus nuancé concernant les réserves spéciales.

- 53 Une initiative qui permet au Conseil fédéral d'adopter des normes importantes comporte toujours deux objets : l'un a trait à la substance de l'initiative, l'autre modifie l'architecture constitutionnelle de la séparation des pouvoirs²²⁸. La Constitution prévoit en effet que les règles de droit importantes sont adoptées par l'Assemblée fédérale ; elle soumet les lois fédérales au référendum ; elle affirme que les lois, contrairement aux ordonnances, échappent à la juridiction constitutionnelle ; quant à une éventuelle pression exercée sur l'Assemblée fédérale, elle est du ressort du peuple par le biais des élections²²⁹. A estimer que le Conseil fédéral peut adopter des règles de droit importantes par voie d'ordonnance, c'est l'entier de cet **équilibre constitutionnel** qui est mis à mal. L'on ne peut dès lors présumer que le constituant entend s'écarter d'une telle structure constitutionnelle au moment de se prononcer sur le fond d'une initiative populaire, sauf au constituant de s'exprimer sans ambiguïté à cet égard²³⁰. Cela vaut d'autant plus que les messages relatifs auxdites initiatives ne mentionnent pas les rapports entre les dispositions transitoires et l'art. 164 Cst.²³¹. Cette absence peut être contrastée avec l'art. 141 al. 2 let. b LParl qui, comme indiqué ci-dessus, astreint le Conseil fédéral à clarifier toute délégation législative dans son message relatif à un projet de loi. Cette obligation existe alors même que les règles de droit importantes ne peuvent en tous les cas être déléguées (*supra* N. 15). Il ne s'agit pas là d'affirmer que de telles initiatives devraient être invalidées à raison d'une violation du principe de l'unité de la matière – ce qui est peu plausible au vu de la pratique des autorités²³² – mais plutôt de suggérer que le **principe de l'unité de la matière** doit guider l'interprétation des dispositions constitutionnelles car il garantit l'expression fidèle de la volonté du peuple. Ainsi, en l'absence de l'expression univoque d'une volonté contraire – laquelle devrait reposer notamment sur un texte clair et un message y relatif explicite –, les dispositions transitoires doivent être interprétées en ce sens qu'elles n'altèrent pas l'architecture constitutionnelle. Les mandats législatifs octroyés au Conseil fédéral par de telles dispositions transitoires emportent la compétence d'adopter des ordonnances de substitution, mais pas des règles de droit importantes.

IV. JUSTICIABILITÉ

- 54 La question de la justiciabilité d'une ordonnance se pose avant tout à l'égard des **ordonnances du Conseil fédéral**. Alors que le contrôle abstrait est exclu (art. 189 al. 4 Cst.), le TF peut examiner les ordonnances du Conseil fédéral dans le cadre d'un contrôle préjudiciel. Le contrôle d'une ordonnance n'a donc lieu qu'à l'occasion d'un acte d'application individuel et concret²³³. Un administré peut invoquer une violation de la séparation des pouvoirs lorsqu'une ordonnance est dépourvue de base légale suffisante ou qu'elle comprend des dispositions qui devraient figurer dans une loi²³⁴. Le cas échéant, le TF refuse d'appliquer l'ordonnance et annule la décision fondée sur celle-ci. Il revient alors au Conseil fédéral de modifier ou abroger son ordonnance²³⁵.
- 55 Le TF peut examiner librement les **ordonnances indépendantes** du Conseil fédéral²³⁶. Celles-ci se fondent sur la Constitution, ce qui ne dispense toutefois pas le Conseil fédéral de respecter le droit

228. Contra: Wyss, Umsetzung, N 80 ss.

229. Rhinow, Bundesrat, 346.

230. Il en irait en effet différemment si les dispositions comportaient une règle de conflit : ATF 139 I 16, c. 4.2.2.

231. Cf. p. ex. Mess. Initiative Populaire « contre l'immigration de masse », FF 2013 279 ; Mess. Initiative populaire « contre les rémunérations abusives », FF 2009 265 ; Wyss, Umsetzung, N 365.

