

La validité des initiatives populaires fédérales

Le salut par des limites autonomes à la révision de la Constitution fédérale?

VINCENT MARTENET

Sommaire

I.	Introduction.....	149
II.	Des limites autonomes supérieures?	150
	1. Le contenu envisageable.....	150
	2. <i>De constitutione lata</i> ou <i>de constitutione ferenda</i> ?	150
	3. Appréciation critique	152
	a) Le rôle décisif des limites hétéronomes	153
	b) Les incertitudes liées aux limites autonomes	154
	c) Une limitation excessive des droits populaires	155
III.	Des limites autonomes inférieures?	156
	1. Le contenu envisageable.....	156
	2. <i>De constitutione lata</i> ou <i>de constitutione ferenda</i> ?	156
	3. Appréciation critique	158
	a) Les conséquences trop lourdes de la nullité	158
	b) Les raisons d'une éventuelle réforme	158
	c) L'initiative populaire législative	159
	d) La rétrogradation d'une initiative constitutionnelle.....	160
IV.	Conclusion	162

I. Introduction

La discussion sur le contrôle et les conditions de validité des initiatives populaires fédérales bat son plein. Elle porte en particulier sur le moment du contrôle, sur l'organe ou les organes chargés de l'effectuer et sur un éventuel renforcement de ces conditions. Ce dernier point soulève diverses questions, en particulier celle de la nature des limites matérielles du droit d'initiative. Faut-il se contenter de limites *hétéronomes* – quitte à les augmenter – ou compléter celles-ci par des limites *autonomes* à la révision de la Constitution fédérale du 18 avril 1999¹?

La problématique des limites autonomes renvoie à la conception même que l'on a de la constitution au sein d'un Etat. En relation avec le droit d'initiative populaire tel qu'on le connaît en Suisse, elle invite à une réflexion

¹ Ch. féd.; RS 101.

sur l'accès du peuple ou, plus exactement, d'une partie de celui-ci à ce texte fondamental. Se justifie-t-il de le restreindre en posant des limites autonomes supérieures ou inférieures à la révision de la Constitution fédérale? Cette question sera examinée dans la présente contribution, rédigée en hommage au Professeur Andreas Auer, notre directeur de thèse. Plusieurs initiatives récentes illustreront les différentes étapes de l'analyse.

II. Des limites autonomes supérieures?

1. Le contenu envisageable

Instaurer des limites autonomes supérieures revient à rendre intangibles divers règles ou principes constitutionnels. Ces limites résultent de la constitution elle-même et non pas de textes internationaux auxquels elle renverrait. En ce sens, elles sont *autonomes*. Elles ferment la voie de la révision constitutionnelle lorsque celle-ci conduirait à les enfreindre. En ce sens, elles sont *supérieures*.

Plusieurs limites autonomes supérieures entrent éventuellement en ligne de compte, trois en particulier. En premier lieu, l'essence des droits fondamentaux au sens de l'article 36 al. 4 de la Constitution fédérale pourrait constituer une telle limite. D'ailleurs, cette disposition est probablement la candidate la plus sérieuse à un tel statut. En deuxième lieu, certains droits fondamentaux garantis aux articles 7 ss de la Constitution fédérale pourraient être expressément considérés ou même désignés comme des limites autonomes à la révision de la Constitution fédérale. En troisième lieu, un tel traitement pourrait viser tout ou partie des valeurs ou principes fondamentaux de la Constitution fédérale, étant précisé qu'il s'agirait, dans une telle hypothèse, de définir plus précisément en quoi les unes ou les autres seraient reconnus comme intangibles.

2. De *constitutione lata* ou de *constitutione ferenda*?

Les conditions de validité des initiatives populaires fédérales sont énumérées à l'article 139 al. 3 de la Constitution fédérale, qui enjoint à l'Assemblée fédérale de déclarer totalement ou partiellement nulle une initiative qui «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». L'initiative doit en outre être réalisable² ou, pour être plus exact, ne pas être manifestement irréalisable³. Une grande prudence est de mise sur ce point⁴.

² Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, du 20 novembre 1996 : FF 1997 I 1 ss, 453.

Les règles impératives du droit international³ ne se limitent pas au seul *jus cogens* universel, comme l'admet aujourd'hui à juste titre le Conseil fédéral⁴, même si l'article 139 al. 3 de la Constitution fédérale ne saurait évidemment être interprété de façon à inclure des pans entiers du droit international liant la Suisse ou, *a fortiori*, l'ensemble de celui-ci. A titre d'illustration, une initiative tendant au rétablissement de la peine de mort en Suisse devrait être invalidée par l'Assemblée fédérale, même si l'interdiction de la peine de mort ne fait pas partie du *jus cogens* sur le plan universel. Les Chambres pourraient s'appuyer sur les Protocoles n^{os} 6 et 13 à la Convention européenne des droits de l'homme, pour lesquels aucune réserve n'est admise⁵ et auxquels aucune dérogation n'est autorisée⁶. Ils forment aujourd'hui des règles fondamentales et impératives sur le plan européen⁷.

