

09.402

Initiative parlementaire
Sauvegarde de la démocratie, de l'Etat de droit et
de la capacité d'action dans les situations extraordinaires

Rapport de la Commission des institutions politiques
du Conseil national

du 5 février 2010

Madame la Présidente,
Mesdames et Messieurs,

Par le présent rapport, nous vous soumettons le projet de la loi fédérale sur la sauvegarde de la démocratie, de l'Etat de droit et de la capacité d'action dans les situations extraordinaires, que nous transmettons simultanément au Conseil fédéral pour avis.

La commission propose d'adopter le projet d'acte ci-joint.

5 février 2010

Pour la commission:

Le président, Yvan Perrin

Condensé

La Constitution fédérale (Cst.) attribue à l'Assemblée fédérale la compétence d'adopter les lois fédérales et de voter les dépenses de la Confédération, le Conseil fédéral n'étant, quant à lui, autorisé à édicter des ordonnances et à procéder à des dépenses que dans la mesure où la loi l'y autorise. Dans les situations extraordinaires, la Constitution fédérale permet cependant au Conseil fédéral, à certaines conditions, d'édicter des ordonnances et de prendre des décisions qui ne reposent pas sur une loi fédérale ainsi que de procéder à des dépenses sans requérir au préalable l'approbation de l'Assemblée fédérale. Toutefois, la manière dont le gouvernement a pu exercer ses prérogatives ces dernières années, notamment lors de la crise de Swissair en 2001, lors de la crise financière de 2008 et dans le cas de la destruction de documents dans l'affaire Tinner en 2008 et 2009, a fait l'objet de nombreuses critiques – justifiées ou non – qui remettent en question la légitimité démocratique de l'action de l'Etat et, partant, la crédibilité des institutions.

Le présent projet de la Commission des institutions politiques (CIP) du Conseil national a pour but de préserver la marge de manœuvre dont dispose le Conseil fédéral pour faire face aux situations extraordinaires: le gouvernement pourra toujours – à titre exceptionnel et sans retard – édicter des ordonnances de nécessité ou prendre des décisions urgentes qui ne reposent pas sur une loi fédérale, ou contracter des engagements financiers qui n'ont pas été approuvés au préalable par l'Assemblée fédérale.

La démocratie et l'Etat de droit exigent cependant que les institutions soient rétablies dans leurs compétences ordinaires aussi vite que possible. Les nouvelles dispositions proposées par la CIP garantissent cet état de fait tout en permettant à l'Assemblée fédérale de mieux s'acquitter de ses tâches de haute surveillance. Le projet prévoit notamment les mesures suivantes:

- *Désormais, une ordonnance qui s'appuie sur l'art. 185, al. 3, Cst. (dite «ordonnance de police») deviendra caduque si le Conseil fédéral ne soumet pas à l'Assemblée fédérale, dans les six mois, un projet de base légale ad hoc. Les ordonnances se fondant exclusivement sur l'art. 184, al. 3, Cst., autrement dit celles qui visent la sauvegarde des intérêts du pays envers l'étranger, seront soumises à des dispositions moins restrictives. Aussi ne devront-elles être transposées en droit ordinaire – suivant la même procédure que les ordonnances se fondant sur l'art. 185, al. 3, Cst. – que si le Conseil fédéral souhaite les proroger après une durée maximale de validité de quatre ans.*
- *Avant de prendre une décision se fondant sur l'art. 184, al. 3, et l'art. 185, al. 3, Cst., le Conseil fédéral sera tenu de consulter la «Délégation pour les situations extraordinaires» nouvellement créée dans les 48 heures; dans les cas particulièrement urgents, il devra l'informer de sa décision dans les 24 heures. Ces dispositions n'impliquent ni limitation des compétences du gouvernement, ni coresponsabilité partielle de la délégation parlementaire concernée. La procédure de consultation garantit toutefois l'exercice d'une*

activité de haute surveillance concomitante au titre d'un «dialogue entre les pouvoirs» ainsi que l'intervention éventuelle des organes parlementaires dans le cadre de leurs compétences.

- Un quart des membres de l'un des conseils peut demander la convocation de l'Assemblée fédérale en session extraordinaire pour lui faire approuver a posteriori toute dépense supérieure à 500 millions de francs que le Conseil fédéral n'aura fait avaliser que par la Délégation des finances. Les Bureaux des conseils devront organiser cette session pendant la troisième semaine qui suit le dépôt de la demande de convocation.*

Ces dispositions, qui garantissent que les institutions soient rétablies aussi vite que possible dans leurs compétences ordinaires, devraient avant tout avoir un effet dissuasif. L'obligation de consulter et d'informer, qui sera soumise à un calendrier approprié, incitera tant le gouvernement que l'administration à vérifier scrupuleusement la nécessité réelle des mesures d'urgence. En impliquant au plus tôt l'Assemblée fédérale dans les procédures liées aux décisions urgentes qui ont des incidences budgétaires de portée majeure, il y aura moins de risque que celle-ci soit mise devant le fait accompli, sachant qu'elle pourra, le cas échéant, bloquer des crédits qui auront été provisoirement libérés mais dont le paiement n'aura pas encore été effectué. Les institutions démocratiques verront ainsi leur crédibilité renforcée vis-à-vis de l'opinion publique.

Table des matières

Condensé	1432
1 Genèse du projet	1435
1.1 L'initiative parlementaire de la CIP-N	1435
1.2 Compétences du Conseil fédéral dans les situations extraordinaires en vertu du droit en vigueur	1435
1.3 Application du droit en vigueur, pratique et critique	1437
1.3.1 Recapitalisation d'UBS SA	1437
1.3.2 Ordonnances du Conseil fédéral se fondant sur l'art. 184, al. 3, et sur l'art. 185, al. 3, Cst.	1438
1.3.3 Décisions du Conseil fédéral se fondant sur l'art. 184, al. 3, et sur l'art. 185, al. 3, Cst.	1440
1.3.4 Suppléments urgents et crédits d'engagement	1442
2 Grandes lignes du projet	1445
2.1 Considérations générales	1445
2.2 Limitation dans le temps des ordonnances qui ne reposent pas sur une loi fédérale	1446
2.3 Consultation ou information d'un organe du Parlement au sujet de décisions qui ne reposent pas sur une loi fédérale	1447
2.4 Décisions urgentes ayant des incidences budgétaires d'une portée majeure	1447
2.5 Sécurité du droit et protection de la bonne foi	1448
3 Commentaire par article	1449
4 Conséquences financières et effet sur l'état du personnel	1458
5 Bases légales, forme de l'acte législatif	1458
Loi fédérale sur la sauvegarde de la démocratie, de l'Etat de droit et de la capacité d'action dans les situations extraordinaires (Projet)	1459

Rapport

1 Genèse du projet

1.1 L'initiative parlementaire de la CIP-N

Le 19 février 2009, suite à une proposition commune de quatre de ses membres issus de groupes parlementaires différents, la Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP-N) a décidé d'élaborer plusieurs modifications de loi «visant à ce que le Conseil fédéral soit tenu:

1. de soumettre à l'Assemblée fédérale, dans un délai donné, soit le projet d'une base légale concernant une ordonnance de nécessité qu'il a lui-même édictée (art. 184, al. 3, et art. 185, al. 3, Cst.), soit le projet d'une ordonnance de nécessité de l'Assemblée fédérale (art. 173, al. 1, let. c, Cst.);
2. de consulter les délégations ou commissions compétentes de l'Assemblée fédérale avant de prendre des décisions urgentes qui ne reposent pas sur une loi fédérale et qui reposent sur l'art. 184, al. 3, et l'art. 185, al. 3, Cst. ou, si cela se révèle impossible, de les informer immédiatement après avoir pris les décisions en question;
3. de soumettre pour approbation à l'Assemblée fédérale, dans un bref délai, les décisions urgentes ayant des incidences budgétaires d'une portée majeure.»

Le 27 mars 2009, la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats (CIP-E) a avalisé la décision de sa commission homologue, condition indispensable à l'élaboration d'un projet.

Le 7 mai 2009, la CIP du Conseil national a alors institué une sous-commission; présidée par le conseiller national Rudolf Joder, elle était composée des conseillers nationaux Fluri, Heim, Humbel Näf, Stöckli, Wobmann, Zisyadis. Le 13 janvier 2010, après avoir siégé à trois reprises, la sous-commission a soumis à la commission son avant-projet, que la CIP a examiné et accepté au vote sur l'ensemble par 17 voix contre 0 et 9 abstentions le 5 février 2010.

1.2 Compétences du Conseil fédéral dans les situations extraordinaires en vertu du droit en vigueur

En règle générale, les pouvoirs publics ne sont habilités à agir que *sur la base d'une loi*. C'est l'Assemblée fédérale qui est compétente pour adopter des lois fédérales, lesquelles sont sujettes au référendum.

Le Conseil fédéral ne peut édicter des *dispositions fixant des règles de droit* (c'est-à-dire des règles générales et abstraites arrêtées par voie d'ordonnance) que *s'il existe une base légale à cet effet*. Exceptionnellement, le Conseil fédéral peut adopter une *ordonnance* qui ne repose pas sur une loi fédérale, en se fondant directement sur la Constitution, si les conditions suivantes sont réunies:

- a. «lorsque la sauvegarde des intérêts du pays l'exige» (art. 184, al. 3, Cst.);
- b. «en vue de parer à des troubles existants ou imminents menaçant gravement l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure» (art. 185, al. 3, Cst.).

Les ordonnances de ce type doivent être *limitées dans le temps*, mais la Constitution n'en fixe pas la durée.

Les *décisions* (actes particuliers individuels et concrets) prises par le Conseil fédéral ou par d'autres autorités fédérales *nécessitent en règle générale une base légale*. Exceptionnellement, le Conseil fédéral peut prendre une *décision* qui ne repose pas sur une loi fédérale, si les conditions fixées à l'art. 184, al. 3, et à l'art. 185, al. 3, Cst. sont réunies.

Les *dépenses* de la Confédération nécessaires à l'accomplissement d'une tâche prescrite par la loi *doivent être décidées par l'Assemblée fédérale* (art. 167 Cst.). A titre exceptionnel, le Conseil fédéral peut décider *certaines dépenses ou certains crédits d'engagement* sans que l'Assemblée fédérale se soit prononcée au préalable sur la question:

- a. «si un projet doit être exécuté sans délai» (et que le crédit d'engagement nécessaire ne soit pas encore ouvert, art. 28 LFC);
- b. «lorsque cette charge ou cette dépense ne peut être ajournée» (et que le crédit supplémentaire nécessaire ne soit pas encore ouvert, art. 34 LFC).