232. Biaggini, Komm. BV, Art. 139 N 12 ; BSK-Epiney/Diezig, Art. 139 Cst. N 25 ss ; CR-Dubey, Art. 139 Cst. N 70 ss ; SGK-Ehrenzeller/Gertsch, Art. 139 Cst. N 40 ss.

233. Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 1992 ss ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N 2096 ss ; Tschannen, Staatsrecht, § 11 N 35 ss.

234. ATF 149 I 329, c. 5.2 ; ATF 131 II 13, c. 6.1 ; ATF 128 I 113 ; ATF 127 I 60, c. 3a ; ATF 118 Ia 305, c. 2.

235. ATF 141 II 169, c. 3.4 s. et 4.4.1 ; TF 2C_391/2013, C. 3.3.3 ; ATF 131 II 13, c. 6.1 ; ATF 128 I 113 ; ATF 124 V 257, c. 6b ; ATF 118 Ia 305, c. 2 ; BSK-Wytenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 57 ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 1993.

fédéral, en particulier la Constitution et les lois fédérales²³⁷. Il appartient au TF de s'assurer que l'ordonnance indépendante n'entre pas en collision avec d'autres normes constitutionnelles, à moins que la norme constitutionnelle attributive de compétences ne prévoise elle-même de telles atteintes ou les accepte²³⁸. Cela étant, le TF n'empiète pas sur la marge d'appréciation politique qui revient au Conseil fédéral dans le cadre de ses compétences originaires²³⁹.

- 56 La situation est en revanche plus complexe lorsqu'il en va d'une **ordonnance dépendante**, laquelle repose sur une loi. Le contrôle d'une délégation législative s'analyse de façon distincte selon que l'objet du contrôle est la loi qui la fonde ou l'ordonnance elle-même. En droit fédéral, le TF est tenu d'appliquer **une loi qui prévoit une délégation législative** en raison de l'art. 190 Cst., quand bien même celle-ci violerait les conditions susmentionnées (*Anwendungsgebot*)²⁴⁰. L'obligation d'appliquer le droit fédéral ne l'empêche toutefois pas de contrôler le respect desdites conditions (*kein Prüfungsverbot*)²⁴¹. En revanche, le TF peut contrôler à titre préjudiciel tant la légalité que la constitutionnalité des **ordonnances dépendantes de substitution**²⁴². Le TF examine d'abord la conformité de l'ordonnance à la loi qui la fonde, c'est à dire si l'autorité délégataire est restée dans les limites des pouvoirs qui lui ont été conférés²⁴³. Lorsqu'une ordonnance est conforme à la loi, le TF contrôle ensuite sa conformité à la Constitution, sous réserve toutefois que la délégation législative autorise le délégataire à y déroger²⁴⁴. Dans la mesure où une clause de délégation donne un pouvoir d'appréciation au Conseil fédéral, cette clause s'impose au TF en vertu de l'art. 190 Cst. Dans un tel cas, le TF doit se borner à examiner si les dispositions incriminées sortent manifestement du cadre de la délégation de compétence donnée par le législateur à l'autorité exécutive ou si, pour d'autres motifs, elles sont contraires à la loi ou à la Constitution ; il n'est pas habilité à substituer sa propre appréciation à celle du Conseil fédéral²⁴⁵. Le contrôle de la constitutionnalité d'une ordonnance se confond alors avec le contrôle de l'arbitraire et de l'égalité de traitement²⁴⁶.
- 57 Finalement, la constitutionnalité et légalité d'une ordonnance adoptée sur la base d'une **sous-délégation** sont appréciées selon les principes applicables à une ordonnance du Conseil fédéral reposant sur une délégation de la loi²⁴⁷.

V. CONCLUSION

- 58 L'art. 164 Cst. constitue une norme charnière du droit constitutionnel suisse, en ce qu'il articule l'exigence démocratique et la séparation des pouvoirs avec la nécessité d'une action étatique souple et

236. ATF 147 I 333, c. 1.5 ; ATF 132 I 229, c. 9-11 ; ATF 125 II 326, c. 3 ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N 2098.

