

# **Consultation**

concernant la mise en œuvre des mesures visant à améliorer la compatibilité du droit international et des initiatives populaires:

- examen matériel préliminaire des initiatives populaires et
- extension des limites matérielles des révisions constitutionnelles à l'essence des droits fondamentaux

## **Rapport explicatif**

concernant les modifications de la loi fédérale sur les droits politiques (LDP) et de la Constitution (Cst.)

Janvier 2013

---

## Condensé

*Plusieurs fois par le passé, des initiatives populaires contraires aux engagements internationaux de la Suisse ont été déposées. Le Conseil fédéral propose deux mesures visant à éviter ces incompatibilités: l'examen matériel des initiatives avant la récolte des signatures et l'extension des motifs d'invalidité à l'essence des droits fondamentaux.*

### Contexte

*Selon le droit constitutionnel actuel, l'Assemblée fédérale déclare nulle toute initiative populaire qui viole les règles impératives du droit international. Elle déclare cependant valide les initiatives populaires qui sont contraires à d'autres normes du droit international que les règles impératives, et les soumet au vote du peuple et des cantons. Si ces initiatives sont acceptées, il s'ensuit un conflit de normes entre la disposition constitutionnelle ainsi créée et les obligations de droit international de la Suisse. Il n'est pas toujours possible de résoudre ce conflit par une mise en œuvre de la norme constitutionnelle conforme au droit international. La Suisse se trouve alors placée devant un dilemme: soit elle n'applique pas, ou que partiellement, du droit constitutionnel en vigueur, soit elle enfreint ses obligations de droit international. Le Conseil fédéral a présenté une analyse approfondie de la question dans deux rapports, l'un de 2010 et l'autre de 2011. Il y a esquissé deux mesures susceptibles de contribuer à améliorer la compatibilité entre le droit issu des initiatives populaires et le droit international tout en préservant dans la plus grande mesure possible les droits populaires. L'Assemblée fédérale, d'accord avec la voie suivie, a demandé au Conseil fédéral, dans deux motions, d'élaborer un projet concret.*

### Contenu du projet

*La première mesure proposée par le Conseil fédéral prend la forme d'une prestation des autorités à l'endroit des auteurs d'initiatives populaires et des citoyens en général. L'Office fédéral de la justice et la Direction du droit international public feront une analyse de la compatibilité du texte de l'initiative avec les engagements internationaux de la Suisse et (si la deuxième mesure, exposée plus bas, est adoptée) avec l'essence des droits fondamentaux garantis par la Constitution. Cet examen aura lieu dès avant la récolte des signatures, soit très tôt dans la procédure, en complément à l'examen formel préliminaire des initiatives populaires effectué aujourd'hui par la Chancellerie fédérale. Il débouchera sur un avis juridique, dans lequel les autorités mentionnées constateront s'il y a ou non conflit de normes. Dans l'affirmative, le comité d'initiative sera libre d'adapter son texte ou bien d'ouvrir la récolte des signatures sans le modifier. L'avis juridique n'aura pas d'effet contraignant et ne pourra pas faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral. Le comité d'initiative devra toutefois mentionner le résultat de cet examen matériel sur les listes de signatures. Les citoyens appelés à signer l'initiative pourront ainsi prendre leur décision en toute connaissance de cause. L'examen matériel préliminaire n'empiètera en rien sur la compétence de l'Assemblée fédérale de se pronon-*

---

*cer sur la validité des initiatives populaires ayant abouti. Cette mesure requiert une modification de la loi fédérale sur les droits politiques.*

*L'efficacité de l'examen matériel préliminaire reposera sur la responsabilité des auteurs de l'initiative et des citoyens et dépendra donc essentiellement de leur façon d'agir. Comme l'avis rendu n'aura pas d'effet contraignant, il ne restreindra pas le droit d'initiative; de ce fait, il restera possible que des initiatives populaires violent des règles importantes du droit international. La deuxième mesure envisagée consiste donc à créer une nouvelle limite matérielle à la révision de la Constitution, applicable à la fois aux initiatives populaires et aux projets émanant des autorités: une initiative populaire devra être déclarée nulle si elle viole l'essence des droits fondamentaux constitutionnels. L'essence des droits fondamentaux recouvre des droits fondamentaux importants garantis par le droit international, si bien que cette mesure est susceptible d'améliorer la compatibilité entre droit international et droit interne. Cette mesure requiert une modification de la Constitution.*

*Le Parlement et le souverain peuvent adopter les deux mesures, ou en accepter une seule. Pour permettre plusieurs cas de figure, les modifications proposées font l'objet d'un projet au niveau constitutionnel et de deux projets de loi.*

## Table des matières

<b>Condensé</b>	<b>2</b>
<b>1 Présentation du projet</b>	<b>6</b>
1.1 Contexte	6
1.1.1 Survol de la législation actuelle	6
1.1.2 Les règles impératives du droit international, limite matérielle des révisions de la Constitution	7
1.1.3 Initiatives populaires violant des règles non impératives du droit international	9
1.1.4 Analyses et propositions du Conseil fédéral et de l'administration	11
1.1.5 Interventions parlementaires	12
1.2 Dispositif proposé	12
1.2.1 Présentation générale	12
1.2.2 Examen matériel préliminaire: objet de l'examen et organe chargé de l'examen	13
1.2.3 Déroulement de la procédure d'examen préliminaire	16
1.2.4 Quelques autres caractéristiques de l'examen matériel	18
1.2.5 Absence de voies de droit contre l'avis	19
1.2.6 Extension des motifs d'invalidité matériels	20
1.2.7 Un projet en trois parties	26
1.3 Motivation et appréciation des solutions retenues	28
1.3.1 Examen matériel préliminaire	28
1.3.2 Elargissement des motifs d'invalidité à l'essence des droits fondamentaux	30
1.4 Rapport entre les tâches et les ressources nécessaires	32
1.5 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen	32
1.6 Mise en œuvre	34
1.7 Classement d'interventions parlementaires	35
<b>2 Commentaire des dispositions</b>	<b>35</b>
2.1 Modification de la loi fédérale sur les droits politiques (projet A)	35
2.2 Révision constitutionnelle (projet B)	40
2.3 Modification de la loi fédérale sur les droits politiques (projet C)	42
<b>3 Conséquences</b>	<b>42</b>
3.1 Conséquences pour la Confédération	42
3.1.1 En termes financiers	42
3.1.2 En termes de personnel	43
3.1.3 Autres conséquences	44
3.2 Conséquences pour les cantons et les communes, les régions de montagne, l'économie, la société et l'environnement	44
<b>4 Relation avec le programme de la législature et avec les stratégies nationales du Conseil fédéral</b>	<b>44</b>
4.1 Relation avec le programme de la législature	44

4.2 Relation avec les stratégies nationales du Conseil fédéral	44
<b>5 Aspects juridiques</b>	<b>45</b>
5.1 Constitutionnalité et légalité	45
5.1.1 Compétence fédérale et compatibilité avec les droits politiques et la liberté de vote	45
5.1.2 Compatibilité de l'exclusion des voies de droit avec la garantie de l'accès au juge	45
5.2 Compatibilité avec les engagements internationaux de la Suisse	48

# Rapport

## 1 Présentation du projet

### 1.1 Contexte

#### 1.1.1 Survol de la législation actuelle

La Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.)<sup>1</sup> peut être révisée en tout temps, totalement ou partiellement, selon la procédure prévue (art. 192 à 195 Cst.). Les révisions, totales ou partielles, peuvent être le fait du peuple ou des autorités. L'initiative populaire demandant une révision partielle de la Constitution peut revêtir la forme d'une proposition conçue en termes généraux ou celle d'un projet rédigé. Si elle aboutit, ses auteurs ayant recueilli un nombre suffisant de signatures, l'Assemblée fédérale tranche si elle est ou non valable. Elle la déclare totalement ou partiellement nulle lorsqu'elle ne respecte pas le principe de l'unité de la forme, celui de l'unité de la matière ou les règles impératives du droit international (art. 139, al. 3, et 173, al. 1, let. f, Cst.). Les initiatives populaires qui violent des dispositions du droit international autres que les règles impératives sont déclarées valables et soumises au vote du peuple et des cantons. A ce jour, l'Assemblée fédérale a déclaré nulles seulement quatre initiatives populaires<sup>2</sup>.

A l'ouverture de la récolte des signatures, les listes de signatures doivent répondre aux exigences légales. Chacune doit porter notamment le titre et le texte de l'initiative, une clause de retrait et le nom et l'adresse des auteurs (comité d'initiative), conformément à l'art. 68, al. 1, de la loi fédérale du 17 décembre 1976 sur les droits populaires (LDP)<sup>3</sup>. La Chancellerie fédérale soumet donc le texte de l'initiative et les listes de signatures à un examen préliminaire, avant la récolte des signatures (art. 69 LDP). Elle constate dans une décision si les listes satisfont aux exigences de la loi, modifie les titres propres à induire en erreur et examine la concordance des textes. Le titre et le texte de l'initiative, ainsi que le nom de ses auteurs, sont publiés dans la Feuille fédérale. A l'expiration des 18 mois impartis pour la récolte des signatures, elle constate par voie de décision si l'initiative a recueilli le nombre de 100 000 signatures valables, prescrit par la Constitution.

Selon l'art. 97, al. 1, let. a, de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement (LParl)<sup>4</sup>, le Conseil fédéral soumet à l'Assemblée fédérale, dans un délai d'un an à compter du dépôt de l'initiative dont l'aboutissement a été constaté, un projet d'arrêté fédéral

<sup>1</sup> **RS 101**

<sup>2</sup> Pour inexécutabilité: l'initiative populaire pour une réduction temporaire des dépenses militaires (connue sous le nom d'«initiative Chevallier»; FF **1955** II 1522). Pour défaut d'unité de la matière: l'initiative populaire «contre la vie chère et l'inflation» (FF **1997** III 947) et l'initiative populaire «pour moins de dépenses militaires et davantage de politique de paix» (FF **1995** III 563). Pour violation des règles impératives du droit international: l'initiative populaire «pour une politique d'asile raisonnable» (FF **1996** I 1305; voir aussi note 17).

<sup>3</sup> **RS 161.1**

<sup>4</sup> **RS 171.10**

accompagné d'un message<sup>5</sup>. Dans ce message, il examine si l'initiative remplit les exigences de validité énoncées à l'art. 139, al. 3, Cst., en suite de quoi il propose à l'Assemblée fédérale de déclarer l'initiative valable ou nulle (totalement ou partiellement). Si c'est nécessaire, il traite également dans le message la compatibilité avec les règles non impératives du droit international. L'Assemblée fédérale prend connaissance du message et déclare l'initiative populaire totalement ou partiellement nulle si elle constate que les exigences de l'art. 139, al. 3, Cst. ne sont pas remplies. Sa décision est définitive; elle ne peut pas être attaquée devant le Tribunal fédéral car il n'existe aucune disposition légale prévoyant une voie de recours<sup>6</sup>.

### 1.1.2 Les règles impératives du droit international, limite matérielle des révisions de la Constitution

Les « règles impératives du droit international » mentionnées dans la Constitution émanent de la notion de *jus cogens*. Ce dernier terme désigne les normes fondamentales du droit international auxquelles il n'est en aucun cas possible de déroger. L'art. 53, 2<sup>e</sup> phrase, de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités<sup>7</sup> décrit le droit international impératif comme suit: « Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère. » Il n'existe pas de liste faisant autorité des normes présentant le caractère de *jus cogens*. Les critères permettant de les circonscrire découlent de la pratique des Etats et des traités relevant du droit international humanitaire. De l'avis dominant, le *jus cogens* recouvre les règles suivantes<sup>8</sup>:

- l'égalité souveraine des Etats, l'interdiction du recours à la force figurant dans la Charte des Nations Unies, les interdictions de la torture, du génocide et de l'esclavage, de même que l'interdiction d'expulser un réfugié dans un Etat où sa vie ou sa liberté seraient en danger en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social déterminé ou de ses opinions politiques (principe du non-refoulement);
- les principes fondamentaux du droit international humanitaire, qui confèrent une protection particulière à certains groupes de personnes en temps de guerre. Selon

<sup>5</sup> Voir, si l'initiative est conçue en termes généraux, l'art. 97, al. 1, let. b, LParl; si le Conseil fédéral présente un contre-projet, l'art. 97, al. 2, LParl, où le délai est porté à 18 mois.

<sup>6</sup> Voir le principe de l'immunité des actes de l'Assemblée fédérale (art. 189, al. 4, 1<sup>re</sup> phrase, Cst.) et la possibilité de déterminer des exceptions dans la loi (art. 189, al. 4, 2<sup>e</sup> phrase, Cst.).

<sup>7</sup> RS 0.111

<sup>8</sup> Voir le rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne (rapport), FF 2010 2067, ch. 8.7.1.1; le rapport additionnel du Conseil fédéral du 30 mars 2011 au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne (rapport additionnel), FF 2011 3401, ch. 2.4.1; mais aussi le message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 368 s. et 441 s., ainsi que le message du 17 mai 1989 relatif à l'adhésion de la Suisse à la Convention de Vienne, FF 1989 II 720.

l'art. 3 des quatre Conventions de Genève de 1949<sup>9</sup>, sont prohibées «en tout temps et en tout lieu»: les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices; les prises d'otages; les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants; les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué et assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés.

Le Conseil fédéral a confirmé à plusieurs reprises<sup>10</sup> que la notion de «règles impératives du droit international» inclut également les *garanties de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 (CEDH)*<sup>11</sup> auxquelles on ne peut déroger même en état de nécessité, énumérées à l'art. 15 CEDH: l'interdiction des exécutions arbitraires (art. 2 CEDH), l'interdiction de la torture (art. 3 CEDH), l'interdiction de l'esclavage et de la servitude (art. 4, par. 1, CEDH), le principe «pas de peine sans loi» (art. 7 CEDH) et le droit à ne pas être jugé ou puni deux fois pour une même infraction (principe *ne bis in idem*; art. 4 du protocole n° 7)<sup>12</sup>.

Dans la pratique, les autorités fédérales ont constaté, de manière ponctuelle, que les garanties du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte II de l'ONU)<sup>13</sup> auxquelles on ne peut déroger même en état de nécessité devaient être considérées comme des «règles impératives du droit international»<sup>14</sup>. Aux termes de l'art. 4, par. 2, du Pacte II de l'ONU, l'existence d'un danger public exceptionnel «n'autorise aucune dérogation aux art. 6, 7, 8 (par. 1 et 2), 11, 15, 16 et 18». Cette énumération doit toutefois être relativisée en ce sens où il faut dans tous les cas déterminer, par voie d'interprétation, dans quelle mesure les garanties en cause du Pacte II sont véritablement immunisées contre toute atteinte, même en état de nécessité<sup>15</sup>. Par exemple, la liberté de manifester une conviction religieuse, autrement dit l'aspect extérieur de la liberté religieuse (*forum externum*), peut faire l'objet de restrictions en vertu de l'art. 18, par. 3, du Pacte II de l'ONU<sup>16</sup>. Compte tenu de cette particularité, les garanties du Pacte II de l'ONU auxquelles il ne peut être dérogé même en état de nécessité sont les suivantes:

- le droit à la vie (art. 6 du Pacte II de l'ONU): en vertu de cette disposition (al. 1), «nul ne peut être arbitrairement privé de la vie»; la peine de mort est en outre prohibée, sauf dans le cadre des par. 2 et 4 à 6;
- les interdictions de la torture, de l'esclavage, du commerce d'esclaves et de la servitude (art. 7 et 8, par. 1 et 2, du Pacte II de l'ONU);

<sup>9</sup> RS 0.518.12 (amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne); RS 0.518.23 (amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer); RS 0.518.42 (traitement des prisonniers de guerre); RS 0.518.51 (protection des personnes civiles en temps de guerre).

<sup>10</sup> Voir, en dernier lieu, le rapport additionnel, ch. 2.4.1, et les références qui y sont citées.

<sup>11</sup> RS 0.101

<sup>12</sup> Protocole n° 7 du 22 novembre 1984 à la CEDH (RS 0.101.07; entré en vigueur pour la Suisse le 1.11.1988). Son art. 4, al. 3, a la teneur suivante: «Aucune dérogation n'est autorisée au présent article au titre de l'art. 15 de la Convention.»

<sup>13</sup> RS 0.103.2

<sup>14</sup> Voir le rapport, ch. 8.7.1.1, et le rapport additionnel, ch. 2.4.1.

<sup>15</sup> Voir également Jörg Paul Müller/Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2008, p. 45.

<sup>16</sup> Voir, à ce sujet, le message du 27 août 2008 relatif à l'initiative populaire «contre la construction de minarets», FF 2008 6923, 6932.



- l’interdiction de la contrainte par corps (art. 11 du Pacte II de l’ONU): nul ne peut être emprisonné pour la seule raison qu’il n’est pas en mesure d’exécuter une obligation contractuelle;
- le principe «pas de peine sans loi» (art. 15 du Pacte II de l’ONU);
- le droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique (art. 16 du Pacte II de l’ONU);
- la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 18 du Pacte II de l’ONU). Seul l’aspect intérieur (*forum internum*), autrement dit la sphère la plus intime de l’autodétermination religieuse ou éthique, est protégé de manière absolue, même en état de nécessité (par. 2): nul ne doit subir de contrainte pouvant porter atteinte à sa liberté d’avoir ou d’adopter une religion ou une conviction de son choix.

A ce jour, une seule initiative populaire a été déclarée nulle pour violation des règles impératives du droit international, en conséquence de quoi elle n’a pas été soumise au vote du peuple et des cantons. En 1996, l’Assemblée fédérale est parvenue à la conclusion que l’initiative populaire «pour une politique d’asile raisonnable» violait le principe de non-refoulement, qui fait partie du droit international impératif<sup>17</sup>. Il n’existait alors pas de règle écrite concernant la déclaration de nullité. Ce n’est qu’à la faveur de la mise à jour de la Constitution que cette pratique a été codifiée à l’art. 139, al. 3, Cst. Pour préserver dans toute la mesure du possible les droits populaires, on s’est alors contenté de statuer dans la Constitution cette règle non écrite, sans instaurer d’autres limites à la révision constitutionnelle que les règles impératives du droit international<sup>18</sup>. L’Assemblée fédérale fait d’ailleurs preuve de retenue lorsqu’il s’agit d’invalider des initiatives populaires. Elle s’efforce d’éviter les conflits de normes autant que possible par la voie de l’interprétation conforme au droit international<sup>19</sup>. Dans le doute, elle se prononce plutôt pour la validité, en application de l’adage *in dubio pro populo*.