Dans les deux cas, la loi précise toutefois: «Lorsque cela est possible, il requiert au préalable l'assentiment de la Délégation des finances des Chambres fédérales (Délégation des finances).»

En tout état de cause, la disposition constitutionnelle selon laquelle l'Assemblée fédérale vote les dépenses de la Confédération (art. 167 Cst.) est prise en considération en ce sens que le Parlement approuve les dépenses *a posteriori*.

S'il existe déjà une base légale pour un projet spécifique, seule est requise une décision portant sur la dépense urgente (*exemple*: financement de Swissair en octobre 2001). Par contre, s'il n'existe aucune base légale pour un projet urgent, le Conseil fédéral doit, en même temps qu'il prend la décision portant sur la dépense urgente, édicter une ordonnance conformément à l'art. 184, al. 3, ou à l'art. 185, al. 3, Cst. (*exemple*: recapitalisation d'UBS SA en octobre 2008).

Il convient d'établir une distinction entre, d'une part, le droit de nécessité extraconstitutionnel proprement dit et, d'autre part, les compétences du Conseil fédéral dans les situations extraordinaires. Si l'on en croit la doctrine, le Conseil fédéral a non seulement le droit, mais il est tenu, en situation d'urgence menaçant l'existence même du pays, d'agir hors de tout ordre constitutionnel (exception faite des droits fondamentaux qui restent valables en état d'urgence), si cet ordre constitutionnel ne lui offre pas les moyens d'action appropriés.

1.3 Application du droit en vigueur, pratique et critique

1.3.1 Recapitalisation d'UBS SA

Ce sont principalement les circonstances de la recapitalisation d'UBS SA suite à la crise financière mondiale de la fin de l'automne 2008 qui sont à l'origine de l'initiative de la CIP. Rappelons que, le 15 octobre 2008, la Confédération avait souscrit un emprunt à conversion obligatoire d'un montant de 6 milliards de francs en vue de renforcer la base de fonds propres d'UBS SA; pour ce faire, elle s'était fondée sur une ordonnance du Conseil fédéral édictée sur la base de l'art. 184, al. 3, et de l'art. 185, al. 3, Cst. (RO 2008 4741). Le crédit nécessaire, ouvert à charge du second supplément au budget 2008 avec le consentement de la Délégation des finances (DélFin), avait été soumis après coup à l'approbation des Chambres fédérales (cf. message du 5 novembre 2008); ces dernières avaient donné leur feu vert le 15 décembre 2008 (FF 2009 399).

Même si la nécessité, en l'espèce, d'une action rapide était largement admise, la démarche du Conseil fédéral a causé un certain malaise et a soulevé nombre de questions. Les conseillers aux Etats Hermann Bürgi et Hansruedi Stadler ont ainsi considéré que le gouvernement avait agi à la limite de ce qui était admissible (BO 2008 E 918 920 s.), arguant, d'une part, que l'art. 184, al. 3, Cst. autorisait uniquement des mesures visant à la sauvegarde des intérêts du pays vis-à-vis de l'étranger et, d'autre part, que l'art. 185, al. 3, n'avait été appliqué jusqu'alors que dans le cadre de mesures de nature policière, conformément à sa teneur. Quant aux conseillers aux Etats René Imoberdorf, Dick Marty et Simonetta Sommaruga, ils ont relevé que si nombre de parlements étrangers avaient eu la possibilité de décider, après examen, de la mise en œuvre de mesures similaires, leur homologue suisse, mis devant le fait accompli, n'avait pas eu d'autre choix qu'obtempérer (BO 2008 E 919 923 924 s.). Lors des débats au Conseil national, des députés ont déclaré que les conditions générales régissant l'aide financière de la Confédération devaient être précisées; le problème était que l'arrêté de financement contiendrait ainsi des dispositions fixant des règles de droit, qui auraient dû en fait figurer dans l'ordonnance, laquelle relèverait de toute façon de la responsabilité du seul Conseil fédéral et ne serait pas débattue au Parlement.

A la session d'hiver 2008, plusieurs interventions parlementaires ont été déposées afin que les crédits urgents d'une portée semblable à celui concernant la recapitalisation d'UBS SA soient approuvés *au préalable* par le Parlement ou, au moins, que l'Assemblée fédérale soit convoquée sans délai pour en débattre. Auparavant, le 20 novembre 2008, la CIP-N avait décidé, par 17 voix contre 0 et 4 abstentions, de déposer une initiative (08.502 Iv. pa. CIP-CN. Répartition des compétences en matière d'approbation de suppléments urgents au budget), qui visait à ce que la loi sur les finances de la Confédération (LFC) soit modifiée «de façon que, lorsqu'il s'agit de dépenses d'importance majeure, le Parlement soit saisi au préalable, ce qui permettra d'asseoir la légitimité démocratique des décisions concernées.» Le 15 janvier 2009, son homologue du Conseil des Etats a toutefois refusé, par 6 voix contre 5, d'avaliser cette initiative, fermant ainsi la porte à l'élaboration d'un projet. Elle a estimé que, «lorsque l'intérêt national est en jeu, le Conseil fédéral devait pouvoir bénéficier d'une certaine marge de manœuvre» (cf. communiqué de presse du 16 janvier 2009).

La CIP-N a tenu compte des objections de son homologue du Conseil des Etats dans son initiative du 19 février 2009 (cf. ch. 1.1 supra), laquelle laisse au Conseil fédéral la compétence de libérer les crédits urgents; une convocation de l'Assemblée fédérale dans les plus brefs délais garantit la légitimité démocratique qui s'impose. La portée de cette nouvelle initiative est aussi plus large, car elle règle également la procédure que le Conseil fédéral doit suivre pour édicter des ordonnances et prendre des décisions dans les situations extraordinaires.

1.3.2 Ordonnances du Conseil fédéral se fondant sur l'art. 184, al. 3, et sur l'art. 185, al. 3, Cst.

Depuis l'entrée en vigueur de la Cst. actuelle le 1^{er} janvier 2000, le Conseil fédéral a édicté deux ordonnances qui se fondent à la fois sur l'art. 184, al. 3, Cst. («sauvegarde des intérêts du pays») dans les relations avec l'étranger) et sur l'art. 185, al. 3, Cst. (mesures pour préserver la sécurité intérieure et la sécurité extérieure), et qui ont été publiées dans le Recueil officiel du droit fédéral:

1. Ordonnance du 7 novembre 2001 instituant des mesures à l'encontre du groupe «Al-Qaïda» et d'organisations apparentées (RO 2001 3040). Ce texte, entré en vigueur le 8 novembre 2001, devait initialement avoir effet jusqu'au 31 décembre 2003; il a été prorogé une première fois jusqu'au 31 décembre 2005 (RO 2003 4485), une deuxième fois jusqu'au 31 décembre 2008 (RO 2005 5425) et une troisième fois jusqu'au 31 décembre 2011 (RO 2008 6271).
2. Ordonnance du 15 octobre 2008 relative à la recapitalisation d'UBS SA (RO 2008 4741). Entrée en vigueur le 15 octobre 2008 à 18 heures, elle a effet, à l'origine, «jusqu'à son remplacement par une loi fédérale, mais au plus tard jusqu'à l'exécution complète des transactions prévues à l'art. 1, al. 2».

Huit ordonnances se fondent exclusivement sur l'art. 184, al. 3, Cst.; l'entrée en vigueur de la loi sur les embargos (RS 946.231) le 1^{er} janvier 2003 a doté quatre d'entre elles (toutes édictées entre 2000 et 2002) d'une base légale ordinaire. Les quatre ordonnances restantes sont les suivantes:

3. Ordonnance du 3 juillet 2002 sur l'aide financière aux ressortissants suisses séjournant temporairement à l'étranger (RO 2002 2537). Ce texte a remplacé une ordonnance du 26 novembre 1973, qui ne reposait pas non plus sur une loi fédérale. Entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2002, l'ordonnance, avait initialement effet jusqu'au 31 août 2007; elle a été prorogée jusqu'au 31 décembre 2011 (RO 2007 3631). Cette ordonnance a été dotée d'une base légale ordinaire avec la loi fédérale du 20 mars 2009 sur la création de bases légales pour l'assistance financière des ressortissants suisses à l'étranger (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010, RO 2009 5685).
4. Ordonnance du 26 février 2003 sur le soutien financier aux institutions des Suisses de l'étranger (RO 2003 505). Entré en vigueur le 1^{er} avril 2003, ce texte avait initialement effet jusqu'au 31 décembre 2007; il a été prorogé jusqu'au 31 décembre 2011 (RO 2007 4981). Concernant la création d'une base légale ordinaire, cf. pt 3 ci-dessus.

5. Ordonnance du 18 mai 2004 sur la confiscation des avoirs et ressources économiques irakiens gelés et leur transfert au Fonds de développement pour l'Irak (RO 2004 2873). Entré en vigueur le 1^{er} juillet 2004, ce texte avait initialement effet jusqu'au 30 juin 2007; il a été prorogé jusqu'au 30 juin 2010 (RO 2007 4981).
6. Ordonnance du 18 novembre 2009 instituant une interdiction d'entrée et de transit sur territoire suisse pour certaines catégories de ressortissants libyens (RO 2009 5929). La durée de validité de ce texte est limitée à un an.

Par ailleurs, un arrêt du Tribunal fédéral du 27 avril 2006 assimile la décision du Conseil fédéral du 15 décembre 2003 sur le blocage des avoirs de la famille Mobutu, prise sur la base de l'art. 184, al. 3, Cst., à une ordonnance: «La décision du 15 décembre 2003 peut s'appliquer à une pluralité de personnes et à différents biens. Elle présente dès lors un caractère général et abstrait, qui aurait dû conduire à ce qu'elle prenne la forme de l'ordonnance et soit publiée comme telle» (ATF 132 I 229 236).