237. ATF 141 I 20, c. 5.4 ; ATF 123 IV 29, c. 3a ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 2011, N 1998 s.

238. ATF 125 II 326, c.3a ; ATF 147 I 333, c. 1.6 ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 2001.

239. ATF 125 II 326, c. 3a ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N 2098.

240. ATF 150 III 34, c. 3.7.1 ; ATF 148 II 392, c. 4.2.1 ; ATF 145 V 278, c. 4.1 ; ATF 128 II 247 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 57 ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N 2086 ss.

241. ATF 150 III 34, c. 3.7.1 ; ATF 148 II 392, c. 4.2.1 ; ATF 144 I 126, c. 3 ; ATF 139 I 180, c. 2.2 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 59 ; Dubey/Zufferey, N 538.

242. ATF 147 V 251, c. 5 ; ATF 146 II 56, c. 6.2.2 ; ATF 145 V 278, c. 4.1 ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 2013 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 6.

243. ATF 147 V 251, c. 5 ; ATF 145 V 278, c. 4.1 ; ATF 143 V 208, c. 4.3 ; ATF 140 II 194, c. 5.8 ; ATF 136 II 337, c. 5.1 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 60 ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 2011.

244. ATF 147 V 251, c. 5 ; ATF 145 V 278, c. 4.1 ; ATF 143 V 208, c. 4.3 ; ATF 140 II 194, c. 5.8 ; ATF 136 II 337, c. 5.1 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 63 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 57 ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N 2099.

245. ATF 146 II 56, c. 6.2.2 ; ATF 147 V 251, c. 5 ; ATF 145 V 278, c. 4.1 ; ATF 144 II 454, c. 3.3 ; ATF 143 V 208, c. 4.3 ; ATF 143 II 87, c. 4.4 ; ATF 140 II 194, c. 5.8 ; ATF 137 III 217 ; ATF 136 II 337, c. 5.1 ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 2011 ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N 2099 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 60.

246. ATF 145 V 278, c. 4.1 ; ATF 143 V 208, c. 4.3 ; ATF 140 II 194, c. 5.8 ; ATF 136 II 337, c. 5.1 ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 2013.

efficace. Si la recherche d'efficience, portée notamment par le New Public Management, tend aujourd'hui à prévaloir, l'art. 164 Cst. doit continuer de préserver la « dignité de la loi »²⁴⁸ et les principes démocratiques qui en sont le fondement. La tension ancrée à l'art. 164 Cst. ne cesse par ailleurs de se rappeler à nous. Ainsi, l'initiative « pour la démocratie directe et la compétitivité de notre pays – contre une Suisse membre passif de l'UE (initiative boussole) », déposée en août 2025 à la Chancellerie fédérale, propose d'introduire un nouvel al. 3 à l'art. 164 Cst., selon lequel « [l]a reprise de dispositions importantes fixant des règles de droit doit être prévue expressément dans une loi fédérale ou dans un traité international soumis au référendum obligatoire et restreinte à un domaine étroitement délimité ». Elle prévoit également une modification de l'art. 140 al. 1 Cst., soumettant « au vote du peuple et des cantons [...] les traités internationaux qui prévoient la reprise de dispositions importantes fixant des règles de droit ». Or, comme on l'a vu, la Constitution soumet déjà les traités internationaux au référendum facultatif lorsqu'ils contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit (art. 141 al. 1 let. d Cst.). De surcroît, ni l'art. 164 ni l'art. 140 Cst. ne prévoient une double majorité du peuple et des cantons pour l'adoption de lois fixant des règles de droit importantes – ni, d'ailleurs, de référendum obligatoire. L'on peut ainsi interroger l'opportunité d'ancrer des exigences plus strictes pour les traités internationaux que le droit fédéral : une telle asymétrie dénote peut-être moins un souci démocratique qu'une réticence de principe au droit international (ou, en particulier, au droit européen). La légitimité démocratique doit être préservée, non pas instrumentalisée.