L'article 139 al. 3 de la Constitution fédérale ne permet pas de déclarer totalement ou partiellement nulle une initiative populaire uniquement parce que celle-ci serait contraire à un droit fondamental ou un principe de rang *constitutionnel*. L'instauration d'une ou plusieurs limites autonomes supérieures de ce type limiterait l'accès du peuple à la Constitution fédérale et représenterait une modification importante de celle-ci, qui ne saurait résulter d'une seule évolution de la pratique de l'Assemblée fédérale⁸. Un éventuel changement sur ce point passe donc par une révision de la Constitution fédérale⁹. Il n'équivaut pas à la règle non écrite permettant aux Chambres fédérales d'invalider une initiative populaire manifestement irréalisable. Cette dernière limite était inspirée par des considérations pragmatiques et a même été qualifiée d'«évidente» par le Conseil fédéral, au point de ne pas l'inscrire expressément dans la Constitution fédérale¹⁰.

³ Dans le même sens, Thomas Gächter, *Rechtsetzung*, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (édit.), *Staatsrecht*, Zurich/St-Gall 2011, p. 290-320, 303, n^o 75.

⁴ Comp. Jean-François Aubert in: Jean-François Aubert/Pascal Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale*, Zurich/Bâle/Genève 2003, n^o 10 ad art. 139.

⁵ Voir aussi art. 193 al. 4 et 194 al. 2 *Const. féd.*

⁶ Rapport du Conseil fédéral sur la relation entre le droit international et le droit interne, du 5 mars 2010: FF 2010, p. 2067 ss, 2116 s.; voir aussi le rapport additionnel du Conseil fédéral, du 30 mars 2011: FF 2011, p. 3401 ss, 3414. Dans le même sens, René Rhinow/Markus Schefer, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 2^e éd., Bâle 2009, p. 98, n^o 469; pour une analyse plus restrictive, voir notamment Helen Keller/Markus Lanter/Andreas Fischer, *Volksinitiativen und Völkerrecht: die Zeit ist reif für eine Verfassungsänderung*, ZBl 2008, p. 121-154, 138.

⁷ Art. 4 du Protocole n^o 6 (RS 0.101.06); art. 3 du Protocole n^o 13 (RS 0.101.093).

⁸ Art. 3 du Protocole n^o 6; art. 2 du Protocole n^o 13.

⁹ Rapport additionnel précité (n. 6): FF 2011, p. 3414; voir aussi Chiara Piras/Stephan Breitenmoser, *Das Verbot der Todesstrafe als regionales jus cogens*, PJA 2011, p. 331-338.

¹⁰ Dans le même sens, Giovanni Biaggini, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zurich 2007, n^o 17 ad Art. 139.

¹¹ Voir notamment Andreas Auer, *Direkte Demokratie und Rechtsstaat*, in: Giovanni Biaggini/Georg Müller/Jörg Paul Müller/Felix Uhlmann (édit.), *Demokratie – Regierungsreform – Verfassungsbildung*, Symposium für René Rhinow, Bâle 2009, p. 31-42, 40.

¹² Message précité (n. 2): FF 1997 I 453.

La grande question de *constitutione lata* s'agissant de la problématique qui nous occupe porte sur la relation entre les articles 36 al. 4 et 139 al. 3 de la Constitution fédérale. En vertu de la première disposition, «[l']essence des droits fondamentaux est inviolable». La seconde ne s'appuie pas sur ce noyau intangible, mais, comme nous l'avons vu, sur les règles impératives du droit international. Ce choix du constituant doit être respecté, avec deux précisions cependant. D'une part, la législation mettant en œuvre une révision constitutionnelle ainsi que son application doivent respecter le droit supérieur, y compris l'essence des droits fondamentaux de la Constitution fédérale si tant est que cette essence ne découle pas déjà du droit international liant la Confédération. Le cas échéant, une révision constitutionnelle ne pourra pas être appliquée telle quelle ou ne le sera que partiellement. S'agissant de la législation fédérale de mise en œuvre d'une révision constitutionnelle, l'article 36 al. 4 précité forme, à notre sens, une réserve par rapport à la règle générale de l'article 190 de la Constitution fédérale¹³. D'autre part, une certaine concordance pratique ou systémique peut s'établir entre les articles 36 al. 4 et 139 al. 3 de la Constitution fédérale. Ainsi, ce qui constitue véritablement l'essence des droits fondamentaux sur le plan universel, voire sur le plan européen – et en même temps sur le plan fédéral suisse, mais non sur celui-ci seulement –, influe sur l'interprétation de la notion de «règles impératives du droit international» au sens de l'article 139 al. 3¹⁴ ainsi que des articles 193 al. 4 et 194 al. 2 de la Constitution fédérale, lesquels énoncent le même critère. Cette approche permet de (ré)concilier dans une importante mesure¹⁵ deux exigences essentielles de la Constitution fédérale, à savoir le respect des règles impératives du droit international et celui de l'essence des droits fondamentaux. Elle participe d'une interprétation de la Constitution fédérale comme *un tout*.