Outre l'ordonnance relative à la recapitalisation d'UBS SA (cf. ch. 1.3.1), l'ordonnance instituant des mesures à l'encontre du groupe «Al-Qaïda» a également été critiquée, notamment en raison du fait que sa validité a été étendue de manière excessive sans qu'une base légale ad hoc le permette. Le 2 juin 2005, le conseiller national Edi Engelberger (PRD/NW) a déposé une interpellation (05.3253 Interdiction des organisations terroristes) dans laquelle il a souligné qu'il fallait créer dès que possible la base légale nécessaire à cette ordonnance, eu égard notamment au fait que cette dernière prévoyait des peines d'emprisonnement. Dans sa réponse du 31 août 2005, le Conseil fédéral a confirmé qu'une ordonnance de ce type «ne peut [...] être prolongée indéfiniment»; il a indiqué qu'il serait examiné, dans le cadre de la révision de la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI; RS 120) «si une base légale générale portant sur de telles interdictions doit être mise en place». Dans son projet du 15 juin 2007 (07.057; FF 2007 4773), le Conseil fédéral a notamment proposé de compléter la LMSI par un nouvel art. 18n en ce sens. Malgré cela, le 3 mars et le 28 avril 2009, les Chambres fédérales ont renvoyé le projet au gouvernement pour qu'il le modifie. Le 8 décembre 2008, à l'occasion de l'examen du rapport de gestion du Conseil fédéral 2008 (09.001), les Commissions de gestion (CdG) ont critiqué le fait que la validité de l'ordonnance ait été prolongée jusqu'à fin 2011: «En prorogeant une troisième fois l'ordonnance Al-Qaïda, le Conseil fédéral avance, juridiquement parlant, en terrain miné, même si l'interdiction de cette organisation se justifie parfaitement. Cela est notamment dû au fait que la révision LMSI II promise par le Conseil fédéral, qui aurait dû constituer une base légale suffisante pour cette ordonnance, est provisoirement gelée. En outre, la norme prévue par le projet LMSI II n'aurait de toute manière pas eu une portée suffisante, eu égard au fait qu'elle se bornait à interdire certaines activités sans prévoir l'interdiction d'une organisation. Aussi le Conseil fédéral doit-il sérieusement se demander s'il n'est pas grand temps de doter l'ordonnance Al-Qaïda d'une base légale irréprochable. Il serait difficilement concevable que le gouvernement invoque à nouveau les dispositions d'urgence contenues dans la Constitution pour proroger une quatrième fois ladite ordonnance, lorsque celle-ci arrivera à échéance fin 2011» (Hansruedi Stadler, BO 2009 E 385, trad.; voir également les propos de la conseillère nationale Therese Frösch, BO 2009 N 1204).

La durée de validité des ordonnances sur le soutien aux Suisses de l'étranger (cf. pts 3 et 4 supra) est, elle aussi, disproportionnée. Dans son message du 23 avril 2008 relatif à la loi fédérale sur la création de bases légales pour l'assistance financière des ressortissants suisses à l'étranger, le Conseil fédéral a d'ailleurs lui-même reconnu que «cette solution n'est [...] pas satisfaisante du point de vue juridique» et qu'il s'agit de «combler cette lacune juridique» (FF 2008 3167).

1.3.3 Décisions du Conseil fédéral se fondant sur l'art. 184, al. 3, et sur l'art. 185, al. 3, Cst.

Depuis l'entrée en vigueur de la Cst. actuelle, le 1^{er} janvier 2000, le Conseil fédéral a pris et publié les décisions suivantes qui se fondent sur l'art. 184, al. 3, Cst. et/ou sur l'art. 185, al. 3, Cst.:

- Le 15 juin 2001, le Conseil fédéral a interdit à un ressortissant macédonien de souche albanaise de déployer des activités en Suisse en faveur d'organisations albanaises participant de façon violente au conflit en Macédoine (communiqué de presse du DFJP du 15 juin 2001).
- Le 3 juillet 2001, le Conseil fédéral a ordonné de nouvelles mesures contre des activistes du conflit en Macédoine (communiqué de presse du DFJP du 3 juillet 2001).
- Le 28 novembre 2001, le Conseil fédéral a interdit à l'organisation des Tigres de libération de l'Eelam tamoul (LTTE) de se livrer, à l'occasion d'une manifestation organisée le 2 décembre 2001, à une collecte de fonds et à des actions de propagande (communiqué de presse du DFJP du 30 novembre 2001).
- Le 14 juin 2002, le Conseil fédéral a décidé de bloquer les avoirs de l'exprésident d'Haïti Jean-Claude Duvalier (communiqué de presse de l'OFJ du 2 juillet 2002). Par la suite, la décision a été prorogée à plusieurs reprises.
- Par décision du 23 octobre 2002, le Conseil fédéral a interdit à un représentant du «Front islamique du salut» (FIS) algérien de mener certaines activités politiques en Suisse (communiqué de presse du DFJP du 24 octobre 2002).
- Le 15 décembre 2003, le Conseil fédéral a décidé de bloquer les avoirs de la famille Mobutu. Cette décision, prorogée à plusieurs reprises par la suite, a été considérée comme une ordonnance par le Tribunal fédéral (cf. ch. 1.3.2 supra).
- Le 16 novembre 2005, le Conseil fédéral a décidé de lever la saisie, opérée par les autorités du canton du Valais, de tableaux faisant partie de la collection du Musée national russe des Beaux-arts Pouchkine de Moscou (communiqué de presse du DFAE du 16 novembre 2005).
- Le 14 novembre 2007, le Conseil fédéral a décidé de faire détruire certains documents saisis dans le cadre de la procédure pénale ouverte contre des membres de la famille Tinner (rapport de la Délégation des Commissions de gestion du 19 janvier 2009, FF 2009 4493). Par la suite, cette décision a été modifiée et mise en œuvre par d'autres décisions.

- Par décision du 5 novembre 2008, le Parti des travailleurs du Kurdistan (PKK) s’est vu interdire certaines activités politiques en Suisse (communiqué de presse du DFJP du 5 novembre 2008).
- Le 5 juin 2009, le Conseil fédéral a interdit à l’UBS de transmettre des données concernant ses clients aux autorités américaines (communiqué de presse du DFJP du 8 juillet 2009). Selon divers articles de presse citant des sources issues de l’administration, le Conseil fédéral s’est penché, en janvier 2009, sur la question de savoir s’il devait, au contraire, livrer des données concernant environ 300 clients d’UBS SA aux autorités américaines.

La destruction de documents dans l’affaire Tinner a donné lieu, elle aussi, à des critiques et à des réflexions de fond. Dans son rapport détaillé du 19 janvier 2009 (FF 2009 4493), la Délégation des Commissions de gestion (DélCdG) a rappelé que les dispositions de l’art. 184, al. 3, et de l’art. 185, al. 3, Cst. ne sont applicables «que lorsque la mesure décidée est indispensable, urgente, justifiée par des intérêts publics prépondérants et proportionnelle au but». En l’espèce, il n’y avait eu ni alerte de sécurité sérieuse ni urgence, puisque le Conseil fédéral n’a réagi que seize mois après que le DFJP eut appris l’existence des plans de construction d’armes nucléaires. En outre, la DélCdG a relevé que «le Conseil fédéral n’a pas invoqué d’effets concrets sur la politique étrangère de la Suisse qui n’auraient pu être prévenus qu’au prix d’une intervention aussi lourde de conséquences pour l’indépendance de la Justice, raison pour laquelle la DélCdG considère que la destruction de toutes les pièces à conviction ordonnée par le Conseil fédéral le 14 novembre 2007 est disproportionnée». En conclusion, «la DélCdG attend du Conseil fédéral qu’il ne fasse appel à ses compétences découlant des art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst. qu’avec une grande retenue et après un examen approfondi des circonstances» (recommandation 4).

La DélCdG a également déploré de ne pas avoir été informée de la décision du Conseil fédéral – ce qui est en contradiction avec l’esprit de l’art. 169, al. 2, Cst., qui prévoit que le secret de fonction ne constitue pas un motif pouvant lui être opposé –, alors même que son mandat légal l’avait amenée à s’occuper depuis un certain temps de l’affaire Tinner. En outre, en dépit des dispositions de l’art. 154, al. 3, de la loi sur le Parlement (LParl), le gouvernement n’a pas communiqué à la DélFin plusieurs décisions à ce sujet. En conclusion, «la DélCdG invite le Conseil fédéral à lui présenter une stratégie réglant la manière d’informer la délégation à temps au sujet de ses décisions secrètes (...)» (recommandation 2).

Dans son avis du 17 juin 2009 sur le rapport susmentionné (FF 2009 4551), le Conseil fédéral approuve la recommandation 4 de la DélCdG, qui vise à ce que les art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst. soient appliqués avec retenue. Sans répondre en détail à la critique de la DélCdG, qui estimait que, dans le cas de l’affaire Tinner, toutes les conditions n’étaient pas remplies pour que ces dispositions soient appliquées, le Conseil fédéral affirme que sa pratique «tient compte du caractère exceptionnel de cette compétence constitutionnelle». S’il ne se prononce pas non plus sur la question du déficit d’information qui lui est reproché, il se déclare en revanche «disposé à examiner l’opportunité d’élaborer une stratégie sur la manière dont la DélCdG doit être informée à l’avenir de ses décisions classées secrètes», allant ainsi dans le sens de la recommandation 2.

Le 24 juin 2009, après que des copies de certains documents eurent refait surface, le Conseil fédéral a décidé une nouvelle fois de détruire une partie des preuves relatives à la procédure pénale ouverte dans le cadre de l'affaire Tinner; suite à cela, la DélCdG «l'a convié instamment de revenir sur sa décision» (communiqué de presse du 30 juin 2009), dont elle contestait, une fois de plus, la légalité. Le gouvernement a toutefois maintenu sa position et a tenu les considérations suivantes: «De l'avis du Conseil fédéral, la DélCdG n'a sans doute pas la compétence, dans le cadre de la haute surveillance parlementaire, de donner ce type d'injonction au gouvernement» (communiqué de presse du 1^{er} juillet 2009). Ce à quoi la DélCdG a répliqué: «Il faut souligner que, à ce jour, le droit de la DélCdG d'adresser des recommandations au Conseil fédéral n'avait encore jamais été remis en cause. En définitive, ce qui est au cœur de l'affaire, c'est bien la répartition des rôles entre le Parlement et le Gouvernement. Aussi la DélCdG est-elle d'avis qu'il appartient au Parlement de se saisir de la question» (communiqué de presse du 2 juillet 2009).

Le Parlement s'est penché sur cette question dès le 23 septembre 2009, lorsque le Conseil des Etats a traité une interpellation déposée par le président de la DélCdG (09.3729 Ip. Janiak. Recours du Conseil fédéral au droit de nécessité; BO 2009 E 966); la discussion devrait se poursuivre avec le traitement du présent projet de la CIP-N.

A noter aussi que la doctrine a considéré que la décision prise par le Conseil fédéral le 16 novembre 2005 de lever la saisie de tableaux faisant partie de la collection du Musée Pouchkine de Moscou constitue une ingérence illicite dans une procédure ordonnée par la loi, car non couverte par les dispositions de l'art. 184, al. 3, Cst. (cf. Biaggini, Commentaire de la Cst., p. 815, qui cite d'autres références).