A propos de l'auteur

Leo Tiberghien est candidat au doctorat à l'Université de Fribourg. Ses recherches portent sur le cadre juridique applicable à la privatisation du financement, des procédures d'adoption du droit, et de la mise en œuvre du droit et des opérations des organisations internationales. Il a été chercheur invité au Lauterpacht Center for International Law, Université de Cambridge (2023-2024) et à l'Erik Castrén Institute, Université de Helsinki (2022-2023). Il a travaillé comme Assistant de recherche et d'enseignement à la Chaire de droit international et européen de l'Université de Fribourg (2020-2022), et comme assistant-étudiant à la Chaire de droit pénal et criminologie de l'Université de Fribourg (2017-2020). Leo est titulaire d'un LL.M. de l'Université de Yale et d'un MLaw et BLaw de l'Université de Fribourg.

Je remercie chaleureusement la Dr. Camilla Jacquemoud, Judith Gelblat, la Prof. Odile Ammann, le Dr. Stefan Schlegel et le Prof. Jacques Dubey pour les suggestions, discussions et relectures minutieuses.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Aubert Jean-François, Art. 164 Cst., in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal (édit.), Petit commentaire de la Constitution fédérale suisse du 19 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003.

Auer Andreas, La notion de loi en droit cantonal : carrefour du fédéralisme et de la démocratie suisses, in : Auer Andreas/Kälin Walter (édit.), La loi en droit public cantonal – Das Gesetz im Staatsrecht der Kantone, Chur 1991, 21-34.

Biaggini Giovanni, Art. 164 Cst., in : BV Kommentar, 2^{ème} éd., Zurich 2017.

Cottier Thomas, Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage : Eine Untersuchung zum Legalitätsprinzip und schweizerischen Gesetzesverständnis aus individualrechtlicher Sicht, Thèse, Berne 1983.

247. ATF 147 V 242, c. 7.1 ; ATF 144 II 313, c. 5.2.

248. Waldron, p. 1 ss.

Dubey Jacques, Art. 164 Cst., in : Martenet Vincent/ Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Errass Christoph, Kooperative Rechtssetzung, Thèse, Zurich 2010.

Feuz Roland, Materielle Gesetzesbegriffe : Inhalt und Tragweite – Dargestellt insbesondere anhand von Art. 164 Abs. 1 der neuen Bundesverfassung, Thèse Berne, 2002.

Flückiger Alexandre, (Re)faire la loi : traité de légistique à l'ère du droit souple, Berne 2019.

Gili Natasia Isabelle, Staatlich gesteuerte Selbstregulierung : Am Beispiel der medizinisch-ethischen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SaMW), Schulthess, Thèse, Zurich 2017.

Iancu Bodgan, Legislative Delegation : The Erosion of Normative Limits in Modern Constitutionalism, Berlin 2012.

Martenet Vincent, Architecture des pouvoirs : enjeux et perspectives pour un État, une union d'États et les Nations Unies, Zurich 2016.

Möllers Christoph, The Three Branches : A Comparative Model of Separation of Powers, Oxford 2013.

Müller Georg, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Bâle/Stuttgart 1979.

Seiler Hansjörg, Gewaltenteilung : Allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung, Berne 1994.

Tschannen Pierre, Art. 164 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zurich/St. Gall 2023.

Tschannen Pierre /Müller Markus/Kern Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zurich 2022.

Uhlmann Felix (édit.), Das Legalitätsprinzip in Verwaltungsrecht und Rechtsetzungslehre, Zurich/St-Gall 2017.

Waldron Jeremy, The Dignity of Legislation, Cambridge 2009.

Wytenbach Judith/Wyss Karl-Marc, Art. 164 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2025.

BIBLIOGRAPHIE

Aubert Jean-François, Art. 164 Cst., in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal (édit.), Petit commentaire de la Constitution fédérale suisse du 19 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003.

Auer Andreas, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Bern 2016.

Baumann, Die Angabe der Rechtsgrundlagen im Ingress der Bundeserlasse, LeGes (3) 2014, S. 463-487.

Bellanger François, Notions, enjeux et limites de la délégation d'activités étatiques, in : Favre Anne-Christine/Martenet Vincent/Poltier Etienne (édit.), La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Zurich/Bâle 2016.