3. Appréciation critique

Faut-il introduire dans la Constitution fédérale, par le biais d'une révision de celle-ci, des *limites autonomes supérieures* et ériger celles-ci en conditions de validité des initiatives populaires fédérales? A notre sens, un grand scepticisme est de mise sur ce point, pour trois motifs au moins.

¹³ Vincent Martenet, La réalisation des droits fondamentaux dans l'ordre juridique suisse, RDS 2011 I 243 ss, 254; comp. Jörg Paul Müller, Verfassung und Gesetz: Zur Aktualität von Art. 1 Abs. 2 ZGB, recht 2000 (numéro spécial), p. 119 ss, 127 et 129.

¹⁴ Le Conseil fédéral fait nettement un pas dans ce sens (voir le rapport précité [n. 6]: FF 2010, p. 2116 s.).

¹⁵ L'art. 36 al. 4 Cst. féd. doit cependant être interprété de manière autonome, si bien que l'essence des droits fondamentaux au sens de cette disposition comporte sans doute une dimension purement helvétique.

a) Le rôle décisif des limites hétéronomes

Certaines initiatives ont été considérées comme problématiques ces dernières années parce qu'elles ne tenaient pas compte d'engagements internationaux de la Suisse, en particulier sur le plan des droits fondamentaux. La réflexion porte par conséquent avant tout sur les limites *hétéronomes*. Là se situe – et doit se situer à notre avis – le cœur de la réflexion *de constitutione ferenda* et, dans une certaine mesure, *lata*¹⁶. L'examen de la validité d'une initiative populaire à l'aune d'autres règles du droit international que celles actuellement considérées comme «impératives» se justifie certainement¹⁷. Toute la question consiste à déterminer dans quelle mesure. Le droit international des droits de l'homme liant la Confédération – notamment la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950¹⁸ sur le continent européen – mérite sans doute une attention particulière¹⁹, étant précisé que si cette piste était suivie, la nullité ne frapperait que les initiatives violant manifestement ces droits et non pas celles qui leur porteraient uniquement atteinte lorsque des restrictions sont admissibles.

Une telle extension priverait largement de portée pratique d'éventuelles limites autonomes supérieures se rapportant à tout ou partie des droits fondamentaux garantis aux articles 7 ss de la Constitution fédérale. L'interdiction des minarets²⁰, l'internement à vie des délinquants sexuels ou violents qualifiés d'extrêmement dangereux et non amendables²¹, ainsi que le renvoi des étrangers criminels²² permettent d'illustrer ce point. Ces normes constitutionnelles, qui ont toutes pour origine une initiative populaire, posent divers problèmes au regard du droit international, en particulier de la Convention européenne des droits de l'homme et du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques²³. Le droit international humanitaire – en particulier le principe de non-refoulement qui est considéré comme une

¹⁶ Comp. Yvo Hangartner, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastrosardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar*, 2^e éd., Zurich et al. 2008, n° 16 ad Vorbemerkungen zu Art. 192-195.

¹⁷ Voir notamment Keller/Lanter/Fischer (n. 6), p. 142-149; Maya Hertig Randall, *L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle: défis et perspectives*, RDS 2010 II 221-380, 347 a. et 354-356.

¹⁸ CEDH; RS 0.101.

¹⁹ Comp. Hertig Randall (n. 17), p. 355, qui préconise de se fonder sur la notion d'«ordre public européen», en précisant que la CEDH et les traditions constitutionnelles nationales des États européens serviraient de sources d'inspiration. Cette notion permettrait-elle d'éviter la distinction entre les limites hétéronomes et autonomes? En d'autres termes, se justifierait-il d'annuler une initiative populaire potentiellement compatible avec l'ensemble de la CEDH, mais contraire, par hypothèse, à une tradition constitutionnelle très largement répandue en Europe, sans se demander en même temps si la Constitution fédérale s'inscrit dans cette tradition? Répondre par l'affirmative serait tout de même fort restrictif.

²⁰ Art. 72 al. 3 Cst. féd. (initiative acceptée en votation populaire le 29 novembre 2009).

²¹ Art. 123a Cst. féd. (initiative acceptée en votation populaire le 8 février 2004).

²² Art. 121 al. 3 à 6 Cst. féd. (initiative acceptée en votation populaire le 28 novembre 2010).

²³ Pacte ONU II; RS 0.103.2.

règle impérative du droit international²⁴ –, la Convention relative aux droits de l'enfant²⁵ et l'Accord du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes²⁶ méritent également une mention ici en relation avec l'initiative sur le renvoi des étrangers criminels²⁷. Reste-t-il vraiment une place à une analyse distincte, avec des conséquences pratiques propres, sur le terrain d'éventuelles limites autonomes supérieures à la révision de la Constitution fédérale? Cela paraît au mieux fort douteux, la distinction entre les limites hétéronomes et les limites autonomes étant de toute façon largement artificielle sur ce point²⁸.

