



Commission 2

« Droits politiques (y compris révision de la
Constitution) »

Rapport sectoriel 202

Instruments de démocratie directe

ANNEXE

Annexe 1 : Document du P^r Auer sur son audition devant la
commission 2 du 20.01.2010

30 avril 2010



Universität Zürich
Rechtswissenschaftliches Institut

Lehrstuhl für öffentliches Recht

Treichlerstrasse 10
CH 8032 Zürich
Tel. +41 1 634 15 50
Fax +41 1 634 49 60
lst.auer@rwi.uzh.ch
www.rwi.uzh.ch/auer

Prof. Dr. Andreas Auer

Sophie Florinetti
Secrétaire générale
Assemblée constituante
2, rue Henri-Fazy
Case postale 3919
1211 Genève 3

Zürich, 4. März 2010

Audition devant la Commission thématique No 2 du 20 janvier 2010

Introduction

Par courriel du 12 janvier 2010, la Secrétaire générale de l'Assemblée constituante m'a communiqué les questions sur lesquelles la Commission souhaite m'interroger, à savoir :

- Appréciation personnelle des nouveautés introduites par la Constitution zurichoise du 27 février 2005 en matière de droits politiques
- Commentaire des institutions du référendum constructif et de la votation partielle ou alternative
- Maintien ou non de l'exigence d'une non-conformité manifeste pour l'invalidation totale ou partielle de l'initiative populaire par le Grand Conseil

Après avoir tenté de répondre à ces trois questions, je me permettrai de faire deux remarques additionnelles sur le sujet des droits politiques dans la Constitution genevoise.

I Les particularités en matière de droits politiques selon la Constitution zurichoise du 27 février 2005

A parcourir en diagonale les articles 23 à 38 de la nouvelle Constitution zurichoise (Cst/ZH), la première impression qui se



dégage est celle d'une correspondance d'ensemble avec les institutions et les principes qui commandent les droits politiques dans les cantons suisses. On y trouve en effet l'initiative populaire au niveau constitutionnel et législatif, à la fois sous la forme du projet rédigé et du vœu, assortis du contre-projet (art. 23 à 31), le référendum obligatoire pour les révisions constitutionnelles et les lois d'impôts (art. 32) et le référendum facultatif sur les lois et les arrêtés du parlement cantonal (art. 33).

Une lecture plus attentive fait apparaître cependant un nombre considérable de particularités qui sont soit propre au seul droit constitutionnel zurichois, soit partagés par un nombre relativement restreint de cantons. Sans prétendre à l'exhaustivité, j'en ai compté une bonne douzaine:

L'initiative individuelle (*Einzelinitiative*), qui permet à tout électeur de déposer un projet de modification normative qui, après approbation provisoire par 60 membres du parlement, est transmis au gouvernement pour rapport et élaboration d'un projet. Si ce projet n'est pas soutenu par la majorité du parlement, l'initiative a échoué ; s'il est approuvé, il est concrétisé et soumis au vote populaire si son objet tombe sous le coup de référendum obligatoire ou facultatif. L'institution remonte à 1869 et est régulièrement utilisée.

L'initiative émanant d'une autorité (*Behördeninitiative*), qui confère le même droit à tout organe d'une collectivité publique ou d'un établissement public, aux mêmes conditions. Le cercle des autorités qui détiennent le droit d'initiative est très large, allant des notaires au conseil communal, en passant par le maire, le Conseil de l'Université, les tribunaux, etc. L'institution est également ancienne (1869), sans avoir plus de succès : sur vingt initiatives d'autorités déposées entre 1995 et 2004, aucune n'a été approuvée par le parlement.

L'initiative conventionnelle (*Staatsvertragsinitiative*), qui permet au peuple, aux autorités et au citoyen de demander l'ouverture de négociations en vue de la conclusion ou de la dénonciation d'une convention intercantonale ou d'un traité avec l'étranger. Aucun cas d'application.

Le contrôle préalable de la validité formelle de l'initiative, qui a donc avant la récolte des signatures, et qui porte notamment sur l'exigence de l'unité de la forme (projet rédigé ou vœu), le titre, le contenu de la feuille de signatures, etc (art. 26). A noter que la conformité matérielle, à savoir le respect de l'unité de



la matière, la conformité au droit supérieur et l'exécutabilité ne tombent pas sous ce contrôle préalable.

L'examen de la validité des signatures qui intervient d'office après le dépôt de l'initiative, alors qu'en droit fédéral (art. 70 et 62 LDP) et dans la plupart des cantons, cet examen intervient à la demande des initiants avant le dépôt.