Beusch Michael, Der Gesetzesbegriff der neuen Bundesverfassung (art. 164 BV), in : Gächter Thomas/Bertschi Martin (édit.), Neue Akzente in der « nachgeführten » Bundesverfassung, Zürich 2000, 227-250.

Biaggini Giovanni, Das Verfassungsgefüge im Stresstest der Pandemie, ZBl (123) 2022, S. 59-91.

Biaggini Giovanni, « Notrecht » in Zeiten der Coronavirus – Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrats zu Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl (121) 2020, S. 239-267.

Biaggini Giovanni, Art. 139 Cst., in : BV Kommentar, 2^{ème} éd., Zurich 2017.

Biaggini Giovanni, Art. 164 Cst., in : BV Kommentar, 2^{ème} éd., Zurich 2017.

Biaggini Giovanni, Art. 178 Cst., in : BV Kommentar, 2^{ème} éd., Zurich 2017.

Biaggini Giovanni, Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK, ZBl 2013/114 316-337.

Cottier Thomas, Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage : Eine Untersuchung zum Legalitätsprinzip und schweizerischen Gesetzesverständnis aus individualrechtlicher Sicht, Thèse, Berne 1983.

Dubey Jacques, Art. 139 Cst., in : Martenet Vincent/ Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Dubey Jacques, Art. 164 Cst., in : Martenet Vincent/ Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Dubey Jacques/Zufferey Jean-Baptiste, Droit administratif général, Bâle 2014.

Ehrenzeller Bernhard, Die neue Regelung der Erlassformen der Bundesversammlung, LeGes (3) 2000, S. 13-27.

Ehrenzeller Bernhard/Gertsch Gabriel, Art. 139, in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zurich/St. Gall 2023.

Eichenberger Kurt, Von der Rechtsetzungsfunktion im heutigen Staat, ZSR 1974/II 7-27.

Epiney Astrid/Diezig Stefan, Art. 139, in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2015.

Errass Christoph, Kooperative Rechtssetzung, Thèse, Zurich 2010.

Favre Anne-Christine, La délégation d'activités non économiques ou « à caractère ministériel », in : Favre Anne-Christine/Martenet Vincent/Poltier Etienne (édit.), La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Zurich/Bâle 2016.

Feuz Roland, Materielle Gesetzesbegriffe : Inhalt und Tragweite – Dargestellt insbesondere anhand von Art. 164 Abs. 1 der neuen Bundesverfassung, Thèse, Berne 2002.

Feuz Roland, Materielle Gesetzesbegriffe, Recht 2002 17-23.

Flückiger alexandre, La procédure législative dans les cantons et les communes, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel Suisse, Zurich/Bâle/Genève 2020, 1969-1987.

- Gfeller Katja/Glaser Andreas/Lehner Irina, E-Collecting: Umsetzungsvarianten und Rechtsetzungsbedarf, LeGes (32) 2021, S.1-15.
- Gonin Luc, Art. 185, in : Martenet Vincent/ Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.
- Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2020.
- Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8^{ème} éd., Zurich/St. Gall 2020.
- Jaag Tobias, Verordnung im schweizerischen Recht, ZBl (112) 2011, S. 629-659.
- Jenni Christoph/Schüpbach Mike, Private Normen im Gesundheitsrecht, in Felix Uhlmann (édit.), Private Normen und staatliches Recht, Zurich/St. Gall 2015.
- Kaufmann Mathias, Variation im Ausdruck oder Akzentverschiebung?, ZBl 2013/114 432-440.
- Kley Andreas/Feller Reto, Die Erlassformen der Bundesversammlung im Lichte des neuen Parlamentsgesetzes, ZBl (105) 2004, S. 229-245.
- Kradolfer Matthias, Intertemporales öffentliches Recht, Zurich/St. Gall 2020.
- Künzli Jörg, Art. 184, in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zurich/St. Gall 2023.
- Künzli Jörg, Art. 185, in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zurich/St. Gall 2023.
- Lautenbach Geranne, The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights, Oxford 2014.
- Mader Luzius, Regulierung, Deregulierung, Selbstregulierung – Anmerkung aus legistischer Sicht, ZSR 2004/II 3-156.
- Mader Luzius, Die Erlassformen der Bundesversammlung und der Gesetzesbegriff in der neuen Bundesverfassung, LeGes 2000/3 7-9.
- Mächler August, Private Normen in der Rechnungslegung, in Felix Uhlmann (édit.), Private Normen und staatliches Recht, Zurich/St. Gall 2015.
- Malinverni Giorgio/Hottelier Michel/Hertig Randall Maya/Flückiger Alexandre, Droit constitutionnel suisse, Volume I : L'État, Berne 2021.
- Martenet Vincent, La séparation des pouvoirs, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel Suisse, Zurich/Bale/Genève 2020, 999-1023.
- Marti Arnold, Selbstregulierung anstelle staatlicher Gesetzgebung?, ZBl (101) 2000, S. 561-586.
- Marti Arnold, Aufgabenteilung zwischen Staat und Privaten auf dem Gebiet der Rechtsetzung – Ende des staatlichen Rechtsetzungsmonopols?, AJP 2002 1154-1162.
- Moor Pierre, Art. 182 Cst, Art. 164 Cst., in : Martenet Vincent/ Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Moor Pierre/Bellanger François/Tanquerel Thierry, Droit administratif – Volume I : Les fondements, 3^{ème} éd., Berne 2012.