Il est évidemment toujours possible de créer des exemples théoriques. Ainsi, une initiative populaire tendant à abolir la propriété privée en Suisse irait à l'encontre d'une garantie interne essentielle²⁹, sur laquelle repose l'ordre juridique et social de notre pays. Une limite autonome supérieure présenterait éventuellement un intérêt à l'encontre d'une telle initiative, à tout le moins tant que la Suisse n'a pas ratifié le Protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme. Cela dit, il n'est pas exclu que cette initiative soit jugée manifestement irréalisable et déclarée nulle pour ce motif. Toujours est-il que de tels exemples extrêmes ne suffisent pas à justifier une révision de la Constitution fédérale.

b) Les incertitudes liées aux limites autonomes

En raison de la portée très large des droits fondamentaux garantis par le droit international liant la Suisse, celui-ci représente un bassin suffisant de limites hétéronomes potentielles dans lequel le constituant peut puiser. Il est douteux que la Constitution fédérale soit susceptible de fournir, en la matière, des limites purement autonomes justifiant de fermer la voie de la révision constitutionnelle³⁰. L'éventuel apport matériel de limites autonomes supérieures

²⁴ Voir notamment Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hotteletier, *Droit constitutionnel suisse*, vol. 1, 2^e éd., Berne 2006, p. 251 s., n° 751.

²⁵ CDE; RS 0.107.

²⁶ ALCP; RS 0.142.112.681.

²⁷ Message du Conseil fédéral du 24 juin 2009 concernant cette initiative: FF 2009, p. 4571 ss, 4576 s. et 4580-4586.

²⁸ Voir, dans une optique plus large, Hertig Randall (n. 17), p. 355.

²⁹ Art. 26 Cat. féd.; art. 641-729 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210).

³⁰ Les art. 26 (garantie de la propriété) et 27 (liberté économique) de la Constitution fédérale sont certes dépourvus de pendant en droit international des droits de l'homme liant la Suisse, étant entendu que divers aspects de la liberté économique résultent notamment de l'article 10 CEDH (liberté d'expression). Mais, sous réserve d'hypothèses purement théoriques, se justifierait-il de déclarer nulle une initiative uniquement parce qu'elle serait contraire à ces droits, voire à l'essence de ceux-ci? A titre d'illustration, l'initiative populaire fédérale «1.12 – Pour des salaires équitables», aux termes de laquelle «le salaire le plus élevé dans une entreprise ne peut être plus de douze fois supérieur au salaire le plus bas versé dans la même entreprise» (texte in: FF 2009, p. 6039), porte une atteinte frontale et sans doute disproportionnée à la liberté contractuelle, laquelle est englobée dans la liberté

serait plutôt à rechercher dans les *valeurs* ou *principes* fondamentaux de la Constitution fédérale. Eriger tout ou partie de ces valeurs ou principes en limites autonomes supérieures à la révision de celle-ci³¹ ne faciliterait pas – c'est un euphémisme – la tâche de l'Assemblée fédérale ou celle d'un autre organe auquel la compétence aurait été transférée. Quels sont ces valeurs ou principes fondamentaux? Que signifient-ils concrètement? A partir de quel degré d'atteinte à l'un ou l'autre d'entre eux la nullité d'une initiative devrait-elle être prononcée? Une analyse approfondie se justifierait pour chaque valeur ou principe. De telles limites créeraient une grande incertitude pour les initiants et confèreraient une compétence mal définie et floue à l'organe chargé de statuer sur la validité des initiatives populaires fédérales³².

En outre, d'éventuelles limites liées aux valeurs ou principes fondamentaux de la Constitution fédérale ne régleraient pas la plupart des problèmes auxquels plusieurs initiatives populaires récentes confrontent notre ordre constitutionnel. A titre d'illustration, l'interdiction des minarets ou le renvoi des criminels étrangers revêtent un caractère discriminatoire et marquent une intolérance à l'égard d'une minorité religieuse et de certains étrangers. En quoi consisterait exactement une valeur ou un principe de tolérance dans une Constitution qui, dans ses versions antérieures, a longtemps été anticléricale et qui ne contient aucune norme d'intégration des minorités religieuses ou de la population étrangère³³? Déduire de la Constitution fédérale un tel principe allant au-delà de ce qui résulte de toute façon du droit international des droits de l'homme liant la Suisse est une entreprise dogmatiquement et historiquement hasardeuse, si louable soit-elle.

c) Une limitation excessive des droits populaires

Enfin, la Constitution fédérale est ouverte sur le peuple grâce notamment au droit d'initiative populaire. Si un élargissement des limites hétéronomes à la révision de la Constitution fédérale se justifie certainement, comme nous l'avons indiqué plus haut, il ne devrait pas être complété par la création de

économique, et s'accorde peu avec le principe de cette dernière (Message du Conseil fédéral relatif à cette initiative, du 18 janvier 2012: FF 2012, p. 503 ss, 527). Serait-il opportun d'empêcher le peuple et les cantons de se prononcer à son sujet? A notre sens, il est préférable de les laisser s'exprimer, même si l'initiative n'est guère convaincante.

³¹ Voir notamment Alain Griffel, *Vom Umgang mit verfassungswidrigen Volksinitiativen*, NZZ du 9 décembre 2009, qui préconise une réforme de la Constitution fédérale de façon à permettre l'invalidation des initiatives populaires contraires à ses valeurs fondamentales («Grundwerte»); pour une approche similaire, voir Yvo Hangartner/Andreas Kley, *Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zurich 2000, p. 200-208, n° 483-496.