1.3.4 Suppléments urgents et crédits d'engagement

Statistique des suppléments urgents (art. 34 LFC; jusqu'au 30 avril 2006: art. 18 LFC – autrement dit y compris les reports de crédits) ouverts depuis 2000 avec l'approbation préalable de la DélFin:

Année	Nombre	Montant (en millions)
2000	24	210
2001	39	2070,9
2002	29	584
2003	24	293
2004	18	227
2005	6	42
2006	12	360
2007	7	7194
2008	9	6137

La DélFin n'a pas accepté tous les crédits urgents sollicités par le Conseil fédéral. Les demandes refusées sont répertoriées dans le tableau suivant:

Année	Nombre	Montant (en millions)
2000	2	1,9
2001	5	23,8
2002	1	0,15
2003	0	0
2004	2	3
2005	0	0
2006	1	2
2007	0	0
2008	0	0

Les suppléments urgents supérieurs à 100 millions de francs approuvés par la DélFin sont les suivants:

2001	105 millions	Tadjikistan (remboursement après deux semaines)
	350 millions	Crédit pour la Yougoslavie (remboursement après une semaine)
	1248 millions	Swissair
2002	150 millions	Report de crédit pour le maintien de l'exploitation aérienne
	120 millions	Crédit provisoire alloué à l'Expo.02 (après l'approbation, le 14 mars 2002, du 2 ^e crédit additionnel par le Parlement)
	144 millions	Deux crédits provisoires de 63 et 81 millions de francs: aide d'urgence pour l'économie laitière
	110 millions	Réductions de primes individuelles dans l'assurance-maladie
2003	100 millions	Réductions de primes individuelles dans l'assurance-maladie
2004	130 millions	Réductions de primes individuelles dans l'assurance-maladie. Les montants accordés par la DélFin et les versements effectués fin septembre ont permis d'éviter à la Confédération de devoir payer des intérêts moratoires
2006	280 millions	Intérêts passifs de la Confédération suite au recul des agios sur les emprunts émis
2007	110 millions	Achats de l'OFCL destinés au stockage, conséquence comptable du nouveau modèle comptable de la Confédération (NMC), sans effets sur les mesures décidées par le Parlement
	7000 millions	Versement du produit de la vente d'or à l'AVS. Ce crédit servait à transférer au Fonds AVS un montant que la Confédération avait déjà encaissé. Il s'agit d'une décision purement comptable
2008	6000 millions	Renforcement des fonds propres d'UBS SA

Statistique des crédits d'engagement (art. 28 LFC; jusqu'au 30 avril 2006: art. 31 LFC) ouverts depuis 2000 avec l'approbation préalable de la DélFin:

Année	Nombre	Montant (en millions)
2000	3	69,5
2001	10	4748
2002	3	40,4
2003	2	65
2004	2	27,9
2005	0	0
2006	3	18
2007	1	8
2008	2	26

Les crédits d'engagement urgents supérieurs à 100 millions de francs approuvés par la DélFin sont les suivants:

2001	3112 millions	Garantie contre les risques destinée aux compagnies d'aviation
	1000 millions	Maintien de l'exploitation de Swissair
	600 millions	Participation à l'augmentation du capital de Crossair

La réglementation actuelle a été remise en question à la suite de l'ouverture de deux crédits extraordinaires d'un montant particulièrement élevé qui concernaient, d'une part, la souscription d'un emprunt à conversion obligatoire d'un montant de 6 milliards de francs afin de renforcer la base de fonds propres d'UBS SA (automne 2008) et, d'autre part, le financement des mesures prises lors de la crise Swissair (automne 2001).

Les discussions relatives à la crise UBS ont été résumées au ch. 1.3.1 supra.

Après l'immobilisation au sol de la flotte de Swissair les 2 et 3 octobre 2001, l'Assemblée fédérale s'est réunie en session extraordinaire le 17 novembre 2001; à cette occasion, elle a approuvé l'arrêté fédéral concernant le financement du programme de redimensionnement de l'aviation civile (01.067; FF 2002 399), qui prévoyait un engagement financier de la Confédération de plus de 2 milliards de francs (BO 2001 N 1472, BO 2001 E 713). En réalité, le Parlement avait été mis devant le fait accompli, car le Conseil fédéral, soutenu par une courte majorité de la DélFin, avait déjà ouvert des crédits de paiement pour un montant total de 1,2 milliard de francs en octobre 2001. Les deux crédits d'engagement d'un montant global de 1,6 milliard sur lesquels le Parlement devait alors également se prononcer avaient eux aussi déjà été libérés par le Conseil fédéral avec le consentement de la DélFin, en date du 22 octobre 2001.

A la session d'hiver 2001, une initiative parlementaire et plusieurs motions ont été déposées, qui visaient toutes à modifier la procédure d'approbation des crédits urgents de sorte à restreindre les compétences du Conseil fédéral et de la DélFin en la matière: ceux-ci ne devaient plus avoir la possibilité de libérer des crédits à partir d'un certain montant sans l'approbation *préalable* de l'Assemblée fédérale, et ce

dans tous les cas. L'objectif était d'asseoir la légitimité démocratique des arrêtés financiers d'une telle portée. La CIP-E, qui examinait à l'époque le projet de nouvelle loi sur le Parlement, s'est ralliée à cette position et a demandé que la LFC soit modifiée en ce sens. Le 20 mars 2002, le Conseil des Etats a toutefois rejeté cette proposition par 24 voix contre 15 – comme le proposait M. Merz, alors conseiller aux Etats (BO 2002 E 233) –, arguant que la procédure en vigueur jusqu'alors avait fait ses preuves et qu'un événement exceptionnel ne justifiait pas la création d'une «lex Swissair». Il estimait que le Conseil fédéral devait, au contraire, disposer d'un instrument de gestion des crises pour pouvoir faire face à des situations extrêmes, comme l'immobilisation au sol de la flotte de Swissair.

La même discussion s'est tenue dans le cadre de l'examen de la révision partielle de la LFC, que la CIP-N a soumise à son conseil le 25 mars 2004 (FF 2004 2603) en application de l'initiative parlementaire déposée par le groupe UDC (01.462. Assurer le contrôle démocratique. Modification de la loi sur les finances de la Confédération). Le projet prévoyait que tous les crédits de paiement et d'engagement de plus de 250 millions de francs soient désormais soumis pour approbation à l'Assemblée fédérale, y compris les crédits urgents. L'adoption des crédits urgents d'un montant inférieur serait, quant à elle, restée de la compétence de la DélFin. Dans son avis du 19 mai 2004 (FF 2004 2623), le Conseil fédéral s'est opposé au projet, faisant notamment valoir que celui-ci limiterait sa capacité d'action. Le 2 juin 2004, le Conseil national a néanmoins approuvé le projet d'acte en l'état par 150 voix contre 7, suivant en cela sa commission. Le 7 octobre 2004, le Conseil des Etats s'est rallié quant à lui aux arguments du Conseil fédéral et a décidé, par 29 voix contre 4, de ne pas entrer en matière. La discussion s'est poursuivie dans le cadre de l'examen du projet de révision totale de la LFC (04.079), que le Conseil fédéral avait déposé entre-temps. Le 17 mars 2005, le Conseil national a suivi sa Commission des finances par 88 voix contre 67, laquelle s'était ralliée à l'avis de la CIP. Le 13 juin 2005, le Conseil des Etats s'est, à l'inverse, prononcé pour le maintien du statu quo, conformément à la proposition du gouvernement. Au cours de la procédure d'élimination des divergences, le Conseil national a d'abord maintenu sa position, le 19 septembre 2005, par 92 voix contre 63, avant de se rallier à la décision du Conseil des Etats le 3 octobre 2005, par 112 voix contre 48.

2 Grandes lignes du projet

2.1 Considérations générales

La Constitution définit plusieurs principes: à l'art. 5, al. 1, elle dispose que «le droit est la base et la limite de l'activité de l'Etat»; elle attribue en outre les compétences en matière d'activité législative et d'exécution du droit au peuple et aux cantons ainsi qu'aux autorités suprêmes de la Confédération (Assemblée fédérale, Conseil fédéral et Tribunal fédéral). Elle désigne enfin l'Assemblée fédérale comme instance compétente en matière législative (sous réserve du droit de référendum dont dispose le peuple) et budgétaire (dépenses de la Confédération). Le Conseil fédéral ne peut donc édicter des dispositions de droit réglementaire et effectuer des dépenses que sur la base d'une loi.

Néanmoins, des situations extraordinaires, qui exigent une action rapide de l'Etat afin de limiter les dommages, peuvent toujours survenir. Il est alors possible que le temps manque pour créer les bases légales appelées à régir l'action nécessaire des

pouvoirs publics. De surcroît, le législateur peut difficilement réglementer à l'avance, de manière générale et abstraite, certaines situations et mesures nécessaires à la sauvegarde des intérêts de la Suisse, tout particulièrement dans le domaine de la politique extérieure. *Aussi le Conseil fédéral doit-il être habilité à édicter des ordonnances ou à prendre des décisions* qui ne reposent pas sur une loi fédérale, ou à contracter des engagements financiers qui n'ont pas été adoptés au préalable par l'Assemblée fédérale, *et ce à titre exceptionnel et sans retard.*

La démocratie et l'Etat de droit exigent toutefois que les institutions soient rétablies dans leurs compétences ordinaires aussi vite que possible. Dans de tels cas, l'Assemblée fédérale doit donc dès que possible exercer les compétences législatives et financières que lui attribue la Constitution et garantir la légitimité démocratique de ce type de mesures.

Si les art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst. ainsi que les art. 28 et 34 LFC donnent au Conseil fédéral les compétences nécessaires pour prendre des mesures urgentes, *le droit en vigueur ne contient aucune disposition garantissant le rétablissement aussi rapide que possible de la répartition démocratique des compétences telle qu'elle prévaut en temps normal.* Il est vrai que le Conseil fédéral fait généralement preuve de retenue dans l'usage de ses prérogatives propres aux situations exceptionnelles. Dans certains cas, pourtant, la légalité et l'adéquation des mesures urgentes prises par le gouvernement ont été remises en question: même si la majorité du Parlement ne contestait pas la nécessité de ces mesures, qu'il avait même approuvées *a posteriori*, de nombreuses voix se sont élevées pour critiquer le laps de temps proportionnellement long qui s'était écoulé jusqu'à l'approbation.