### 1.1.3 Initiatives populaires violant des règles non impératives du droit international

Les initiatives populaires qui respectent les règles impératives du droit international mais violent des règles non impératives de ce dernier n’en doivent pas moins être déclarées valables et être soumises au vote du peuple et des cantons. Les règles non impératives sont la vaste majorité. Les sources du droit international sont citées à l’art. 38, par. 1, let. a à c, du Statut de la Cour internationale de justice du 26 juin 1945<sup>20</sup>. La principale réside dans les conventions internationales, mais des obligations peuvent aussi découler du droit coutumier ou des principes généraux de droit reconnus<sup>21</sup>. Si le peuple et les cantons acceptent une initiative populaire qui viole

<sup>17</sup> Arrêté fédéral du 14 mars 1996, FF **1996** I 1305; voir aussi le message du 22 juin 1994, qui apprécie l’initiative à la lumière du droit international, FF **1994** III 1471, p. 1480 à 1487.

<sup>18</sup> Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF **1997** I 453 s.

<sup>19</sup> Pour la méthode de l’interprétation conforme au droit international, voir le rapport, ch. 8.5.

<sup>20</sup> **RS 0.193.501**

<sup>21</sup> Pour un exposé plus détaillé des sources de droit, voir le rapport, ch. 4.

des règles non impératives du droit international, des problèmes se posent au niveau de la mise en œuvre par le législateur et de l'application directe par les autorités. Alors que l'art. 49 Cst. fixe clairement la relation entre le droit fédéral et le droit cantonal, il n'est nulle part statué dans la Constitution quel est le rang du droit international dans la hiérarchie des normes du droit interne. L'art. 5, al. 4, Cst. arrête que la Confédération et les cantons doivent « respecter » le droit international. On ne saurait cependant en conclure que la Constitution reconnaît sans réserve la primauté du droit international, comme elle le fait de la primauté du droit fédéral sur le droit cantonal. Il n'en découle pas davantage de règle générale de résolution des conflits entre le droit interne et le droit international. Toutefois, comme il l'a soutenu à plusieurs reprises, le Conseil fédéral estime que les autorités d'application du droit sont tenues par principe d'appliquer les normes constitutionnelles contraires au droit international si elles sont *plus récentes que la règle internationale en question et que l'art. 190 Cst.* et si elles sont *directement applicables*<sup>22</sup>.

Il est cependant fréquent que de nouvelles normes constitutionnelles doivent être transposées au niveau de la loi. Le législateur a toujours essayé de mettre en œuvre *de manière conforme au droit international* les dispositions constitutionnelles présentant un potentiel de conflit avec ce dernier<sup>23</sup>. Cette méthode recèle le risque que tous les objectifs de l'initiative populaire ne puissent pas être concrétisés et que les espoirs des citoyens qui l'ont soutenue soient déçus. Les limites de la mise en œuvre conforme au droit international sont atteintes lorsque le projet de loi ne peut plus être mis totalement en accord avec le sens de la disposition constitutionnelle. Le nouveau droit constitutionnel se heurte alors à du droit international existant qui lui est partiellement contraire. La Suisse se trouve confrontée à un dilemme: soit elle enfreint ses engagements de droit international, qu'elle a pris dans le respect des droits de participation du Parlement, du peuple et des cantons, et qui sont inscrits dans la Constitution, soit elle n'applique pas une norme constitutionnelle en vigueur. En tant que petit Etat, elle a un intérêt vital à ce que les rapports internationaux soient régis par le droit et non par la force. Elle s'efforce donc toujours de respecter ses engagements internationaux, afin d'assurer que ses partenaires lui accordent la pareille. Certes, une façon d'éviter les conflits de normes est de dénoncer les engagements internationaux concernés, mais il faut garder à l'esprit que tous les traités internationaux ne peuvent pas être dénoncés, soit parce qu'ils ne contiennent pas de clause de dénonciation, soit parce que celle-ci desservirait les intérêts de la Suisse pour des raisons politiques majeures<sup>24</sup>.

Enfin, on peut aussi imaginer des dispositions constitutionnelles qui ne se prêteraient absolument pas à une interprétation conforme au droit international: en ce cas, le nouveau droit constitutionnel, adopté par le peuple et les cantons, se trouve d'emblée face à du droit international existant, qui lui est manifestement contraire. Les règles générales de résolution des conflits entre des normes de même rang (*lex posterior, lex specialis*) ne sont d'aucune aide, car elles impliquent forcément que soit la norme constitutionnelle, soit la norme de droit international n'est pas appliquée. Il

<sup>22</sup> Rapport, ch. 9.3.3, et rapport additionnel, ch. 5.4. A titre d'illustration, voir les arrêts du Tribunal fédéral 2C\_828/2011, 2C\_926/2011 et 2C\_162/2012 du 12 octobre 2012 (les considérants n'existent pas par écrit), selon lesquels les dispositions introduites dans la Constitution par l'initiative populaire sur le renvoi des criminels étrangers (art. 121, al. 3 à 6) ne sont pas directement applicables.

<sup>23</sup> Davantage d'indications et d'exemples dans le rapport, ch. 8.7.2.

<sup>24</sup> Rapport, ch. 8.7.2, et les références qui y sont citées.

faut donc trouver le moyen que de tels conflits de normes ne puissent pas naître (voir ch. 1.2.1 et 1.3.1).

#### **1.1.4 Analyses et propositions du Conseil fédéral et de l'administration**

Le Conseil fédéral et l'administration se sont penchés à plusieurs reprises sur la question des initiatives populaires contraires au droit international<sup>25</sup>, en particulier au moment de la mise à jour de la Constitution fédérale et dans le cadre de la réforme des droits populaires. La question a refait surface en 2006, à la suite de quoi l'Office fédéral de la justice (OFJ) a analysé les conditions de validité des initiatives populaires sur la base du droit en vigueur, de la pratique des autorités fédérales et de la doctrine, et exploré de nouvelles solutions<sup>26</sup>. Après l'acceptation de l'initiative « contre la construction de minarets » et de l'initiative « pour le renvoi des étrangers criminels », en 2009 et 2010, après l'aboutissement de l'initiative « contre l'immigration de masse » en 2012<sup>27</sup>, la question de la compatibilité du droit issu des initiatives populaires et du droit international a gagné en acuité.

##### **Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010**

Le 5 mars 2010, le Conseil fédéral a adopté un rapport sur la relation entre droit international et droit interne (rapport), en réponse à deux postulats des Commissions des affaires juridiques du Conseil des Etats (CAJ-E) et du Conseil national (CAJ-N)<sup>28</sup>. Il y a analysé la validité, l'application et le rang du droit international en Suisse et comparé la relation entre droit international et droit interne dans plusieurs Etats. Puis il a délimité les problèmes qui se posent lorsqu'une initiative populaire est contraire à des règles non impératives du droit international et il a exploré les voies possibles dans deux directions: les motifs d'invalidité des initiatives populaires et l'examen préliminaire de ces dernières.

##### **Rapport additionnel du Conseil fédéral du 30 mars 2011**

Le Conseil fédéral a ensuite étudié plus avant trois des pistes qu'il avait dégagées, consignait ses conclusions dans un rapport additionnel du 30 mars 2011 sur la relation entre droit international et droit interne (rapport additionnel)<sup>29</sup>. Tout d'abord, il y recommande que l'on étoffe l'examen préliminaire des initiatives populaires, de sorte que l'OFJ et la Direction du droit international public (DDIP) donnent dès avant la récolte des signatures un avis commun (consultatif, donc non suivi d'effets contraignants) sur la compatibilité du projet constitutionnel avec le droit international. En second lieu, il propose de poser comme limite matérielle à la

<sup>25</sup> Par ex. dans la publication commune de l'Office fédéral de la justice et de la Direction du droit international public du 26 avril 1989 « Rapports entre le droit international et le droit interne au sein de l'ordre juridique suisse », JAAC 53.54, spéci. p. 426 à 430. Voir aussi le résumé des débats concernant la relation entre le droit international et le droit interne dans Andreas Kley, *Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz*, Zurich 2011, p. 331 à 352.

<sup>26</sup> Rapport du 28 décembre 2006 à l'intention de la Commission des affaires juridiques du Conseil national, JAAC 2012.4, p. 72 ss.

<sup>27</sup> Voir la décision de la Chancellerie fédérale du 19 mars 2012 déclarant que l'initiative a abouti, FF 2012 3611.

<sup>28</sup> FF 2010 2067.

<sup>29</sup> FF 2011 3401.

validité des initiatives populaires non plus seulement les règles impératives du droit international mais aussi l'essence des droits fondamentaux constitutionnels. Une autre limite envisageable serait le principe de non-discrimination, consacré par la Constitution; le rapport additionnel en pèse les avantages et les inconvénients. Enfin, le Conseil fédéral a étudié la possibilité d'inscrire dans la Constitution une règle qui permettrait de résoudre les conflits entre le droit constitutionnel et le droit international en déterminant lequel a la primauté. Jugeant ce procédé trop rigide, il a recommandé d'y renoncer.

### **1.1.5 Interventions parlementaires**

Les Commissions des institutions politiques du Conseil national et du Conseil des Etats ont débattu des propositions du Conseil fédéral et déposé les interventions suivantes:

- 11.3468 motion CIP-N du 19 mai 2011. Mesures visant à garantir une meilleure compatibilité des initiatives populaires avec les droits fondamentaux;
- 11.3751 motion CIP-E du 28 juin 2011. Mesure visant à garantir une meilleure compatibilité des initiatives populaires avec les droits fondamentaux.

Ces deux motions, que le Conseil fédéral a proposé d'accepter, demandent l'instauration d'un examen matériel préliminaire des initiatives populaires avant la récolte des signatures. La motion de la CIP-N demande en outre une extension des motifs matériels fondant la déclaration de nullité d'une initiative populaire, comprenant, «par exemple, la nécessité de respecter l'essence des droits fondamentaux de la Constitution fédérale ou l'essence des droits inscrits dans la CEDH». La motion 11.3751 de la CIP-E a été approuvée le 20 septembre 2011 par le Conseil des Etats et le 20 décembre 2011 par le Conseil national<sup>30</sup>; la motion 11.3468 de la CIP-N le 20 décembre 2011 par le Conseil national et le 29 février 2012 par le Conseil des Etats<sup>31</sup>.

Les motions demandent expressément que le projet soumis aux Chambres se fonde sur le rapport additionnel.

## **1.2 Dispositif proposé**

### **1.2.1 Présentation générale**

La première mesure – l'examen matériel préliminaire – est un service des autorités à l'adresse des auteurs de l'initiative et des citoyens. Elle permettra de clarifier, à un stade précoce du lancement de l'initiative, si celle-ci est susceptible de créer des conflits avec le droit international, et contribuera à une meilleure compatibilité du droit issu des initiatives populaires et du droit international. Le comité d'initiative recevra, avant le début de la récolte des signatures, un avis juridique sur la compatibilité de son texte avec le droit international et (si la deuxième mesure est adoptée) avec l'essence des droits fondamentaux garantis par la Constitution. Il décidera librement de ce qu'il veut faire de cette information. Il pourra lancer la récolte des

<sup>30</sup> BO 2011 N 2168; BO 2011 E 851.

<sup>31</sup> BO 2011 N 2168; BO 2012 E 51.

signatures, soit avec le même texte, soit avec un texte modifié. L'avis juridique ne pourra pas faire l'objet d'un recours. L'Assemblée fédérale demeurera entièrement libre de déclarer nulle (ou partiellement nulle) l'initiative populaire ou non après son aboutissement. L'avis ne préjugera pas non plus la proposition à ce sujet formulée par le Conseil fédéral dans son message. L'examen matériel préliminaire sera instauré par une modification de la LDP.

La deuxième mesure proposée, l'introduction de l'essence des droits fondamentaux comme nouveau motif d'invalidité, vise à améliorer la concordance des initiatives populaires avec des valeurs fondamentales consacrées par la Constitution. Comme l'essence des droits fondamentaux se recoupe avec certains droits majeurs garantis par le droit international, cette mesure améliorera en fin de compte la compatibilité entre les initiatives populaires et le droit international. A l'heure actuelle, la Constitution prévoit que le législateur ne peut en aucun cas porter atteinte à l'essence des droits fondamentaux. Si l'on fait de ce concept un nouveau motif d'invalidité, cette protection absolue s'étendra aux interventions émanant du constituant. Celui-ci sera donc tenu de respecter des valeurs qu'il a lui-même choisi d'intégrer dans la Constitution (*limite autonome*<sup>32</sup>). Tout comme le respect des règles impératives du droit international, ce nouveau motif d'invalidité s'appliquera non seulement aux initiatives populaires, mais également aux révisions constitutionnelles proposées par les autorités. Au-delà d'un nouveau motif d'invalidité des initiatives populaires, il s'agit donc plus généralement d'une nouvelle limite matérielle à la révision de la Constitution.

Le Conseil fédéral propose que l'on réalise ces deux mesures, mais l'Assemblée fédérale peut aussi n'en adopter qu'une seule, soit l'examen matériel préliminaire, soit l'extension des motifs d'invalidité. Pour permettre ces différents cas de figure, nous avons partagé les modifications constitutionnelle et législatives nécessaires en trois projets (A, B et C). L'articulation de ces trois projets est expliquée au ch. 1.2.7.

## **1.2.2 Examen matériel préliminaire: objet de l'examen et organe chargé de l'examen**

Selon le droit actuel, la Chancellerie fédérale procède à un examen préliminaire des initiatives populaires fédérales avant la récolte des signatures<sup>33</sup>. Il s'agit d'un examen formel<sup>34</sup>, portant sur la correction formelle des listes de signatures, le titre de l'initiative et la concordance des textes français, allemand et italien. Si nécessaire, la Chancellerie traduit le texte<sup>35</sup>. Le contenu n'est en revanche pas touché par l'examen préliminaire. Celui-ci aboutit à une décision qui confirme que les exigences de forme sont respectées. La publication de cette décision dans la Feuille fédérale donne le coup d'envoi du délai de récolte des signatures, qui est de 18 mois. L'examen matériel qu'il est ici question d'instaurer sera mené parallèlement à l'examen formel. Son résultat sera intégré dans la décision qui clôt celui-ci.

<sup>32</sup> Par opposition à la limite hétéronome que constituent les règles impératives du droit international.

<sup>33</sup> Art. 69 LDP et art. 23 de l'ordonnance du 24 mai 1978 sur les droits politiques, ODP, RS 161.11.

<sup>34</sup> Pour plus de détails sur ces dispositions et un aperçu de leur genèse, voir Walter Buser, *Verfügungen der Bundeskanzlei nach dem Bundesgesetz über die politischen Rechte*, in: *Mélanges André Grisel*, Neuchâtel 1983, p. 363 ss., notamment 383 à 396.

<sup>35</sup> Pour la procédure en matière de traduction, voir l'art. 23, al. 1 et 2, ODP.

## Objet de l'examen

L'objet de l'examen matériel préliminaire est la compatibilité de l'initiative avec les règles impératives et les règles non impératives pertinentes du droit international, mais aussi avec l'essence des droits fondamentaux si le constituant en fait un motif d'invalidité supplémentaire (voir ch. 1.2.6).

Si l'examen matériel préliminaire révèle un conflit avec les règles *impératives* du droit international, le comité d'initiative pourra adapter son texte ou bien renoncer à récolter des signatures pour une initiative appelée à être déclarée nulle par l'Assemblée fédérale. Le cercle des règles impératives du droit international est très étroit (voir ch. 1.1.2). Pour réellement améliorer la relation entre le droit international et le droit interne, il faut aussi examiner si l'initiative populaire ne viole pas le droit international *non impératif*, de façon à déceler dès la phase initiale du lancement de l'initiative populaire les potentiels de conflit de normes et à se donner les moyens de les éviter par une adaptation volontaire du texte. Cette précaution est particulièrement importante lorsque l'initiative est contraire à du droit international qui ne pourrait pas être dénoncé pour des raisons juridiques ou politiques. Mais c'est toujours le comité d'initiative qui décidera s'il entend adapter ou non son texte.

En principe, il s'agit de se référer aux traités internationaux qui sont *en vigueur au moment de l'examen* préliminaire. Ceux qui sont signés et éventuellement approuvés par l'Assemblée fédérale dans le cas de l'art. 166, al. 2, Cst., mais qui ne sont pas encore ratifiés, ne seront pas pris en compte. La question se pose par contre pour les traités qui sont ratifiés mais qui ne sont pas encore entrés en vigueur. Il est fréquent qu'un certain temps s'écoule entre ces deux étapes, car de nombreux traités ne déploient leurs effets que lorsqu'un certain nombre d'Etats signataires, voire tous, ont achevé le processus de ratification. Il arrive aussi qu'un certain délai soit prévu entre la dernière ratification et l'entrée en vigueur. En ratifiant le traité, la Suisse déclare sa volonté d'être liée par lui. Il entrera en vigueur formellement sans qu'elle ait à faire quoi que ce soit; elle s'est déclarée d'accord définitivement. C'est pourquoi il convient d'étendre l'examen matériel préliminaire aux traités ratifiés par la Suisse même s'ils ne sont pas encore entrés en vigueur.

Le droit international comprend aussi des dispositions – principalement les résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU – qui, bien que pourvues d'une certaine portée, n'ont pas un réel effet contraignant: on les désigne sous le nom de « *soft law* »<sup>36</sup>. Bien que la jurisprudence s'y réfère souvent, parce qu'elle peut influencer sur la genèse de nouvelles règles contraignantes du droit international<sup>37</sup>, la *soft law* ne fait pas partie des sources du droit international. Elle sera donc exclue de l'examen matériel préliminaire.

On n'examinera pas non plus les autres conditions matérielles de la validité des initiatives populaires prévues par l'art. 139, al. 3, Cst.: l'unité de la forme et l'unité de la matière. En pratique, ces deux conditions n'ont jamais posé de problème notable<sup>38</sup>. De plus, pour porter un jugement fiable sur l'unité de la matière, il faudrait demander le concours de l'office chargé du domaine concerné. L'examen en serait allongé et demanderait davantage de ressources. D'ailleurs, l'extension de l'examen

<sup>36</sup> Kälin / Epiney / Caroni / Künzli, *Völkerrecht. Eine Einführung*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2010, p. 256 à 266.