³² Pour une analyse similaire, voir Office fédéral de la justice, *Conditions de validité des initiatives populaires et limites matérielles à la révision de la Constitution fédérale*, JAAC 1/2012.4, p. 72-89, 88.

³³ S'agissant des enfants et des jeunes en général, cf. art. 41 al. 1 let. g Cst. féd.

limites autonomes supérieures se rapportant à des valeurs ou principes fondamentaux de la Constitution fédérale³⁴.

Le fédéralisme, qui est certainement l'un des principes fondamentaux de la Constitution fédérale, permet d'illustrer notre propos. Se justifierait-il de renoncer à soumettre au peuple et aux cantons une initiative populaire conduisant à une forte centralisation du pouvoir étatique? Quel motif impérieux commanderait-il d'empêcher le débat démocratique en la matière? Une telle initiative, pour autant évidemment qu'elle respecte l'unité de la matière³⁵, fait précisément partie de celles qui vivifient la démocratie suisse. Le dernier mot à son égard revient au constituant et non pas à l'Assemblée fédérale ou à un autre organe auquel la compétence de statuer sur la validité des initiatives populaires serait transférée.

III. Des limites autonomes inférieures?

1. Le contenu envisageable

Les limites autonomes *inférieures* impliquent essentiellement d'exiger qu'une règle atteigne une certaine importance pour mériter de figurer dans une constitution. Il est cependant extrêmement difficile de définir de manière abstraite ou même concrète ce seuil. L'organe chargé d'assurer le respect de telles limites jouit inmanquablement d'une certaine marge d'appréciation puisqu'il n'est pas possible de rigidifier celle-ci par des critères précis et indiscutables. Aussi est-il permis de se demander d'emblée s'il n'est pas préférable de laisser au constituant le soin de trier le bon grain de l'ivraie.

Une variante des limites autonomes inférieures revient à exclure qu'entrent, dans la constitution d'un Etat, des normes civiles, pénales ou administratives. On observera néanmoins qu'une telle limitation ferme la porte à des normes de portée horizontale. Une telle solution manque certainement de nuance.

Il serait aussi envisageable de ne permettre qu'aux règles générales et abstraites de faire partie d'une constitution. Les actes de nature décisionnelle en seraient par conséquent exclus. Toutefois, la délimitation entre les unes et les autres d'avère parfois délicate.

2. De *constitutione lata* ou de *constitutione ferenda*?

La Constitution fédérale ne prévoit expressément aucune limite autonome inférieure à sa révision, à l'instar de celles du 12 septembre 1848 et du 29 mai

³⁴ Dans le même sens sur ce dernier point, Auer/Malinverni/Hottelier (n. 24), p. 496, n° 1403.

³⁵ Art. 139 al. 3 et 194 al. 2 Cst. féd.

1874. L'Assemblée fédérale n'est pas habilitée à déclarer totalement ou partiellement nulle une initiative en raison de son contenu seulement législatif ou même réglementaire. Un changement sur ce point passe par une révision de la Constitution fédérale.

Une révision constitutionnelle de nature décisionnelle, ayant le cas échéant pour origine une initiative populaire, n'est pas exclue en Suisse³⁶. La doctrine pose cependant, à juste titre, au moins une limite à ce sujet. Ainsi, une initiative populaire ne saurait tendre à annuler ou à modifier une décision judiciaire, administrative ou électorale en force³⁷. Plus concrètement, il n'appartient pas à une initiative populaire d'acquitter une personne définitivement condamnée par la justice pénale ou de modifier les résultats d'une élection populaire. Il en va des fondements de l'Etat de droit et de la démocratie.

Deux précisions se justifient à propos de cette limite particulière à la révision de la Constitution fédérale. D'une part, une initiative populaire peut porter, pour l'avenir, sur un point jugé par une autorité judiciaire ou tranché par une autorité administrative, à condition évidemment de respecter les règles impératives du droit international. L'éventuelle acceptation de cette initiative en votation populaire n'a pas pour effet d'annuler les décisions rendues. Elle vise l'activité future des tribunaux ou des autorités administratives, étant précisé que les personnes n'ayant pas obtenu satisfaction dans le passé pourraient, si les règles applicables le permettent, déposer de nouvelles demandes fondées sur la révision constitutionnelle et sa législation de mise en œuvre. D'autre part, une initiative populaire enjoignant à la Confédération et aux cantons d'œuvrer à la réhabilitation de personnes déterminées ou déterminables – par exemple celles qui ont aidé des réfugiés juifs durant la seconde Guerre Mondiale et qui ont été condamnées de ce fait³⁸ – ne devrait à notre sens pas être déclarée nulle, sous réserve de cas abusifs. La révision donnerait un mandat aux autorités et revêtirait une fonction symbolique. L'annulation des jugements condamnatoires relèverait néanmoins de la compétence des autorités judiciaires, lesquelles procéderaient à une analyse juridique indépendante.