Les dispositions garantissant le rétablissement rapide de la répartition démocratique des compétences telle qu'elle prévaut en temps normal devraient aussi avoir un *effet dissuasif*. L'obligation de consulter et d'informer, qui sera soumise à un calendrier approprié, incitera tant le gouvernement que l'administration à vérifier la nécessité réelle des mesures d'urgence; cela permettra de prévenir, de manière inédite, d'éventuels abus de la part du Conseil fédéral dans ses prérogatives propres aux situations exceptionnelles. S'il est vrai que des abus de ce genre n'ont encore jamais été constatés jusqu'ici et que les solides traditions démocratiques de notre pays les rendent même difficilement concevables, on ne peut cependant totalement exclure *a priori* qu'ils surviennent dans le futur.

2.2 Limitation dans le temps des ordonnances qui ne reposent pas sur une loi fédérale

Les art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst. prévoient certes que les ordonnances du Conseil fédéral découlant directement de la Constitution qui ne reposent pas sur une loi fédérale doivent être limitées dans le temps. Toutefois, cette limitation ne connaît pas de durée maximale; de plus, une ordonnance à durée limitée peut voir sa validité prolongée avant même son expiration. Désormais, une ordonnance qui s'appuie totalement ou partiellement sur l'art. 185, al. 3, Cst. (dite «*ordonnance de police*») deviendra caduque si le Conseil fédéral ne soumet pas à l'Assemblée fédérale, dans les six mois, un projet de base légale ad hoc. L'ordonnance reste en vigueur au plus tard jusqu'à ce que la base légale la concernant entre en vigueur. Les ordonnances se fondant exclusivement sur l'art. 184, al. 3, Cst., autrement dit celles qui visent la sauvegarde des intérêts du pays envers l'étranger, seront soumises à des dispositions

moins restrictives, sachant que les ordonnances de ce type posent moins de problèmes en matière de droits fondamentaux et de démocratie. Aussi ne devront-elles être transposées en droit ordinaire – suivant la même procédure que les ordonnances se fondant sur l’art. 185, al. 3, Cst. – que si le Conseil fédéral souhaite les proroger après une durée maximale de validité de quatre ans.

2.3 Consultation ou information d’un organe du Parlement au sujet de décisions qui ne reposent pas sur une loi fédérale

Ainsi que le démontre le rapport publié le 19 janvier 2009 par la DélCdG sur la gestion du dossier Tinner par le Conseil fédéral, celui-ci prend aujourd’hui, en se fondant sur les art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst., des décisions découlant directement de la Constitution qui ne reposent pas sur une loi fédérale à propos desquelles les délégations ou commissions parlementaires compétentes (la DélCdG notamment) ne sont pas complètement informées en temps utile. Aussi, avant de prendre une décision de ce genre, le Conseil fédéral sera tenu de consulter la «Délégation pour les situations extraordinaires» nouvellement créée dans les 48 heures; dans les cas particulièrement urgents, il devra l’informer de sa décision dans les 24 heures. Ces dispositions n’impliquent ni limitation des compétences du gouvernement, ni coresponsabilité partielle de la délégation parlementaire concernée. La procédure de consultation garantit toutefois l’exercice d’une activité de haute surveillance concomitante au titre d’un «dialogue entre les pouvoirs» et incite le Conseil fédéral et l’administration à examiner les mesures concernées de manière approfondie et à les motiver de façon pertinente, tout en créant les conditions idéales pour permettre l’intervention éventuelle des organes parlementaires dans le cadre de leurs compétences.

2.4 Décisions urgentes ayant des incidences budgétaires d’une portée majeure

La loi sur les finances (LFC) autorise aujourd’hui le Conseil fédéral à contracter, avec ou sans l’assentiment de la DélFin, des engagements financiers d’un montant illimité, qui sont soumis ensuite pour approbation subséquente à l’Assemblée fédérale. Aux termes du droit en vigueur, le Conseil fédéral ne doit soumettre les décisions de ce type à l’Assemblée fédérale qu’avec le prochain supplément au budget, voire qu’avec le compte d’Etat. Le projet de la CIP prévoit que l’approbation des crédits urgents reste de la compétence du Conseil fédéral, mais que ce dernier doit toujours obtenir au préalable l’aval de la DélFin – à l’exception des cas de moindre importance – et non plus uniquement «lorsque cela est possible». S’il s’agit de dépenses exceptionnellement élevées supérieures à 500 millions de francs, un quart des membres de l’un des conseils peuvent demander la convocation de l’Assemblée fédérale en session extraordinaire afin qu’elle se prononce sur l’approbation subséquente. *Les Bureaux des conseils devront organiser cette session pendant la troisième semaine qui suit le dépôt de la demande de convocation.* Cette nouvelle procédure a pour objectif d’inciter le Conseil fédéral à justifier de manière plus appropriée les procédures extraordinaires qu’il accomplit. En impliquant au plus tôt l’Assemblée fédérale dans les procédures liées aux décisions urgentes ayant des incidences

budgétaires de portée majeure, il y aura moins de risques que celle-ci soit mise devant le fait accompli, sachant qu'elle pourra, le cas échéant, bloquer des crédits qui auront été provisoirement libérés, mais pas encore effectués. Les institutions démocratiques verront ainsi leur crédibilité renforcée vis-à-vis de l'opinion publique.

Une *minorité de la commission* souhaite que toutes les dépenses urgentes supérieures à 500 millions de francs, sans exception, fassent l'objet d'une décision préalable de l'Assemblée fédérale et ne puissent plus être approuvées a posteriori comme c'était le cas jusqu'à présent. Elle considère en effet que les décisions de cette importance n'ont pas suffisamment de légitimité démocratique lorsque la compétence de les prendre est déléguée de fait aux six membres de la Délégation des finances. Si nécessaire, l'Assemblée fédérale pourrait être convoquée très rapidement en session extraordinaire. Cette proposition a toutefois été rejetée par 16 voix contre 10.

La proposition de la minorité coïncide avec la stratégie prévue par la CIP dans son projet du 25 mars 2004 ainsi qu'avec la proposition faite par la Commission des finances du Conseil national dans le cadre de la révision totale de la loi sur les finances en 2005 (cf. ch. 1.3.4). Cette stratégie s'étant toutefois heurtée à la franche opposition du Conseil des Etats, la commission n'estime pas judicieux de relancer l'idée. Elle souligne en outre qu'il est des situations dans lesquelles une prise de décision ne saurait être retardée, au risque d'entraîner des dommages importants pour le pays, et que ce caractère d'urgence ne serait pas compatible avec la convocation – même rapide – de l'Assemblée fédérale en session extraordinaire.

2.5 Sécurité du droit et protection de la bonne foi

La question des conséquences juridiques se pose lorsqu'une ordonnance édictée par le Conseil fédéral en vertu de l'art. 184, al. 3, ou 185, al. 3, Cst. expire alors que des particuliers ont pris certaines dispositions en fonction de décisions du Conseil fédéral fondées sur cette ordonnance. Elle se pose également lorsque l'Assemblée fédérale décide de ne pas approuver a posteriori certains crédits d'engagement ou de paiement libérés par le Conseil fédéral sur la base de l'art. 18 ou 34 LFC.

En vertu de l'art. 5, al. 3, Cst., les organes de l'Etat et les particuliers sont tenus d'agir de manière conforme aux règles de la bonne foi. En outre, selon l'art. 9 Cst., «toute personne a le droit d'être traitée par les organes de l'Etat sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi».

La révocation de décisions est un aspect du droit administratif sur lequel des études approfondies ont été menées. Selon la pratique nuancée que le Tribunal fédéral a développée sur la base de nombreux cas au cours des dernières décennies, *les décisions devenues irrégulières suite à une modification de leur base légale peuvent être révoquées. Toutefois, dans certains cas – notamment dans celui des droits acquis –, la révocation de ces décisions peut être impossible*, ou alors entraîner l'obligation, pour la Confédération, de verser des dommages et intérêts. Les droits acquis comprennent d'une part les droits existant depuis des générations, et d'autre part les droits que l'Etat confère à des particuliers sur la base d'une libre convention (déclaration concordante de volonté). Au vu de ce qui précède, il est impossible de fonder un droit acquis sur une autorisation de construire, par exemple. Ne sont pas révoquables les décisions qui accordent une compétence et dont la mise en application a

exigé des investissements importants et induit des changements tels que la restauration de la situation antérieure nécessiterait la suppression de droits acquis de bonne foi. Toutefois, dans le cas de décisions qui justifient une situation en cours, l'intérêt public à la réalisation en toute équité de la nouvelle situation juridique prime sur le maintien de la compétence.

L'éventuelle obligation, pour la Confédération, de verser des dommages et intérêts suite à la caducité d'une ordonnance ou au refus de l'Assemblée fédérale d'approuver *a posteriori* un crédit d'engagement ou un crédit de paiement dépend du cas d'espèce; il n'y a pas de réponse générale à cette question.

3 Commentaire par article

1. Loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration

Art. 7c (nouveau) Ordonnances visant à sauvegarder les intérêts du pays

L'*al. 1* reprend la teneur de l'art. 184, al. 3, Cst. A la différence de l'art. 185, al. 3, Cst. (droit des ordonnances de police), c'est ici la sauvegarde des intérêts du pays sur le plan de la politique extérieure qui occupe le premier plan. Les conditions régissant l'usage de cet instrument sont formulées de façon très générale, contrairement aux exigences strictes qui s'appliquent aux «ordonnances de police» visées à l'art. 185, al. 3, Cst.

S'agissant de la pratique en la matière, elle est exposée plus haut, au ch. 1.3.2.

Les *al. 2, 3 et 4* règlent la question de la *limitation dans le temps* de ces ordonnances, conformément à l'art. 184, al. 3, Cst. Ainsi, la durée de leur validité doit être limitée «de manière appropriée», autrement dit: elles ne doivent pas être en vigueur plus longtemps qu'il n'apparaît nécessaire au moment où elles sont édictées. Au cas où les dispositions de l'ordonnance devraient encore être appliquées *après l'expiration du délai de quatre ans*, le Conseil fédéral pourrait toujours prolonger la durée de sa validité. Cependant, il devrait alors préparer son remplacement par des dispositions légales ordinaires. Il serait en effet contraint de le faire parce que l'ordonnance deviendrait caduque si le Conseil fédéral n'avait pas soumis à l'Assemblée fédérale un projet de base légale pour l'objet de l'ordonnance dans un délai de six mois après l'entrée en vigueur de sa prorogation (*al. 3*). Dès que l'Assemblée fédérale a adopté le projet de base légale et que celle-ci est entrée en vigueur, l'ordonnance fondée sur l'art. 184, al. 3, Cst. devient caduque; le Conseil fédéral peut alors la maintenir, moyennant les éventuelles adaptations nécessaires, en se fondant sur la nouvelle base légale. Il va de soi que le rejet du projet de base légale par l'Assemblée fédérale provoque lui aussi la caducité (prématurée) de l'ordonnance (*al. 4*).