<sup>37</sup> Rapport, ch. 4.1.

<sup>38</sup> L'Assemblée fédérale a invoqué le manque d'unité de la matière deux fois seulement pour invalider une initiative (voir note 2).

matériel à l'unité de la forme et de la matière excèderait les limites du mandat parlementaire et ne contribuerait en rien à la question qu'il s'agit de résoudre: la compatibilité du droit international et du droit constitutionnel issu des initiatives populaires. Ces deux conditions de validité sont examinées après l'aboutissement de l'initiative populaire, dans le message du Conseil fédéral au Parlement.

Enfin, l'examen préliminaire ne portera pas sur les questions de technique législative telles que la structure de la disposition proposée ou sa place dans la Constitution. Les autorités chargées d'y procéder pourront toujours informer le comité d'initiative de problèmes manifestes. Cela découle du principe constitutionnel selon lequel l'Etat doit agir de bonne foi (art. 5, al. 3, Cst.).

### **Organes chargés de l'examen et gestion des divergences d'opinion entre eux**

La Chancellerie fédérale, instance chargée de l'examen formel préliminaire des initiatives populaires, transmettra les textes qui lui sont présentés à l'OFJ et à la DDIP, responsables conjointement de l'examen matériel. L'OFJ est l'autorité compétente et le centre de service de la Confédération pour les questions relevant du droit<sup>39</sup>. C'est la DDIP qui assume cette fonction pour les questions juridiques se rapportant au droit international public et aux relations extérieures de la Suisse<sup>40</sup>. Ces deux unités administratives soumettent déjà les actes normatifs fédéraux à un contrôle préventif de la conformité au droit<sup>41</sup>. Rompues au traitement des questions constitutionnelles et des questions de droit international, elles ont l'habitude de travailler ensemble. La Chancellerie fédérale veille, selon le droit actuel, à ce que les droits populaires puissent s'exercer conformément à la Constitution et à la législation sur les droits politiques et que les élections et les votations fédérales se déroulent dans les règles. Elle est aussi chargée de veiller à la qualité des textes destinés à la publication et à celle d'autres textes importants dans les langues officielles<sup>42</sup>. Elle a toutes les qualités pour jouer un rôle de charnière entre l'examen formel et l'examen matériel (voir ch. 1.2.3). L'aptitude d'autres organes à être chargés de l'examen matériel préliminaire sera examinée au ch. 1.3.1.

L'OFJ et la DDIP se mettent en règle générale rapidement d'accord sur une position commune. Les divergences seront réglées au niveau des offices. Si, par exception, ce ne peut être le cas, les départements concernés (Département fédéral de justice et police et Département fédéral des affaires étrangères) trouveront un accord et leur donneront les instructions nécessaires. S'il devait subsister des vues inconciliables, le Conseil fédéral émettrait au besoin ces instructions. L'OFJ et la DDIP n'en demeureront pas moins les auteurs de l'avis, ceci afin d'éviter toute appropriation de la décision par les départements ou le gouvernement (au sens de l'art. 47, al. 4, de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [LOGA]<sup>43</sup>).

<sup>39</sup> Art. 6, al. 1, de l'ordonnance du 17 novembre 1999 sur l'organisation du Département fédéral de justice et police, RS **172.213.1**.

<sup>40</sup> Art. 8, al. 1, de l'ordonnance du 20 avril 2011 sur l'organisation du Département fédéral des affaires étrangères, RS **172.211.1**.

<sup>41</sup> Voir le rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 sur le renforcement du contrôle préventif de la conformité au droit, FF **2010** 1989.

<sup>42</sup> Art. 1, al. 4, let. a, et 3, al. 2, de l'ordonnance du 29 octobre 2008 sur l'organisation de la Chancellerie fédérale, RS **172.210.10**.

<sup>43</sup> RS **172.010**

### 1.2.3 Déroulement de la procédure d'examen préliminaire

Les garanties générales de procédure de l'art. 29 Cst. s'appliqueront à l'examen matériel préliminaire des initiatives populaires. La loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA)<sup>44</sup> sera aussi applicable en principe. L'examen matériel préliminaire présente cependant quelques particularités par rapport aux procédures administratives classiques. Il n'est par exemple pas question de recueillir des preuves sur des faits contestés; les « faits » sont ici le texte de l'initiative. Les autorités chargées de l'examen se prononcent sur des questions juridiques sans que leur avis lie le comité d'initiative. Dans l'ensemble, l'examen matériel préliminaire sera beaucoup moins formel que d'autres procédures. L'oralité y aura plus d'importance qu'il n'arrive normalement dans les procédures administratives, car elle permettra de gagner du temps et que le contact direct entre les autorités et les auteurs de l'initiative fera partie du service rendu à ces derniers.

Les autorités chargées de l'examen veilleront à la transparence de celui-ci. Elles tiendront le comité d'initiative informé des étapes successives de la procédure, établissant s'il le faut un calendrier en accord avec lui. Un service de la Chancellerie fédérale servira d'interlocuteur unique du comité d'initiative. Il coordonnera l'examen formel et l'examen matériel et assurera la transmission des informations entre tous les participants. Le comité d'initiative y a aussi un intérêt, car il pourra s'adresser toujours à la même personne bien que plusieurs unités administratives soient impliquées. A tous les stades de la procédure, le comité d'initiative restera maître du texte; lui seul pourra le modifier. Les autorités chargées de l'examen ne feront pas de propositions de modification rédigées mais présenteront des constatations juridiques et poseront éventuellement des questions. Exceptionnellement, à la demande expresse du comité, elles pourront contribuer à l'élaboration d'un texte conforme au droit international.

La procédure d'examen préliminaire commence avec le dépôt du texte de l'initiative auprès de la Chancellerie fédérale. Le déroulement type sera le suivant:

- La phase initiale est la préparation de la traduction, sur la base du droit actuel (voir art. 69, al. 3, LDP) : la Chancellerie fédérale analyse la syntaxe et la structure du texte déposé et pose si nécessaire des questions au comité d'initiative. Selon la langue originale de l'initiative, c'est la section allemande, française ou italienne des services linguistiques de la Chancellerie fédérale qui est compétente. Cette analyse prend environ une semaine. Le comité d'initiative examine les questions et maintient son texte ou l'adapte, une ou plusieurs fois.
- Ensuite, les deux autres services linguistiques de la Chancellerie fédérale traduisent le texte de l'initiative. Souvent, la traduction suscite de nouvelles remarques et questions. Le service de la Chancellerie fédérale chargé des contacts avec le comité les transmet à ce dernier, et il arrive que les textes soient encore modifiés suite à ces questions. Ces travaux, eux aussi, ont lieu sur la base du droit actuel (voir art. 69, al. 3, LDP). Ils se terminent quand le comité d'initiative retourne les trois versions linguistiques signées à la Chancellerie fédérale.
- C'est à ce moment-là que la Chancellerie fédérale annoncera au comité d'initiative le début de l'examen matériel. Pour gagner du temps, elle pourra déjà convenir avec lui d'une date pour une éventuelle discussion avec les repré-

<sup>44</sup> RS 172.021



sentants de la Chancellerie fédérale, de l'OFJ et de la DDIP. Ces deux derniers offices élaboreront l'avis juridique, cette analyse leur prenant sans doute entre deux et quatre semaines. S'il est possible de se déterminer rapidement, parce que l'initiative n'a pas de rapport avec le droit international ou que ce rapport n'est pas problématique, elle peut se faire en quelques jours à peine.

- Sur la base du projet d'avis, le comité d'initiative décidera, en accord avec la Chancellerie fédérale, l'OFJ et la DDIP, si une discussion est utile. Dans le cas contraire, le résultat de l'examen matériel sera communiqué au comité et la décision correspondante rendue et publiée, ce qui mettra un terme à la procédure. Si la discussion est nécessaire, les autorités chargées de l'examen expliqueront leur position et un échange de questions-réponses pourra avoir lieu.
- Après la discussion, tout dépendra de la décision du comité d'initiative d'adapter le texte ou non. S'il ne le fait pas, la procédure pourra être rapidement close, par l'annonce du résultat de l'examen au comité et la publication de la décision des autorités.
- Si, par contre, le comité d'initiative adapte son texte, ces adaptations devront être traduites et soumises de nouveau à l'OFJ et à la DDIP. L'analyse juridique devrait ne plus porter que sur quelques points et ne devrait pas prendre plus d'une à deux semaines. Mais si le comité décide de faire de nouvelles adaptations, il faudra de nouveau traduire l'initiative et modifier l'avis commun de l'OFJ et de la DDIP, autant de fois qu'il sera nécessaire. La procédure d'examen préliminaire sera achevée au moment où le comité d'initiative décidera de ne plus rien changer à son texte et présentera les trois versions linguistiques signées. En signant, il attestera que le libellé des textes correspond à ses intentions.
- La Chancellerie fédérale devra s'assurer qu'elle a examiné la forme de la liste des signatures et le titre de l'initiative (art. 69, al. 1 et 2) avant la communication du résultat de l'examen matériel au comité.

Les initiatives populaires soumises à l'OFJ et à la DDIP, que ce soit pour la première fois ou après des adaptations, devront toujours être en trois langues et signées par le comité. Cette condition, de même que la fonction d'interlocuteur unique de la Chancellerie fédérale, garantira que l'avis porte sur la bonne version des textes.

Il n'est pas tolérable, au regard du droit d'initiative, que l'on reporte sans raison la récolte des signatures<sup>45</sup>. C'est pourquoi les autorités seront tenues d'agir promptement (voir, au ch. 2.1, le commentaire de l'art. 69, al. 6). L'ajout d'un contrôle matériel à l'examen préliminaire des initiatives populaires allongera ce dernier de quelques jours à quelques semaines. Il faut cependant garder deux points à l'esprit. D'abord, le comité d'initiative est libre de prendre le temps qu'il lui plaît pour analyser les constatations des autorités et leurs questions sur les aspects linguistiques et juridiques, pour y répondre et, s'il en décide ainsi, pour modifier son texte. Le temps qu'il prend a une influence considérable sur la durée totale de la procédure. Deuxièmement, les Services linguistiques de la Chancellerie fédérale doivent consacrer prioritairement leur attention au Parlement durant les sessions, si bien que le traitement des initiatives populaires prend plus de temps durant ces périodes.

<sup>45</sup> Voir ATF **108** Ia 165 consid. 2.

Le dialogue visé entre les autorités et le comité d'initiative implique une collaboration constructive des auteurs de l'initiative. Ceux-ci auront une influence déterminante sur le déroulement et la durée de la procédure d'examen matériel, mais non sans certaines limites. Les particuliers sont eux aussi tenus d'obéir au principe de la bonne foi dans les relations de droit public. Les autorités chargées de l'examen pourront notamment réagir par des mesures appropriées en cas de comportement abusif; par exemple, si des modifications de texte incessantes leur sont soumises, elles pourront y mettre un terme en édictant leur avis.

#### **1.2.4 Quelques autres caractéristiques de l'examen matériel**

##### **Avis sans effet contraignant**

L'examen formel actuel permet au comité d'initiative de prendre conscience de lacunes dans son texte et conduit à un dialogue entre les citoyens et l'autorité. L'instauration de l'examen matériel est une prestation supplémentaire, qui n'est pas sans ressemblance avec un conseil juridique, puisque les services qui en seront chargés exposeront au comité dans quelle mesure leurs vœux de réforme sont compatibles avec les règles en vigueur.

L'avis juridique commun de l'OFJ et de la DDIP n'aura cependant pas d'effet contraignant. S'il constate que l'initiative est contraire au droit international, impératif ou non impératif, le comité ne sera pas pour autant tenu de rendre son texte compatible avec ce dernier ni d'abandonner son initiative. Le Conseil fédéral lui non plus ne sera pas lié par cet avis lorsque, après l'aboutissement de l'initiative, il préparera le message destiné au Parlement. Enfin, l'Assemblée fédérale décidera souverainement de la validité de l'initiative populaire. D'ailleurs, elle est aussi libre – en vertu de l'actuel art. 173, al. 1, let. f, Cst. – de suivre ou non la recommandation du Conseil fédéral. Néanmoins, tant le gouvernement que le Parlement devront examiner l'argumentation présentée dans l'avis juridique et se déterminer sur son résultat.

Les débats sur l'initiative populaire pourront amener à de nouvelles conclusions juridiques. Certes, les probabilités sont faibles que le Conseil fédéral et le Parlement jugent contraire au droit international une initiative populaire qui aurait été estimée conforme au terme de l'examen préliminaire. On peut à la rigueur l'imaginer si, depuis l'examen, il y a eu d'importantes évolutions notamment du droit et de la jurisprudence dans le domaine sur lequel porte l'initiative<sup>46</sup>. Le cas de figure inverse n'est pas exclu: que l'OFJ et la DDIP décèlent un conflit entre l'initiative populaire et le droit international, mais que le comité d'initiative ou d'autres personnes se penchent sur les considérations juridiques de l'avis et découvrent une possibilité d'appliquer ou de mettre en œuvre le texte de manière conforme au droit international, avec des arguments assez solides pour convaincre le Conseil fédéral et le Parlement.

<sup>46</sup> Voir le rapport, ch. 9.6.2.1.

## Contenu et publicité

Pour que l'avis juridique commun de l'OFJ et de la DDIP ait l'effet voulu, il faut qu'il parvienne à la connaissance des citoyens: il sera mentionné sur chaque liste de signatures et dans la Feuille fédérale, publiée sur papier et sur Internet<sup>47</sup>.

L'administration devra motiver son avis. Elle déterminera le sens de la norme constitutionnelle proposée par la voie de l'interprétation et exposera, à la manière d'un avis de droit, si l'initiative enfreint les obligations internationales de la Suisse. Pour ne pas allonger la procédure d'examen préliminaire, elle présentera ses considérations sous une forme condensée. S'il n'y a pas de contradiction avec le droit international, l'avis pourra d'ailleurs être très court. Cette brièveté voulue permettra d'établir rapidement la traduction de l'avis dans les trois langues officielles de la Confédération. Si les projets B et C joints au présent rapport sont adoptés (voir ch. 1.2.7), la compatibilité de l'initiative populaire avec l'essence des droits fondamentaux devra aussi être commentée.

L'examen matériel préliminaire de la conformité au droit international peut aboutir à trois types de constatation: incompatibilité avec des règles impératives du droit international; incompatibilité avec des règles non impératives du droit international; compatibilité avec le droit international. A chaque cas de figure correspondra une mention standard de quelques mots (voir, au ch. 2.1, le commentaire de l'art. 69, al. 5). L'examen de la compatibilité avec l'essence des droits fondamentaux ne peut mener qu'à deux résultats – positif et négatif – qui seront également résumés en une courte formule.

Selon l'art. 69, al. 4, LDP actuel, le titre et le texte de l'initiative, ainsi que le nom de ses auteurs, sont publiés dans la Feuille fédérale. S'y ajoutera à l'avenir le résultat de l'examen matériel préliminaire (courte formule sur la compatibilité avec le droit international et l'essence des droits fondamentaux). La motivation sera publiée *in extenso* sur le site Internet de la Chancellerie fédérale ([www.bk.admin.ch](http://www.bk.admin.ch))<sup>48</sup>. La décision rendue à la fin de l'examen préliminaire comportera aussi cette adresse Internet.

Pour améliorer encore la publicité de l'avis juridique, le comité d'initiative sera tenu de mentionner sur chaque liste de signatures le résultat de l'examen préliminaire (mention standard entière) et les adresses Internet où trouver la décision dans la Feuille fédérale et l'avis avec sa motivation complète sur le site de la Chancellerie fédérale. Ces mentions seront une condition de plus de la validité des listes de signatures. Si elles manquent, les signatures correspondantes ne seront pas valables et donc pas considérées dans le décompte.

### 1.2.5 Absence de voies de droit contre l'avis

Nul ne pourra faire recours contre l'avis juridique commun de l'OFJ et de la DDIP auprès du Tribunal fédéral ni d'aucune autre instance. Il n'est pas nécessaire de porter devant les tribunaux des litiges concernant un texte qui n'a pas d'effet con-

<sup>47</sup> [www.admin.ch/ch/f/ff/index.html](http://www.admin.ch/ch/f/ff/index.html)

<sup>48</sup> La Chancellerie fédérale publie déjà de nombreuses informations sur les initiatives populaires. La motivation des avis communs de l'OFJ et de la DDIP pourra s'intégrer dans cette rubrique: [www.bk.admin.ch](http://www.bk.admin.ch) > Thèmes > Droits politiques > Initiatives populaires.

traignant (voir ch. 5.1.2 concernant la compatibilité avec la garantie de l'accès au juge au sens de l'art. 29a Cst.). Ouvrir une voie de droit voudrait dire en outre que le début de la récolte des signatures serait reporté de plusieurs semaines, voire plusieurs mois, même si la loi enjoignait au Tribunal fédéral de traiter le cas dans les meilleurs délais.

## 1.2.6 Extension des motifs d'invalidité matériels

### L'essence des droits fondamentaux: définition et fonction

La notion d'essence des droits fondamentaux existe déjà à l'heure actuelle en droit constitutionnel suisse. Elle apparaît à l'art. 36 Cst., qui règle les restrictions dont peuvent faire l'objet les droits fondamentaux. Un droit fondamental peut être restreint pour autant que la mesure soit fondée sur une base légale, justifiée par un intérêt public et conforme au principe de proportionnalité (art. 36, al. 1 à 3). Toute restriction est cependant exclue si elle porte atteinte à l'essence du droit fondamental, peu importe s'il existe une base légale, un intérêt public et que le principe de proportionnalité soit respecté. Autrement dit, l'essence des droits fondamentaux – on parle aussi souvent de « noyau dur » ou « noyau intangible » – est inviolable (art. 36, al. 4, Cst.). Cette inviolabilité s'applique aussi lorsque la sécurité du pays est menacée, par exemple par le terrorisme ou le crime organisé<sup>49</sup>.

Le constituant a renoncé à définir ce qu'il faut entendre par l'essence d'un droit fondamental<sup>50</sup>. Le noyau dur de chaque droit fondamental doit ainsi être défini sur la base par exemple des travaux préparatoires, de l'étude comparative des constitutions cantonales ou après consultation de la doctrine. Cette tâche incombe principalement, dans le contexte de l'art. 36, al. 4, Cst., au Tribunal fédéral. Celui-ci a ainsi eu l'occasion d'affirmer que le droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse (art. 12 Cst.) constitue déjà un minimum absolu qui ne saurait faire l'objet de restrictions supplémentaires. En d'autres termes, la sphère de protection de ce droit et son noyau intangible coïncident<sup>51</sup>.

