

ARRÊTÉ

relatif à la validité de
l'initiative populaire cantonale 195
« Emplois à l'Etat: limitons les frontaliers ! »

11 octobre 2023

LE CONSEIL D'ÉTAT

I. EN FAIT

1. Par courrier du 16 janvier 2023, le Mouvement citoyen genevois a informé le Conseil d'Etat du lancement d'une initiative législative cantonale intitulée « Emplois à l'Etat: limitons les frontaliers ! » (ci-après : IN 195). François BAERTSCHI était désigné comme mandataire et Benjamin PELLEGRIN comme remplaçant (ci-après : le comité d'initiative).
2. L'IN 195 a pour objet la modification de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux, du 4 décembre 1997 (LPAC – rs/GE B 5 05). Elle est libellée en ces termes :

Art. 1 Modifications

La Loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux (LPAC) (B 5 05) du 4 décembre 1997 est modifiée comme suit :

article 2D (nouveau) : Préférence cantonale

1 L'engagement de collaboratrices ou de collaborateurs au sein de l'administration cantonale est réservé aux personnes résidentes domiciliées sur le territoire cantonal ou aux citoyennes et citoyens suisses :

- a. Dans l'administration fiscale,*
- b. Dans la Chancellerie d'Etat,*
- c. Au Secrétariat général du Grand Conseil,*
- d. Dans la police cantonale,*

2 Les policières et policiers titulaires du brevet fédéral doivent être de nationalité suisse au moment de la prestation de serment.

3 Les personnes de nationalité étrangère domiciliées à l'étranger ne peuvent pas occuper de poste dans l'administration cantonale au-delà de la classe 21 de l'échelle des traitements de l'Etat de Genève.

4 Les étrangers domiciliés à l'étranger ne peuvent pas occuper des positions dans les ressources humaines de l'administration cantonale.

5 L'engagement d'une personne de nationalité étrangère domiciliée à l'étranger n'est possible que si aucune candidate ou aucun candidat ayant son domicile sur le territoire cantonal ou de nationalité suisse et ayant les compétences requises, n'a postulé. Le respect de cette règle peut être examiné en tout temps sans préavis par une délégation de la Commission de contrôle de gestion du Grand Conseil.

Art. 2 Disposition transitoire

Dès l'entrée en vigueur de l'article 2D, les collaboratrices et collaborateurs qui ne respectent pas les règles imposées disposent d'un délai d'une année pour se mettre en conformité, sous peine de résiliation des rapports de service.

Art. 3 Entrée en vigueur

Le Conseil d'Etat fixe la date d'entrée en vigueur de la présente loi.

3. La publication dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) ne contient pas d'exposé des motifs. Par contre, le formulaire de signatures approuvé par le Service des votations et élections (ci-après : SVE) contient l'argumentaire suivant :

Une énumération :

- *Actuellement de trop nombreux frontaliers permis G occupent des postes dans l'administration cantonale et les régies publiques.*
- **22% de permis G à l'office de la circulation**
- **28% de permis G dans les services informatiques, etc.**
- **Est-ce normal avec 10% de chômage (statistique BIT) à Genève ?**
- **Cette initiative permettra de favoriser les résidents genevois pour accéder aux emplois à l'Etat de Genève !**
- *Cette initiative permettra que certains emplois soient réservés aux citoyens suisses et résidents genevois, qui sont imprégnés de nos mentalités et de nos us et coutumes.*
- *Cette initiative empêchera que les fonctions les plus sensibles (administration fiscale notamment) soient occupées par des frontaliers permis G !*

Un cadre sur la droite du formulaire avec le texte « Il n'est pas admissible que des hauts cadres (au-dessus de la classe 21) et des employés des ressources humaines soient titulaires de permis G ! »

4. Le 19 janvier 2023, le SVE a validé, conformément à l'article 87 de la loi sur l'exercice des droits politiques, du 15 octobre 1982 (LEDP – rs/GE A 5 05), la formule de récolte de signatures.
5. Le même jour, le lancement et le texte de l'IN 195 ont été publiés dans la FAO, avec un délai de récolte des signatures échéant le 19 mai 2023.
6. Les 4 avril, 25 avril et 17 mai 2023, le comité d'initiative a déposé les listes de signatures auprès du SVE.
7. Par arrêté du 28 juin 2023, publié le 30 juin 2023 dans la FAO, le Conseil d'Etat a constaté que les signatures avaient été déposées dans les délais et en nombre suffisant, de sorte que l'initiative avait abouti.
8. Par le même arrêté, le Conseil d'Etat a fixé les délais de traitement de l'initiative, en particulier en ce qui concerne l'arrêté relatif à la validité de l'initiative et le rapport sur la prise en considération de celle-ci. Ces délais arrivent à échéance le 30 octobre 2023.
9. Par courrier du 14 juillet 2023, la Chancellerie a sollicité l'Office fédéral de la justice (ci-après : OFJ) afin d'obtenir son avis sur la conformité au droit de l'IN 195, notamment les règles sur la libre circulation des personnes.
10. Par courrier recommandé du 14 juillet 2023, anticipé par messagerie électronique, la Chancellerie a transmis au comité d'initiative son courrier à l'OFJ. Elle lui a fixé un délai au 5 septembre 2023 pour lui faire part de ses observations sur la validité de l'IN 195,

notamment sur la conformité aux règles découlant de l'accord sur la libre circulation des personnes.

11. Par courrier du 21 juillet 2023, l'OFJ a répondu qu'il ne procédait en principe pas à un examen préalable des projets de modifications des constitutions cantonales dans la mesure où l'octroi de la garantie fédérale est du ressort de l'Assemblée fédérale et non du Conseil fédéral ou de l'OFJ.
12. Par courrier électronique du 8 août 2023, le directeur de la Direction des affaires juridiques de la Chancellerie a accusé réception de la réponse du 21 juillet 2023 et a indiqué avoir pris note que l'OFJ ne procédait pas à l'examen préalable des modifications des constitutions cantonales. Il a indiqué, cela étant, que l'IN 195 ne visait pas une modification de la Constitution cantonale mais une modification législative, en l'occurrence la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux (LPAC – rs/GE B 5 05), ce qui ne ressortait pas clairement du courrier de la Chancellerie du 14 juillet 2023. Dans cette mesure, il a demandé à l'OFJ si le fait qu'il s'agisse d'une modification législative était de nature à faire évoluer sa position et s'il souhaitait néanmoins lui transmettre son avis.
13. Par message électronique du 19 septembre 2023, l'OFJ a confirmé sa position, dans la mesure où il ne contrôle ni n'approuve les modifications des lois cantonales, le contrôle de la conformité des lois cantonales avec le droit supérieur étant du ressort des cantons et, le cas échéant, des tribunaux. Il a en outre indiqué que le contenu de l'initiative relevait plutôt du domaine du Secrétariat d'Etat aux migrations et a invité la Chancellerie à contacter cette autorité si elle avait des questions en lien avec le droit supérieur en la matière.
14. Le courrier de l'OFJ du 21 juillet 2023 ainsi que le courrier électronique précité du 8 août 2023 ont été transmis au comité d'initiative, le 23 août 2023, par messagerie électronique exclusivement. Le courrier électronique de l'OFJ du 19 septembre 2023 n'a pas été transmis au comité.
15. Par courrier du 29 août 2023, le comité d'initiative a fait parvenir sa détermination sur la validité de l'IN 195. Il considère que celle-ci est « en tous points conforme au droit supérieur et qu'elle doit être soumise en votation populaire sous réserve des questions de forme dont il a été question liminairement ».
16. Les détails de ces prises de position seront, en tant que de besoin, repris et discutés ci-dessous dans la partie « EN DROIT » du présent arrêté.

II. EN DROIT

A. Compétence du Conseil d'Etat

1. Aux termes de l'article 60, alinéa 1, de la Constitution de la République et canton de Genève, du 14 octobre 2012 (Cst-GE – rs/GE A 2 00), le Conseil d'Etat examine la validité des initiatives populaires cantonales.

B. Délais de traitement de l'IN 195

2. L'article 62, alinéa 1, lettre a Cst-GE prévoit que la loi règle la procédure de manière à respecter les délais suivants dès la constatation de l'aboutissement de l'initiative, à savoir notamment quatre mois au plus pour statuer sur la validité de l'initiative. Ce même délai est repris à l'article 92A, alinéa 1 LEDP.
3. Le délai de quatre mois pour statuer sur la validité de l'initiative arrive à échéance le 30 octobre 2023, étant donné que l'arrêté du 28 juin 2023 du Conseil d'Etat constatant l'aboutissement de l'initiative a été publié dans la FAO le 30 juin 2023.

C. Texte de l'IN 195

C.1 *Formulation légistique*

4. L'article 2 de l'IN 195 institue une disposition transitoire. Or, les dispositions transitoires de la loi visée par l'initiative, soit la LPAC, figurent à son article 36. L'article 2 de l'IN 195 devra donc être inséré dans l'article 36. L'article 3 « entrée en vigueur » deviendrait ainsi l'article 2 souligné.
5. Ces questions n'ont toutefois pas d'incidence sur la validité de l'initiative et peuvent être traitées par le biais d'une rectification, conformément aux articles 7A et suivants de la loi sur la forme, la publication et la promulgation des actes officiels, du 8 décembre 1956 (LFPP – rs/GE B 2 05).
6. Interpellé à ce sujet, le comité n'a pas exprimé d'opposition.