La décision d'invalidation totale ou partielle d'une initiative populaire, pour violation de l'unité de la matière, non-conformité au droit supérieur ou inexécutabilité manifeste, ne peut être prise que par une majorité de deux tiers des membres présents du parlement cantonal (art. 28-3). L'exigence d'une majorité qualifiée est censée protéger le droit d'initiative.

Le parlement peut opposer contre-projet non seulement à l'initiative rédigée de toutes pièces, mais aussi à celle qui est présentée sous la forme d'un vœu, en respectant la forme choisie par les initiants, mais en étant libre de déterminer le niveau normatif du contre-projet (art. 30).

Le référendum obligatoire est prévu pour les révisions constitutionnelles, les conventions à contenu constitutionnel et les lois portant de nouveaux impôts, ainsi que pour les initiatives populaires rédigées rejetées par le parlement, les initiatives non rédigées que le parlement ne veut pas concrétiser et celles à qui il oppose un contre-projet. C'est dire que si le parlement accepte une initiative rédigée, il la fait sienne ouvrant ainsi la voie, selon le cas, au référendum obligatoire ou facultatif.

Le référendum facultatif porte non seulement sur les lois, les conventions à contenu législatif, les dépenses dépassant un certain montant, mais aussi sur les arrêtés du parlement et la réponse cantonale aux procédures fédérales de consultation qui ont une portée écologique importante (art. 33f). Sont visés les centrales nucléaires, les dépôts de déchets radioactifs, les manipulations génétiques, le clonage, etc.

Le référendum facultatif peut être demandé par 3000 électeurs, ce qui est peu, mais aussi par 12 communes, les villes de Zurich ou de Winterthur, ainsi que par 45 membres du parlement cantonal. Il existe donc à Zurich un référendum populaires (Volksreferendum), un référendum communal (Gemeinde-referendum) et un référendum parlementaire (Kantonsratsreferendum) appartenant à une minorité de députés, à savoir un



quart des membres. Il va sans dire que cette dernière institution a des effets fort différents que les deux autres.

Votation partielle ou alternative: L'art. 34 Cst/ZH permet au parlement exceptionnellement d'opposer à un projet d'ensemble (Hauptvorlage) ou à certaines dispositions un projet alternatif, une variante (*Variantenabstimmung*). Il peut aussi soumettre simultanément au vote un projet d'ensemble et certaines de ses dispositions (*Teilabstimmung*). Ces deux institutions ont pour but principal d'éviter qu'un projet ne soit rejeté par le peuple en raison d'une seule disposition controversée (*Schicksalsparagraf*), donc de faire l'économie d'un second scrutin correspondant mieux à la volonté populaire et ainsi d'accélérer le processus de décision. En même temps, elles peuvent prévenir une contreproposition des électeurs. La décision du vote partiel ou alternatif peut se rapporter à toutes les normes soumises au référendum obligatoire ou facultatif, y compris aux contre-projets, étant entendu que si la votation n'a pas lieu, parce que le référendum n'est pas demandé, c'est le projet d'ensemble qui entre en vigueur. A noter que cette faculté n'est accordée au parlement qu'à titre exceptionnel.

Le référendum avec contre-projet: L'art. 35 Cst/ZH permet aux électeurs de lancer le référendum contre un projet en lui opposant un contre-projet rédigé de toutes pièces. L'institution est nouvelle, consacrée pour la première fois dans la Constitution du 27 février 2005. Elle existe également à BE et NW. Elle se rapporte principalement aux objets soumis au référendum facultatif, laissant aux électeurs le choix de provoquer un vote sur l'acte adopté par le parlement ou un vote double sur cet objet et un contre-projet populaire. Mais elle peut se rapporter aussi aux objets soumis au référendum obligatoire, encore que cette question ne semble pas avoir été tranchée. Ce type de référendum dit constructif a une double nature: il remet en cause le travail du parlement, comme tout référendum facultatif, en proposant une alternative à son projet, un peu comme une initiative populaire. La votation populaire porte donc sur les deux normes, celle votée par le parlement et le contre-projet proposé par les référendaires. Il y a un lien entre le vote alternatif et le référendum avec contre-projet, en ce que le premier peut être utilisé pour éviter le second. Il y a un certain parallélisme entre l'initiative populaire à laquelle le parlement peut opposer un contre-projet et le référendum où le peuple peut opposer un contre-projet à une loi votée par le parlement. L'idée de base est d'amener les citoyens non seu-



lement à dire non à un acte voté par le parlement, mais de réfléchir comment on pourrait faire mieux.