³⁶ Voir notamment Pierre Tschannen, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 3^e éd., Berne 2011, p. 550, n° 30; Bernhard Ehrenzeller/Roger Nobs, in: Ehrenzeller/Mastroradi/Schweizer/Vallender (n. 16), n° 17 ad Art. 139 (neu); d'un avis différent, Etienne Grisel, *Initiative et référendum populaires*, 3^e éd., Berne 2004, p. 243 s., n° 622-624.

³⁷ Rhinow/Schefer (n. 6), p. 97, n° 464 et 466; Tschannen (n. 36), p. 550 s., n° 30.

³⁸ Paul Grüniger par exemple a été réhabilité il y a une quinzaine d'années. Si tel n'avait pas été le cas, une initiative populaire tendant à la réhabilitation de personnes comme lui ne devrait à notre avis pas être déclarée nulle par l'Assemblée fédérale et devrait donc être soumise au vote du peuple et des cantons.

3. Appréciation critique

a) Les conséquences trop lourdes de la nullité

Les limites autonomes inférieures assorties d'une sanction de *nullité* au cas où elles sont violées ne correspondent pas à la tradition constitutionnelle suisse. Au demeurant, il est difficile de tracer une limite nette entre la matière constitutionnelle et celle qui lui est inférieure. Déclarer nulle une initiative uniquement en raison de son manque d'importance conférerait, d'une part, un pouvoir d'appréciation excessif à l'organe chargé de statuer sur sa validité et, d'autre part, attacherait une conséquence trop lourde au défaut imputé à l'initiative³⁹.

En fin de compte, il appartient largement au peuple et aux cantons de déterminer ce qui est digne de figurer dans la Constitution fédérale. Des limites ne sont cependant pas exclues, pour autant qu'elles consistent à *rétrograder* une initiative, non à en prononcer la nullité. Diverses réformes sont envisageables à cet égard⁴⁰.

b) Les raisons d'une éventuelle réforme

Même si les contours de la matière constitutionnelle sont flous, force est d'admettre que le contenu de quelques initiatives est nettement législatif. Deux d'entre elles viennent particulièrement à l'esprit. L'initiative populaire fédérale «contre les rémunérations abusives»⁴¹ vise «des sociétés anonymes suisses cotées en bourse en Suisse ou à l'étranger»⁴² et contient des principes de droit privé ainsi qu'une règle pénale. L'initiative populaire fédérale «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre)»⁴³ est destinée, comme son nom l'indique, à mettre en œuvre l'article 123 al. 3 à 6 de la Constitution fédérale. Elle contient des dispositions détaillées sur l'expulsion des étrangers, sur le délai de départ du territoire suisse et l'interdiction d'y entrer, sur l'exécution de l'expulsion, sur la relation avec le droit international ainsi que sur l'abus en matière d'aide sociale et d'assurances sociales. Seule la disposition sur la relation avec le droit international⁴⁴ peut véritablement prétendre à un rang constitutionnel, même s'il

³⁹ Dans le même sens, Auer/Malinverni/Hottelier (n. 24), p. 496 s., n° 1404.

⁴⁰ Voir *infra* c) et d).

⁴¹ Texte in: FF 2006, p. 8321 s.

⁴² Art. 95 al. 3, 1^{re} phrase, à insérer dans la Constitution fédérale en cas d'acceptation de l'initiative par le peuple et les cantons.

⁴³ Texte in: FF 2012, p. 6875-6878.

⁴⁴ Art. 197 ch. 9 al. 1 ch. IV à insérer dans la Constitution fédérale si elle aboutit, est considérée comme valable et est acceptée par le peuple et les cantons: «Les dispositions qui régissent l'expulsion du territoire suisse et leurs modalités d'exécution priment les normes du droit international qui ne sont pas impératives. Par normes impératives du droit international, s'entendent exclusivement l'interdiction de la torture, du génocide, de la

serait hautement regrettable qu'un tel texte fasse son entrée dans la Constitution fédérale.

En somme, le problème existe et son aggravation n'est aucunement exclue dans les années à venir. L'institution de l'*initiative populaire générale* n'est plus à l'ordre du jour⁴⁵, compte tenu du fiasco complet qu'a connu la Confédération en la matière: les dispositions constitutionnelles y relatives présentent la particularité peu enviable d'avoir été abrogées avant leur entrée en vigueur⁴⁶! Aussi se justifie-t-il désormais d'explorer d'autres pistes. Deux notamment entrent en ligne de compte.

c) L'initiative populaire législative

La première piste est relativement simple et est évoquée à intervalles réguliers au niveau fédéral⁴⁷. Elle consiste à introduire l'institution de l'*initiative populaire législative* rédigée ou conçue en termes généraux dans la Constitution fédérale⁴⁸. L'article 190 de celle-ci, que le Conseil des États a pour l'heure malheureusement souhaité maintenir⁴⁹, ne rend pas ce type d'initiative nécessairement moins attractif que l'initiative constitutionnelle. Par ailleurs, en cas d'aboutissement d'une initiative législative rédigée valable, seule la majorité du peuple pourrait être exigée. Il serait même envisageable que le référendum facultatif soit simplement ouvert à l'encontre d'une telle initiative lorsque l'Assemblée fédérale l'approuve.