C.2 *Notion d'« administration cantonale » et champ d'application de l'IN 195*

7. L'IN 195 utilise la terminologie de « collaboratrices ou de collaborateurs au sein de l'administration cantonale ». Or, l'article 1, alinéa 1 LPAC est formulé de manière plus large, en prévoyant que la loi s'applique non seulement aux membres du personnel de l'administration cantonale (à l'exclusion du personnel enseignant qui est soumis à la loi sur l'instruction publique, du 17 septembre 2015 [LIP – rs/GE C 1 10]), mais également au personnel d'autres employeurs.
8. Interpellé à ce sujet, le comité d'initiative a indiqué que « en réalité, il n'y a aucune volonté de faire entrer à l'article 2D LPAC une notion différente du cercle des personnes concernées par la loi, et il est donc bien question à l'article 2D, alinéa 1 de l'IN 195 d'une référence à la notion de personnel telle qu'elle figure à l'article 1, alinéa 1, lequel définit le champ d'application de la loi ».
9. Une telle interprétation de l'IN 195 n'est pas possible, au regard de son texte, qui doit constituer le point de départ de l'analyse. En effet, l'IN 195 ne mentionne que « les collaboratrices et collaborateurs de l'administration cantonale ». Or, cette catégorie de personnel est celle visée uniquement par l'article 1, alinéa 1, lettres a) (personnel administratif, technique et manuel), b) (fonctionnaires de police) et c) (personnel pénitentiaire des établissements pénitentiaires) LPAC et, en revanche, le personnel enseignant ne fait pas parti du champ d'application de la LPAC, mais est soumis à une réglementation particulière (LIP).
10. Le Conseil d'Etat retiendra donc que seul le personnel visé à l'article 1, alinéa 1, lettres a) (personnel administratif, technique et manuel), b) (fonctionnaires de police) et c) (personnel pénitentiaire des établissements pénitentiaires) LPAC tombe dans le champ d'application de l'article 2D de l'IN 195.

D. Forme de l'IN 195

11. L'article 57, alinéa 1 Cst-GE permet de soumettre au Grand Conseil une proposition législative dans toutes les matières de la compétence de ses membres.
12. Aux termes de l'article 57, alinéa 2 Cst-GE, la proposition peut être rédigée de toutes pièces (initiative formulée) ou conçue en termes généraux et susceptible de formulation par une révision de la constitution (initiative non formulée). Une initiative partiellement formulée est considérée comme non formulée.
13. En l'espèce, l'IN 195 propose une modification rédigée de l'article 2D LPAC et de l'article 2 (*recte* art. 36 LPAC, voir supra par. C.1), qui pourra s'insérer telle quelle dans la loi précitée.
14. Il s'agit dès lors d'une initiative législative formulée.

E. Conditions de validité d'une initiative

15. Les conditions de validité d'une initiative expressément mentionnées par la constitution cantonale sont au nombre de trois et comprennent l'unité du genre (art. 60, al. 2 Cst-GE), l'unité de la matière (art. 60, al. 3 Cst-GE) et la conformité au droit (art. 60, al. 4 Cst-GE).
16. S'ajoutent à ces conditions l'exigence de clarté du texte d'une initiative populaire qui, si elle ne fait pas partie des conditions de validité expressément mentionnées dans la constitution cantonale, découle de la liberté de vote garantie à l'article 34, alinéa 2, de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (Cst. – RS 101) et plus particulièrement de l'exigence d'une formulation claire de la question soumise au vote. Les électrices et électeurs appelés à s'exprimer sur le texte de l'initiative doivent être à même d'en apprécier la portée, ce qui n'est pas possible si le texte est équivoque ou imprécis (ATF 133 I 110, consid. 8 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_659/2012, consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_146/2020, consid. 4.2 ; ACST/8/2020, consid. 6c).
17. Enfin, la dernière condition de validité est que les initiatives doivent être exécutoires (arrêt du Tribunal fédéral 1P.454/2006, consid. 3.1; arrêt du Tribunal fédéral 1C_146/2020, consid. 3.1; ACST/23/2017, consid.5.b et ACST/8/2020).
18. Ces conditions de validité seront discutées séparément ci-dessous dans l'ordre suivant : **(F.)** unité de genre, **(G.)** unité de la matière, **(H.)** conformité au droit, **(I.)** principe de clarté et **(J.)** exécutabilité.

F. Unité du genre

19. Aux termes de l'article 60, alinéa 2 Cst-GE, l'initiative qui ne respecte pas l'unité du genre est déclarée nulle.
20. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'article 66, alinéa 1 de l'ancienne Constitution de la République et canton de Genève (aCst-GE, abrogée le 1^{er} juin 2013), une initiative populaire ne peut tendre simultanément à l'adoption de normes appartenant à des rangs différents. Dès lors que l'ordre juridique implique une hiérarchie des normes et soumet chaque échelon à un contrôle démocratique distinct, il serait abusif de proposer simultanément une disposition constitutionnelle et la législation qui la met en œuvre. Cela découle notamment du principe de la liberté de vote : les titulaires de droits politiques doivent savoir s'ils se prononcent sur une modification constitutionnelle ou simplement législative et doivent avoir le droit, le cas échéant, de se prononcer séparément sur les deux questions (ATF 130 I 185, consid. 2.1 et les références citées).
21. En l'espèce, l'IN 195 porte exclusivement sur une modification de la LPAC. Il n'y a donc pas de mélange des niveaux normatifs constitutionnels et législatifs.
22. Par conséquent, l'IN 195 respecte le principe de l'unité du genre.

G. Unité de la matière

23. L'article 60, alinéa 3, phrase 1 Cst-GE prévoit que l'initiative qui ne respecte pas l'unité de la matière est scindée ou déclarée partiellement nulle, selon que ses différentes parties sont en elles-mêmes valides ou non.
24. A défaut, ou si le non-respect de l'unité de la matière est d'emblée manifeste, l'initiative est déclarée nulle (art. 60, al. 3, par. 2 Cst-GE).
25. L'exigence de l'unité de la matière découle de la liberté de vote et, en particulier, du droit à la libre formation de l'opinion des citoyens et à l'expression fidèle et sûre de leur volonté (art. 34, al. 2 Cst.). Cette exigence interdit de mêler, dans un même objet soumis au peuple, plusieurs propositions de nature ou de but différents, qui forceraient ainsi le citoyen à une approbation ou à une opposition globale, alors qu'il pourrait n'être d'accord qu'avec une partie des propositions soumises. Il doit ainsi exister, entre les diverses

parties d'une initiative soumise au peuple, un rapport intrinsèque ainsi qu'une unité de but, c'est-à-dire un rapport de connexité qui fasse apparaître comme objectivement justifiée la réunion de plusieurs propositions en une seule question soumise au vote (ATF 137 I 200, consid. 2.2 et les références citées).

26. Selon le Tribunal fédéral, la portée du principe de l'unité de la matière peut différer selon les domaines. Ainsi, les exigences sont plus strictes en cas de révision partielle de la Constitution qu'à l'égard de projets de rang législatif. Ce principe s'impose par ailleurs de façon plus rigoureuse aux projets issus d'une initiative populaire qu'à ceux proposés par l'autorité : en effet, la règle veut aussi empêcher que les auteurs de l'initiative puissent réunir des partisans de réformes différentes et atteindre ainsi plus aisément le nombre de signatures requis, en risquant cependant de donner un reflet inexact de l'opinion populaire (ATF 123 I 63, consid. 4b). En outre, les initiatives entièrement rédigées doivent être traitées de façon plus stricte que les propositions conçues en termes généraux, lesquelles nécessitent encore l'élaboration d'un texte par le Parlement (ATF 130 I 185, consid. 3.1 ; ATF 123 I 63 consid. 4b ; art. 61, al. 4, Cst-GE). Ce dernier dispose en effet d'une certaine marge de manœuvre et peut, le cas échéant, corriger un éventuel vice en rédigeant les dispositions voulues (ATF 123 I 63, consid. 4b).
27. L'unité de la matière est respectée lorsque :
 - une initiative poursuit un seul but (cf. ATF 111 Ia 196, consid. 3a);
 - une initiative concerne une seule thématique dont toutes les propositions sont dans un rapport de connexité (ATF 137 I 200, consid. 2.2).
28. En l'occurrence, l'IN 195 propose une modification de la LPAC par l'ajout d'un article 2D, composé de 5 alinéas, complété par une disposition transitoire instituant un délai d'une année pour la « mise en conformité » aux nouvelles règles « sous peine de résiliation des rapports de service ».
29. Telle qu'elle est formulée, l'IN 195 concerne une seule thématique globale, soit l'interdiction ou la limitation de l'accès à certains postes de l'administration cantonale aux personnes de nationalité étrangère domiciliées à l'étranger, voire en dehors du canton de Genève dans certains cas, et l'obligation de nationalité suisse pour les policières et policiers titulaires du brevet fédéral. Bien qu'il y ait plusieurs possibilités envisagées, toutes les propositions figurant dans l'IN 195 sont dans un rapport de connexité.
30. L'IN 195 est dès lors conforme au principe de l'unité de la matière.

H. Conformité au droit

H.1. *Principes généraux*

31. A teneur de l'article 60, alinéa 4 Cst-GE, l'initiative dont une partie n'est pas conforme au droit est déclarée partiellement nulle si la ou les parties qui subsistent sont en elles-mêmes valides. A défaut, l'initiative est déclarée nulle.
32. Cette disposition codifie les principes généraux en matière de droits politiques dégagés par la jurisprudence du Tribunal fédéral, pour lequel les initiatives populaires cantonales ne doivent rien contenir de contraire au droit supérieur, qu'il soit cantonal, intercantonal, fédéral ou international (ATF 133 I 110, consid. 4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_357/2009, consid. 2.1). En vertu du principe de la primauté du droit fédéral ancré à l'article 49, alinéa 1 Cst., les cantons ne sont pas autorisés à légiférer dans les matières exhaustivement réglementées par le droit fédéral. Dans les autres domaines, ils peuvent édicter des règles de droit, pour autant qu'elles ne violent ni le sens ni l'esprit du droit fédéral et qu'elles n'en compromettent pas la réalisation (ATF 134 I 125, consid. 2.1 ; ATF 133 I 286, consid. 3.1 et les arrêts cités).