La commission a également étudié une solution qui prévoit de limiter à six ans la durée maximale de validité d'une ordonnance de ce type, prolongation comprise, et rendre ainsi l'ordonnance caduque si l'Assemblée fédérale n'a pas adopté la base légale correspondante dans un délai de trois ans suivant la prolongation. Ainsi, le projet de base légale ne pourrait plus rester pendant devant l'Assemblée fédérale et l'ordonnance, en vigueur *pour une durée indéterminée*.

La commission a toutefois rejeté cette solution par 17 voix contre 8, estimant qu'il serait problématique qu'une ordonnance devienne automatiquement caduque simplement parce que l'examen du projet de base légale la concernant a pris du retard devant les Chambres fédérales, ce qui ne signifie pas nécessairement que le projet ne sera pas adopté plus tard. Cette situation risque d'engendrer une incertitude juridique et de réduire la capacité d'action de la Suisse en matière de politique extérieure.

Art. 7d (nouveau)

Ordonnances visant à préserver la sécurité extérieure
ou intérieure

L'*al. 1* reprend la teneur de l'art. 185, al. 3, Cst. A la différence des ordonnances visant à sauvegarder les intérêts du pays, prévues à l'art. 184, al. 3, Cst., les «ordonnances de police» doivent répondre à des exigences strictes pour être applicables: il doit y avoir *urgence* («des troubles existants ou imminents ...») et *nécessité matérielle* («des troubles [...] menaçant gravement l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure»). Dans son message relatif à une nouvelle constitution fédérale, le Conseil fédéral avait défini comme suit les conditions à réunir pour une telle ordonnance: «Les règles fixées par de telles ordonnances doivent être indispensables, dictées par des impératifs de temps, justifiées par des intérêts publics prépondérants et proportionnées aux circonstances. Elles ne peuvent entrer en contradiction avec des actes législatifs édictés par l'Assemblée fédérale et doivent notamment respecter les principes de l'égalité et de la bonne foi.» (FF 1997 I 426, avec renvoi à un arrêt du Tribunal fédéral) Les conditions doivent également être remplies lorsqu'une ordonnance est fondée tant sur l'art. 184, al. 3, que sur l'art. 185, al. 3: la réglementation plus stricte prime.

Dans le cadre de la réglementation constitutionnelle attribuant les compétences, le Conseil fédéral dispose de compétences plus étendues en matière de politique extérieure que dans le domaine de la sécurité extérieure et intérieure. Cette distinction se reflète notamment dans le fait que l'Assemblée fédérale dispose à l'art. 173, al. 1, let. c, Cst. d'une compétence parallèle à celle d'édicter des ordonnances en matière de sécurité extérieure et intérieure, alors qu'elle ne dispose pas d'une compétence réglementaire similaire en matière de sauvegarde des intérêts du pays en matière de politique extérieure. Eu égard au respect de la marge de manœuvre que la Constitution attribue au Conseil fédéral en matière de politique extérieure, il est permis de traiter différemment l'incorporation d'ordonnances dans la législation ordinaire selon qu'elles sont fondées sur l'art. 184, al. 3, ou sur l'art. 185, al. 3, Cst.

C'est ce qui explique pourquoi la durée de validité d'une ordonnance visant à préserver la sécurité extérieure ou intérieure est réglementée plus strictement que celle d'une ordonnance visant à sauvegarder les intérêts du pays. Lorsqu'une ordonnance est fondée sur les deux dispositions constitutionnelles, c'est toujours la durée de validité la plus courte qui est applicable. Les deux cas concrets où de telles dispositions ont été appliquées depuis 2000 (ordonnance instituant des mesures à l'encontre du groupe «Al-Qaïda» et d'organisations apparentées, et ordonnance relative à la recapitalisation d'UBS SA, cf. ch. 1.3.2) montrent en effet que ces réglementations peuvent poser des problèmes par rapport à l'Etat de droit et être contestées sur le plan politique.

L'*al. 2* fixe au Conseil fédéral un *délai de six mois* pour soumettre au Parlement le projet de la base légale nécessaire à l'ordonnance, faute de quoi l'ordonnance devient caduque. *C'est à dessein que ce délai est si bref*: à moins que l'ordonnance

ne soit de toute façon promise à une courte durée de validité, le Conseil fédéral est ainsi contraint, au moment où il l'édicte, de réfléchir déjà à la façon dont il soumettra son objet au Parlement dans un proche avenir. S'il disposait d'un délai plus long, par exemple un an, il pourrait être tenté d'édicter une ordonnance sans en avoir examiné minutieusement toutes les conséquences juridiques et politiques, et d'attendre l'évolution de la situation pour ajuster le tir. Il pourrait aussi édicter plus souvent des ordonnances dont la durée de validité serait d'un an au plus et pour lesquelles il n'aurait aucunement l'intention, dès le départ, de créer une base légale. L'effet dissuasif de la réglementation s'en trouverait nettement atténué. Ce délai de six mois comporte néanmoins certains inconvénients. Ainsi, l'élaboration d'une base légale suivant un calendrier extrêmement serré risque de nuire à la qualité de cette dernière. En outre, une éventuelle procédure de consultation ne pourrait être organisée qu'avec des délais considérablement raccourcis, ou alors la consultation devrait être menée sous la forme d'une conférence; il serait en effet impossible de respecter le délai de trois mois prévu à l'art. 7, al. 2, de la loi sur la consultation. Un délai si bref risque aussi d'obliger le Conseil fédéral à soumettre au Parlement un projet de base légale qui ne sera déjà plus nécessaire à plus ou moins brève échéance, ce qui pourrait passer pour une contrainte formelle superflue. Eu égard à la grande portée politique que peuvent revêtir de telles ordonnances, comme celle relative à la recapitalisation d'UBS SA, ces inconvénients sont toutefois secondaires en face de l'avantage de voir la légitimité démocratique s'accroître grâce à l'intervention rapide du Parlement.

Dans le texte de l'initiative parlementaire qu'elle avait déposée le 12 février 2009, la CIP avait voulu laisser au Conseil fédéral le choix de soumettre à l'Assemblée fédérale soit le projet d'une base légale concernant l'ordonnance, «soit le projet d'une ordonnance de nécessité de l'Assemblée fédérale (art. 173, al. 1, let. c, Cst.)». La commission souhaite maintenant lui donner seulement la possibilité de créer une base légale ad hoc. L'ordonnance de nécessité est un instrument à utiliser uniquement lorsqu'il est nécessaire et urgent d'établir une réglementation, mais qu'aucune base légale n'existe à cet effet et que le temps manque pour en créer une. Le traitement de l'objet ne peut toutefois plus être considéré comme étant mené dans l'urgence dès lors que le Conseil fédéral doit présenter un projet qui remplace l'ordonnance qu'il a lui-même édictée. *Or, sans urgence, il n'y a pas de raison de déroger au principe selon lequel «toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale»* (art. 164 Cst.). Si les dispositions de l'ordonnance doivent rester en vigueur plus de six mois, le Conseil fédéral a largement le temps, pendant la période qui court jusqu'à l'expiration du délai, d'élaborer un projet de base légale et de le présenter au Parlement. Par ailleurs, il convient de relever que l'élaboration d'un projet et son examen par les conseils ne prennent pas moins de temps pour une ordonnance du Parlement que pour une modification de loi. Du point de vue chronologique, la seule différence réside dans le fait qu'une ordonnance du Parlement peut entrer immédiatement en vigueur, tandis qu'une modification ordinaire de loi requiert d'attendre l'expiration du délai référendaire et, en cas de référendum, le scrutin populaire. L'ordonnance du Parlement permet donc de gagner du temps, ce qui n'est toutefois plus le cas si le Parlement déclare que la modification de loi est urgente, selon l'art. 165 Cst., et que celle-ci entre immédiatement en vigueur. En outre, il n'est peut-être pas inutile de rappeler que le législateur est constitué du Parlement *et* du peuple. Or, l'ordonnance de nécessité du Parlement néglige les droits populaires en ce sens qu'elle n'offre pas la possibilité de référendum. A l'inverse, une modification ordinaire de loi est sujette

au référendum; une modification déclarée urgente conforme à la Constitution est sujette au référendum *a posteriori* et elle cesse de produire effet si elle est rejetée en votation populaire; enfin, une modification déclarée urgente dépourvue de base constitutionnelle est, pour sa part, soumise au référendum et cesse de produire effet si elle n'est pas acceptée par le peuple et les cantons dans un délai d'un an.

Une *minorité de la commission* souhaite s'en tenir à la version originelle de l'initiative parlementaire et, partant, permettre au Conseil fédéral de choisir s'il entend soumettre au Parlement, dans un délai de six mois, un projet de base légale pour l'objet de son ordonnance ou un projet d'ordonnance de l'Assemblée fédérale, destinée à remplacer l'ordonnance du Conseil fédéral. Sa proposition a toutefois été rejetée par 11 voix contre 11 et avec la voix prépondérante du président.

Pour cette minorité, la création d'une base légale est réputée nécessaire et opportune lorsqu'une *réglementation durable* est requise. Par exemple, l'ordonnance instituant des mesures à l'encontre du groupe «Al-Qaïda» a permis de tenter d'élaborer une base légale générale pour interdire certaines organisations et certaines activités. Toutefois, cet exemple démontre aussi la difficulté qu'il y a à élaborer une base légale générale de ce genre *dans des délais raisonnables*.

En revanche, s'il s'agit de légiférer sur une situation de crise qui, selon toute probabilité, sera *temporaire*, la minorité I considère que le remplacement de l'ordonnance du Conseil fédéral par une ordonnance du Parlement pourrait se révéler plus opportun que la création d'une base légale, qui sera probablement devenue inutile à brève échéance. On en veut pour exemple l'ordonnance relative à la recapitalisation d'UBS SA. Le Conseil fédéral aurait pu présenter le texte de son ordonnance, en le modifiant plus ou moins, en tant que projet d'une ordonnance du Parlement. En l'occurrence, l'ordonnance du Conseil fédéral régissait *un point très particulier d'un domaine restreint*, qui avait donc toutes les caractéristiques de l'ordonnance par sa nature même. Par contre, l'élaboration d'une base légale générale portant sur les aides financières de l'Etat aurait constitué une tâche complexe sur le plan matériel et des plus problématiques sous l'angle politique. Si le Conseil fédéral ne disposait que de la possibilité de soumettre au Parlement un projet de base légale définissant le contenu de l'ordonnance de nécessité, il se pourrait qu'il propose de plus en plus souvent de se faire attribuer directement des pouvoirs élargis sur le plan législatif pour agir de lui-même, ce qui semble peu pertinent du point de vue démocratique.