Il semble en revanche plus délicat de renforcer l'attractivité d'une future initiative législative en conditionnant simplement son aboutissement à un nombre inférieur de signatures que celui requis pour une initiative constitutionnelle, sans procéder à d'autres changements. D'une part, un accroissement du nombre de signatures pour cette dernière paraît politiquement exclu. Les chances d'une réforme sur ce point devant l'Assemblée fédérale ou le

guerre d'agression, de l'esclavage ainsi que de l'interdiction de refouler une personne vers un Etat où elle risque d'être torturée ou tuée».

⁴⁵ Une telle institution n'aurait, selon toute vraisemblance, de toute façon pas conduit à une nette diminution d'initiatives constitutionnelles dont le contenu aurait en réalité été législatif (Andreas Auer, *Les institutions de la démocratie directe en Suisse: une lente dégradation*, LeGes 2004/3, p. 35-48, 39).

⁴⁶ Votation populaire du 27 septembre 2009 approuvant un arrêté fédéral portant suppression de l'initiative populaire générale.

⁴⁷ Dans la partie consacrée à la réforme des droits populaires du message précité du 20 novembre 1996 (n. 2), le Conseil fédéral a noté ce qui suit: «L'absence d'initiative à l'échelon législatif est une lacune essentielle du système des droits populaires. Plus de la moitié des initiatives constitutionnelles pendantes ou annoncées pourraient être réalisées au niveau de la loi» (p. 447). Le Conseil fédéral a alors préconisé la création de l'initiative populaire générale qui a par la suite été jugée trop compliquée.

⁴⁸ L'instrument existe au niveau cantonal (voir notamment Andreas Auer, *Les droits politiques dans les cantons suisses*, Genève 1978, p. 52-54; Hangartner/Kley [n. 31], p. 816-818, n° 2051-2057; Grisel [n. 36], p. 204-209, n° 503-517).

⁴⁹ BO 2012 CE 431-445.

peuple et les cantons sont certainement très modestes, pour ne pas dire nulles. D'autre part, exiger nettement moins de 100'000 signatures pour l'initiative législative sans accompagner cette réforme d'autres mesures entraînerait probablement le lancement et l'aboutissement d'innombrables initiatives de ce type, ce qui rendrait encore plus complexe le processus législatif en Suisse.

Une solution de compromis pourrait consister à exiger un nombre de signatures inférieur à 100'000 pour qu'une initiative législative aboutisse – 80'000 par exemple –, tout en réduisant le délai de récolte de celles-ci – douze mois par exemple. L'initiative législative souffrirait ainsi moins de la comparaison avec l'initiative constitutionnelle. Les citoyens souhaitant lancer une initiative populaire seraient confrontés à un choix intéressant entre les deux types d'initiatives.

d) La rétrogradation d'une initiative constitutionnelle

La seconde piste, qui se conjuguerait idéalement avec la première, permettrait à l'Assemblée fédérale ou à un autre organe chargé à l'avenir de statuer sur la validité des initiatives populaires de mettre en cause le rang d'une initiative constitutionnelle. La sanction frappant une initiative de contenu manifestement législatif ne serait pas la nullité, mais la *rétrogradation* à un rang législatif. Une telle décision serait prise par l'organe chargé de statuer sur la validité de l'initiative, éventuellement à la majorité qualifiée. Un recours au Tribunal fédéral pourrait être ouvert si celui-ci ne devenait pas lui-même l'organe statuant en instance unique sur la validité et l'éventuelle rétrogradation des initiatives populaires. En cas de rétrogradation, confirmée sur recours le cas échéant, l'initiative serait soumise à une votation populaire, au cours de laquelle seule la majorité du peuple compterait. Cette réforme nous paraît séduisante et plus satisfaisante que celle que nous présentons ci-dessous, mais il est plutôt douteux que le peuple et les cantons acceptent de réviser la Constitution fédérale en ce sens.

Il serait aussi envisageable d'instituer un nouveau type de contre-projet, le *contre-projet «de rang»*, étant d'emblée précisé que celui-ci ne serait pas destiné à une utilisation fréquente. Ainsi, l'Assemblée fédérale se verrait conférer la faculté de transposer, telle quelle, dans une nouvelle loi ou dans une loi existante une initiative constitutionnelle dont le contenu serait manifestement législatif. Cette nouvelle loi ou partie de loi formerait le contre-projet «de rang». Tant l'initiative, sauf si elle est retirée, que celui-ci feraient alors l'objet d'une votation populaire. La double majorité du peuple et des cantons continuerait à être requise pour la première et la majorité du peuple seul suffirait pour le second; une question subsidiaire figurerait sur le bulletin de vote afin de départager les deux objets en cas d'acceptation de l'un et de l'autre. Ce contre-projet «de rang» pourrait coexister avec un contre-

projet indirect allant, par hypothèse, moins loin que l'initiative⁵⁰. L'initiative populaire fédérale «contre les rémunérations abusives» constitue un cas dans lequel ce nouveau type de contre-projet pourrait présenter un intérêt. En effet, son contenu relève clairement du droit ordinaire – privé et pénal, qui plus est. Le contre-projet indirect a été jugé insuffisant par le comité d'initiative qui n'a pas retiré celle-ci⁵¹. De nombreuses règles relevant du Code des obligations et une norme pénale figureront dans la Constitution fédérale si l'initiative est approuvée par le peuple et les cantons.