33. Le contrôle de la conformité au droit d'une initiative vise à prévenir que les citoyens ne soient exposés à être appelés à voter sur un objet qui, d'emblée, ne pourrait pas être finalement concrétisé conformément à la volonté exprimée. Une initiative populaire législative formulée se transforme en loi si elle est acceptée par le Grand Conseil ou en votation populaire (art. 61 et 63 Cst-GE ; art. 122B, 123 et 123A LRGC ; art. 94 al. 3 et 4 LEDP ; art. 5 ss de la loi sur la forme, la publication et la promulgation des actes officiels, du 8 décembre 1956, LFPP – rs/GE B 2 05), sans que son texte puisse être modifié (sous réserve de la correction d'erreurs matérielles de pure forme ou de peu d'importance mais manifeste, cf. art. 216A LRGC). Il y a lieu de contrôler librement la conformité du texte considéré avec le droit supérieur, tout en s'imposant une certaine retenue, et d'annuler les dispositions considérées seulement si elles ne se prêtent à aucune interprétation conforme au droit ou si, en raison des circonstances, leur teneur fait craindre avec une certaine vraisemblance qu'elles soient interprétées ou appliquées de façon contraire au droit supérieur. Pour en juger, il faut tenir compte notamment de la portée de l'atteinte aux droits en cause, de la possibilité d'obtenir ultérieurement, par un contrôle concret de la norme, une protection juridique suffisante et des circonstances dans lesquelles ladite norme serait appliquée, sans pour autant négliger les exigences qu'impose le principe de la légalité (arrêts du Tribunal fédéral 1C_59/2018 et 1C_60/2018, consid. 3.1 et les références citées).
34. Pour déterminer le sens de normes proposées par une initiative rédigée de toutes pièces, il faut appliquer pour l'essentiel les mêmes principes d'interprétation qu'en matière de contrôle abstrait des normes.

La loi s'interprète ainsi en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique). Si plusieurs interprétations sont admissibles, il convient de choisir celle qui est conforme à la Constitution (ATF 141 I 78 consid. 4.2 = RDAF 2015 II 229). Ainsi, pour examiner la validité d'une initiative, la première règle d'interprétation est de prendre pour point de départ le texte de l'initiative, qu'il faut interpréter selon sa lettre et non pas selon la volonté des initiants (ATF 143 I 129, consid. 2.2 ; ATF 139 I 292, consid. 7.2.1 = JdT 2014 I 237 ; ATF 129 I 392, consid. 2.2 ; ATF 123 I 152, consid. 2c et les références citées). Une éventuelle motivation de l'initiative et les prises de position de ses auteurs peuvent être prises en considération. Bien que l'interprétation repose en principe sur le libellé, une référence à la motivation de l'initiative n'est pas exclue si elle est indispensable à sa compréhension (ATF 143 I 129, consid. 2.2 ; ATF 139 I 292, consid. 7.2.1). La volonté des auteurs doit être prise en compte, à tout le moins, dans la mesure où elle délimite le cadre de l'interprétation de leur texte et du sens que les signataires ont pu raisonnablement lui attribuer (ATF 143 I 129, consid. 2.2 ; ATF 139 I 292, consid. 7.2.5).

35. Lorsque, à l'aide des méthodes d'interprétation reconnues, le texte d'une initiative se prête à une interprétation la faisant apparaître comme conforme au droit supérieur, l'initiative doit être déclarée valable et être soumise au peuple. L'interprétation conforme doit permettre d'éviter autant que possible les déclarations d'invalidité, conformément à l'adage *in dubio pro populo*. Les règles de l'interprétation la plus favorable aux initiants, qu'exprime l'adage *in dubio pro populo*, et de l'interprétation conforme au droit supérieur, n'autorisent toutefois pas à s'écarter à tout le moins sensiblement du texte d'une initiative, ni à faire abstraction des exigences que le principe de la légalité impose (ATF 129 I 392, consid. 2.2 ; ATF 134 I 172, consid. 2.1 ; ATF 139 I 292, consid. 5.7 ; ATF 143 I 129, consid. 2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_427/2020, consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_297/2021, consid. 2 ; ACST/22/2018, consid. 2 ; ACST/15/2020, consid. 2).

36. L'Assemblée constituante a renoncé à la formulation contenue dans l'ancienne Constitution cantonale qui voulait qu'une initiative ne soit annulée que si elle était « manifestement » non conforme au droit. En effet, cette formulation pouvait, en théorie, conduire à des décisions contradictoires. Face à une initiative populaire législative, le Tribunal fédéral ne pouvait en effet annuler celle-ci ou confirmer son annulation que si elle était « manifestement » non conforme au droit. Mais ensuite, saisi d'un recours contre la loi résultant de cette initiative, par hypothèse acceptée par le peuple, le Tribunal fédéral devait vérifier sa conformité « simple » et non seulement « manifeste » au droit fédéral (Michel HOTTELIER et Thierry TANQUEREL, La constitution genevoise du 14 octobre 2012, in SJ 2014 II 341, p. 373). Le constituant a en effet entendu prévenir qu'un même texte ne soit pas invalidé au stade du contrôle de la validité de l'initiative le proposant, mais le soit ensuite, une fois celui-ci devenu loi du fait de l'adoption de l'initiative, dans le cadre d'un contrôle abstrait des normes (BOACG tome V, p. 2342 ; Michel HOTTELIER et Thierry TANQUEREL, op. cit., p. 373 ; Thierry TANQUEREL, Note sur l'ATF 132 I 282, RDAF 2007 I 332, p. 335, où l'auteur estime douteux qu'une telle situation soit « institutionnellement acceptable » ; ACST/17/2015, consid. 4).

H.2. Conformité au droit international

37. Conformément à l'article 5, alinéa 4 Cst., la Confédération et les cantons doivent respecter le droit international. Cet alinéa instaure le principe de la primauté du droit international (Jean-François AUBERT/Pascal MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, 2003, art. 5, no 17 et ss).
38. En l'espèce, l'accès à des activités salariées dans l'administration publique, par la fixation notamment de conditions de résidence pour les personnes de nationalité étrangère ou la fixation d'exigences de nationalité, est une matière réglée par l'accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP, RS 0.142.112.681), dont les dispositions sont directement applicables (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_1061/2013 et les références citées).
39. Selon l'article 2 ALCP, les ressortissants d'une partie contractante qui séjournent légalement sur le territoire d'une autre partie contractante ne sont pas, dans l'application et conformément aux dispositions des annexes I, II et III de cet accord, discriminés en raison de leur nationalité. L'article 2 ALCP érige ainsi l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité en tant que fondement de l'Accord. En instituant ce principe, l'article 2 ALCP consacre un droit à l'égalité de traitement entre les ressortissants suisses et les ressortissants des États membres (Astrid EPINEY, La portée de l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité dans l'Accord sur la libre circulation des personnes: questions choisies, in Cahiers fribourgeois de droit européen no 26, 2019, p. 14 et les références citées), sous la forme négative d'une interdiction de discrimination directe ou indirecte (ATF 136 II 241).
40. L'article 4 ALCP dispose que le droit de séjour et d'accès à une activité économique est garanti sous réserve des dispositions de l'article 10 et conformément aux dispositions de l'annexe I.
41. Aux termes de l'article 5, paragraphe 1, Annexe I ALCP, les droits octroyés par les dispositions de l'ALCP ne peuvent être limités que par des mesures justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique.
42. A teneur de l'article 16, paragraphe 1 ALCP, pour atteindre les objectifs visés par le présent accord, les parties contractantes prendront toutes les mesures nécessaires pour que les droits et obligations équivalant à ceux contenus dans les actes juridiques de la Communauté européenne (devenue "Union européenne") auxquels il est fait référence trouvent application dans leurs relations (par. 1).

43. Cette disposition fait référence aux directives 64/221/CEE (JO n° 56, 1964, p. 850), 72/194/CEE (JO n° L 121, 1972, p. 32) et 75/35/CEE (JO n° L 14, 1975, p. 10) (art. 5, par. 2, Annexe I ALCP).
44. Ces trois directives ont été abrogées et remplacées par la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, modifiant le règlement (CEE) n°1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE (JO L 158 du 30 avril 2004, p. 77).
45. L'article 27, chiffres 1 et 2 de la directive 2004/38 prévoit que « [...], *les États membres peuvent restreindre la liberté de circulation et de séjour d'un citoyen de l'Union ou d'un membre de sa famille, quelle que soit sa nationalité, pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique. Ces raisons ne peuvent être invoquées à des fins économiques.*
- 2. Les mesures d'ordre public ou de sécurité publique doivent respecter le principe de proportionnalité et être fondées exclusivement sur le comportement personnel de l'individu concerné. L'existence de condamnations pénales antérieures ne peut à elle seule motiver de telles mesures.*
- Le comportement de la personne concernée doit représenter une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société. Des justifications non directement liées au cas individuel concerné ou tenant à des raisons de prévention générale ne peuvent être retenues ».*
46. Par ailleurs, aux termes de l'article 16 paragraphe 2 ALCP, dans la mesure où l'application du présent accord implique des notions de droit communautaire, il sera tenu compte de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice des Communautés européennes (devenue "Cour de justice de l'Union européenne") antérieure à la date de signature. La jurisprudence postérieure à la date de la signature du présent accord sera communiquée à la Suisse. En vue d'assurer le bon fonctionnement de l'accord, à la demande d'une partie contractante, le Comité mixte déterminera les implications de cette jurisprudence (par. 2).
47. A cet égard, le Tribunal fédéral a précisé qu'il tiendrait compte de la jurisprudence postérieure à la date de signature de l'ALCP, afin d'assurer une situation juridique aussi parallèle que possible avec la réglementation européenne, pour autant qu'aucune raison valable ne s'y oppose (ATF 145 IV 364, consid. 3.6 ; ATF 141 II 1, consid. 2.2.3).
48. La jurisprudence distingue les discriminations directes, les discriminations indirectes et les restrictions indistinctement applicables. Les premières sont des mesures qui recourent expressément au critère de la nationalité pour instituer une différence de traitement entre deux situations comparables (Véronique BOILLET, L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'accord sur la libre circulation des personnes, Bâle Helbing Lichtenhahn, 2010, p. 118). Les deuxièmes sont des mesures qui, par leur nature même, sont susceptibles d'affecter davantage les ressortissants d'autres Etats membres de l'Union européenne que les ressortissants nationaux, en risquant, par conséquent, de défavoriser plus particulièrement les premiers (ATF 131 V 390, consid. 5.1.). Elles résultent de l'emploi de critères de distinction en apparence neutres, mais aboutissant *in fine* au même résultat qu'en cas d'utilisation du critère de la nationalité (BOILLET, op. cit., p. 121). Les dernières sont définies comme des mesures qui, applicables sans aucune distinction sur la base de la nationalité, sont susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice, par les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne, des libertés fondamentales garanties (ATF 140 II 141, consid. 7.2.2; Christine KADDOUS/Diane GRISEL, Libre circulation des personnes et des services, Dossier de droit européen n°26, p. 251).

49. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, reprise par le Tribunal fédéral, établit une distinction quant aux motifs justifiant une discrimination.
50. Les motifs d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique sont les seuls à pouvoir justifier une discrimination directe. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ne fait pas de distinction entre la notion d'ordre public et celle de sécurité publique, si bien que ces deux notions peuvent être traitées conjointement (BOILLET, op. cit., p. 245).
51. Les discriminations indirectes ainsi que les restrictions indistinctement applicables peuvent être justifiées, en plus des motifs d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, par des « raisons impérieuses d'intérêt général », que l'on appelle également « justifications objectives », « circonstances objectives » ou « considérations objectives » (ATF 130 I 26, consid. 3.2.3.).
52. Selon la Cour de justice de l'Union européenne, sont considérées comme des raisons impérieuses d'intérêt général notamment la protection des travailleurs (CJUE, arrêt Katoen Natie Bulk Terminals NV et General Services Antwerp NV du 11 février 2021, aff. conjointes C-407/19 et C-471/19, point 63), la prévention contre la perte de main-d'œuvre qualifiée (CJCE, arrêt ITC du 11 janvier 2007, aff. C-208/05, point 44), l'objectif d'assurer la sécurité dans les eaux portuaires (CJUE, arrêt Commission c. Royaume d'Espagne du 11 décembre 2014, aff. C-576/13, point 51), la possibilité de s'assurer de la fiabilité, de la diligence et du sérieux d'un soumissionnaire ainsi que du comportement correct de celui-ci vis-à-vis des salariés (CJUE, arrêt Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici du 10 juillet 2014, aff. C-358/12, point 32) ou encore certains objectifs à caractère socio politique (Conclusions de l'avocat général Campos Sánchez dans l'affaire Kohl et Schlessler, C-300/15, point 76).
53. Comme objectifs à caractère socio-politique constitutifs de raisons impérieuses d'intérêt général, la Cour de justice de l'Union européenne a notamment admis l'incitation à la construction de logements à usage locatif afin de satisfaire aux besoins de tels logements de la population allemande (CJCE, arrêt Busley et Cibrian Fernandez du 15 octobre 2009, aff. C-35/08, points 31 et 32), la facilitation de l'acquisition d'un premier logement par les particuliers dans le cadre plus général de la politique sociale de l'Etat grec (CJUE, arrêt Commission c. Grèce du 20 janvier 2011, aff. C-155/09, points 51, 52, 70 et 71) ou encore des objectifs de politique de développement (CJUE, arrêt Petersen, du 28 février 2013, aff. C-544/11, point 59).
54. Ne sont pas considérés comme des raisons impérieuses d'intérêt général des considérations d'ordre purement administratif (CJCE, arrêt Terhoeve du 26 janvier 1999, aff. C-18/95, point 45) et des motifs de nature purement économique, tels que des considérations budgétaires (CJCE, arrêt Kranemann du 17 mars 2005, aff. C-109/04).
55. Pour être admissible, la réglementation présentant une des trois formes de discrimination doit également être conforme au principe de proportionnalité, soit ne pas dépasser ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi (CJUE, arrêt Commission c. République portugaise du 21 décembre 2016, aff. C-503/14, point 49).
56. Par « sécurité publique », il faut comprendre la sécurité intérieure et extérieure, dans le sens de la préservation de l'intégrité du territoire d'un Etat membre et de ses institutions. Quant à la notion d'« ordre public », elle fait généralement référence à la prévention des troubles de l'ordre social (Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil concernant les lignes directrices destinées à améliorer la transposition et l'application de la directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, COM (2009) 313 final, pt. 3.1).

57. Bien que les lignes directrices visées au point précédent fassent une distinction entre la notion d'ordre public et celle de sécurité publique (COM 2009 313 final, pt. 3.1), la Cour de justice de l'Union européenne traite les deux notions conjointement (CJCE, arrêt du 26 novembre 2002, aff. C-100/01, Olazabal, Rec. 2002, p. I-10981, par. 35 ; Véronique BOILLET, p. 245; Christine KADDOUS/Diane GRISEL, Libre circulation des personnes et des services, Dossiers de droit européen n°26, 2012, p. 128).
58. Selon le Tribunal fédéral, la notion « d'ordre public », au sens de l'article 5, paragraphe 1 Annexe I ALCP, doit être comprise comme le trouble de l'ordre social et de la sécurité que constitue toute infraction (ATF 145 IV 364, consid. 3.5.1). Le recours par une autorité nationale à la notion d'ordre public pour restreindre la liberté de circulation suppose, en dehors du trouble de l'ordre social que constitue toute infraction à la loi, l'existence d'une menace réelle et d'une certaine gravité affectant un intérêt fondamental de la société (ATF 139 II 121, consid. 5.3 et la jurisprudence citée). Les mesures fondées sur des motifs d'ordre public ou de sécurité publique doivent également être prises exclusivement en relation avec le comportement personnel de l'individu auquel elles sont appliquées. Sont donc exclues les mesures dictées par des motifs de prévention générale détachés du cas individuel (ATF 130 II 493 et édictées dans l'intention d'avoir un effet dissuasif sur d'autres ressortissants étrangers (ATF 131 II 352, consid. 3.2 et la jurisprudence citée).
59. Le trafic de stupéfiant a, par exemple, été considéré comme une menace grave pour l'ordre public au sens de l'article 5 Annexe I ALCP (ATF 139 II 121, consid. 5 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_828/2016 du 17 juillet 2017, consid. 3.2).
60. Concernant la notion de « santé publique », l'article 29, chiffre 1 de la directive 2004/38/CE, par renvoi de l'article 5 paragraphe 1 Annexe I de l'ALCP, prévoit que les seules maladies justifiant des mesures restrictives de la libre circulation sont les maladies potentiellement épidémiques telles que définies dans les instruments pertinents de l'Organisation mondiale de la santé ainsi que d'autres maladies infectieuses ou parasitaires contagieuses pour autant qu'elles fassent, dans le pays d'accueil, l'objet de dispositions de protection à l'égard des ressortissants de l'État membre d'accueil.
61. Selon la Cour de justice, l'objectif de maintenir un service médical et hospitalier équilibré et accessible à tous peut, bien qu'il soit intrinsèquement lié au mode de financement du système de sécurité sociales, relever d'un motif de santé publique, dans la mesure où il contribue à la réalisation d'un niveau élevé de protection de la santé (CJCE, arrêt du 28 avril 1998, aff. C-158/96, Kohll, Rec. 1998, p. I-1931, par. 50 ; Véronique BOILLET, p. 250). Toutefois, le motif de santé publique ne doit pas permettre aux Etats membres de mettre le secteur de la santé publique, en tant que secteur économique et du point de vue de l'accès à l'emploi, à l'abri de l'application des principes de la libre circulation, mais de pouvoir refuser l'accès ou le séjour sur leur territoire à des personnes dont l'accès ou le séjour sur ce territoire constituerait, en tant que tel, un danger pour la santé publique (CJCE, arrêt du 7 mai 1986, aff. 131/85, Gül, Rec. 1986, p. 1573, par. 17 ; CJCE, arrêt Kohll précité, par. 46 ; Véronique BOILLET, p. 250).
62. Par ailleurs, l'article 10 Annexe I ALCP énonce que le ressortissant d'une partie contractante exerçant une activité salariée peut se voir refuser le droit d'occuper un emploi dans l'administration publique lié à l'exercice de la puissance publique et destiné à sauvegarder les intérêts généraux de l'Etat ou d'autres collectivités publiques.
63. Cette disposition s'inspire du droit européen, à savoir des articles 45, chiffre 4 et 51 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne de sorte que la jurisprudence de la Cour de justice doit être prise en compte, conformément à l'article 16, paragraphe 2 ALCP (Véronique BOILLET, p. 255).
64. Ce type de restriction à la libre circulation est motivé par le fait que les emplois visés supposent, de la part de leurs titulaires, l'existence d'un rapport particulier de solidarité à l'égard de l'Etat ainsi que la réciprocité de droits et devoirs qui sont le fondement du lien