L'essence des divers droits fondamentaux évoquée explicitement dans le texte de la Constitution ou largement reconnue par la jurisprudence et la doctrine comprend les garanties suivantes<sup>52</sup>:

- l'interdiction de l'infliction arbitraire de la mort (art. 10, al. 1, 1<sup>re</sup> phrase, Cst.) et l'interdiction de la peine de mort (art. 10, al. 1, 2<sup>e</sup> phrase, Cst.), comme noyau intangible du droit à la vie;

<sup>49</sup> Voir rapport additionnel, ch. 4.2.2.1. Sur la notion d'essence des droits fondamentaux, voir notamment Markus Schefer, *Die Kerngehalte von Grundrechten. Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung*, Berne 2001.

<sup>50</sup> Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1, 198. Pour un exemple dans lequel le constituant a, pour chaque droit fondamental, défini le noyau dur, voir la constitution du canton de Berne de 1993.

<sup>51</sup> ATF 131 I 166, 176; voir également Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse, volume II: Les droits fondamentaux*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2006, nm. 249.

<sup>52</sup> Voir rapport additionnel, ch. 4.2.2.2, ainsi que, parmi les ouvrages de doctrine, Regina Kiener / Walter Kälin, *Grundrechte*, Berne 2007, p. 117ss, et Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse, volume II: Les droits fondamentaux*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2006, nm. 248ss.

- l'interdiction de la torture et de tout autre traitement ou peine cruels, inhumains ou dégradants (art. 10, al. 3, Cst.), comme noyau intangible du droit à l'intégrité physique et psychique;
- le droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse (art. 12 Cst.);
- l'interdiction des mariages forcés, comme noyau intangible du droit au mariage (voir art. 14 Cst.);
- le droit de ne pas être contraint d'adhérer ou d'appartenir à une communauté religieuse, d'accomplir un acte religieux ou de suivre un enseignement religieux (art. 15, al. 4, Cst.), comme noyau intangible de la liberté de conscience et de croyance;
- le droit de ne pas être contraint de s'identifier en son for intérieur à l'opinion d'autrui, comme noyau intangible de la liberté d'opinion (voir art. 16 Cst.);
- l'interdiction de la censure préalable systématique (art. 17, al. 2, Cst.), comme noyau intangible de la liberté des médias<sup>53</sup>;
- le droit de parler la langue de son choix dans le domaine privé, comme noyau intangible de la liberté de la langue (voir art. 18 Cst.);
- l'interdiction d'expulser des ressortissants suisses (au sens de leur ordonner de quitter le territoire national avec défense de rentrer en Suisse; art. 25, al. 1, 1<sup>re</sup> phrase, Cst.)<sup>54</sup>;
- l'interdiction de refouler ou d'extrader une personne sur le territoire d'un Etat dans lequel elle risque la torture ou tout autre traitement ou peine cruels et inhumains (principe de non-refoulement, art. 25, al. 3, Cst.);
- l'interdiction de porter atteinte à la propriété en tant qu'institution juridique, comme noyau intangible de la garantie de la propriété (voir art. 26 Cst.)<sup>55</sup>;
- le droit de ne pas être contraint à exercer une profession donnée ou une activité économique donnée, comme noyau intangible de la liberté économique (voir art. 27 Cst.).

Comme le texte constitutionnel laisse aux autorités d'application une certaine marge de manoeuvre pour définir le noyau dur de chaque droit fondamental, cette liste est destinée à évoluer, d'autres garanties pouvant venir s'y ajouter. L'essence des droits fondamentaux pourra ainsi continuer à assurer sa fonction de protection absolue des certaines valeurs fondamentales, quelles que soient les évolutions juridiques et sociales qui se produiront à l'avenir.

On relèvera par ailleurs que certaines de ces garanties coïncident avec des règles impératives du droit international. Nous reviendrons sur ce lien ci-dessous.

<sup>53</sup> Pour un point de vue critique, voir Giovanni Biaggini, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zurich 2007, ad art. 17, nm. 16.

<sup>54</sup> L'interdiction de l'extradition (au sens de la remise d'une personne aux autorités d'un autre Etat à des fins de poursuite pénale ou d'exécution d'une peine) a un caractère "relatif" en ce que l'intéressé peut donner son accord à l'extradition. La remise à un tribunal (pénal) international, par ex. en vertu du Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17.7.1998 (RS 0.312.1) n'est pas une extradition. Voir à ce sujet Giovanni Biaggini, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zurich 2007, ad art. 25, nm 7 s.

<sup>55</sup> Critique: Giovanni Biaggini, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zurich 2007, ad art. 26, nm. 23 et ad art. 36, nm. 24.

Si l'essence des droits fondamentaux devient un nouveau motif d'invalidité des initiatives populaires, l'Assemblée fédérale participera également à la concrétisation de cette notion. Quant au constituant, il reste bien entendu libre de contribuer au développement de l'essence des droits fondamentaux en adoptant des normes explicites à ce sujet<sup>56</sup>.

Le constituant de 1999 avait d'ailleurs déjà fait un pas dans cette direction en intégrant, dans plusieurs dispositions garantissant des droits fondamentaux, des formulations suggérant le caractère absolu d'un droit ou d'une partie d'un droit. Des formulations de ce type (« ... est interdit » ou « nul ne peut être contraint de... ») se retrouvent par exemple à l'art. 10, al. 1, 2<sup>e</sup> phrase (interdiction de la peine de mort), à l'art. 15, al. 4 (droit de ne pas se voir imposer une religion), et à l'art. 25, al. 3 (principe du non-refoulement). Elles ne sont cependant pas décisives: en particulier, on ne peut pas conclure de l'absence d'une formulation de ce genre que le droit fondamental en cause ne possède pas de noyau dur<sup>57</sup>.

### **Droits fondamentaux concernés**

Les droits fondamentaux visés sont ceux garantis par la Constitution fédérale. En revanche, les droits garantis par le droit international ne sont concernés qu'indirectement, dans la mesure où le catalogue des droits fondamentaux constitutionnels reprend largement les droits garantis par des traités internationaux tels que la CEDH ou les Pactes I et II de l'ONU (sur le lien entre essence des droits fondamentaux et droit international, voir également ci-dessous, au chapitre intitulé « relation avec le droit international »).

En ce qui concerne les droits fondamentaux *constitutionnels*, l'existence d'un noyau intangible a été reconnue principalement pour certaines *libertés individuelles*. La question de l'existence d'un noyau dur pour d'autres catégories de droits fondamentaux que les libertés, en particulier le principe d'égalité, l'interdiction des discriminations et les garanties de procédure, n'est pas définitivement tranchée<sup>58</sup>.

En ce qui concerne le principe d'égalité et l'interdiction des discriminations (art. 8 Cst.), le système des restrictions de l'art. 36 ne leur est pas applicable, du moins pas dans sa totalité<sup>59</sup>. Certains auteurs sont cependant d'avis que l'interdiction des discriminations (art. 8, al. 2, Cst.) constitue le noyau intangible du droit à l'égalité de traitement (art. 8, al. 1, Cst.). Pour autant que l'on puisse en juger, le Tribunal fédéral n'a jamais suivi cette voie, bien qu'il ait fréquemment examiné l'art. 8, al. 2, Cst. En l'état actuel de la jurisprudence, l'art. 8, al. 2, Cst. peut faire l'objet de restrictions: une différence de traitement fondée sur des éléments tels que l'origine, la race, le sexe, la situation sociale, etc., peut être justifiée si elle se fonde sur des motifs sérieux et pertinents<sup>60</sup>. Dès lors, indépendamment de la question de savoir si le principe d'égalité possède ou ne possède pas un noyau intangible, on peut conclure qu'en

<sup>56</sup> Voir rapport additionnel, ch. 4.2.2.2.

<sup>57</sup> A l'inverse, la présence d'une telle formulation ne permet pas toujours de conclure de façon certaine à l'existence d'un noyau dur. La doctrine cite notamment l'exemple de l'art. 23, al. 3 Cst. Voir à ce sujet Pascal Mahon, Art. 36 Cst., in : Aubert / Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003, nm. 19; également Regina Kiener / Walter Kälin, Grundrechte, Berne 2007, p. 61.

<sup>58</sup> Voir, à ce sujet, rapport additionnel, ch. 4.2.3.2 et 4.2.5.

<sup>59</sup> Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3e éd., Berne 2011, §7 nm. 95.

<sup>60</sup> Voir ATF 135 I 49, consid. 4.1 et les références citées.

l'état actuel de la jurisprudence, l'interdiction des discriminations ne constitue pas ce noyau.

Quant aux garanties de procédure (art. 29 à 32 Cst.), la question d'un noyau intangible ne se pose pas, car toute atteinte à l'une de ces garanties résulte en principe dans une violation des droits fondamentaux<sup>61</sup>. C'est sans doute pour cette raison qu'il n'y a guère de débat, dans la jurisprudence administrative et judiciaire, sur l'essence de ces garanties de procédure.

Si l'on étend les motifs d'invalidité à l'essence des droits fondamentaux, les garanties concernées seront dès lors *les libertés individuelles* pour lesquelles l'existence d'un noyau intangible a été reconnue. En revanche, ni l'interdiction des discriminations ni les garanties de procédure ne seront incluses dans ce nouveau motif d'invalidité. Pour en faire une limite matérielle autonome des révisions constitutionnelles, il faudrait les mentionner expressément<sup>62</sup>.

### **Autorité compétente et sanction**

La Constitution désigne l'Assemblée fédérale en tant qu'autorité compétente pour se prononcer sur la validité des initiatives populaires (art. 139, al. 3, Cst.). Il incombera donc aussi à l'Assemblée fédérale de vérifier qu'une initiative populaire ne viole pas l'essence d'un droit fondamental constitutionnel. Auparavant, le Conseil fédéral aura donné son avis sur cette question dans son message relatif à l'initiative populaire.

La décision de l'Assemblée fédérale quant à la validité de l'initiative intervient lorsque l'initiative a abouti, c'est-à-dire après la récolte des signatures et après que la Chancellerie a constaté que le nombre de signatures valables prescrit par la Constitution a été atteint. Elle intervient également après l'examen préliminaire formel effectué par la Chancellerie fédérale et après le contrôle préalable matériel effectué par l'OFJ et la DDIP (voir ci-dessus, ch. 1.2.2).

Si l'Assemblée fédérale parvient à la conclusion que l'initiative qui lui est soumise viole l'essence d'un droit fondamental constitutionnel, elle doit la déclarer nulle, totalement ou partiellement. Sa décision ne peut pas faire l'objet d'un recours auprès d'une autre instance. Une initiative invalidée par l'Assemblée fédérale ne sera pas soumise au vote du peuple et des cantons.

### **Propositions émanant du peuple et propositions émanant des autorités**

Tout comme les règles impératives du droit international, l'essence des droits fondamentaux constitue une limite matérielle à la fois pour les révisions constitutionnelles proposées et préparées par les autorités, et pour celles provenant d'initiatives populaires. Les exigences auxquelles sont soumises les révisions constitutionnelles ne sauraient en effet dépendre de leur auteur: le peuple et les autorités fédérales doivent, dans ce cas, être placés sur un pied d'égalité. Ainsi, une révision totale de la Constitution émanant des autorités, les révisions partielles proposées par l'Assemblée fédérale ou par le Conseil fédéral et l'élaboration de contre-projets aux initiatives populaires sont toutes soumises aux mêmes limites de validité que les initiatives populaires. Le nouveau motif d'invalidité que constitue l'essence des droits fonda-

<sup>61</sup> Pierre Tschannen, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 3e éd., Berne 2011, §7 nm. 114. Plus critique: Giovanni Biaggini, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zurich 2007, ad art. 36, nm. 4.

<sup>62</sup> Voir rapport additionnel, ch. 4.2.3.2, *in fine*, et ch. 4.2.4, *in fine*.

mentaux constitutionnels s'appliquera dès lors aussi aux propositions émanant des autorités. Le fait que la Constitution ne prévoit pas, pour les propositions de révision émanant des autorités - et contrairement aux initiatives populaires - une invalidation totale ou partielle n'y change rien (voir art. 139, al. 3 et les art. 193, al. 4 et 194, al. 2, Cst.). Lorsque l'Assemblée fédérale examine la validité d'une proposition de révision constitutionnelle qu'elle a elle-même émise, elle doit faire preuve exactement de la même rigueur dans l'appréciation des motifs d'invalidité que pour une initiative populaire <sup>63</sup>. Le Conseil fédéral est de l'avis qu'il n'existe pas de motifs pertinents légitimant un traitement particulier des projets de révision constitutionnelle émanant des autorités.

### **Possibilité de révision ultérieure des motifs d'invalidité**

Si l'essence des droits fondamentaux devient une limite aux révisions constitutionnelles, cette limite ne sera cependant pas figée une fois pour toutes. Les clauses dites d'éternité, comme il en existe par exemple dans la loi fondamentale allemande (voir ci-dessous, ch. 1.5), sont en effet étrangères à l'ordre constitutionnel suisse: il n'existe pas, dans la Constitution fédérale, de dispositions qui ne puissent pas être révisées. Le constituant reste donc libre de revenir en tout temps, entièrement ou en partie, sur sa décision concernant l'essence des droits fondamentaux. Il pourrait ainsi décider de supprimer purement et simplement cette limite, ou de préciser celle-ci en adoptant, pour tel ou tel droit fondamental, une disposition décrivant le contenu de son essence. Une proposition dans ce sens pourrait émaner – comme pour toute révision constitutionnelle – soit des citoyens, soit des autorités, et aurait pour conséquence, selon les cas, de réduire ou d'étendre les limites matérielles à la révision de la Constitution.

La conséquence de l'introduction de l'essence des droits fondamentaux en tant que limite à la révision constitutionnelle sera procédurale, en ce sens que les auteurs d'une proposition contraire à l'essence d'un droit fondamental devront, au préalable, modifier la limite en question. Autrement dit, ils devront, dans une première étape, modifier la règle générale fixant l'essence des droits fondamentaux en tant que limite matérielle (voir art. 139, al. 3, art. 193, al. 4, et art. 194, al. 2, Cst.). Alternativement, ils pourront modifier la disposition garantissant le droit fondamental problématique pour préciser la définition de son essence. Ce n'est que dans une seconde étape que la proposition matérielle de révision constitutionnelle pourra être lancée. Cette procédure en deux étapes s'appliquera tant aux initiatives populaires qu'aux propositions émanant des autorités. Elle donne un certain poids à la limite que constitue l'essence des droits fondamentaux, sans en faire une clause figée *ad aeternam*.

### **Relation avec le droit international**

La mesure proposée met davantage l'accent sur la concordance entre initiatives populaires et droits fondamentaux que sur l'amélioration de la compatibilité avec le droit international. Il existe cependant un lien étroit entre ces deux objectifs. La notion d'essence des droits fondamentaux, telle qu'elle est entendue par la Constitution suisse, n'a pas d'équivalent exact en droit international. En particulier, doctrine et jurisprudence ne reconnaissent pas l'existence d'un noyau intangible pour les droits fondamentaux garantis par la CEDH. La notion d'essence des droits fondamentaux se recouvre cependant avec certains droits de l'homme élémentaires qui

<sup>63</sup> Voir rapport additionnel, ch. 2.4.4.



font partie du *jus cogens* (par ex. l'interdiction de la torture, voir ci-dessus, ch. 1.1.2) ou avec les droits auxquels il n'est pas possible de déroger, même en état de nécessité, contenus par exemple dans la CEDH. Ces garanties font partie des « règles impératives du droit international » au sens des art. 139, al. 3, 193, al. 4, et 194, al. 2, et constituent déjà, en tant que telles, une limite matérielle à la révision de la Constitution. Il existe ainsi des recoupements et points de contact entre les règles impératives du droit international et l'essence des droits fondamentaux constitutionnels, car les garanties du droit international sont une des sources principales à partir desquelles est déterminé le contenu de l'essence des droits fondamentaux<sup>64</sup>.

La présente mesure vise à améliorer la concordance des initiatives populaires avec les droits fondamentaux. Dans le même temps, l'extension des limites matérielles à l'essence des droits fondamentaux contribue également à prévenir des conflits entre les initiatives populaires et le droit international. Cette nouvelle limite permettra en effet d'éviter l'adoption de dispositions constitutionnelles contraires à des normes figurant dans des traités internationaux importants (notamment dans le domaine des droits de l'homme), ou qui font partie du droit international coutumier, et dont le contenu correspond à celui du noyau dur de droits fondamentaux constitutionnels.

### Quelques exemples

Si l'essence des droits fondamentaux devenait une condition de validité des initiatives populaires, l'Assemblée fédérale devrait par exemple invalider une initiative visant le rétablissement de la peine de mort, car celle-ci violerait l'essence du droit fondamental à la vie (art. 10, al. 1, 2<sup>e</sup> phrase, Cst.). Elle devrait également invalider une initiative visant à autoriser le recours à la torture ou à l'usage de sérum de vérité pour la prévention d'actes terroristes, car celle-ci violerait l'essence du droit au respect de l'intégrité physique et psychique. Selon certains auteurs, il en irait de même pour une initiative demandant la stérilisation forcée systématique des délinquants sexuels<sup>65</sup>.

A l'inverse, les initiatives populaires récentes ci-après, qui posaient des problèmes de compatibilité avec le droit international mais n'étaient pas contraires aux règles impératives du droit international, n'auraient pas non plus été invalidées pour violation de l'essence des droits fondamentaux: l'initiative sur le renvoi des étrangers criminels (acceptée en 2010)<sup>66</sup>, l'initiative sur les minarets (acceptée en 2009)<sup>67</sup>, l'initiative « pour des naturalisations démocratiques » (rejetée en 2008)<sup>68</sup>, l'initiative sur l'internement à vie (acceptée en 2004)<sup>69</sup>. En revanche, l'initiative « pour une

<sup>64</sup> Au sujet de ces recoupements et points de contact, voir rapport additionnel, ch. 4.2.2.3 et 4.2.5. Également Kiener/Walter Kälin, *Grundrechte*, Berne 2007, p. 62.