Moor Pierre/Bellanger François/Tanquerel Thierry, Droit administratif – Volume III : L'organisation des activités administratives. Les biens de l'État, 2^{ème} éd., Berne 2018.

Müller Georg, Formen der Rechtssetzung, in : Ulrich Zimmerli (édit.), Die neue Bundesverfassung : Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Tagung vom 21./22. Oktober 1999 an der Universität Bern, Berne 2000, 223-248.

Müller Georg, Die Umschreibung des Inhalts der Bundesgesetze und die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen, LeGes (3) 2000, S. 29-40.

Müller Georg, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Bâle/Stuttgart 1979.

Müller Georg, Funktionen der Rechtssetzung im modernen Staat, ZBl (97) 1996, S. 97-114.

Müller Georg, Möglichkeiten und Grenzen der Verteilung der Rechtsetzungsbefugnisse im demokratischen Rechtsstaat, ZBl (99) 1998, S. 1-23.

Müller Georg, Der verfassungswidrige Bundesbeschluss : Nachlese zum Parlamentsgesetz, LeGes 2004/2 159-163.

Müller Georg/Uhlmann Felix/Höfler Stefan, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 4^{ème} éd., Zurich 2024.

Odermatt Luzian, Erlassformen der Bundesversammlung für Rechtsetzungs- und Einzelakte, LeGes (2) 2003, S. 107-111.

Odermatt Luzian/Tophinke Esther, Art. 22, in : Graf Martin/Caroni Andrea (édit.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung : Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13. Dezember 2002, 2^{ème} éd., Bâle 2024.

Petrig Anna/Sinz Mareike, Rechtsgutachten zum Thema « Mitwirkung des Parlaments im Bereich von Soft Law », im Auftrag der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle, Basel, 29 novembre 2021, https://www.parlament.ch/centers/documents/de/petrig-sinz_rechtsgutachtensoft-law-version-publikation.pdf.

Poltier Etienne, Délégation d'activités économiques, in : Favre Anne-Christine/Martenet Vincent/Poltier Etienne (édit.), La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Zurich/Bâle 2016.

Rausch Caroline, Ausgleichsmechanismen bei gesetzgeberischem Unterlassen, Zurich 2023.

Rhinow René, Die Bundesverfassung 2000: Eine Einführung, Bâle 2000.

Rhinow René/Schefer Markus/Uebachs Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3^{ème} éd., Bâle 2016.

Sägesser Thomas, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG vom 21. März 1997, 2^{ème} éd., Berne 2022.

Sägesser Thomas, Art. 164 Cst., in : Sägesser Thomas (édit.), Die Bundesbehörden : Bundesversammlung – Bundesrat – Bundesgericht, Berne 2000.

Sägesser Thomas, Neuordnung der Erlassformen der Bundesversammlung, JPA 1998 677-686.

Saxer Urs/Brunner Florian, Art. 184, in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2015.