- de nationalité (CJCE, arrêt du 2 juillet 1996, aff. C-473/93, Commission c. Luxembourg, Rec. 1996 p. I-3207, par. 2 ; CJCE, arrêt du 2 juillet 1996, aff. C-173/94, Commission c. Belgique, Rec. 1996, p. I-3265, par. 2 ; CJCE, arrêt du 2 juillet 1996, aff. C-290/04, Commission c. Grèce, Rec. 1996, p. I-3285, par. 2).
65. La clause d'exception permet uniquement de refuser aux ressortissants étrangers l'accès à certaines activités dans l'administration publique. En revanche, elle ne permet pas d'instituer des mesures discriminatoires en matière de rémunération ou concernant les autres conditions de travail à l'encontre des travailleurs ressortissant d'autres Etats membres qui auraient été employés au service de l'administration (Véronique BOILLET, p. 256 et les références citées en note 1253).
 66. Pour être qualifiée d'« exercice de la puissance publique », l'activité en cause doit comporter une autonomie de décision ainsi qu'une certaine responsabilité (ATF 140 II 112, consid. 3.2.3, in RDAF 2015 I, p. 415) et participer de manière directe et spécifique à l'exercice de la puissance publique (ATF 140 II 112, consid. 3.2.2 ; ATF 128 I 280, consid. 3, in RDAF 2003 I, p. 426 ; CJCE, arrêt du 21 juin 1974, aff. 2/74, Reyners, Rec. 1974, p. 631, par. 45 ; CJCE, arrêt du 13 juillet 1993, aff. C-42/92, Thijssen, Rec. 1993 I-4047, par. 8). En revanche, ne peuvent être qualifiées ainsi les activités auxiliaires ou préparatoires à l'exercice de la puissance publique pour un autre organe, tout comme celles qui n'affectent pas les pouvoirs d'appréciation ou de décision des autorités administratives ou judiciaires (ATF 140 II 112, consid. 3.2.3, in RDAF 2015 I, p. 415 ; CJCE, arrêt Thijssen précité, par. 22).
 67. Selon la Cour de justice de l'Union européenne, il n'est pas possible d'exclure des secteurs entiers du champ d'application des principes de libre circulation et de non-discrimination. Chaque emploi doit faire l'objet d'un examen au cas par cas (CJCE, arrêt du 2 juillet 1996, aff. C-473/93, Commission c. Luxembourg, Rec. 1996 p. I-3207, par. 28 et 47 ; CJCE, arrêt du 2 juillet 1996, aff. C-173/94, Commission c. Belgique, Rec. 1996, p. I-3265, par. 19 ; CJCE, arrêt du 2 juillet 1996, aff. C-290/04, Commission c. Grèce, Rec. 1996, p. I-3285, par. 36 ; Véronique BOILLET, p. 259 ; Christine KADDOUS/Diane GRISEL, p. 333).
 68. Lorsque des activités participant à l'exercice de l'autorité publique constituent un élément détachable de l'ensemble de l'activité professionnelle concernée, seules celles-ci font l'objet de la clause d'exception (CJCE, arrêt du 29 novembre 2017, aff. C-393/05, Commission c. Autriche, Rec. 2007, p. I-10195, par. 45 ; CJCE, arrêt Reyners précité, par. 47 ; Véronique BOILLET, p. 262 ; Christine KADDOUS/Diane GRISEL, p. 683). A l'inverse, la clause d'exception s'applique à l'ensemble de la profession lorsque les activités participant l'exercice de la puissance publique n'en sont pas détachables (Véronique BOILLET, p. 262).
 69. S'agissant des activités relevant de l'exercice de la puissance publique, les emplois les plus fréquemment réservés par les Etats membres de l'Union européenne à leurs ressortissants sont les postes dans le domaine pénitentiaire et celui de la justice pénale, la police, le service du contrôle des frontières, les pompiers, les gardes de sécurité, l'armée, les services de renseignements et la diplomatie (Christine KADDOUS/Diane GRISEL, p. 337).
 70. En Suisse, le Conseil fédéral a expliqué dans son Message du 14 décembre 1998 concernant la loi sur le personnel de la Confédération, que les tâches relevant de l'exercice de la puissance publique étaient principalement réservées à l'armée, la police, l'administration fiscale et la diplomatie (FF 1999 II 1421, 1459).
 71. La loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers ; RS 172.220.1) mentionne la notion d'exercice de la puissance publique. A teneur de l'article 8, alinéa 3 LPers si l'accomplissement de tâches impliquant l'exercice de la puissance publique l'exige, le Conseil fédéral détermine par voie d'ordonnance : les emplois auxquels n'ont

- accès que les personnes de nationalité suisse (let. a) ; les emplois auxquels n'ont accès que les personnes possédant exclusivement la nationalité suisse (let. b).
72. Sur cette base, le Conseil fédéral a en particulier édicté l'article 23, alinéa 1 de l'ordonnance du 3 juillet 2001 sur le personnel de la Confédération (OPers ; RS 172.220.111.3) et selon lequel, la nationalité suisse peut être exigée par le Département fédéral de justice et police (DFJP), pour le personnel affecté à la lutte internationale contre la criminalité et pour le personnel employé dans la police ou auprès d'autorités chargées de la poursuite pénale (let. a) ; par le Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports (DDPS), pour le personnel affecté à la défense nationale et au Service de renseignement de la Confédération (let. b) ; par le DFAE, pour le personnel affecté à la représentation de la Suisse à l'étranger (let. c) ; par le DFF, pour les membres du corps des gardes-frontière (let. d) et par les départements, pour le personnel du département qui représente la Suisse lors de négociations internationales (let. e).
73. N'ont en revanche pas été considérées comme relevant de l'exercice de la puissance publique les activités suivantes : les emplois au sein des universités, la profession d'avocat dans son ensemble, les activités d'un médecin spécialiste exercées dans le cadre d'un service public national, les infirmiers dans les hôpitaux publics, les capitaines et seconds de la marine marchande (sauf si les prérogatives de puissance publique qui leur sont attribuées, à savoir le maintien de la sécurité, l'exercice de pouvoirs de police ou l'attribution en matière notariale ou d'état civil, étaient effectivement exercées de façon habituelle et ne représentaient pas une part très réduite des activités), les emplois relevant des chemins de fer, les gardes dans des entreprises privées de sécurité (KADDOUS/GRISEL, pp. 338-340, et la jurisprudence citée), les interprètes de justice (ATF 140 II 112, consid. 3.2.4 in RDAF 2015 I, p. 415), ou encore les activités d'expertises en matière d'accident de la circulation routière (ATF 140 II 112, consid. 3.2.3 ; CJCE, arrêt du 10 décembre 1991, aff. C-306/89, Commission c. Grèce, Rec. 1991 I-5863, par.7).
74. Lorsque l'Etat restreint les droits conférés par l'ALCP par le biais de l'article 5, paragraphe 1 Annexe I ALCP ou de l'article 10 Annexe I ALCP, encore doit-il veiller à respecter le principe de proportionnalité, selon lequel la mesure employée doit être propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre (ATF 145 IV 364, consid. 3.4.5 ; CJCE, arrêt du 30 novembre 1995, aff. C-55/94, Gebhard, Rec. 1995 I-4165, par. 37 ; Christine KADDOUS/Diane GRISEL, p. 345. ; Véronique BOILLET, p. 251-252.).
75. Il convient enfin de remarquer que le Tribunal fédéral a eu l'occasion de traiter la validité d'une initiative vaudoise intitulée « Immigration libre et frontières ouvertes : Gardons nos places de travail en priorité pour nos résidents ». L'initiative visait notamment l'introduction d'un article 58a dans la Constitution vaudoise, à teneur duquel : « Dans leur rôle d'employeur, l'Etat et les communes accordent la priorité de l'emploi aux citoyens suisses et aux titulaires d'une autorisation d'établissement ». S'agissant de l'article 58a de l'initiative, le Tribunal fédéral a constaté que l'instance cantonale précédente n'avait pas violé le droit d'initiative en jugeant que cette disposition n'était pas conforme au droit supérieur. L'instance cantonale précédente avait fait remarquer qu'à compétences égales entre un citoyen suisse et une personne titulaire d'une autorisation de séjour, l'Etat de Vaud aurait été contraint d'engager le candidat suisse. Ce système pouvait dès lors discriminer certains ressortissants de l'Union européenne, discrimination prohibée par les article 2 ALCP et 9, paragraphe 1 de l'Annexe I ALCP. L'article 58a de l'initiative contrevenait également à l'article 21 LEtr (arrêt du Tribunal fédéral 1C_136/2018 du 26 novembre 2018, consid. 5.3).