<sup>65</sup> Pour ces exemples, ainsi que d'autres, voir Regina Kiener/Walter Kälin, *Grundrechte*, Berne 2007, p. 141ss et surtout 144, ainsi que Markus Schefer, *Die Kerngehalte von Grundrechten. Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung*, Berne 2001, p. 418ss.

<sup>66</sup> Voir le message du 24.6.2009 concernant l'initiative populaire "Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi)", FF 2009 4571, et l'arrêté fédéral du 18.6.2010, FF 2010 3853.

<sup>67</sup> Voir le message du 27.8.2008 relatif à l'initiative populaire "contre la construction de minarets", FF 2008 6923, et l'arrêté fédéral du 12.6.2009, FF 2009 3903.

<sup>68</sup> Voir le message du 25.10.2006 relatif à l'initiative populaire "pour des naturalisations démocratiques", FF 2006 8481, et l'arrêté fédéral du 5.10.2007, FF 2007 6553.

<sup>69</sup> Voir le message du 4.4.2001 concernant l'initiative populaire "Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables", FF 2001 3265, et l'arrêté fédéral du 20.6.2003, FF 2003 3979.

politique d'asile raisonnable », invalidée à l'époque par l'Assemblée fédérale pour contradiction avec les règles impératives du droit international (principe du non-refoulement)<sup>70</sup>, aurait également été invalidée en raison de la violation de l'essence des droits fondamentaux constitutionnels, puisque le principe de non-refoulement est également garanti à l'art. 25, al. 3, Cst.

Le Conseil fédéral est de l'avis qu'un élargissement des limites matérielles à la révision de la Constitution ne doit pas avoir principalement pour but d'exclure, à l'avenir, des initiatives populaires dont le contenu est contraire au droit international ordinaire, mais plutôt de sauvegarder les valeurs fondamentales de notre ordre constitutionnel et d'opter pour une solution conforme à notre conception des droits populaires et qui s'intègre facilement dans notre régime de révision constitutionnel. L'essence des droits fondamentaux est un critère approprié, car il constitue déjà une limite autonome liant le législateur fédéral.

### 1.2.7 Un projet en trois parties

Le présent message comprend trois projets distincts : l'un porte sur une révision partielle de la Constitution fédérale et les deux autres concernent la révision de la loi fédérale sur les droits politiques. Ces projets sont les suivants :

- Un projet de révision de la LDP concernant l'introduction d'un contrôle matériel des initiatives populaires avant la récolte des signatures (*projet A*). Cet examen matériel, opéré conjointement par l'OFJ et la DDIP, aura lieu parallèlement et viendra compléter l'examen préliminaire formel opéré par la Chancellerie fédérale avant le début de la récolte des signatures, déjà prévu actuellement par l'art. 69 LDP (voir ci-dessus, ch. 1.2.2 et suivants). Il s'agit de compléter les titres 5 et 6 de la LDP avec les dispositions relatives à l'examen matériel.
- Un projet d'arrêté fédéral relatif à une révision partielle de la Constitution portant sur l'introduction de l'essence des droits fondamentaux comme limite matérielle à la révision de la Constitution (*projet B*). Cette nouvelle limite concernera non seulement les initiatives populaires, mais également les révisions constitutionnelles émanant des autorités (voir ci-dessus, ch. 1.2.6). Il s'agit de compléter la disposition régissant la validité des initiatives populaires (art. 139, al. 3, Cst.), ainsi que les dispositions fixant les limites matérielles des révisions totales (art. 193, al. 4, Cst.) et partielles de la Constitution (art. 194, al. 2, Cst.).
- Un projet de révision de la LDP concernant l'extension de l'objet de l'examen matériel préliminaire au respect de l'essence des droits fondamentaux (*projet C*). Si l'essence des droits fondamentaux devient une nouvelle condition de validité des initiatives populaires (*projet B*), alors l'examen matériel préliminaire de ces initiatives (*projet A*) devra porter sur ce point. Il s'agit donc de compléter les dispositions de la LDP régissant l'examen matériel préliminaire des initiatives populaires afin de tenir compte de l'essence des droits fondamentaux (voir ci-dessus, ch. 1.2.2 et ci-dessous, ch. 2.3). Le projet C comprend égale-

<sup>70</sup> Voir le message du 22.6.1994 concernant les initiatives populaires "pour une politique d'asile raisonnable" et "contre l'immigration clandestine", FF 1994 III 1471,

ment une adaptation de l'art. 75, al. 1, LDP, disposition de portée purement déclaratoire qui répète les conditions de validité des initiatives populaires figurant déjà à l'art. 139, al. 3, de la Constitution. Si l'essence des droits fondamentaux devient une nouvelle condition de validité (projet B), l'art. 75, al. 1, LDP devra être adapté en conséquence, soit dans le cadre du projet C, soit, si le projet C n'a plus lieu d'être, dans le cadre d'une révision ultérieure de la LDP.

Ces trois projets sont présentés dans le même message en raison de leur connexité matérielle. D'abord, ils portent tous les trois sur les moyens d'améliorer la compatibilité entre d'une part les initiatives populaires, d'autre part les droits fondamentaux et le droit international. Ensuite, ils concernent des mesures proposées dans la même motion, et trouvent leur origine dans le rapport additionnel du Conseil fédéral du 30 mars 2011. L'Assemblée fédérale pourra donc examiner en même temps les trois projets.

En dépit de leur présentation dans un seul et même message, les deux projets principaux, à savoir les projets A (introduction de l'examen matériel préliminaire) et B (extension des limites matérielles à la révision de la Constitution) sont indépendants l'un de l'autre. En effet, l'introduction de l'examen matériel ne nécessite pas l'adoption d'une nouvelle base constitutionnelle. Cette mesure peut être acceptée alors que l'extension des limites matérielles est rejetée, ou inversement. Cela signifie que si l'Assemblée fédérale rejette l'un des deux objets, l'autre suivra son cours. En cas d'adoption par l'Assemblée fédérale, le projet de révision de la LDP (projet A) sera sujet au référendum facultatif, alors que le projet de révision constitutionnelle (projet B) sera soumis au référendum obligatoire du peuple et des cantons.

Le projet C, quant à lui, présente un lien juridique tant avec le projet A qu'avec le projet B. En effet, inclure le respect de l'essence des droits fondamentaux dans l'examen matériel préliminaire des initiatives populaires présuppose à la fois que cet examen ait été introduit dans la LDP et que le respect de l'essence des droits fondamentaux figure dans la Constitution comme condition de validité des initiatives populaires.

Si le projet A est rejeté par le Parlement ou par le peuple en cas de référendum, le projet C deviendra sans objet. Si le projet B est rejeté par le Parlement ou par le peuple et les cantons, le projet C sera non seulement sans objet mais sera également dépourvu de base constitutionnelle.

Si l'Assemblée fédérale accepte les trois projets, la suite de la procédure se présentera de la manière suivante: après l'adoption par l'Assemblée fédérale, la publication du projet C sera retardée, afin que le délai référendaire le concernant ne commence pas à courir avant la votation sur la révision constitutionnelle (projet B). Wenn das Referendum gegen Vorlage A zustande kommt, kann zuerst über Vorlage A und danach über Vorlage B abgestimmt werden oder können die Abstimmungen über die Vorlagen A und B am gleichen Tag stattfinden. Si le peuple et les cantons acceptent le projet B et que, par ailleurs, le référendum n'a pas été lancé contre le projet A ou que celui-ci a été accepté en votation populaire, alors le projet C sera publié et le délai référendaire commencera à courir. Les clauses finales du projet C devront être rédigées en conséquence. Afin que la révision constitutionnelle (projet B) et le projet C puissent entrer en vigueur simultanément, il appartiendra au Conseil fédéral de fixer aussi bien l'entrée en vigueur de l'arrêté constitutionnel que celle des modifications de la LDP. Cette solution a le mérite de la simplicité. Elle est en outre confor-

me à la logique chronologique et matérielle puisqu'elle reflète l'indépendance des projets A et B.

A titre d'alternative, on peut également envisager de commencer par soumettre au vote la révision constitutionnelle. Cela signifierait qu'après l'adoption par l'Assemblée fédérale, la publication des projets A et C (révisions de la LDP) serait retardée en attendant le résultat de la votation sur la révision constitutionnelle (projet B). Ensuite les projets A et C seraient publiés et, si le référendum n'est pas demandé ou si ces projets sont acceptés en votation populaire, ils entreraient en vigueur simultanément. Plus précisément, le projet A, qui instaure l'examen matériel préliminaire entrerait en vigueur à l'exception de la disposition amendée par le projet C, laquelle entrerait en vigueur dans la teneur prévue dans le projet C. Là également, le Conseil fédéral devrait pouvoir fixer l'entrée en vigueur de l'arrêté constitutionnel, de manière à ce que celui-ci entre en vigueur en même temps que le projet C. Cette solution a le mérite d'être cohérente avec la hiérarchie des normes (on vote d'abord sur la révision constitutionnelle, puis sur les révisions législatives) mais présente l'inconvénient de créer un lien artificiel entre les projets A et B, alors que le projet B ne constitue pas la base constitutionnelle du projet A.

### **1.3 Motivation et appréciation des solutions retenues**

#### **1.3.1 Examen matériel préliminaire**

L'avis juridique rendu avant la récolte des signatures ne pourra certes pas empêcher dans tous les cas les initiatives populaires contraires au droit international, mais il pourra réduire la probabilité qu'elles aboutissent et qu'elles soient acceptées. Le comité d'initiative sera informé très tôt des contradictions éventuelles avec le droit international et avec l'essence des droits fondamentaux garantis par la Constitution. Même s'il n'y est pas juridiquement contraint, il pourra reformuler son initiative pour éviter ces conflits de normes. Plusieurs auteurs de doctrine ont d'ailleurs demandé une procédure d'examen préliminaire à caractère consultatif<sup>71</sup>.

Si le comité d'initiative renonce à adapter le texte et accepte consciemment que celui-ci viole des règles impératives du droit international ou l'essence des droits fondamentaux garantis par la Constitution, le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale hésiteront moins à proposer ou à décider que l'initiative soit déclarée nulle. Car enfin, la publication du résultat de l'avis juridique dans la Feuille fédérale et sur les listes des signatures prouvera que les auteurs de l'initiative populaire sont conscients du risque d'une déclaration de nullité mais ont refusé de modifier le texte et ont décidé de récolter des signatures malgré tout. Si l'avis conclut à la non-conformité de l'initiative populaire avec du droit international non impératif mais que les auteurs la maintiennent, les listes des signatures porteront aussi cette information. Les citoyens pourront décider s'ils entendent soutenir l'initiative de leur signature malgré la contradiction reconnue avec le droit international et les problèmes de mise en œuvre qui en découleront.

<sup>71</sup> Pierre Tschannen, *Stimmrecht und politische Verständigung*, Bâle 1995, nm. 723; Hansjörg Seiler, *EG, EWR und schweizerisches Staatsrecht*, Berne 1990, p. 85; Alfred Kölz, *Die kantonale Volksinitiative in der Rechtsprechung des Bundesgerichts*, ZBl 1982, p. 2 ss., 48.

Le caractère principal de l'examen matériel préliminaire sera sa valeur de service et d'information. Il mènera à un dialogue entre les citoyens et les autorités. Non seulement les auteurs de l'initiative auront la possibilité de modifier leur texte pendant la procédure d'examen préliminaire si un potentiel de conflit avec le droit international apparaît; mais à l'inverse, un avis positif pourra les affermir dans leur projet en leur donnant une certaine sécurité juridique. Cette mesure se fonde sur la responsabilité des citoyens. L'attitude des auteurs de l'initiative et des citoyens sera le facteur clef de l'efficacité de l'examen matériel préliminaire pour améliorer la compatibilité entre droit international et droit interne.

S'il arrivait que des comités d'initiative ne soient pas sérieusement intéressés par un conseil juridique ou qu'ils soient indifférents à une contradiction avec le droit international, voire la recherchent, les autorités courraient le risque d'être instrumentalisées. C'est un inconvénient de la mesure proposée. Il faut cependant accepter ce risque si l'on veut préserver le caractère de service aux citoyens que présente l'examen matériel préliminaire. Celui-ci prendra un certain temps, retardant de quelques jours à quelques semaines le début de la récolte des signatures (voir ch. 1.2.3). Ce temps est cependant minime par rapport à la durée totale de la procédure de l'initiative populaire: il restera possible de réagir rapidement à l'actualité politique par cette voie.

Le Conseil fédéral a étudié si d'autres organes entraient en ligne de compte pour examiner les initiatives populaires en réponse au postulat 10.3885 de la CIP-N du 21 octobre 2010 («Décision concernant la validité d'une initiative populaire avant la récolte des signatures»). Il est parvenu à la conclusion que ni une commission parlementaire, ni l'Assemblée fédérale, ni le Tribunal fédéral n'étaient l'organe approprié si l'examen matériel préliminaire des initiatives populaires devait conserver son caractère consultatif<sup>72</sup>. La tâche du Tribunal fédéral est de trancher définitivement les litiges et non de donner des avis dépourvus d'effet juridique contraignant. Quant à désigner une commission parlementaire ou l'Assemblée fédérale, cela voudrait dire que les instances parlementaires se prononcent deux fois sur le même sujet – avant la récolte des signatures, puis après l'aboutissement de l'initiative, pour décider de sa validité. L'inconvénient majeur d'une telle solution serait de plus la longue durée de l'examen préliminaire, qui empêcherait les auteurs de l'initiative de réagir à un sujet actuel en ouvrant rapidement une récolte des signatures. Le Conseil fédéral doute également qu'il soit indiqué d'anticiper la décision de l'Assemblée fédérale sur la validité de l'initiative. De manière générale, la légitimité de l'organe qui examine le texte doit être d'autant plus grande que sa décision intervient plus tard<sup>73</sup>. Une autorité administrative est donc plus appropriée que le gouvernement ou le Parlement pour procéder à un examen matériel préliminaire (non contraignant) dans les premiers stades de la procédure de l'initiative populaire. C'est pourquoi nous proposons que l'OFJ et la DDIP en soient chargés.

Sur mandat de l'OFJ, le *Zentrum für Demokratie Aarau* (ZDA) a fait une expertise sur l'examen matériel préliminaire<sup>74</sup>. Les conclusions de cette étude sont que la procédure ici proposée ne permettra pas d'améliorer la relation entre droit interna-

<sup>72</sup> Rapport additionnel, ch. 3.3, et remarque critique quant à l'intervention du Tribunal fédéral dans le rapport, ch. 9.6.2.2.

<sup>73</sup> Ulrich Häfelin / Walter Haller / Helen Keller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 8<sup>e</sup> éd., Zurich 2012, nm. 1800b.

<sup>74</sup> Expertise ZDA du 15 octobre 2012 intitulée «Kritische Begutachtung des materiellen Vorprüfungsverfahrens für Volksinitiativen im Bund».

tional et droit interne. Le ZDA privilégie une solution selon laquelle le Conseil fédéral ou la Chancellerie fédérale déciderait de la validité des initiatives populaires avant la récolte des signatures, cette décision étant sujette à recours devant le Tribunal fédéral. L'Assemblée fédérale perdrait la compétence de décider de la validité des initiatives populaires. Cette proposition se fonde sur l'argument qu'il n'appartient pas au peuple ou au Parlement de décider si une norme (loi ou initiative) est suffisamment déterminée, justifiée et proportionnée, mais au juge, en vertu d'une décision ayant force contraignante<sup>75</sup>. L'expertise fait toutefois l'impasse sur le fait que le Conseil fédéral et le Parlement ont plusieurs fois rejeté l'idée d'un tel contrôle judiciaire<sup>76</sup> et que le présent projet répond à deux motions (voir ch. 1.1.5). Elle tient donc insuffisamment compte des circonstances dans lesquelles s'inscrit la question à examiner et ne répond pas aux questions posées.

### **1.3.2 Elargissement des motifs d'invalidité à l'essence des droits fondamentaux**

La proposition de faire de l'essence des droits fondamentaux une limite matérielle à la révision de la Constitution comporte un certain nombre d'avantages. Le critère choisi est une notion juridique déjà inscrite dans le texte constitutionnel (art. 36, al. 4, Cst.). Il existe, du moins pour une partie des libertés les plus importantes, des définitions matérielles de leur noyau intangible, donc suffisamment de critères d'analyse définis et praticables qui permettraient d'examiner la validité des projets de révision constitutionnelle. Le nombre des hypothèses dans lesquelles une révision constitutionnelle serait nulle augmente, mais dans une mesure raisonnable, ce qui renforce l'Etat de droit tout en préservant la démocratie directe. L'essence des droits fondamentaux ne va au-delà des garanties intangibles du droit international (les règles impératives du droit international et les droits qui ne souffrent aucune dérogation, même en état de nécessité) que dans la mesure où la Constitution suisse prévoit des droits spécifiques. Pour finir, et c'est là le but principal de la proposition, l'extension des limites matérielles à l'essence des droits fondamentaux contribuerait sensiblement à améliorer la cohérence de l'ordre juridique interne en prévenant les conflits entre certaines valeurs fondamentales contenues dans notre Constitution et le droit issu des initiatives populaires. Elle permettrait également d'éviter certains conflits avec le droit international, en particulier avec les traités importants de protection des droits de l'homme, dans la mesure où ceux-ci comprennent des dispositions dont le contenu correspond à l'essence des droits fondamentaux.

Le nouveau motif d'invalidité ne permettra cependant pas d'éviter tous les conflits potentiels entre le droit international et les projets de révisions constitutionnelles. Les initiatives populaires continueront à être déclarées valables lorsqu'elles contredisent des obligations de droit international mais qu'elles ne violent ni les règles impératives du droit international ni l'essence des droits fondamentaux. Par ailleurs, si la définition générale et la fonction de protection (absolue) de l'essence des droits

<sup>75</sup> «*Ob nun eine Norm – sei es ein Gesetz oder eine Initiative – hinreichend bestimmt, gerechtfertigt und verhältnismässig ist, vermag nicht das Volk und nicht das Parlament, sondern rechtsverbindlich nur der Richter zu entscheiden*» ; expertise ZDA, nm. 15.