II Appréciation

L'initiative individuelle et celle émanant d'autorités n'ont pas acquis d'importance significative en droit zurichois. En dix ans, le *Kantonsrat* a été saisi de 263 initiatives individuelles, dont près de 80% (204) n'ont pas réussi à trouver l'appui de 60 députés, dont 16% (41) ont été rejetées par le parlement et dont deux seules ont été concrétisées¹. Elle se prête à des abus, en ce sens qu'une seule et même personne semble avoir déposé une trentaine d'initiatives. On peut imaginer ce que cela pourrait donner à Genève.

Le référendum facultatif lancé par un certain nombre de communes. Pourquoi pas ? Mais à Genève, les communes ont moins de compétences, moins d'autonomie qu'à Zurich.

Le référendum facultatif demandé par une minorité de députés. Pourquoi pas ? Peut accélérer la procédure, éviter la récolte de signatures, mais risque d'augmenter le nombre de scrutins et d'affecter le travail du parlement. Surtout, il faut se rendre compte que le peuple, dans ce cas, est en quelque sorte instrumentalisé par la minorité des députés, il est mis en action d'en haut, un peu à la manière d'un plébiscite, alors qu'en Suisse, la démocratie directe est d'abord conçu comme se construisant pas le bas, en ce sens que c'est le peuple qui décide sur quel objet et quand aura lieu une votation populaire. Il est vrai cependant que ce type de référendum jouit depuis quelques années d'une certaine popularité en Suisse alémanique.

L'exigence de la majorité qualifiée de deux tiers pour invalider une initiative populaire. A première vue une bonne idée, protégeant le droit d'initiative, rendant plus difficile son invalidation. Mais comment justifier qu'il faut une majorité politique qualifiée pour prendre une décision juridique, à savoir la décision sur la validité matérielle d'une initiative ? Si une initiative viole le droit supérieur, il faut l'invalider. Cette exigence permet à un parti minoritaire de lancer une initiative contraire au droit et d'empêcher qu'il ne soit invalidé par le parlement.

¹ Schumacher in Kommentar KV/ZH (2007) Art. 31 N 6.



Le vote alternatif ou partiel.

Instrument de souplesse, qui ne se prête guère à des abus, qui sera rarement utilisé, mais qui peut rendre des services.

Le référendum avec contre-projet.

A ne pas retenir. Complique la procédure, unité de la matière, invalidation suivie de recours, multiplication des contre-propositions, comment voter ? Recours au TF qui retarde la procédure. Mélange peu heureux de l'initiative et du référendum.

Illustration : Révision de la loi sur les impôts direct à ZH: allègements fiscaux pour les hauts salaires. Les Verts n'en veulent pas et lancent le référendum normal. Le PS veut plutôt que ce soient la classe moyenne qui soit déchargée, tandis que les Vert-Libéraux acceptent la décharge des riches mais veulent que les communes soient indemnisées pour leurs pertes d'impôts via un fonds routier. Donc deux contre-projets, dont un, celui des V-L vient d'être invalidé pour violation de l'unité de la matière. Recours au TF pendant, tout est bloqué

III Maintien ou non de l'exigence d'une non-conformité manifeste pour l'invalidation totale ou partielle de l'initiative populaire par le Grand Conseil

66-3 Cst/GE. Idée de base, Auer 1987 ; « une réserve cantonale en faveur de la volonté populaire » (ATF 99 I a 731), et une restriction du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral. Dans la pratique, cela n'a rien donné et le TF a mis du temps pour prendre en considération cette réserve. Le terme « manifestement contraire au droit supérieur » a été interprété à tort comme se rapportant à la gravité de la violation, exigeant une violation qualifiée pour l'invalidation, alors qu'il était censé se rapporter à la certitude de la violation.

Laisser tomber, surtout si l'on transfère le pouvoir de statuer sur la validité des initiatives à un autre organe que le parlement.

IV Remarques supplémentaires

Enlever au parlement le droit de se prononcer sur la validité des initiatives populaires



BS : Le Grand Conseil statue sur la validité des initiatives populaires ou soumet cette question au Tribunal constitutionnel pour décision (Cst/BS 91g). La décision du parlement peut faire l'objet d'un recours au Tribunal constitutionnel.

Auparavant : décision du gouvernement susceptible d'être portée devant le juge.

Proposition : Examen de la validité par la Chancellerie d'Etat, sa décision est susceptible de recours devant une autorité judiciaire, soit le TA ou une cour constitutionnelle à créer. Bonne solution : plus rapide, moins politique car laissant de côté et le Grand Conseil et le Conseil d'Etat. Avec le système actuel qui confère au parlement la seule et unique compétence pour juger de la validité des initiatives populaires, le Tribunal fédéral se trouve dans une position que la récente réforme de la justice a voulu éviter, à savoir être la première instance judiciaire à examiner cette question. Il me semble que les cantons, qui se veulent souverains, se doivent de prévoir un contrôle judiciaire cantonal.