Bien que l'art. 173, al. 1, let. c, Cst. (ordonnance du Parlement) ne prévoie aucune limitation dans le temps, contrairement à l'art. 185, al. 3, Cst. (ordonnance du Conseil fédéral), *la minorité propose de fixer, au niveau de la loi, une durée maximale de validité de trois ans pour les ordonnances du Parlement*. Dans le cas d'une ordonnance de nécessité du Parlement, il conviendrait de veiller également à ce que ne soit créée aucune disposition durable qui échapperait au référendum. Pareillement, rien ne s'opposerait, ni sous l'angle de l'Etat de droit, ni sous l'angle politique et démocratique, au remplacement d'une ordonnance du Conseil fédéral par une ordonnance du Parlement; au contraire, l'ordonnance du Parlement jouirait d'une légitimité démocratique nettement supérieure à celle de l'ordonnance du Conseil fédéral. Certes, au moment du remplacement d'une ordonnance du Conseil fédéral par une ordonnance du Parlement, il n'y aurait plus à proprement parler d'urgence. Cependant, le caractère d'urgence dans le sens où il n'est pas possible d'attendre le déroulement de la procédure législative normale ou urgente ne peut être avancé comme condition à l'édition d'une ordonnance du Parlement: le traitement d'une ordonnance du Parlement n'exige pas moins de temps que celui d'une loi fédérale

urgente; l'argument selon lequel il ne doit pas être possible d'attendre le déroulement de la procédure législative urgente n'est donc pas recevable. L'existence de l'ordonnance de nécessité du Parlement, prévue par la Constitution, parallèlement à la loi fédérale urgente, ne se justifierait pas en soi. Dans son commentaire de la Constitution (p. 766), Giovanni Biaggini définit la fonction de l'ordonnance du Parlement visée à l'art. 173, al. 1, let. c, Cst. de la manière suivante: «En pratique, la let. c donne surtout une possibilité de contrôle et de correction à l'égard des mesures adoptées par le Conseil fédéral [...], qui doivent s'effacer devant les mesures adoptées par l'Assemblée fédérale» [trad.].

Art. 7e Décisions visant à sauvegarder les intérêts du pays et décisions visant à préserver la sécurité extérieure ou intérieure

Alors que les art. 7c et 7d LOGA régissent la procédure concernant les *ordonnances* édictées en vertu des art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst., l'art. 7e LOGA se rapporte à la procédure concernant les *décisions* qui ne reposent pas sur une loi fédérale. Les ordonnances fixent des règles générales et abstraites, tandis que les décisions sont des actes particuliers individuels et concrets. Néanmoins, la distinction entre ordonnance et décision n'est pas toujours évidente; par exemple, un arrêt du Tribunal fédéral du 27 avril 2006 assimile la décision du Conseil fédéral du 15 décembre 2003 sur le blocage des avoirs de la famille Mobutu, prise sur la base de l'art. 184, al. 3, Cst., à une ordonnance (cf. ch. 1.3.2).

La création d'une base légale peut se révéler pertinente lorsque sont prises plusieurs décisions similaires qui ne reposent pas sur une loi fédérale. Toutefois, si l'on en croit la *pratique en vigueur* (cf. ch. 1.3.3), les décisions de ce genre servent fréquemment à réagir à une situation unique et imprévisible, qui ne se répétera probablement jamais, de sorte qu'il serait inopportun d'instaurer une obligation générale de créer *a posteriori* une base légale qui serait donc générale et abstraite.

Comme le Conseil fédéral n'agit alors pas sur la base d'une loi fédérale, une participation adéquate du législateur est tout indiquée. Et comme il peut s'agir, dans ces cas-là, de situations qui doivent être traitées en toute confidentialité afin de préserver des intérêts publics ou privés prépondérants, cette participation doit être assurée par un organe parlementaire composé d'un nombre restreint de membres (cf. art. 55a LParl).

La condition à remplir pour prendre une décision fondée sur l'art. 184, al. 3, ou sur l'art. 185, al. 3, Cst. est l'urgence. En dépit de cette urgence, il devrait généralement être possible pour le département chargé de préparer la décision de consulter l'organe parlementaire compétent dans un délai de 48 heures avant la décision du Conseil fédéral. Dans certains cas particulièrement urgents, où le temps ne permet pas de procéder à une telle consultation, le Conseil fédéral doit être tenu d'informer l'organe parlementaire compétent dans les 24 heures qui suivent sa décision.

Le droit parlementaire connaît déjà la procédure consistant à consulter un organe parlementaire: les commissions peuvent demander à être consultées sur un projet d'ordonnance du Conseil fédéral (art. 151 LParl); le Conseil fédéral consulte les commissions compétentes en matière de politique extérieure sur les mandats importants de politique extérieure et sur les directives ou lignes directrices concernant un mandat pour des négociations internationales importantes (art. 152 LParl); le Conseil fédéral consulte les commissions compétentes avant d'attribuer un mandat de prestations à une unité administrative GMEB (art. 44 LOGA).

L'organe consulté peut prendre acte de l'objet concerné, poser des questions et, éventuellement, adresser une recommandation visant à amender la décision ou à faire en sorte qu'elle ne soit pas prise. Le Conseil fédéral n'est toutefois pas tenu de suivre une telle recommandation. *La consultation ne limite donc pas la compétence constitutionnelle du Conseil fédéral; en conséquence, la délégation parlementaire consultée sur la décision n'assume aucune responsabilité par rapport à celle-ci.* La procédure de consultation garantit toutefois l'exercice d'une activité de haute surveillance concomitante au titre d'un «dialogue entre les pouvoirs». L'obligation de consulter ou la simple obligation d'informer *a posteriori* dans certains cas particulièrement urgents incitent le Conseil fédéral et l'administration à examiner les mesures concernées de manière approfondie et à les motiver de façon pertinente. La consultation ou l'information créent en outre les conditions nécessaires pour que les organes parlementaires compétents puissent agir, le cas échéant, dans le cadre de leurs compétences: elles peuvent soumettre la décision du Conseil fédéral à un examen détaillé au titre de la haute surveillance effectuée *a posteriori* et proposer éventuellement une modification des bases légales.

Contrairement à la pratique qui a cours dans les procédures de consultation existantes, la présente consultation doit avoir lieu dans un délai très court. Il est loisible d'imaginer des situations où un examen suffisamment approfondi du projet de décision du Conseil fédéral ne sera pas possible. Dans de tels cas, il est essentiel que l'organe consulté ne soit pas, fût-ce de façon informelle, impliqué dans la responsabilité de la décision. *Pour lui, être consulté équivaut simplement à prendre acte de la décision, et non à l'approuver.* L'organe consulté veillera alors à bien préciser ce principe général dans l'avis qu'il rendra sur un projet de décision.

2. Loi du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale

Section 4a (nouveau) Délégation pour les situations extraordinaires

Art. 55a (nouveau)

Avec la Délégation des finances (DélFin) et la Délégation des Commissions de gestion (DélCdG), le Parlement compte déjà deux organes composés de six membres chacun. Grâce à leur effectif restreint, ces deux délégations sont particulièrement à même de travailler avec diligence et confidentialité, deux exigences qui valent également pour l'organe parlementaire qui sera consulté sur les décisions fondées sur les art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst. Il paraît donc tout à fait indiqué de créer la nouvelle délégation, soit la Délégation pour les situations extraordinaires (DSE), sur le modèle des délégations précitées. Faire siéger de plein droit les présidents et les vice-présidents de la DélCdG et de la DélFin au sein de la DSE permet, d'une part, d'insuffler à cette dernière l'expérience spécifique, notamment quant aux méthodes de travail, de ces deux délégations et, d'autre part, de garantir que la DélFin et la DélCdG seront informées sur les travaux de la DSE. Comme les décisions du Conseil fédéral fondées sur l'art. 184, al. 3, Cst. concernent la sauvegarde des intérêts de la Suisse, il est opportun que les commissions des deux conseils compétentes en matière de politique extérieure soient également représentées au sein de la DSE, par leur président.

Ainsi, la DSE compte six membres, soit trois issus de chaque conseil puisque, en vertu de l'art. 43, al. 2, LParl, le président et le vice-président de la DélFin comme de la DélCdG ne peuvent être membres du même conseil.

Le président et le vice-président de la DélCdG exercent, de par la loi, les fonctions de président et de vice président de la DSE. Cette solution vise à garantir la capacité de la DSE d'agir en tout temps et sa disponibilité en tant qu'interlocuteur du Conseil fédéral. Si la DSE devait se constituer elle-même, en vertu de dispositions analogues à celles qui s'appliquent à la DélFin et à la DélCdG (art. 51, al. 1, et art. 53, al. 1, LParl), il y aurait un laps de temps entre la constitution de la DélFin et de la DélCdG et la constitution de la DSE, durant lequel cette dernière ne serait pas opérationnelle.

La question du remplacement des membres d'une commission fait l'objet de dispositions spécifiques dans les règlements des deux conseils (art. 18 RCN et art. 14 RCE). Celles-ci prévoient que les membres d'une commission peuvent se faire remplacer par un député faisant partie du même groupe parlementaire qu'eux. Il y a toutefois deux exceptions: les membres des Commissions de gestion et ceux d'une commission d'enquête parlementaire ne peuvent se faire remplacer ni en commission, ni en sous-commission. Ce régime particulier s'explique par le haut degré de confidentialité qui caractérise les délibérations du domaine de la haute surveillance et il convient de l'appliquer aussi à la DSE, d'où la teneur de l'al. 2.

Les décisions du Conseil fédéral fondées sur les art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst. pouvant être de nature secrète, l'art. 55a, al. 4, assimile la DSE aux délégations de surveillance, auxquelles ne peut être opposé le secret de fonction (art. 169, al. 2, Cst.).

Quant à l'al. 5, il oblige la DSE à informer la DélFin et la DélCdG si la décision concerne le domaine de compétences de ces organes. S'agissant des commissions des deux conseils compétentes en matière de politique extérieure, il est préférable de ne pas instaurer d'obligation de les informer, car leurs effectifs sont si importants que, au cas où une information serait communiquée sur des décisions du Conseil fédéral classées secrètes, l'indispensable maintien du secret pourrait difficilement être garanti.

Pour des raisons d'efficacité, l'information aux conseils ne doit pas faire l'objet d'un rapport spécifique, mais d'un document joint au rapport annuel des CdG (al. 6).