<sup>76</sup> Voir ch. 1.1.4 et ch. 5.1.2 et, pour une motivation, le rapport additionnel, ch. 3.3, et le rapport, ch. 9.6.2.2. Notons aussi que le Conseil national a décidé le 13 avril 2011 de ne pas donner suite à l'initiative parlementaire 09.521 (Moret Isabelle, Validité des initiatives populaires. Décision juridique avant la récolte des signatures).

fondamentaux sont aujourd'hui parfaitement claires, on ne saurait en dire autant de la détermination concrète de son contenu, du moins pour une partie des droits visés. Notamment, ni la doctrine ni la jurisprudence ne donnent d'opinion unanime sur l'existence et l'étendue d'un noyau intangible des droits sociaux ou du principe d'égalité de traitement. L'essence des droits fondamentaux n'est donc pas un critère indiscutable dans tous les cas. Il est à noter toutefois qu'il en va de même, en droit constitutionnel actuel, pour les règles impératives du droit international. Par ailleurs, en cas d'adoption de la présente proposition, on peut s'attendre à ce que, petit à petit, le contenu de l'essence de chaque droit fondamental soit précisé par le constituant, voire par le législateur fédéral lorsque la Constitution attribue à celui-ci le mandat de concrétiser un droit fondamental (voir par ex. art. 8, al. 3, Cst.) ou par la jurisprudence.

Le Conseil fédéral est d'avis que l'extension des limites matérielles des révisions constitutionnelles à l'essence des droits fondamentaux est une solution appropriée et équilibrée pour atténuer les problèmes les plus délicats que peut poser le dépôt d'initiatives populaires contraires à certaines garanties fondamentales contenues dans la Constitution suisse et en droit international. En même temps, elle ménage les droits populaires, donc le principe démocratique, et correspond aux conceptions spécifiquement suisses des droits fondamentaux et des droits de l'homme.

Dans son rapport additionnel, le Conseil fédéral avait présenté d'autres solutions possibles. Il avait notamment examiné la possibilité de faire de l'interdiction des discriminations, fixée à l'art. 8, al. 2, Cst., un nouveau motif d'invalidité<sup>77</sup>. Le principe de non-discrimination est une valeur fondamentale de la Constitution. Il a été un facteur essentiel de l'intégration des différents groupes de population de la Confédération suisse dans un Etat unique et de la paix intérieure, laquelle est un des piliers de la stabilité et du succès de la Suisse. Pour la société actuelle, marquée toujours davantage par le pluralisme, la diversité culturelle et les migrations, se pose la question de savoir comment garantir au mieux à l'avenir ces qualités fédératrices de l'Etat suisse. Il faut souligner que deux initiatives populaires récentes et très débattues (l'initiative «pour des naturalisations démocratiques» et l'initiative contre les minarets) auraient été déclarées nulles si le principe constitutionnel de non-discrimination avait été une limite matérielle des révisions constitutionnelles. En fin de compte, le Conseil fédéral s'est prononcé contre cette option dans le rapport additionnel, après en avoir pesé les avantages et les inconvénients. D'abord parce qu'elle restreindrait considérablement les droits populaires; ensuite parce que quelques-uns des critères de discrimination, fixés à l'art. 8, al. 2, Cst., sont trop indéterminés pour que ce principe serve de limite matérielle. Pour les mêmes raisons, cette option n'est pas proposée non plus dans le cadre du présent projet. Le Conseil fédéral renonce également à proposer d'autres variantes examinées notamment dans son rapport du 5 mars 2010, principalement en raison de l'inadéquation ou du caractère par trop indéterminé des critères envisagés ou des restrictions trop importantes apportées au droit d'initiative<sup>78</sup>.

<sup>77</sup> Rapport additionnel, ch. 4.2.3 et surtout ch. 4.2.3.2.

<sup>78</sup> Voir rapport additionnel, ch. 4.1.

## 1.4 Rapport entre les tâches et les ressources nécessaires

En dehors d'une augmentation modeste des ressources en personnel de l'administration fédérale liée à l'introduction de l'examen matériel préliminaire, les présents projets ne nécessitent pas de moyens supplémentaires. Au vu des bénéfices attendus – meilleure compatibilité des initiatives populaires avec le droit international ainsi qu'avec certaines valeurs fondamentales présentes à la fois dans le droit international et dans la Constitution, meilleure information du citoyen et, en fin de compte, renforcement de la démocratie et de l'Etat de droit – et des faibles moyens nécessaires, les projets présentent un rapport coût – avantages positif.

## 1.5 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen

### Contrôle préalable et motifs d'invalidité

Peu de pays connaissent un instrument équivalent à l'initiative populaire constitutionnelle telle qu'elle est prévue au niveau fédéral en Suisse<sup>79</sup>. En ce qui concerne le contrôle préalable des initiatives populaires ou les motifs d'invalidité, il n'existe donc pas ou peu de points de comparaison. Quelques enseignements peuvent cependant être tirés de la situation dans les cantons suisses et dans la Principauté de Liechtenstein.

Tous les cantons suisses sont tenus, de par la Constitution fédérale (art. 51), de prévoir l'initiative populaire pour la révision de la constitution cantonale. Les initiatives populaires cantonales doivent être conformes à l'ensemble du droit supérieur, en particulier le droit fédéral<sup>80</sup>. Les cantons ne sont pas habilités à édicter d'autres limites matérielles. Ils ne peuvent pas non plus soustraire à la révision certaines parties de leur constitution<sup>81</sup>. Le contrôle préliminaire de l'initiative n'existe que dans certains cantons; là où il existe, il se limite généralement à un contrôle formel<sup>82</sup>. Le canton de St-Gall fait figure d'exception. Dans ce canton en effet, le gouvernement cantonal procède, avant la récolte des signatures, à un contrôle préalable qui s'étend à la conformité au droit supérieur<sup>83</sup>. Si le gouvernement cantonal déclare une initiative invalide, sa décision peut être contestée devant le Tribunal administratif cantonal puis, cas échéant, devant le Tribunal fédéral. Dans les autres cantons, la question de la validité matérielle de l'initiative est tranchée par le parlement cantonal

<sup>79</sup> Pour un aperçu synoptique, voir Hans-Urs Wili, *Volksrechte und Föderalismus im internationalen Vergleich*, LeGes, numéro spécial, Berne 1997, p. 15ss. L'initiative populaire existe notamment dans certains Etats fédérés aux Etats-Unis, avec parfois des procédures d'examen préalable (Californie, Massachusetts). La conception et la pratique de ces instruments dans les Etats américains sont cependant trop éloignées de celles prévalant en Suisse pour que des enseignements utiles puissent en être tirés.

<sup>80</sup> Yvo Hangartner/Andreas Kley, *Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zurich 2000, nm. 2011; Vincent Martenet, *L'autonomie constitutionnelle des cantons*, Bâle/Genève/Munich 1999, p. 59ss.

<sup>81</sup> Voir Etienne Grisel, *Initiative et référendum populaires*, 3e éd., Berne 2004, nm. 37 et les réf. citées, ainsi que Yvo Hangartner/Andreas Kley, *Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zurich 2000, nm. 1366ss.

<sup>82</sup> Voir par ex. art. 62 de la loi sur les droits politiques du canton de Berne.

<sup>83</sup> Voir les art. 36ss de la loi sur le référendum et l'initiative du canton de St-Gall, où le contrôle préalable porte également sur la conformité au droit (*Rechtmässigkeit*).



après la récolte des signatures<sup>84</sup>. En cas d'invalidation de l'initiative, le recours au Tribunal fédéral est ouvert.

La Principauté de Liechtenstein connaît l'instrument de l'initiative populaire tant au niveau constitutionnel qu'au niveau législatif<sup>85</sup>. Depuis 1992, la législation sur les droits politiques prévoit un contrôle préalable matériel des initiatives populaires par le Parlement<sup>86</sup>. Avant le début de la récolte des signatures, chaque initiative populaire lancée fait ainsi l'objet d'un examen de sa conformité à la Constitution et aux traités internationaux en vigueur. En cas de résultat négatif, le Parlement invalide l'initiative populaire. Cette décision peut faire l'objet d'un recours devant la Cour de justice.

On signalera en outre que depuis le 1<sup>er</sup> décembre 2009, date d'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, l'Union européenne connaît un instrument proche de l'initiative populaire, appelé initiative citoyenne<sup>87</sup>. Par une initiative citoyenne, un million au moins de citoyens de l'Union provenant d'au moins un quart des Etats membres peuvent inviter la Commission européenne à soumettre une proposition d'acte juridique de l'Union aux fins de l'application des traités<sup>88</sup>. Dans ce cadre, la Commission procède à ce que l'on peut assimiler à un contrôle préalable: avant le début de la collecte des signatures, la Commission doit vérifier que la proposition d'initiative citoyenne remplit un certain nombre de conditions formelles et matérielles. En particulier, elle ne doit pas être manifestement contraire aux valeurs de l'Union telles qu'énoncées à l'art. 2 du traité sur l'Union européenne, parmi lesquelles figurent le respect de la dignité humaine, la liberté, la démocratie, l'Etat de droit et le respect des droits de l'homme<sup>89</sup>. Si ces conditions ne sont pas remplies, la Commission refuse l'enregistrement de la proposition. Ce refus peut être contesté devant les tribunaux<sup>90</sup>. Du point de vue de ses effets juridiques, l'initiative citoyenne de l'Union européenne n'est cependant pas aussi contraignante que l'initiative populaire telle que nous la connaissons en Suisse, puisque, en cas d'aboutissement, la Commission n'est pas tenue d'entreprendre une action. Sa seule obligation consiste à motiver son refus d'agir.

### **Essence des droits fondamentaux**

La notion d'essence des droits fondamentaux a fait son apparition après la deuxième guerre mondiale dans la loi fondamentale allemande du 23 mai 1949 (*Grundgesetz*, GG). L'art. 19, al. 2 GG prévoit en effet que l'essence (*Wesensgehalt*) des droits fondamentaux est intangible<sup>91</sup>. Par la suite, la doctrine et la jurisprudence constitutionnelles suisses ont repris cette idée à leur compte<sup>92</sup>. Celle-ci a également trouvé place dans certaines constitutions cantonales révisées au cours des dernières décen-

<sup>84</sup> Etienne Grisel, *Initiative et référendum populaires*, 3e éd., Berne 2004, nm. 673.

<sup>85</sup> Voir art. 64 de la Constitution de la Principauté du Liechtenstein.

<sup>86</sup> Art. 70b de la loi du 17 juillet 1973 (*Gesetz über die Ausübung der politischen Volksrechte in Landesangelegenheiten*, VRG; LR 161).

<sup>87</sup> Art. 11, al. 4, du traité sur l'Union européenne et art. 24, al. 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

<sup>88</sup> Règlement (UE) n° 211/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 relatif à l'initiative citoyenne, JO L 65 du 11.3.2011, p. 1.

<sup>89</sup> Art. 4, al. 2, let. d, du règlement relatif à l'initiative citoyenne.

<sup>90</sup> Voir à ce sujet Roland Bieber, *Demokratisierung der EU*, SZIER 2011, S. 99–113.

<sup>91</sup> Art. 19, al. 2 GG: "In keinem Fall darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden".

<sup>92</sup> Jörg-Paul Müller, *Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten*, in: Thürer/ Aubert/ Müller, *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zurich 2001, nm. 60.

nies, notamment dans la constitution du canton de Berne<sup>93</sup>. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne contient également une référence à l'essence des droits fondamentaux puisque son art. 52 § 1 prévoit, à propos des limitations apportées aux droits et libertés reconnus par la Charte, que celles-ci doivent en tout cas respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés<sup>94</sup>. Des références à « l'essence » ou au « contenu essentiel » des droits fondamentaux figurent également dans diverses constitutions nationales, en tant que limite aux atteintes dont peuvent faire l'objet les droits fondamentaux<sup>95</sup>.

Certains pays connaissent des limites matérielles à la révision de leur constitution<sup>96</sup>. Ces limites sont de divers types, mais l'essence des droits fondamentaux n'en fait pas partie, y compris dans les pays qui utilisent cette notion en lien avec les restrictions des droits fondamentaux<sup>97</sup>. En Allemagne, l'art. 79, al. 3, GG, appelé aussi « clause d'éternité », prévoit un certain nombre de limites à la révision de la loi fondamentale<sup>98</sup>. Cette disposition ne consacre pas expressément l'essence des droits fondamentaux comme limite à la révision constitutionnelle mais se réfère notamment à la garantie de la dignité humaine. La doctrine et la jurisprudence interprètent généralement l'art. 79, al. 3, GG comme interdisant de porter atteinte aux droits fondamentaux dans la mesure où ils protègent une parcelle de la dignité humaine (*Menschenwürdegehalt*). Or l'essence des droits fondamentaux, dans la plupart des cas où elle a été définie, est étroitement liée à la dignité humaine<sup>99</sup>. Dès lors, par le biais de l'art. 79, al. 3, GG, l'essence de certains droits fondamentaux constitue en Allemagne une limite matérielle à la révision constitutionnelle.

## 1.6 Mise en œuvre

Projet A: cette modification de la LDP oblige les comités d'initiative à apposer sur les listes de signatures une mention standard sur la compatibilité de l'initiative

<sup>93</sup> Voir art. 28 al. 4 cst. BE. Egalement René Wiederkehr, *Die Kerngehaltsgarantie am Beispiel kantonaler Grundrechte*, Berne 2000, p. 1.

<sup>94</sup> Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JO C 83 du 30 mars 2010.

<sup>95</sup> Voir art. 18, al. 3 de la constitution de la République portugaise du 2 avril 1976; art. 53, al. 1 de la constitution du royaume d'Espagne du 27 décembre 1978; art. 31, al. 3 de la constitution de la république de Pologne du 2 avril 1997; art. 36, al. 1, let. a de la constitution de la République d'Afrique du Sud de 1996 qui contient, au surplus, une liste de droits auxquels il ne peut être dérogé quelles que soient les circonstances, art. 37, al. 5.

<sup>96</sup> Pour une vue synoptique, voir Hans-Urs Wili, *Volksrechte in den Staaten der Welt*, in: *LeGes*, numéro spécial, 1997, p. 11ss.

<sup>97</sup> En Pologne, en Espagne, et en Afrique du Sud, l'essence des droits fondamentaux ne constitue pas une limite à la révision constitutionnelle. Au Portugal, les révisions constitutionnelles sont sujettes à de nombreuses limites, qui incluent les droits et libertés des citoyens en général, voir art. 288, let. d ; une disposition semblable existe au Brésil, art. 60, al. 4, de la constitution du Brésil, 1988. L'art. 148, al. 2 de la constitution de Roumanie du 8 décembre 1991 interdit toute révision constitutionnelle qui aurait pour résultat la suppression des droits et libertés fondamentaux des citoyens.

<sup>98</sup> Art. 79, al. 3, GG: "Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig".

<sup>99</sup> Voir Bodo Pieroth, in: Hans Jarass/Bodo Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 3e éd., Munich 1995, Art. 79 GG, nm. 9, et Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band II/2, *Allgemeine Lehren der Grundrechte*, Munich 1994, p. 882.

populaire avec le droit international. Le libellé exact de cette mention sera fixé par le Conseil fédéral dans une ordonnance (voir, au ch. 2.1, le commentaire de l'art. 69, al. 5). D'autres dispositions d'exécution pourront concrétiser la procédure d'examen préliminaire. Pour le reste, les nouvelles dispositions légales sont directement applicables. Il en va de même du projet C: la mention standard sur la compatibilité de l'initiative populaire avec l'essence des droits fondamentaux constitutionnels sera fixée par le Conseil fédéral dans une ordonnance (voir, au ch. 2.3, le commentaire de l'art. 69, al. 5).

Projet B: les dispositions constitutionnelles concernant les conditions de validité des révisions constitutionnelles, y compris des initiatives populaires, sont directement applicables et ne nécessitent donc pas l'adoption de dispositions d'exécution, ni dans les lois, ni dans les ordonnances. L'art 75, al. 1, LDP, qui constitue une disposition déclaratoire répétant les motifs d'invalidité des initiatives populaires figurant à l'art. 139, al. 3, Cst., devra cependant être adapté.

Si l'essence des droits fondamentaux devient un nouveau motif d'invalidité des initiatives populaires, il incombera aux autorités fédérales de l'appliquer: au Conseil fédéral dans son message relatif à l'initiative populaire, et à l'Assemblée fédérale, compétente pour décider de l'invalidation. On ne peut cependant pas exclure que le constituant, voire dans certains cas le législateur, modifie ou précise le contenu de cette notion (voir ci-dessus, ch. 1.3).

Il pourrait être utile de faire une évaluation de l'efficacité de l'examen matériel préliminaire quelques années après son entrée en vigueur. Le Conseil fédéral y est habilité en tout temps en vertu de la clause d'exécution (art. 182, al. 2, Cst.) et de ses compétences en matière de surveillance (art. 187, al. 1, let. a, Cst.).

## **1.7 Classement d'interventions parlementaires**

Les modifications proposées de la Constitution et de la loi réalisent entièrement les objectifs des interventions parlementaires mentionnées au ch. 1.1.4.

## **2 Commentaire des dispositions**

### **2.1 Modification de la loi fédérale sur les droits politiques (projet A)**

#### *Préambule*

Le préambule de la LDP, qui mentionne toujours la constitution du 29 mai 1874 (aCst.), est remplacé par une référence aux dispositions de la Constitution du 18 avril 1999. Le préambule actuel cite les art. 44, 66, 72 à 74, 90 et 122 aCst., avec une note de bas de page indiquant qu'à ces dispositions correspondent actuellement les art. 39, 136, 149 et 192 Cst. Ces trois derniers articles sont des normes matérielles concrétisées dans la législation sur les droits politiques. Ils ne fondent pas de compétence fédérale; il est donc inutile de les citer dans le préambule de la loi. Seuls les al. 1 et 2 de l'art. 39 Cst. sont attributifs d'une compétence législative à la Confédération.

*Art. 68, al. 1, let. b et f (nouvelle)*

L'art. 68 décrit les conditions de forme applicables aux listes de signatures pour les initiatives populaires. Dans la décision qu'elle prend selon l'art. 69, al. 1, la Chancellerie fédérale récapitule ces conditions et constate que la liste de signatures examinée est conforme à la loi<sup>100</sup>. L'avant-projet impose trois conditions supplémentaires, sous la forme d'un complément à la let. b et d'une nouvelle let. f: devront être portés sur les listes de signatures le résultat de l'examen matériel préliminaire (mention standard), l'adresse Internet de la Feuille fédérale et un renvoi à l'avis commun de l'OFJ et de la DDIP, publié sur le site de la Chancellerie fédérale.