Un éventuel contre-projet «de rang» ne priverait pas le comité d'initiative du droit de retirer celle-ci. La législation devrait être adaptée en ce sens afin de ménager la plus grande flexibilité possible jusqu'à la fixation de la date du scrutin. Par ailleurs, un tel contre-projet n'empêcherait pas l'Assemblée fédérale de recommander son rejet ainsi que celui de l'initiative populaire, tout en indiquant une préférence pour le premier en cas d'acceptation des deux. Dans une telle hypothèse, cette nouvelle institution chercherait uniquement à préserver la Constitution fédérale d'une réforme qui n'y aurait guère sa place.

L'Assemblée fédérale ne serait pas incitée à abuser de cette nouvelle prérogative. D'une part, le contre-projet «de rang» ne nécessiterait – selon l'hypothèse ici retenue – l'approbation que d'une majorité du peuple, ce qui augmenterait quelque peu ses chances d'être accepté en votation populaire par rapport à l'initiative constitutionnelle. Les Chambres fédérales seraient sans doute enclines à la prudence avant de soumettre au peuple un tel contre-projet «de rang». D'autre part, lorsqu'elles adoptent un contre-projet indirect, elles seraient, en tout cas pour les initiatives portant nettement atteinte au droit international, tentées de ne soumettre au peuple et aux cantons que l'initiative constitutionnelle afin de ne pas risquer que s'installe une confusion entre deux contre-projets – l'un «de rang», l'autre indirect – dans l'esprit des votants⁵². En somme, l'utilisation de ce nouveau type de contre-projet entrerait en ligne de compte avant tout pour une initiative telle que celle «contre les rémunérations abusives», en vue de laisser un choix large au

⁵⁰ Si le contre-projet indirect reprend intégralement le contenu de l'initiative, celle-ci sera en principe retirée. Si tel n'est pas le cas, le contre-projet direct «de rang» est dépourvu d'intérêt dans cette hypothèse.

⁵¹ Le rang constitutionnel de cette initiative s'explique notamment par l'absence d'initiative populaire législative au niveau fédéral. Si celle-ci avait existé, les initiants l'auraient peut-être choisie. En tout cas, ils ne font nullement état d'une dimension constitutionnelle de leurs préoccupations (cf. <http://www.abzockerei.ch/Argumentarium.pdf>). Il est possible que les partisans de cette initiative accepteraient aussi le contre-projet «de rang». Les opposants à l'une et à l'autre favoriseraient probablement celui-ci dans la question subsidiaire. En cas d'acceptation des deux textes, le contre-projet «de rang» aurait toutes ses chances par rapport à l'initiative.

⁵² S'agissant d'une initiative telle que celle «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre)», l'Assemblée fédérale se contenterait vraisemblablement d'un contre-projet indirect mettant en œuvre l'art. 121 al. 3 à 6 Cst. féd. et recommanderait purement et simplement le rejet de cette initiative eu égard aux problèmes très sérieux qu'elle pose par rapport au droit international liant la Confédération.

peuple. Une réflexion approfondie se justifie certainement en la matière, car une telle initiative fait courir à la Constitution fédérale le risque de devenir un réceptacle de règles très diverses, d'être mise sur le même plan matériel que le droit ordinaire et, en fin de compte, de voir son autorité s'amenuiser.

IV. Conclusion

La réflexion sur les conditions de validité des initiatives populaires doit se poursuivre plutôt sur le terrain des limites hétéronomes que sur celui des limites autonomes supérieures. Ces dernières soulèveraient de nombreuses difficultés et ne réguleraient pas de manière satisfaisante le droit d'initiative. Aussi est-il préférable d'y renoncer.

Les limites autonomes inférieures sont censées éviter qu'une constitution ne soit encombrée de règles qui ne sont pas dignes d'y figurer. Plusieurs initiatives populaires récentes font courir un risque très sérieux à la Constitution fédérale sur ce point. La nullité représenterait toutefois une sanction excessive si elle les frappait. Elle ne constitue par conséquent pas la planche de salut.

D'autres pistes méritent en revanche une analyse approfondie. L'initiative populaire législative et deux mécanismes de rétrogradation d'une initiative constitutionnelle à un rang législatif sont évoqués dans la présente contribution. Puisse le débat se poursuivre en la matière et déboucher sur une solution permettant à la Constitution fédérale de garder et tenir son rang. L'avertissement lancé par Andreas Auer il y a près de trente ans conserve toute son actualité: «... tant au niveau des institutions que sur le plan des idées, rien n'est jamais acquis: pour conserver leur intégrité et leur vitalité, les deux ont constamment besoin d'être régénérées»⁵³.

⁵³ Andreas Auer, *Problèmes fondamentaux de la démocratie suisse*, RDS 1984 I 1-110, 109 s.