76. Cet alinéa réserve l'engagement de collaboratrices ou de collaborateurs au sein de l'administration cantonale - pour les fonctions au sein de l'administration fiscale, de la Chancellerie d'Etat, du secrétariat général du Grand Conseil et de la police cantonale - aux personnes étrangères résidentes à Genève ou aux personnes de nationalité suisse.
77. Dès lors qu'il traite différemment les personnes de nationalité suisses et celles de nationalité étrangère, en instituant une obligation de résidence uniquement à ces dernières, l'article 2D, alinéa 1 constitue une discrimination directe qui est en principe interdite (voir supra par. 39 et 48 ss). Les seules justifications à une telle discrimination pourraient être l'ordre public, la sécurité publique ou encore la santé publique. Pourrait encore s'y ajouter l'exception ayant trait à l'exercice de la puissance publique au sens de l'article 10 Annexe I ALCP.
78. Contrairement à ce que soutient le comité dans sa réponse à la Chancellerie, il n'est pas possible de justifier la restriction par un motif d'ordre public.
79. Il semble douteux, au vu de la jurisprudence du Tribunal fédéral (et de la Cour de justice de l'Union européenne), que l'ordre public puisse être invoqué pour justifier des règles générales et abstraites. En effet, les mesures fondées sur le motif précité doivent être prises exclusivement en relation avec le comportement personnel de l'individu auquel elles sont appliquées. A l'inverse, les mesures dictées par des motifs de prévention générale, détachées du cas individuel et édictées dans l'intention d'avoir un effet dissuasif sur d'autres ressortissants étrangers sont exclues (voir supra par. 58). Or, l'article 2D, alinéa 1 vise indistinctement l'ensemble des personnes employées dans certains services de l'Etat, indépendamment de tout comportement individuel, susceptible de mettre en péril l'ordre public et la sécurité publique.
80. Le comité relève qu'un ressortissant suisse ou une personne domiciliée dans le canton sera justiciable en cas de violation du secret de fonction, sur le territoire cantonal, par les autorités judiciaires cantonales, ce qui serait susceptible d'apporter une protection supplémentaire à l'ordre public. Ces considérations sont toutefois dénuées de pertinence dès lors que l'exception de l'ordre public doit s'appliquer à l'égard de comportements individuels des personnes concernées.
81. Reste à analyser si l'exception de la puissance publique pourrait justifier la mesure. A cet égard, il convient de rappeler que l'exception précitée permet uniquement de refuser aux ressortissants étrangers l'accès à certaines activités dans l'administration publique (voir supra par. 65). A l'inverse, cette exception ne permet pas d'instituer une mesure discriminatoire – à savoir en l'espèce l'obligation de résidence - aux personnes de nationalité étrangère qui auraient accédé à certains postes au sein de l'administration cantonale. Dans cette mesure, l'obligation de résidence pour les personnes de nationalité étrangère doit être déclarée non conforme au droit.
82. Au vu de ce qui précède, le texte de l'article 2D, alinéa 1 doit être invalidé, par la suppression du membre de phrase « ...aux personnes résidentes domiciliées sur le territoire cantonal ou... » pour ne garder que « est réservé ~~aux personnes résidentes domiciliées sur le territoire cantonal ou~~ aux citoyennes et citoyens suisses... ».
83. Cela étant, pour les personnes de nationalité suisse, il n'est pas non plus possible de retenir l'exception de l'article 10 Annexe I ALCP pour justifier la mesure prévue à l'article 2D, alinéa 1.
84. En effet, s'il est vrai que les entités administratives visées par l'article 2D, alinéa 1 contiennent certainement des fonctions susceptibles d'être considérées comme participant à l'exercice de la puissance publique, il n'en demeure pas moins qu'il n'est pas possible d'exclure des secteurs entiers du champ d'application des principes de libre circulation et de non-discrimination. Chaque emploi doit faire l'objet d'un examen au cas par cas (voir supra par. 67). Or, c'est précisément ce que ne fait pas l'article 2D, alinéa 1:

aucune distinction n'est opérée parmi les fonctions exercées au sein des administrations (ou services) qu'il vise, y compris au sein du personnel de la police cantonale où s'exercent également des fonctions administratives et techniques sans lien avec l'exercice de la force publique et donc de la puissance publique (cf. art. 19 de la loi sur la police, du 9 septembre 2014 [LPol, F 1 05]) ou encore dans l'administration fiscale, laquelle contient certainement des fonctions participant à la puissance publique, sans toutefois pouvoir retenir qu'elles y participent toutes. La solution prévue par l'article 2D, alinéa 1 n'est ainsi pas admissible dans son principe et ne respecte pour le surplus pas le principe de la proportionnalité.

85. C'est ainsi l'entier de l'article 2D, alinéa 1 qui doit être considéré comme non conforme au droit.
86. Cela étant, conformément aux principes applicables aux initiatives populaires, le Conseil d'Etat doit déterminer si une interprétation conforme peut quand-même être donnée à l'article 2D, alinéa 1 (voir supra par. 35). En l'occurrence, l'interprétation à donner consisterait à retenir que cette disposition ne s'applique qu'aux fonctions de puissance publique des entités administratives visées.
87. Cette solution ne peut cependant pas être retenue au vu du texte clair de l'article 2D, alinéa 1, qui ne fait aucune distinction parmi les fonctions concernées, seules étant visées les entités administratives dans leur globalité. En retenant une interprétation dans le sens qui précède, le Conseil d'Etat irait à l'encontre du texte clair de l'article 2D, alinéa 1 et le principe de la légalité ne s'en trouverait plus respecté. En outre, au vu des observations du comité et de l'argumentaire figurant sur la feuille de récolte de signatures, il semble que ce dernier visait bien l'ensemble des fonctions des entités administratives concernées par l'article 2D, alinéa 1. Enfin, une telle interprétation ne serait pas conforme à la garantie des droits politiques de l'article 34, alinéa 2 Cst., dès lors que les électrices et les électeurs ne seraient pas en mesure de se rendre compte, au moment du vote, que le texte ne s'appliquerait en réalité qu'à certaines fonctions des entités administratives visées, alors qu'il ne n'établit aucune distinction ni n'évoque une telle possibilité.
88. Au vu de ce qui précède, le Conseil d'Etat retiendra que l'article 2D, alinéa 1 n'est pas conforme au droit.

Art. 2D, al. 2 de l'IN 195

89. Cet alinéa prévoit que les policières et policiers titulaires du brevet fédéral doivent être de nationalité suisse au moment de la prestation de serment.
90. Dès lors qu'il exclut les personnes étrangères de la fonction précitée, l'article 2D, alinéa 2 traite différemment les personnes de nationalité suisses et celles de nationalité étrangère, ce qui constitue une discrimination directe. Cette dernière peut être justifiée par des motifs ayant trait à l'ordre public, la sécurité publique ou encore la santé publique. Peut encore s'ajouter à cela l'exception relative à l'exercice de la puissance publique au sens de l'article 10 Annexe I ALCP.
91. A la différence de son alinéa 1, l'article 2D, alinéa 2 vise une catégorie précise du personnel de la police, soit les personnes titulaires du brevet fédéral de policier, lesquelles sont habilitées à exercer les activités de police administrative et de sécurité ainsi que l'activité de police judiciaire, au sens de l'article 15 du code de procédure pénale suisse, du 5 octobre 2007 (art. 1, al. 3 et 9 de la loi sur la police, du 9 septembre 2014 [LPol, F 1 05]).
92. Cette fonction relève de la puissance publique et la limitation prévue est admissible dans la mesure où elle est suffisamment circonscrite. L'activité de police, dans sa dimension d'exercice de la force publique, constitue d'ailleurs l'un des exemples où l'exception de puissance publique a été admise par la jurisprudence.
93. L'article 2D, alinéa 2 est donc conforme au droit.

Art. 2D, al. 3 de l'IN 195

94. Cet alinéa prévoit que les personnes de nationalité étrangère domiciliées à l'étranger ne peuvent pas occuper de poste dans l'administration cantonale au-delà de la classe 21 de l'échelle des traitements de l'Etat de Genève.
95. Bien que le comité estime, dans ses observations, qu'il n'y a pas de « sélection à l'embauche [...], mais une condition à remplir pour pouvoir exercer une fonction, condition qui n'est pas liée à la nationalité, mais au domicile », il n'en demeure pas moins que l'article 2D, alinéa 3 traite différemment les personnes de nationalité suisses et celles de nationalité étrangère. En effet, il subordonne l'accès aux postes colloqués au-delà de la classe 21 à un domicile en Suisse pour les personnes étrangères, alors que les personnes de nationalité suisse ne se voient pas imposer cette condition de domicile. L'article 2D, alinéa 2 constitue donc bel et bien une discrimination directe. Les seules justifications envisageables sont celles relative à l'ordre public, la sécurité publique ou encore la santé publique. Peut encore s'ajouter à cela l'exception relative à l'exercice de la puissance publique au sens de l'article 10 Annexe I ALCP.
96. Dans ses observations, le comité relève qu'il s'agit d'un motif d'ordre public, dans la mesure où les postes occupés au-delà de la classe 21 concernent des collaboratrices et des collaborateurs ayant des fonctions de management et de direction, qui ont accès à des informations sensibles et qui jouent un rôle déterminant dans l'organisation et la gouvernance de l'administration cantonale. Selon lui, il ne serait pas disproportionné, compte tenu du traitement dont bénéficie une collaboratrice ou un collaborateur à ce niveau de l'administration, d'exiger qu'il s'imprègne de l'environnement pour lequel il exerce ses fonctions non seulement durant les heures de travail mais également dans sa vie de tous les jours. Il serait malheureusement constaté que l'essentiel des travailleurs frontaliers n'ont aucune interaction avec le canton de Genève ou la Suisse en général lorsqu'ils y travaillent, pas plus que durant les loisirs, alors qu'une activité qui implique le management, la définition stratégique et la mise en œuvre de politiques publiques locales exige de connaître la population à laquelle elles s'adressent. Il en irait du bon fonctionnement de l'Etat et de la relation de confiance entre la population résidente et son administration.