*Let. b* : selon la disposition actuelle, les listes de signatures doivent contenir «le titre et le texte de l'initiative, ainsi que la date de sa publication dans la Feuille fédérale». L'avant-projet y ajoute l'adresse Internet de la Feuille fédérale. Au moment où la Chancellerie fédérale rend sa décision, on ignore encore dans quel cahier et à quelle page de la Feuille fédérale la parution aura lieu, si bien qu'il n'est possible de porter sur les listes que l'adresse de la page d'accueil de cette publication<sup>101</sup>. La décision précisera comment cette référence doit être formulée sur les listes. Imprimée sur chaque liste de signatures, l'adresse Internet permettra aux personnes intéressées de vérifier rapidement le résultat officiel de l'examen formel et matériel.

*Let. f* : cette nouvelle disposition exige que le résultat de l'avis juridique commun de l'OFJ et de la DDIP sur la conformité au droit international soit mentionné sur les listes de signatures. Cette information sera un élément de décision supplémentaire pour les citoyens appelés à signer l'initiative populaire. Le comité d'initiative ne sera pas libre de formuler ce résultat en ses termes, il devra utiliser une mention standard qui se trouvera dans la décision et qui exprimera le résultat de l'examen de manière brève et uniforme (voir le commentaire de l'art. 69, al. 5). Par ailleurs, il importe que toutes les personnes intéressées puissent consulter facilement l'avis complet. Il sera publié sur le site de la Chancellerie fédérale le jour où la décision sera rendue (pour les conditions de la publication sur Internet, voir art. 69, al. 5)<sup>102</sup>. La décision constatant le résultat de l'examen préliminaire citera l'adresse de la rubrique du site où l'avis est publié, si bien que celui qui consultera la Feuille fédérale pourra trouver l'avis entier. Le comité d'initiative devra aussi imprimer cette référence sur les listes de signatures.

A part les conditions fixées à l'art. 68, al. 1, la forme à donner à la liste de signatures est libre, notamment pour ce qui est du format, de la présentation et des arguments. Les mentions exigées par la loi devront cependant être clairement lisibles et le comité devra veiller à choisir une taille de caractères et un mode de reproduction appropriés.

Si l'obligation de porter les mentions nécessaires sur les listes de signatures n'est pas respectée, l'art. 72, al. 2, let. a, permettra à la Chancellerie fédérale de déclarer nulle la liste incriminée<sup>103</sup>.

<sup>100</sup> Voir exemple dans FF **2012** 5393.

<sup>101</sup> Aujourd'hui <http://www.admin.ch/ch/f/ff/index.html>.

<sup>102</sup> Sans doute dans la rubrique existante [www.bk.admin.ch](http://www.bk.admin.ch) > Thèmes > Droits politiques > Initiatives populaires

<sup>103</sup> Voir Buser (note 34), p. 376.

*Art. 69, al. 4 (nouveau)*

Les textes de l'initiative ne sont pas transmis, mais *soumis* par la Chancellerie fédérale à l'OFJ et à la DDIP. Le choix de ce terme exprime le fait que la Chancellerie fédérale est le seul interlocuteur du comité d'initiative dans la procédure d'examen préliminaire (voir ch. 1.2.3). Mais bien que le projet attribue une fonction de coordination et de direction de la procédure à la Chancellerie fédérale et une fonction de soutien aux deux offices fédéraux, ces deux derniers demeurent responsables du contenu de leur avis commun.

L'examen matériel préliminaire commencera dès que les textes de l'initiative signés valablement par le comité et consolidés dans les trois langues seront disponibles. L'al. 4 s'insère ainsi logiquement dans la chronologie de l'art. 69. Les traductions devront être signées afin que l'examen matériel ne risque pas de porter sur une version non autorisée. Selon l'art. 68, al. 1, let. e, le comité est composé de sept à vingt-sept personnes ayant le droit de vote. La disposition proposée ici permet (2<sup>e</sup> phrase) que deux d'entre elles seulement signent conjointement chaque version au nom du comité, afin d'alléger la procédure. Il appartiendra au comité d'initiative de régler sous quelle forme ses membres sont habilités à signer, pour autant que cela ne découle pas de son organisation.

L'examen matériel préliminaire portera sur les règles impératives et non impératives pertinentes du droit international<sup>104</sup>.

*Art. 69, al. 5 (nouveau)*

L'OFJ et la DDIP seront responsables de l'examen matériel préliminaire. Ils élaboreront l'avis d'un commun accord. Si, à l'intérieur de ces deux offices, les services concernés ne peuvent pas s'entendre sur le contenu de l'avis, la procédure suivra les règles générales de la LOGA. Si nécessaire, ils pourront, sur des questions spécifiques, demander l'aide de l'office spécialiste du domaine sur lequel porte l'initiative, qui pourra par exemple indiquer les actes applicables du droit international ou donner des renseignements sur l'application du droit en vigueur et sur la pratique.

Le terme d'*avis* traduit le caractère consultatif du résultat de l'examen matériel. Les constatations de l'OFJ et de la DDIP ne lieront pas le comité d'initiative (voir ch. 1.2.4). La longueur de l'argumentation dépendra de la complexité des questions juridiques qui se posent mais obéira aussi au principe de célérité, concrétisé à l'al. 6, qui permettra de ne donner qu'un condensé des considérations. L'avis entier sera publié sur Internet (renvoi à l'al. 5 à l'art. 68, al. 1, let. f) pour que toute personne intéressée puisse comprendre le raisonnement ayant conduit au résultat exposé.

Vu l'objet de l'examen – règles impératives et non impératives du droit international – trois réponses sont possibles: incompatibilité avec les règles impératives du droit international; incompatibilité avec les règles non impératives du droit international; compatibilité avec le droit international. Le Conseil fédéral fixera la formulation exacte des trois mentions standard dans l'ODP<sup>105</sup> en vertu de sa compétence

<sup>104</sup> Voir ch. 1.1.2 et 1.1.3 pour les notions de règles impératives et non impératives du droit international et ch. 2.3 pour l'extension de l'objet de l'examen à l'essence des droits fondamentaux constitutionnels dans le projet C.

<sup>105</sup> RS 161.11

d'exécution<sup>106</sup>. Elles seront brèves et claires. Le Conseil fédéral a l'intention de choisir une formulation qui rappellera en des termes adéquats le caractère non contraignant de l'avis commun de l'OFJ et de la DDIP. L'inscription des mentions standard dans la décision de la Chancellerie fédérale et sur chaque liste de signatures (art. 68, al. 1, let. f) assurera l'information des citoyens. Elle permettra également d'ordonner - sous peine de la sanction prévue à l'art. 72, al. 2, let. a LDP - que la mention standard imprimée soit celle qui reflète correctement le résultat de l'avis commun.

L'examen matériel préliminaire vise à rendre plus compatibles le droit issu des initiatives populaires et le droit international. Il est essentiel à cet égard que le comité d'initiative puisse adapter son texte à la lumière de l'avis des autorités, plusieurs fois s'il le faut. La 3<sup>e</sup> phrase de l'al. 5 prévoit expressément cette possibilité et précise que ces adaptations sont possibles durant toute la durée de l'examen préliminaire, jusqu'à la communication de la décision (pour le déroulement de la procédure d'examen préliminaire, voir ch. 1.2.3).

#### *Art. 69, al. 6 (nouveau)*

La procédure actuelle de l'examen préliminaire est soumise à peu de conditions formelles; elle est influencée principalement par le calendrier, les besoins et la façon d'agir du comité d'initiative. L'examen matériel obéira lui aussi aux exigences de la *simplicité* et de la *rapidité*. L'al. 6 est rédigé de manière assez ouverte, afin de donner aux autorités une marge de manœuvre qui leur permettra d'être flexibles et de répondre aux besoins des citoyens. Il est possible d'esquisser le déroulement type de l'examen préliminaire (voir ch. 1.2.3) mais les autorités pourront s'en écarter si cela sert mieux les intérêts des auteurs de l'initiative, qui sont sans doute très divers.

La procédure peut aussi être réglée de manière ouverte parce que l'objet de l'examen préliminaire est défini concrètement: il est décrit à l'art. 69, al. 1, en relation avec l'art. 68, et à l'art. 69, al. 2, et 3, pour l'examen formel; il est constitué par le texte de l'initiative lui-même et les normes internationales pertinentes, pour l'examen matériel (voir art. 69, al. 4).

L'obligation que la procédure soit simple et rapide s'adresse d'abord à l'OFJ et à la DDIP: l'élaboration de leur avis commun sur la compatibilité de l'initiative populaire avec le droit international doit être pour eux une tâche prioritaire, pour que les temps de traitement évoqués dans le déroulement type de l'examen (ch. 1.2.3) soient respectés. On a vu qu'il n'est pas possible de fixer un délai de traitement dans la loi, car la durée totale de l'examen préliminaire dépend principalement de l'attitude du comité d'initiative et ne peut être réglée sur un plan général et abstrait. L'obligation d'agir rapidement s'adresse d'ailleurs aux seules autorités. Le comité d'initiative déterminera lui-même le temps qui lui est nécessaire pour discuter en son sein des informations reçues des autorités et pour entreprendre la suite des démarches.

La Chancellerie fédérale, responsable aujourd'hui uniquement de l'examen formel préliminaire, à l'avenir aussi instance de direction et de coordination de la procédure, contribuera à ce que celle-ci avance rondement, en restant disponible pour le comité d'initiative et pour les autorités chargées de l'examen matériel, et en choisissant des moyens de communication rapides (courrier électronique). S'il le faut, elle organisera une rencontre, en accord avec le comité d'initiative, l'OFJ et la DDIP.

<sup>106</sup> Voir art. 182 Cst. et art. 91, al. 1, LDP.

L'examen matériel préliminaire ne pourra avoir lieu avec le degré de qualité nécessaire et en temps voulu que si la Chancellerie fédérale, l'OFJ et la DDIP augmentent leurs ressources en personnel (plus de détails au ch. 3.1.2).

*Art. 69, al. 7*

La mention standard résumant l'avis commun de l'OFJ et de la DDIP sera publiée dans la Feuille fédérale en sus des indications actuelles: titre et texte de l'initiative, nom de ses auteurs.

*Art. 80, al. 3, 2<sup>e</sup> phrase (nouvelle)*

La décision rendue par la Chancellerie fédérale à l'issue de l'examen préliminaire, conformément à l'art. 69, al. 1, peut être attaquée devant le Tribunal fédéral. Les membres du comité d'initiative sont habilités à faire recours en vertu de l'art. 80, al. 3<sup>107</sup>. Or, le résultat de l'avis juridique commun de l'OFJ et de la DDIP - la mention standard - sera intégré dans cette décision (voir commentaire de l'art. 69, al. 5).

Les voies de droit contre la décision de la Chancellerie fédérale porteront cependant toujours sur le même objet (art. 80, al. 3, 1<sup>re</sup> phrase). La 2<sup>e</sup> phrase, nouvelle, exclut tout recours contre la mention standard résumant l'avis commun de l'OFJ et de la DDIP<sup>108</sup>. Le comité d'initiative ne pourra donc pas contester la décision de la Chancellerie fédérale au motif qu'elle ordonne l'impression d'une mention standard incorrecte ou que la motivation de l'avis juridique est erronée. Le Tribunal fédéral n'examinera pas, par exemple, des griefs tels qu'une erreur d'interprétation du droit international applicable ou du texte de l'initiative par les autorités chargées de l'examen préliminaire, ou une application erronée d'une règle de droit de la part de ces autorités. En cas de dénonciation au sens de l'art. 71 PA, l'autorité de surveillance ne se prononcera pas non plus sur ce type de griefs.

Selon l'art. 68, al. 1, let. f, le comité d'initiative est uniquement tenu d'inscrire la mention standard citée à l'art. 69, al. 5, sur toutes les listes de signatures. Il n'est pas lié par cette mention sur le fond (voir ch. 1.2.4), bien que celle-ci soit intégrée à la décision de la Chancellerie fédérale et publiée à la Feuille fédérale selon l'art. 69, al. 5 et 7. N'étant pas contraignante, la mention standard n'a pas le caractère d'une décision. Le comité d'initiative ne pourra donc pas non plus s'adresser à la Chancellerie fédérale pour demander une réévaluation du contenu de l'avis juridique, car seules des décisions peuvent donner lieu à de telles demandes<sup>109</sup>. Enfin, l'art. 80, al. 3, 2<sup>e</sup> phrase, est une disposition spéciale qui prime l'art. 25a PA (Décision relative à des actes matériels).

<sup>107</sup> Voir ch. 5.1 concernant la portée du recours contre la décision de la Chancellerie fédérale en vertu de l'art. 80, al. 3, LDP.

<sup>108</sup> Pour les motifs de ce choix, voir ch. 1.2.5; pour la constitutionnalité de l'art. 80, al. 3, LDP modifié, voir ch. 5.1.2.

<sup>109</sup> Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6<sup>e</sup> éd., Zurich 2010, nm. 1828, 1830.

*Art. 139, al. 3*

L'art. 139, al. 3, régit les conditions de validité des initiatives populaires tendant à la révision partielle de la Constitution. Aux conditions du respect de l'unité de la forme, de l'unité de la matière et des règles impératives du droit international, qui y figurent actuellement, s'ajoute celle du respect de l'essence des droits fondamentaux constitutionnels.

La notion d'essence des droits fondamentaux a été définie ci-dessus (ch. 1.2.6). Les droits fondamentaux concernés sont les droits fondamentaux *constitutionnels*, autrement dit ceux garantis par la Constitution fédérale, à l'exclusion d'autres actes, par exemple les constitutions cantonales.

L'essence des droits fondamentaux est une notion qui laisse une certaine place à l'interprétation. De plus, son contenu n'est pas fixé une fois pour toutes. Il appartiendra dès lors au Conseil fédéral et à l'Assemblée fédérale d'interpréter cette notion pour déterminer dans chaque cas d'espèce si une initiative populaire porte atteinte à l'essence d'un droit fondamental constitutionnel.

La décision sur la validité ou l'invalidité d'une initiative populaire appartient à l'Assemblée fédérale, qui se prononce lorsque l'initiative a abouti, c'est-à-dire après la récolte des signatures et après le dépôt de l'initiative. L'Assemblée fédérale dispose dans ce cadre d'une certaine marge d'appréciation pour interpréter les conditions énumérées à l'art. 139, al. 3. Si elle constate qu'une initiative ne respecte pas l'une de ces conditions, elle doit la déclarer nulle. A ce stade de la procédure, elle ne dispose alors plus d'aucune marge d'appréciation, si ce n'est celle de décider si l'initiative doit être invalidée totalement ou partiellement. L'invalidation partielle entre en ligne de compte lorsque l'élément vicié est secondaire et qu'il est possible de le séparer du reste de l'initiative<sup>110</sup>.

Pour les initiatives populaires tendant à la révision partielle de la Constitution, le non-respect des conditions de validité est donc assorti d'une sanction juridique - la nullité -, au contraire des propositions émanant d'autorités (voir ci-dessous).

*Art. 193, al. 4*

L'art. 193 traite de la révision totale de la Constitution. Comme toute révision constitutionnelle, celle-ci peut être proposée soit par les autorités, soit par le peuple (voir art. 138 Cst.).

Dans sa teneur actuelle, l'al. 4 précise que les règles impératives du droit international ne doivent pas être violées dans le cadre d'une révision totale. S'y ajoute l'obligation de respecter l'essence des droits fondamentaux. Le constituant conserve cependant la possibilité de réviser en tout temps cette limite. Cela signifie concrètement que si, dans le cadre d'une révision totale, le constituant souhaite renoncer à la limite matérielle que constitue l'essence des droits fondamentaux, ou déroger à cette limite, il devra avoir, au préalable, modifié les dispositions constitutionnelles établissant cette limite, par exemple dans le cadre d'une révision partielle préalable (voir ci-

<sup>110</sup> BO CE 120-121, *Frick, Koller*; Jean-François Aubert, Art. 139, in: Aubert/Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse* du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003, nm. 16.



dessus, ch. 1.2.6). En effet, les révisions totales, tout comme les révisions partielles d'ailleurs, doivent se conformer aux règles du jeu (règles procédurales et limites à la révision) fixées par la Constitution existante. Si le constituant entend, lors de la révision totale, ne pas se conformer à ces règles du jeu, il doit les modifier au préalable. Une révision simultanée n'est, par ailleurs, pas possible, car la validité d'une révision constitutionnelle, totale ou partielle, est examinée à la lumière des règles du jeu en vigueur et non des règles du jeu futures. D'où la nécessité d'une révision formelle en deux étapes.

Les deux limites matérielles que constituent les règles impératives du droit international et l'essence des droits fondamentaux n'ont de portée pratique que pour les projets de révision totale émanant des autorités. En effet, les initiatives populaires relatives à des révisions totales apparaissent sous la forme de suggestion générale, ce qui permet aux autorités fédérales d'élaborer la révision totale en harmonie avec les règles impératives du droit international ainsi qu'avec l'essence des droits fondamentaux<sup>111</sup>. L'Assemblée fédérale sera donc tenue de respecter les règles impératives du droit international et l'essence des droits fondamentaux constitutionnels lorsqu'elle élabore une révision totale de la Constitution. Au contraire des initiatives populaires tendant à la révision partielle, il n'y a cependant pas de sanction juridique en cas de non respect de ces conditions, ce qui n'enlève rien au caractère obligatoire de celles-ci<sup>112</sup>.

#### *Art. 194, al. 2*

L'art. 194 traite quant à lui des révisions partielles de la Constitution, beaucoup plus fréquentes que les révisions totales. Là aussi, la proposition peut émaner des autorités ou du peuple, sous la forme d'une initiative populaire tendant à la révision partielle (art. 139 Cst.). L'al. 2 précise que toute révision partielle, quel qu'en soit l'auteur, doit respecter le principe de l'unité de la matière et ne pas violer les règles impératives du droit international. Le respect de l'essence des droits fondamentaux constitutionnels constitue une exigence supplémentaire. Le constituant conserve cependant la possibilité de réviser en tout temps cette limite, à condition de procéder en deux étapes, autrement dit de réviser d'abord les dispositions régissant cette limite avant d'introduire des dispositions non conformes à celles-ci (voir ci-dessus, ch. 1.2.6).

Pour ce qui est des initiatives populaires, ces conditions de validité sont déjà prévues à l'art. 139, al. 3, Cst. L'art. 194, al. 2, ne constitue donc qu'un rappel. Mais ces conditions s'appliquent également aux projets de révision émanant des autorités<sup>113</sup>. Le Conseil fédéral, lorsqu'il propose aux Chambres un projet de révision partielle, et l'Assemblée fédérale, lorsqu'elle adopte celui-ci, seront donc tenus de respecter l'essence des droits fondamentaux constitutionnels ainsi que les règles impératives du droit international.