- Saxer Urs/Brunner Florian, Art. 185, in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2015.
- Schmidt Evelyne, Art. 184, in : Martenet Vincent/ Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.
- Schweizer Rainer/Müller Lucien, Zwecke, Möglichkeiten und Grenzen der Gesetzgebung im Polizeibereich, LeGes 2008/3 379-399.
- Seaders Lloyd Ian, Das Erfordernis der Gesetzesform als Begründungsproblem, Zurich/St-Gall 2021.
- Seiler Hansjörg, Gewaltenteilung : Allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung, Berne 1994.
- Hans Stutz, Private Normen in Umwelt- und Baurecht, in Felix Uhlmann (édit.), Private Normen und staatliches Recht, Zurich/St. Gall 2015.
- Tanquerel Thierry, Manuel de droit administratif, 2^{ème} éd., Zurich 2018.
- Tschannen Pierre, Art. 164 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zurich/St. Gall 2023.
- Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5^{ème} éd., Berne 2021.
- Uhlmann Felix, Legalitätsprinzip, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel Suisse, Zurich/Bâle/Genève 2020.
- Uhlmann Felix, « Die Normen können bei ... bezogen werden » : Gedanken zur Publikation und Verbindlichkeit privater Normen, LeGes (1) 2013, S. 89-104.
- Uhlmann Felix/Gili natassia, Private Normen und staatliches Recht, in : Felix Uhlmann (édit.), Private Normen und staatliches Recht, Zurich/St. Gall 2015.
- Waldmann Bernhard, Staatliche Herausforderung, in : Uhlmann Felix/Höfler Stefan (édit.), Notrecht in der Corona-Krise, Zurich/St. Gall 2021.
- Wiederkehr René, Die Wesentlichkeitstheorie gemäss Art. 164 BV im Licht der Verwaltungspraxis, Recht 2007 25-39.
- Wyss Karl-Marc, Die Vorläufige bundesrechtliche Umsetzung eidgenössischer Volksinitiativen auf dem Verordnungsweg : Phänomen – Grundsätze – Gefahren, Zurich/St. Gall 2020.
- Wyss Martin, Rechtsetzungsverfahren im Bund, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel Suisse, Zurich/Bâle/Genève 2020.
- Wyss Martin, Der diskrete Charme des Legalitätsprinzips, in Felix Uhlmann (édit.), Das Legalitätsprinzip in Verwaltungsrecht und Rechtsetzungslehre, Zurich/St. Gall 2017.
- Wytttenbach Judith/Wyss Karl-Marc, Art. 164 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2025.
- Zulauf Urs, Koregulierung in den « Kleeblattentwürfen » zum Schweizer Finanzmarktrecht, in Felix Uhlmann (édit.), Private Normen und staatliches Recht, Zurich/St. Gall 2015.
- Pascal Zysset, Selbstregulierung im Finanzmarktrecht: Grundlagen, verwaltungsgerichtliche Qualifikationen und rechtstaatlicher Rahmen, Zurich/Bâle/Genève 2017.

MATÉRIAUX

Conseil fédéral, Exposé des motifs, Berne 1995 et Avant-Projet.

Rapport de la commission d'experts instituée par les Commissions des institutions politiques des Chambres fédérales du 15 décembre 1995, La répartition des compétences entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral, FF 1996 II 413.

Conseil fédéral, Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996 et Projet de Constitution 1996, FF 1997 I 1.

Assemblée fédérale. Organisation, procédure, rapports avec le Conseil fédéral, Rapport complémentaire des Commissions des institutions politiques des Chambres fédérales relatif à la réforme de la constitution du 6 mars 1997, FF 1997 III 243.

Rapport complémentaire des Commission des institutions politiques des Chambres fédérales relatif à la réforme de la constitution. Organisation, procédure, rapports avec le Conseil fédéral, Avis du Conseil fédéral du 9 juin 1997, FF 1997 III 1312.

Projets des Commissions de la révision constitutionnelle des Chambres fédérales, Réforme de la Constitution fédérale, FF 1998 I 286.

Office fédéral de la justice, Guide de législation : Guide pour l'élaboration de la législation fédérale, 2019.