97. Comme cela a déjà été relevé (voir supra par. 58 et 79), outre le fait qu'il semble douteux que l'ordre public suisse et la sécurité publique puissent être invoqués pour justifier des règles générales et abstraites, ladite exception ne saurait en tout état de cause concerner une catégorie entière de personnes. Au contraire, les mesures fondées sur des motifs d'ordre public ou de sécurité publique doivent être prises exclusivement en relation avec le comportement personnel de l'individu auquel elles sont appliquées. Cette exception ne peut donc justifier la mesure prévue à l'article 2D, alinéa 3, étant pour le surplus contraire au principe de la proportionnalité.
98. Il convient également d'examiner si l'exception de puissance publique de l'article 10 Annexe I ALCP pourrait justifier la mesure, en précisant que l'obligation de résidence ne pourrait pas être retenue, seule pouvant entrer en ligne de compte une limitation de l'accès en fonction de la nationalité (voir supra par. 65 et 81).
99. Contrairement à ce que soutient le comité, les personnes visées par l'article 2D, alinéa 3 n'ont pas toutes des fonctions de management et de direction. Par exemple, les personnes en classe 22 ne sont pas des cadres supérieurs, alors qu'elles seraient malgré tout visées par la mesure. S'agissant des personnes en classe 23 et plus, elles sont considérées comme des cadres supérieurs, soit des fonctionnaires appelés, par leurs responsabilités hiérarchiques ou fonctionnelles, à préparer, proposer ou prendre toute mesure ou décision propre à l'élaboration et à l'exécution des tâches fondamentales de pouvoir exécutif (art. 2, al. 1 du règlement sur les cadres supérieurs de l'administration cantonale, du 22 décembre 1975 [RCSAC, B 5 05.03]). Cela dit, la situation actuelle au sein de l'administration cantonale montre que tous les cadres supérieurs de la fonction publique n'exercent pas des fonctions de management et d'encadrement.
100. Il est certes évident que certains cadres supérieurs de l'administration exercent des fonctions pour lesquelles l'accès pourrait être réservé aux seules personnes de nationalité suisse sur la base de l'article 10 Annexe I ALCP. Il est toutefois impossible de retenir que toutes les personnes avec des fonctions colloquées de la classe 21 à la classe 33 participent à l'exercice de la puissance publique, et ce même s'il fallait envisager que tous les cadres supérieurs exercent des fonctions de management et d'encadrement. Au surplus, comme mentionné supra, les personnes dont les fonctions sont situées en classe 22 ne sont pas des cadres supérieurs. Toutes les fonctions visées par l'article 2D, alinéa 3 ne supposent ainsi pas l'existence d'un rapport particulier de solidarité à l'égard de l'Etat ainsi que la réciprocité de droits et devoirs qui sont le fondement du lien de nationalité. Enfin, il est indéniable que certaines des fonctions visées ne peuvent qu'être qualifiées d'auxiliaires ou de préparatoires à l'exercice de la puissance publique, de sorte qu'elles ne pourraient entrer dans le champ de l'exception de l'article 10 Annexe I ALCP. Cette dernière ne saurait ainsi justifier l'obligation de nationalité pour l'ensemble des personnes précitées.
101. L'article 2D, alinéa 3 vise en outre des pans entiers de l'administration cantonale, en fixant le critère de l'obligation de résidence ou de nationalité sur la base de la classe de traitement et non au regard de la fonction exercée. Or, cette solution n'est pas possible, comme cela a été vu plus haut (voir supra par. 67).
102. Au vu du texte clair de l'article 2D, alinéa 3, il ne sera pas non plus possible de trouver une interprétation conforme – telle que l'application de cette disposition uniquement aux fonctions participant à l'exercice de la puissance publique – sans s'écarter dudit texte. Pour le surplus, les considérations du paragraphe 87 ci-dessus concernant l'article 2D, alinéa 1 valent *mutatis mutandis* pour l'article 2D, alinéa 3.
103. L'article 2D, alinéa 3 n'est ainsi pas conforme au droit.

Art. 2D al. 4 de l'IN 195

104. Cet alinéa prévoit que les étrangers domiciliés à l'étranger ne peuvent pas occuper des positions dans les ressources humaines de l'administration cantonale.
105. Pour le comité, l'activité au sein des ressources humaines est une activité particulièrement sensible en tant qu'elle implique notamment l'engagement de nouvelles collaboratrices et de nouveaux collaborateurs. Selon lui, l'expérience quotidienne démontre que bon nombre de personnes occupées à ces tâches n'ont aucune connaissance des filières de formation helvétiques, étant elles-mêmes issues d'une formation étrangère, essentiellement française. C'est ainsi que, selon le principe qui voudrait que l'on n'apprécie que ce que l'on connaît, des responsables RH recrutent de nouvelles collaboratrices et de nouveaux collaborateurs issus de formations étrangères ignorant les compétences à disposition sur le territoire suisse. Certes, les directives internes de l'Etat de Genève impliquent l'annonce de tout nouveau poste ouvert ou à repourvoir auprès de l'Office cantonal de l'emploi (fiche n° 01.01.04 du mémento des instructions de l'office du personnel de l'Etat de Genève). Toutefois, ne sont inscrites auprès dudit Office que les personnes au chômage et non pas les jeunes en recherche d'emplois qui se voient ainsi discriminés sans aucune possibilité quelconque de contrôle ou de contestation. Le comité estime ainsi que la disposition dont il est ici question, ne ferme pas l'engagement à des fonctions RH aux personnes de nationalité étrangère, mais exige simplement que celles-ci soient domiciliées en Suisse pour s'imprégner du tissu social et économique du pays au vu de la position éminemment stratégique qu'elles occupent pour le maintien de la paix sociale. L'IN 195 ne ferait ici qu'exprimer le droit de la Suisse à protéger son ordre public en offrant aux candidats à l'emploi qui y résident le maximum de chances de pouvoir être intégrés au marché du travail.
106. Bien que le comité estime, dans ses observations, que « La disposition dont il est ici question, ne ferme pas l'engagement à des fonctions RH aux personnes de nationalité étrangère, mais exige simplement que celles-ci soient domiciliées en Suisse pour s'imprégner du tissu social et économique du pays au vu de la position éminemment stratégique qu'elles occupent pour le maintien de la paix sociale », il n'en demeure pas moins que l'article 2D, alinéa 4 traite différemment les personnes de nationalité suisse et celles de nationalité étrangère. En effet, il subordonne l'accès aux postes dans les ressources humaines de l'administration à un domicile en Suisse pour les personnes étrangères, alors que les personnes de nationalité suisse ne se voient pas imposer cette condition de domicile. L'article 2D, alinéa 4 constitue donc bel et bien une discrimination directe. Les seules justifications envisageables peuvent être l'ordre public, la sécurité publique ou encore la santé publique. Peut encore s'ajouter à cela l'exception ayant trait à l'exercice de la puissance publique au sens de l'article 10 Annexe I ALCP.
107. Comme cela a été vu pour les alinéas 1 et 3 de l'article 2D (voir supra par. 58, 79 et 97), outre le fait qu'il semble douteux que l'ordre public suisse et la sécurité publique puissent être invoqués pour justifier des règles générales et abstraites, ladite exception ne saurait concerner une catégorie entière de personnes. Au contraire, les mesures fondées sur des motifs d'ordre public ou de sécurité publique doivent être prises exclusivement en relation avec le comportement personnel de l'individu auquel elles sont appliquées. Or, l'article 2D, alinéa 4 s'applique indistinctement à tout personne occupant « une position dans les ressources humaines de l'administration cantonale ». En outre, l'objectif du comité d'initiative indiqué dans ses observations d'offrir « aux candidats à l'emploi résidant dans notre pays le maximum de chances de pouvoir être intégrés au marché du travail » laisse très sérieusement à penser qu'il s'agit d'un motif à caractère économique, lequel est exclu de la notion d'ordre public. Enfin, le principe de la proportionnalité n'est pas non plus respecté.
108. Pour le surplus, il convient encore d'examiner si l'exception de puissance publique de l'article 10 Annexe I ALCP pourrait justifier la mesure, en précisant que l'obligation de

résidence ne peut être retenue, seule pouvant entrer en ligne de compte une limitation de l'accès en fonction de la nationalité (voir supra par. 65, 81 et 98).

109. Au vu des critères fixés par la jurisprudence, soit l'existence d'un rapport particulier de solidarité à l'égard de l'Etat ainsi que la réciprocité de droits et devoirs qui sont le fondement du lien de nationalité, et des cas qu'elle a tranchés, les fonctions au sein de ressources humaines ne peuvent être qualifiées d'exercice de la puissance publique.
110. Cela étant, et même s'il fallait retenir que l'une ou l'autre fonction dans les ressources humaines pourrait participer à l'exercice de la puissance publique, ce qui n'est de loin pas certain, il est en tout cas exclu que l'ensemble des activités qui s'y rapportent soient considérées comme telles. Ainsi, il ne fait aucun doute que l'exception de l'article 10 Annexe I ALCP ne pourrait pas concerner par exemple les personnes chargées de la gestion des salaires ou encore de tâches de nature administrative. Il est donc impossible de retenir que toutes les personnes exerçant une fonction en relation avec les ressources participent à l'exercice de la puissance publique. Cette exception ne saurait ainsi justifier l'obligation de nationalité pour l'ensemble des personnes précitées.
111. L'article 2D, alinéa 4 concerne également un secteur entier de l'administration (le domaine des ressources humaines), ce qui n'est – comme déjà mentionné - pas possible (voir supra par. 67 et 101).
112. Au vu du texte clair de l'article 2D, alinéa 4, qui vise indistinctement « des positions dans les ressources humaines », il ne sera pas non plus possible de trouver une interprétation conforme – telle que l'application de cette disposition uniquement aux fonctions dirigeantes -, sans s'écarter dudit texte. En outre, même s'il était possible de retenir cette interprétation, il est douteux, comme évoqué ci-dessus (par. 109), que même les fonctions dirigeantes dans les ressources humaines participent à l'exercice de la puissance publique. Pour le surplus, les considérations des paragraphes 87 et 102 ci-dessus concernant l'article 2D, alinéas 1 et 3 valent *mutatis mutandis* pour l'article 2D, alinéa 4.
113. L'article 2D, alinéa 4 n'est donc pas conforme au droit.

Art. 2D al. 5 de l'IN 195

114. Cet alinéa prévoit que l'engagement d'une personne de nationalité étrangère domiciliée à l'étranger n'est possible que si aucune candidate ou aucun candidat ayant son domicile sur le territoire cantonal ou de nationalité suisse et ayant les compétences requises, n'a postulé. Le respect de cette règle peut être examiné en tout temps sans préavis par une délégation de la Commission de contrôle de gestion du Grand Conseil.
115. Pour le comité, cette disposition exprimerait une priorité à l'emploi pour les résidentes et résidents du canton de Genève ou pour les personnes de nationalité suisse, mais en aucun cas une exclusivité. En d'autres termes, selon lui, des personnes étrangères domiciliées à l'étranger pourraient occuper des fonctions au sein de l'administration cantonale, sous réserve des alinéas précédents de l'article 2D, mais uniquement pour autant que l'Etat de Genève, par l'intermédiaire de ses multiples ressources humaines, ait constaté l'absence de candidature d'un candidat domicilié dans le canton ou disposant de la nationalité suisse. Il ne s'agirait donc en aucun cas d'une entrave à la libre circulation puisqu'il entre dans les prérogatives, voire les devoirs d'un Etat, de diminuer son taux de chômage et de garantir sa paix sociale, ce qui ne peut précisément pas être obtenu si l'on engage à l'étranger des personnes pour des postes qui pourraient être parfaitement occupés par d'autres personnes qui sont, ou qui risquent d'être, à charge de la collectivité. Ce principe de la préférence nationale se retrouve expressément à l'article 121A de la Constitution fédérale suite à une votation populaire de 2014. L'IN 195, à son article 2 al. 5, ne fait que décliner ce principe dans le secteur spécifique de l'administration cantonale,

qui doit être exemplaire à cet égard. Le maintien de l'ordre public exigerait également de prévenir tout trouble qui pourrait y porter atteinte.