<sup>111</sup> Voir le message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I 1, 440.

<sup>112</sup> Voir rapport additionnel, ch. 2.4.4; également Jean-François Aubert, Art. 193, in: Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003, nm. 6.

<sup>113</sup> Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I 1, 442.

Même si, contrairement aux initiatives populaires, le non respect de ces conditions n'entraîne pas à proprement parler de sanction juridique, cela n'en diminue pas la valeur de l'obligation qu'a l'Assemblée fédérale de se conformer à ces limites matérielles<sup>114</sup>.

## **2.3 Modification de la loi fédérale sur les droits politiques (projet C)**

### *Art. 69, al. 4*

Si l'on instaure un examen matériel préliminaire des initiatives populaires (projet A) et que l'on étende les limites matérielles des révisions constitutionnelles à l'essence des droits fondamentaux constitutionnels (projet B), il sera nécessaire d'élargir le champ de l'examen matériel préliminaire. La modification de l'art. 69, al. 4, LDP prévue dans le projet C oblige l'OFJ et la DDIP à examiner la conformité des initiatives populaires non seulement au droit international mais aussi à l'essence des droits fondamentaux garantis par la Constitution. Cet examen peut déboucher sur deux résultats: soit la compatibilité, soit un conflit avec l'essence des droits fondamentaux. Une brève mention standard résumera ce résultat. Elle devra être inscrite dans la décision résultant de l'examen préliminaire et apposée sur les listes de signatures en plus de celle concernant la compatibilité avec le droit international.

L'examen de la compatibilité avec l'essence des droits fondamentaux prendra normalement moins de temps que celui de la compatibilité avec le droit international. L'examen n'en demandera pas moins un peu plus de travail dans l'ensemble (voir ch. 3.1.2). On ne doit cependant pas s'attendre à un allongement sensible de la procédure.

### *Art. 75, al. 1*

Cette norme est de nature déclaratoire. Elle récapitule les motifs d'invalidité des initiatives populaires fixés par la Constitution et en nomme la conséquence juridique, soit la déclaration de nullité, totale ou partielle, de l'initiative. Si le projet B est adopté et que la violation de l'essence des droits fondamentaux devient une limite matérielle de la validité des initiatives, l'art. 75, al. 1, doit être adapté en conséquence (voir aussi ch. 1.2.7).

## **3 Conséquences**

### **3.1 Conséquences pour la Confédération**

#### **3.1.1 En termes financiers**

En dehors des coûts liés à l'augmentation des ressources en personnel présentées ci-dessous (ch. 3.1.2), les projets A, B et C n'ont pas de conséquences financières pour la Confédération.

<sup>114</sup> Rapport additionnel, ch. 2.4.4.

### 3.1.2

### En termes de personnel

L'adoption du projet A (examen matériel préliminaire des initiatives populaires) entraînera pour l'administration un accroissement des tâches, essentiellement à la charge de l'OFJ et la DDIP, d'une part, et de la Chancellerie fédérale d'autre part. L'OFJ et la DDIP seront chargés de rédiger conjointement un avis juridique sur la compatibilité de l'initiative avec le droit international, impératif et non impératif. Tout comme le contrôle préalable formel effectué par la Chancellerie fédérale, cet examen doit être fait pour chaque initiative lancée, peu importe qu'elle soit par la suite retirée ou n'obtienne pas le nombre de signatures nécessaire. Sur la vingtaine d'initiatives lancées en moyenne chaque année, toutes ne représenteront pas la même charge de travail dans la perspective de leur examen matériel par l'OFJ et la DDIP. Certaines n'ont aucun lien avec le droit international et ne présentent donc pas de problèmes de conformité avec celui-ci. D'autres initiatives sont susceptibles de présenter des problèmes complexes de compatibilité avec le droit international, qu'il s'agira d'abord d'identifier, puis d'analyser, pour parvenir à une conclusion sur la compatibilité avec les règles impératives du droit international et avec le droit international ordinaire. L'introduction de l'examen matériel préliminaire entraînera également un surcroît de travail pour la Chancellerie fédérale qui, en sus de ses tâches liées à l'examen formel de l'initiative, sera chargée d'assurer la coordination entre l'OFJ et la DDIP d'une part, et le comité d'initiative d'autre part, ainsi que d'effectuer l'examen linguistique et la traduction des éventuelles modifications apportées au texte par le comité d'initiative suite aux remarques de l'OFJ et de la DDIP. De plus, le contrôle des listes de signatures au moment du décompte des signatures demandera un peu plus de temps, du fait de l'ajout d'une indication obligatoire supplémentaire dont la présence devra être vérifiée.

L'adoption du projet B (extension des motifs d'invalidité) entraînera pour l'administration une modeste augmentation des tâches dans la mesure où les messages du Conseil fédéral concernant les initiatives populaires devront désormais inclure un chapitre examinant le respect de l'essence des droits fondamentaux.

Au vu de ces considérations, les ressources supplémentaires nécessaires peuvent être estimées à trois postes à plein temps (300%), à répartir entre la Chancellerie fédérale (1,5 poste) et l'OFJ et la DDIP (0,75 poste chacun).

L'adoption du projet C aura également pour conséquence un certain accroissement des tâches, en particulier à la charge de l'OFJ et de la DDIP, qui devront étendre l'examen préalable matériel au respect de l'essence des droits fondamentaux.

#### Coûts

Département	Description succincte	Nombre de postes
Chancellerie fédérale	Tâches de coordination, de traduction et de contrôle liées à l'examen matériel préalable	1,5
DFAE	Rédaction de la prise de position relative à la conformité au droit international d'une initiative populaire (avec l'OFJ)	0,75
DFJP	Rédaction de la prise de position relative	0,75

### **3.1.3                   Autres conséquences**

L'introduction de l'examen matériel préliminaire pourra, selon les cas, prolonger la durée de la phase préparatoire, autrement dit celle qui précède le lancement d'une initiative. Elle n'aura en revanche aucune influence sur la durée du délai de 18 mois pour la récolte des signatures, qui démarre après l'examen préliminaire. Elle n'aura pas d'influence non plus sur les délais imposés par la loi au Conseil fédéral (art. 97, al. 1, let. a LParl) et à l'Assemblée fédérale (art. 100 LParl) pour traiter l'initiative populaire.

### **3.2                       Conséquences pour les cantons et les communes, les régions de montagne, l'économie, la société et l'environnement**

Le projet n'a pas de conséquences pour les cantons et les communes, non plus que pour les régions de montagne, l'économie, la société ou l'environnement.

## **4                         Relation avec le programme de la législature et avec les stratégies nationales du Conseil fédéral**

### **4.1                     Relation avec le programme de la législature**

Le projet est annoncé dans le message du 25 janvier 2012 sur le programme de la législature 2011 à 2015<sup>115</sup> et dans l'arrêté fédéral du 15 juin 2012 du même nom<sup>116</sup>.

### **4.2                     Relation avec les stratégies nationales du Conseil fédéral**

Il n'existe aucun lien avec les stratégies nationales du Conseil fédéral.

<sup>115</sup> FF 2012 349, p. 409 s. et 474.

<sup>116</sup> FF 2012 6667, p. 6669.

## **5 Aspects juridiques**

### **5.1 Constitutionnalité et légalité**

#### **5.1.1 Compétence fédérale et compatibilité avec les droits politiques et la liberté de vote**

Les modifications proposées de la LDP (projets A et C) se fondent sur l'art. 39, al. 1, Cst., selon lequel la Confédération règle l'exercice des droits politiques au niveau fédéral.

Le droit d'initiative a rang de droit fondamental. L'art. 34 Cst. garantit l'exercice des droits politiques, qui est concrétisé par des normes constitutionnelles et légales. Les règles relatives aux restrictions des droits fondamentaux et fixées à l'art. 36 Cst. s'appliquent par analogie aux droits politiques, comme c'est le cas pour les droits fondamentaux du domaine social<sup>117</sup>. On peut voir dans l'obligation de soumettre l'initiative populaire à un examen matériel préliminaire (non contraignant) et d'en publier le résultat une restriction du droit d'initiative. Cette restriction est cependant dans l'intérêt public et conforme au principe de proportionnalité, car l'examen matériel améliore la transparence et la qualité de la formation de l'opinion politique. La durée totale de l'examen préliminaire n'augmentera que peu, si bien qu'il sera toujours possible de réagir rapidement à l'actualité au moyen d'une initiative populaire<sup>118</sup>.

La liberté de vote inscrite à l'art. 34, al. 2, Cst. garantit que le résultat d'une votation exprime de manière fidèle et sûre la volonté des citoyens; il ne sera pas reconnu si tel n'est pas le cas. De plus, toute décision du peuple doit reposer sur un processus de formation de l'opinion aussi libre et complet que possible<sup>119</sup>. Les informations imparties par les autorités avant la votation doivent être objectives et équilibrées. La compétence attribuée à l'OFJ et à la DDIP de procéder à l'examen matériel des initiatives populaires sera limitée à un simple contrôle juridique par l'art. 69, al. 4 et 5, LDP. L'obligation faite par la Constitution aux autorités de donner une information objective pendant la procédure de l'initiative populaire sera respectée. Le fait d'examiner les initiatives populaires à un stade précoce contribuera à la sécurité du droit et renforcera les droits politiques tels qu'ils sont décrits à l'art. 34, al. 2, Cst.

#### **5.1.2 Compatibilité de l'exclusion des voies de droit avec la garantie de l'accès au juge**

##### **Recours contre la décision issue de l'examen préliminaire en droit actuel**

Les litiges relatifs aux droits politiques peuvent être portés devant un tribunal sur la base des art. 29a et 34 Cst.<sup>120</sup>. Les litiges portant sur une violation des dispositions fédérales et cantonales relatives aux droits politiques sont jugés en dernière instance

<sup>117</sup> Voir Giovanni Biaggini, *Kommentar BV*, Zurich 2007, Art. 34 nm. 5 s.; Gerold Steinmann, in: Ehrenzeller / Mastronardi / Schweizer / Vallender (édit.), *St. Galler BV-Kommentar*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2008, Art. 34 nm. 20.

<sup>118</sup> Michael Leupold / Michel Besson, *Gefährden Volksinitiativen die «gute Ordnung» der Verfassung?*, *LeGes* 2011, p. 396 et note de fin 24 (p. 405).

<sup>119</sup> ATF **136** I 364 consid. 2.1.

<sup>120</sup> ATF **137** II 177 consid. 1.2.3 ; **136** II 132 consid. 2.5.2.

par le Tribunal fédéral<sup>121</sup>. Pour des raisons de célérité de la procédure, les décisions relatives au droit de vote des citoyens et aux élections et votations populaires ne peuvent pas faire l'objet d'un recours au Tribunal administratif fédéral, si bien qu'il n'existe pas de double instance de recours dans ce cas<sup>122</sup>.

Le Tribunal fédéral connaît aussi en principe des recours contre les décisions de la Chancellerie fédérale en matière de droits politiques, aux termes de l'art. 82, let. c, en relation avec l'art. 88, al. 1, let. b, LTF<sup>123</sup>. En vertu de l'art. 80, al. 3, LDP, les membres du comité d'initiative peuvent attaquer la décision résultant de l'examen préliminaire fait par la Chancellerie fédérale lorsqu'elle concerne la validité formelle de l'initiative (art. 69, al. 1, LDP) ou son titre (art. 69, al. 2, LDP). On peut en déduire *a contrario* que les traductions de la Chancellerie fédérale et son contrôle de la concordance des textes ne peuvent pas faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral<sup>124</sup>. Les voies de droit sont aussi limitées contre les décisions de la Chancellerie fédérale concernant le non-aboutissement d'une initiative populaire (voir art. 80, al. 2, LDP).

### Existence d'une cause au sens de l'art. 29a, 1<sup>re</sup> phrase, Cst.

Le droit à l'accès au juge s'entend seulement d'une *cause* (art. 29a, 1<sup>re</sup> phrase, Cst.). Les litiges qui ne portent pas sur des droits ou obligations juridiques de particuliers ne sont pas concernés par la garantie de l'art. 29a Cst.<sup>125</sup>. Tout acte administratif ne donne pas droit à l'examen par un juge. L'examen matériel préliminaire se terminera par une constatation des autorités sous forme d'expertise. La mention standard en donnera le résultat en résumé. L'art. 68, al. 1, let. f, LDP enjoindra au comité d'initiative de porter cette mention, avec la référence à l'avis complet, sur toutes les listes de signatures. Si la mention manque, les signatures portées sur la liste en question ne seront pas valables (art. 72, al. 2, let. a, LDP). Ces caractéristiques font-elles d'un différend à ce sujet une cause au sens de l'art. 29a LDP ?

- Si le comité d'initiative s'oppose par exemple à l'obligation même d'imprimer la mention sur les listes de signatures, obligation incluse dans la décision résultant de l'examen préliminaire, il s'agit d'une cause au sens de l'art. 29a Cst. Par ailleurs, l'examen matériel pourrait aussi donner lieu à une cause au sens de l'art. 29a Cst. dans le cas où la décision de la Chancellerie fédérale sur l'aboutissement de l'initiative populaire au sens de l'art. 72 LDP serait contestée. Cela peut se produire si la mention standard obligatoire est, sur quelques listes de signatures, incomplète ou illisible et que la Chancellerie fédérale déclare nulles les signatures en question. Le litige pourra alors être porté devant le Tribunal fédéral si les conditions légales d'admissibilité du recours sont remplies. L'art. 80, al. 3, 2<sup>e</sup> phrase, LDP ne change rien à cela.

<sup>121</sup> Voir art. 189, al. 1, let. f, Cst. et art. 82, let. c, de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110).

<sup>122</sup> Art. 32, al. 1, let. b, de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF; RS 173.32) et message du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4000, 4185.

<sup>123</sup> RS 173.110

<sup>124</sup> Voir Etienne Grisel, Initiative et référendum populaires, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2004, nm. 141; Buser (note 34), p. 396.

<sup>125</sup> ATF 136 I 323 consid. 4.3; Christina Kiss, Rechtsweggarantie und Totalrevision der Bundesrechtspflege, RSJB 1998, p. 292.

- L’avis juridique commun de l’OFJ et de la DDIP n’a pas d’effet contraignant (voir ch. 1.2.4). Le comité peut poursuivre sa tâche et les citoyens signer l’initiative même s’il est négatif. Cependant, l’objectif de l’avis est bien d’avoir un effet sur la position juridique des individus, par exemple sur la formation de l’opinion et sur la disponibilité à signer l’initiative. On ne peut donc nier que les auteurs de l’initiative et les citoyens aient en jeu un intérêt véritable qui «se trouve dans une certaine relation de proximité avec le droit»<sup>126</sup>. Un litige sur le contenu de l’avis de l’OFJ et de la DDIP pourrait donc éventuellement être qualifié de cause au sens de l’art. 29a, Cst. Cette question peut cependant rester ouverte, puisqu’une clause d’exception au sens de l’art. 29a, 2<sup>e</sup> phrase, Cst. permet d’exclure l’accès au juge.

### **Exclusion par la loi de l’accès au juge dans des cas exceptionnels**

La loi peut exclure l’accès au juge *dans des cas exceptionnels*, même en présence d’une cause, aux termes de l’art. 29a, 2<sup>e</sup> phrase, Cst.<sup>127</sup>. Une règle particulière s’applique aux actes de l’Assemblée fédérale et du Conseil fédéral: selon l’art. 189, al. 4, Cst., ils ne peuvent en principe pas être portés devant le Tribunal fédéral (1<sup>re</sup> phrase) mais la loi peut déterminer des exceptions (2<sup>e</sup> phrase). Par exemple, les décisions du Conseil fédéral concernant les dates de votation ne peuvent pas faire l’objet d’un recours. Il n’est pas non plus possible de contester directement les explications du Conseil fédéral concernant les objets soumis à une votation<sup>128</sup>. La décision de l’Assemblée fédérale sur la validité des initiatives populaires, prévue à l’art. 173, al. 1, let. f, Cst., n’est pas soumise à l’examen judiciaire; selon le droit en vigueur, elle est définitive. Lors de la réforme de la justice, on a choisi de ne pas statuer à ce sujet d’exception se fondant sur l’art. 189, al. 4, 2<sup>e</sup> phrase, Cst. Malgré certaines critiques émanant de la doctrine<sup>129</sup>, il n’est pas prévu de remettre en question le caractère définitif de la décision de l’Assemblée fédérale lors de l’instauration de l’examen matériel préliminaire.

L’avis juridique commun de l’OFJ et de la DDIP est un acte de l’administration, et non pas un acte du gouvernement ou du Parlement, selon les termes de l’art. 189, al. 4, 1<sup>re</sup> phrase, Cst. Il n’est donc pas immunisé en principe contre les recours. Mais s’il était sujet à recours, le Tribunal fédéral devrait, encore avant la récolte des signatures, rendre un jugement sur la compatibilité de l’initiative populaire avec le droit international et l’essence des droits fondamentaux constitutionnels, donc, éventuellement, se prononcer avec force de chose jugée sur la validité de l’initiative populaire. Il devrait donc se prononcer en dernière instance sur des questions qui ne doivent justement pas être tranchées définitivement au stade de la récolte des signatures. Le caractère purement consultatif de l’avis serait perdu. Si la question de la validité de l’initiative se posait, la décision à ce sujet serait anticipée et passerait de l’Assemblée fédérale au Tribunal fédéral car, du fait de la séparation des pouvoirs, il n’est pas imaginable que l’Assemblée fédérale décide de nouveau de la validité

<sup>126</sup> L’expression est de Müller /Schefer (note 15), p. 914 : «*in einem gewissen Näheverhältnis zum Recht*».

<sup>127</sup> Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 531; plus de détails dans Esther Tophinke, Bedeutung der Rechtsweggarantie für die Anpassung der kantonalen Gesetzgebung, ZBl 2006, p. 98 à 108.

<sup>128</sup> ATF 138 I 61 consid. 7.2 à 7.4; voir les travaux préparatoires des Chambres: BO 1976 E 518.

<sup>129</sup> Andreas Kley, St. Galler BV-Kommentar (note 117), Art. 29a nm. 31; Walter Haller, St. Galler BV-Kommentar (note 117), Art. 189 nm. 60.