La règle généralement applicable aux organes parlementaires veut que les décisions des commissions communes aux deux conseils soient adoptées à la majorité des votants de l'un et l'autre conseil (art. 46, al. 2, LParl). Elle n'est toutefois pas valable lorsque les membres de la DSE sont appelés à voter; en l'occurrence, la majorité des votants est en effet suffisante (al. 7).

La question qui peut se poser est celle de savoir si la participation de membres des commissions de surveillance à cette consultation est compatible avec leur mission de haute surveillance sur les activités concernées du Conseil fédéral. La consultation de ces membres implique-t-elle qu'ils ne seront plus impartiaux ensuite dans l'exercice de la haute surveillance? La DélCdG avait mené une réflexion sur ce point (lettre de la DélCdG du 16 avril 2008 à la Commission de la politique de sécurité du Conseil national) lorsque le Conseil fédéral avait proposé, dans son projet de modification de la législation militaire (08.027), que le département concerné doit consulter au préalable la DélCdG en cas de surveillance par des militaires des représentations suisses à l'étranger (FF 2008 2841). Cette réflexion de la DélCdG reposait toutefois

sur une interprétation erronée de la nature d'une consultation. Ainsi que le Conseil fédéral l'a indiqué à juste titre dans son message, la consultation «charge clairement le Conseil fédéral de la responsabilité» (FF 2008 2869). En conséquence, l'organe consulté ne porte aucune responsabilité et conserve toute son indépendance dans ses activités ultérieures, ce qui peut toujours être précisé lors de la consultation. Cf. commentaire de l'art. 7e LOGA pour davantage de détails.

3. Loi du 7 octobre 2005 sur les finances de la Confédération

Art. 28 Urgence

Al. 1 et 2: les crédits d'engagement urgents nécessitent toujours l'assentiment de la Délégation des finances; la réserve «lorsque cela est possible» est donc abrogée. Les moyens de communication modernes permettent en effet d'obtenir rapidement une décision de la Délégation des finances; celle-ci, avec ses six membres, n'a pas besoin de plus de temps pour se prononcer que le Conseil fédéral, qui en comprend sept. Concrètement, il n'y a pas eu récemment de crédit d'engagement urgent sur lequel la Délégation des finances n'aurait pas été consultée.

Al. 3: s'ils sont contestés sur le plan politique, les crédits d'engagement urgents d'un montant exceptionnellement élevé doivent désormais obtenir aussi vite que possible la légitimité subséquente qui leur est nécessaire (pour les considérations de principe, cf. ch. 2, Grandes lignes du projet). Dès que la Délégation des finances a donné son assentiment à un crédit d'engagement urgent supérieur à 500 millions de francs, un quart des membres de l'un des conseils peuvent demander la convocation de l'Assemblée fédérale en session extraordinaire selon l'art. 151, al. 2, Cst. La demande doit être déposée dans un délai d'une semaine après l'assentiment de la Délégation des finances. Conformément à l'art. 33 LParl, le Conseil national et le Conseil des Etats sont convoqués par leurs Bureaux respectifs. Ces derniers fixent la date exacte de la session extraordinaire. Le droit actuel ne prévoit pas de délai pour la convocation des conseils par les Bureaux, mais, dans le cadre de l'approbation subséquente d'un crédit d'engagement urgent, ceux-ci convoquent les conseils pour la troisième semaine qui suit le dépôt de la demande de convocation. Ce délai vise, d'une part, à obtenir rapidement la légitimité démocratique du crédit d'engagement et, d'autre part, à éviter une convocation trop rapide de l'Assemblée fédérale, qui empêcherait les conseils et les commissions chargées de l'examen préalable de se procurer des bases décisionnelles pertinentes de qualité dans les trois langues officielles. Au vu des expériences faites dans ce domaine, le délai de trois semaines semble réaliste: lors de la crise Swissair, le Conseil fédéral a approuvé son message à l'intention des conseils le 16^e jour qui a suivi l'assentiment de la Délégation des finances; lors de la crise UBS, il lui a fallu 21 jours. Au cas où la troisième semaine qui suit l'assentiment de la Délégation des finances tomberait une semaine de session ordinaire, celle-ci serait interrompue pour permettre d'y intercaler une session extraordinaire.

Par rapport à la convocation obligatoire – option que la commission a également étudiée –, la convocation à la demande d'un quart des membres de l'un des conseils présente l'avantage suivant: la session extraordinaire de l'Assemblée fédérale n'a lieu que si un crédit d'engagement est contesté sur le plan politique. Il ne serait pas judicieux de devoir organiser une session extraordinaire pour un crédit ne faisant

l'objet d'aucune opposition, sans compter que cela en mécontenterait plus d'un. Les suppléments urgents (cf. art. 34 LFC), dont la procédure est réglée de manière analogue à celle des crédits d'engagement, portent parfois sur des montants élevés, mais ils ne rencontrent pas forcément d'opposition sur le plan politique (cf. liste ci-dessus, au ch. 1.3.4). Certes, il serait toujours possible de prévoir une exception pour les crédits de nature comptable. Néanmoins, l'application du critère matériel requis pourrait, dans certains cas, poser des problèmes de délimitation. Si une session extraordinaire ne doit avoir lieu que sur demande, le montant minimal servant à définir la notion de «portée majeure» peut donc être réduit. De fait, si les crédits de moindre importance peuvent également être très controversés sur le plan politique, il est plus probable qu'ils ne le soient pas du tout.

Aux termes de l'art. 151, al. 2, Cst., le Conseil fédéral (ou un quart des membres de l'un des conseils) a toujours le droit, indépendamment de la procédure décrite plus haut, de demander la convocation de l'Assemblée fédérale en session extraordinaire. En conséquence, si la Délégation des finances refuse de donner son assentiment à un crédit d'engagement urgent, le Conseil fédéral peut quand même demander cette convocation; dans ce cas, les conseils se prononcent toutefois au préalable, et non *a posteriori*, sur le crédit d'engagement et les Bureaux ont toute latitude pour fixer la date de la session.

La proposition de la minorité a été commentée au ch. 2.4.

Art. 34 Suppléments urgents

Al. 1 et 2: les explications relatives à l'art. 28, al. 1 et 2, LFC concernant la suppression de la compétence donnée au Conseil fédéral de décider des crédits d'engagement urgents sans l'assentiment de la Délégation des finances, lorsqu'il lui est impossible de requérir au préalable cet assentiment, s'appliquent également aux suppléments urgents. Il convient de relever ici aussi que le Conseil fédéral n'a pas fait usage de cette compétence dans un passé récent.

Al. 3: le dépassement de crédit est l'utilisation d'un crédit budgétaire ou d'un crédit supplémentaire au-delà du montant autorisé par l'Assemblée fédérale. Cet instrument du droit en matière de crédits est utilisé dans le cadre de la clôture des comptes annuels. Pour l'exercice 2008, les dépassements de crédits ayant eu une incidence financière se sont montés à près de 4,5 millions de francs. Actuellement, les dépassements de crédits sont traités de la même manière que les suppléments urgents, sur la base de l'art. 34, al. 1, 2^e phrase, LFC, aux termes de laquelle le Conseil fédéral n'est tenu de requérir au préalable l'assentiment de la Délégation des finances que «lorsque cela est possible». Il serait bien sûr envisageable de conserver cette réserve, mais un tel choix serait peu opportun. Par contre, si la réserve «lorsque cela est possible» était purement et simplement abrogée, cette pratique ne pourrait être maintenue et la Délégation des finances devrait se prononcer, à la fin de l'exercice, sur tous les dépassements de crédits. L'*al. 3* prévoit donc l'introduction d'un traitement particulier, faisant exception aux al. 1 et 2: dans la mesure où leur montant individuel n'excède pas 5 millions de francs, les dépassements de crédits peuvent toujours être décidés par le Conseil fédéral seul. Ils doivent recevoir alors l'approbation subséquente de l'Assemblée fédérale avec les comptes annuels.

Al. 4: les explications relatives à l'art. 28, al. 3, LFC concernant la convocation de l'Assemblée fédérale en session extraordinaire, en vue de l'approbation subséquente

d'un engagement urgent d'une certaine importance, s'appliquent également aux suppléments urgents.

La proposition de la minorité a été commentée au ch. 2.4.

4 Conséquences financières et effet sur l'état du personnel

Les conséquences du présent projet sur les finances et sur l'état du personnel ne peuvent être quantifiées.

L'élaboration de dispositions permettant la création de bases légales nécessaires aux ordonnances du Conseil fédéral pourrait toutefois avoir une certaine incidence sur la charge de travail de l'Assemblée fédérale si celle-ci devait par la suite traiter davantage d'objets parlementaires. Si les dispositions qu'il est prévu d'inscrire dans la loi avaient déjà été en vigueur à l'époque, les Chambres fédérales auraient dû examiner deux projets supplémentaires du Conseil fédéral entre 2000 et 2009, à savoir un projet de base légale pour l'ordonnance instituant des mesures à l'encontre du groupe «Al-Qaïda» et un autre pour l'ordonnance relative à la recapitalisation d'UBS SA. En outre, si un crédit supplémentaire urgent ne peut être soumis à l'approbation des chambres durant une session ordinaire et qu'il doit l'être dans le cadre d'une session extraordinaire convoquée expressément à cet effet, la charge de travail augmentera encore. Si les nouvelles dispositions avaient déjà été en vigueur, une seule session extraordinaire supplémentaire aurait dû être convoquée au cours des années 2000 à 2009, soit en novembre 2008 pour débattre de la recapitalisation d'UBS SA.

A l'inverse, si ce projet produit l'effet dissuasif escompté, il pourrait permettre la réalisation d'économies.

5 Bases légales, forme de l'acte législatif

Les trois lois qu'il est prévu de modifier dans le cadre de ce projet (à savoir la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, la loi sur le Parlement et la loi sur les finances) se fondent sur l'art. 164, al. 1, let. g, Cst., aux termes duquel les dispositions fondamentales relatives à l'organisation et à la procédure des autorités fédérales doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale.

Conformément aux art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst, les ordonnances édictées par le Conseil fédéral sur la base de ces dispositions doivent être limitées dans le temps. Cette limitation est rendue nécessaire par l'art. 164, al. 1, Cst, qui stipule que toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale. Le projet transpose ces dispositions constitutionnelles au niveau de la loi.

En vertu de l'art. 167 Cst, c'est à l'Assemblée fédérale qu'il incombe de voter les dépenses de la Confédération. Le présent projet de loi définit la façon dont l'Assemblée fédérale doit concrètement exercer cette compétence lorsque des décisions urgentes ayant des incidences budgétaires d'une portée majeures doivent être prises.