116. Il convient d'emblée de constater que la deuxième phrase de cet alinéa ne pose pas de problème de conformité à l'ALCP.
117. S'agissant de la première phrase, elle constitue une discrimination directe dès lors qu'elle prévoit un traitement différent pour les personnes de nationalité suisses et pour celles de nationalité étrangère. Pour les premières, l'accès à une fonction au sein de l'administration cantonale n'est conditionné à aucune exigence. Pour les secondes, ledit accès est exclu, à moins d'être domiciliées sur le territoire cantonal ou à moins qu'aucune personne résidente ou de nationalité suisse ayant les compétences requises n'ait postulé. Les seules justifications envisageables pourraient être l'ordre public, la sécurité publique ou encore la santé publique, voire l'exception ayant trait à l'exercice de la puissance publique au sens de l'article 10 Annexe I ALCP.
118. Comme cela a été vu pour les alinéas 1, 3 et 4 de l'article 2D (voir supra par. 58, 79, 97 et 107), les mesures fondées sur des motifs d'ordre public ou de sécurité publique doivent être prises exclusivement en relation avec le comportement personnel de l'individu auquel elles sont appliquées. Or, l'article 2D, alinéa 5 s'applique indistinctement à toute personne de nationalité étrangère domiciliée à l'étranger, ce qui n'est pas admissible. En outre, il s'agirait à n'en pas douter d'un motif à caractère économique exclu de la notion d'ordre public.
119. Quant à l'éventuelle exception de puissance publique, elle ne saurait être retenue, à supposer qu'elle puisse entrer en considération, dès lors que la mesure vise indistinctement toutes les fonctions à l'Etat, alors que seules certaines d'entre elles pourraient être considérées comme participant à l'exercice de la puissance publique.
120. L'article 2D, alinéa 5 concerne en outre tous les secteurs de l'administration cantonale de façon indéterminée, ce qui n'est pas possible (voir supra par. 67, 101 et 111) et contraire au principe de la proportionnalité.
121. L'article 2D, alinéa 5, première phrase, n'est donc pas conforme au droit. La seconde phrase est certes conforme au droit mais n'a plus aucune portée sans la première.
122. Enfin, au vu de ce qui précède, la question de la conformité à l'article 121A Cst., évoquée par le comité dans ses observations peut rester ouverte dès lors que les règles de l'ALCP ne sont de toute façon pas respectées.

Art. 2 Disposition transitoire

123. Cette disposition prévoit que, dès l'entrée en vigueur de l'article 2D, les collaboratrices et collaborateurs qui ne respectent pas les règles imposées disposent d'un délai d'une année pour se mettre en conformité, sous peine de résiliation des rapports de service.
124. Cet article 2 ne semble *a priori* pas contredire l'ALCP et pourrait ainsi y être jugé conforme. En revanche, comme cela a été relevé par la Chancellerie dans son courrier au comité du 14 juillet 2023, la question peut se poser de savoir si cette règle respecte le principe de proportionnalité (art. 5, al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse [RS 101, Cst]) – applicable en matière de droit du personnel - notamment au sens étroit, selon lequel il doit exister un rapport raisonnable entre le but visé et les intérêts compromis.
125. La question peut demeurer ouverte car cette disposition n'aura plus aucune portée comme cela sera vu plus loin (voir infra par. 145).

H.3. Conformité au droit fédéral

Liberté d'établissement (art. 24 Cst.)

126. La liberté d'établissement prévoit que les Suisses et les Suissesses ont le droit de s'établir en un lieu quelconque du pays. Ils ont également le droit de quitter la Suisse ou d'y entrer (art. 24, al. 2 Cst.). Cette liberté a pour but de garantir et de promouvoir la libre circulation des personnes sur l'ensemble du territoire de la Confédération suisse (ATF 148 I 97, consid. 3.2.1 ; Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER/Maya HERTIG RANDALL/Alexandre FLÜCKIGER, Droit constitutionnel suisse, Vol. II : Les droits fondamentaux, 4e éd., Berne (Stämpfli) 2021, N 833), tout en permettant à l'Etat de définir le domicile, le droit de cité ainsi que la nationalité de ses ressortissants (MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, op. cit., N 836). Comme le précise la disposition constitutionnelle, seules les personnes physiques de nationalité suisse sont titulaires de cette liberté ; par conséquent, les personnes de nationalité étrangère ne bénéficient d'aucune prérogative sur la base de cette liberté fondamentale (MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, op. cit., N 851 et 852 ; Ulrich HÄFELIN/Walter HALLER/Helen KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8e éd., Zurich (Schulthess) 2012, N 583).
127. En l'espèce, l'IN 195 n'institue pas d'obligation de résidence dans le canton de Genève pour les personnes de nationalité suisse, de sorte qu'elle n'entre pas en contradiction avec la liberté d'établissement au sens de l'article 24 Cst..

H.4. Conclusion sur la conformité au droit

128. Au vu de ce qui précède, l'article 2D (nouveau) tel que proposé par l'IN 195 n'est pas conforme au droit, sous réserve de son alinéa 2 (obligation de nationalité suisse pour les policières et policiers titulaires du brevet fédéral) et de la deuxième phrase de l'alinéa 5 (compétence de la commission de contrôle de gestion de vérifier le respect de l'alinéa 5). Quant à l'article 2 « disposition transitoire », la question de sa conformité au droit peut rester ouverte car, au vu de ce qui suit, cet article n'aura plus aucune portée (voir infra par. 145).

I. Principe de clarté

129. L'exigence de clarté du texte d'une initiative populaire ne fait pas partie des conditions de validité expressément mentionnées à l'article 60 Cst-GE. Il s'agit néanmoins d'un postulat qui découle de la liberté de vote telle que garantie par l'article 34, alinéa 2 Cst.. Ce principe est défini comme suit par le Tribunal fédéral : l'électeur doit pouvoir inférer quelles seront les conséquences pratiques de son vote, ce qui n'est pas possible si le texte d'une initiative est équivoque ou imprécis (ATF 133 I 110, consid. 8 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_659/2012, consid. 5.1). Le principe de clarté exige ainsi une formulation adéquate des questions soumises au vote (ACST/8/2020, consid. 4c).
130. L'exigence de clarté en tant que condition indépendante de validité des initiatives populaires est également admise au sein de la doctrine, qui considère que la clarté et la cohérence doivent être satisfaites quant à la forme, mais aussi et surtout quant à son contenu (B. TORNAY, La démocratie directe saisie par le juge, 2008, pp. 115-116).
131. Le texte d'une initiative doit en effet être suffisamment précis. L'objet de l'initiative doit être suffisamment clair pour qu'un vote populaire puisse intervenir sans que les électeurs ne soient exposés au risque d'une erreur sur des points importants (ATF 139 I 292 consid. 5.8 traduit et résumé in JdT 2014 I 237).
132. Cette exigence résulte également du principe de la légalité, qui est posé de façon générale pour toute l'activité de l'État régi par le droit (art. 5, al. 1 Cst. ; art. 9, al. 2 Cst-GE), mais aussi pour les restrictions aux droits fondamentaux (art. 36, al. 1, par. 1 Cst.). L'exigence d'une base légale ne concerne en effet pas que le rang de la norme – à savoir celui d'une loi formelle en cas de restrictions graves (art. 36, al. 1, par. 2 Cst.) –, mais s'étend à son contenu, qui doit être suffisamment clair et précis. Il faut que la

base légale ait une densité normative suffisante pour que son application soit prévisible, compte tenu de la teneur du texte considéré, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires, aussi pour que l'égalité de traitement soit garantie, pour qu'aucune place ne soit laissée à l'arbitraire, et pour que les citoyens puissent, en cas de scrutin populaire, se représenter les conséquences réelles du texte soumis à leur suffrage (ACST/23/2017, consid. 5b et références citées).

133. Ainsi, selon la jurisprudence en matière de droits politiques (Alexandre FLUECKIGER/Stéphane GRODECKI, La clarté : un nouveau principe constitutionnel, in *Revue de droit suisse*, 2017, vol. 136, Halbbd. I, p. 56, et les références citées) :
- les questions soumises au vote doivent être claires : celles-ci ne doivent pas induire en erreur, ni être rédigées dans des termes propres à influencer sur la décision de la citoyenne ou du citoyen ; chaque électrice et électeur doit pouvoir se former son opinion de la façon la plus libre possible, et exprimer son choix en conséquence (ce qui interdit, par exemple, les doubles négations) ;
 - les titres d'initiatives ou de référendums ne doivent pas être trompeurs (cf. art. 69, al. 2 de la loi fédérale sur les droits politiques, du 17 décembre 1976 [RS 161.1 – LDP] ; SJ 1989 90 consid. 2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1P.338/2006, consid. 3.6) ;
 - le texte lui-même doit être clair.
134. En l'espèce, le titre de l'IN 195 « Emplois à l'Etat: limitons les frontaliers ! » est clair et coïncide très largement avec les modifications législatives proposées, sous réserve peut-être de l'alinéa 2 de l'article 2D, qui ne concerne que la nationalité des policières et policiers. Cela dit, il a pour conséquence d'exclure les personnes de nationalité étrangère domiciliée à l'étranger et travaillant en Suisse, ce qui constitue un lien suffisant avec le titre.
135. La question de la clarté pourrait se poser au regard du terme d'« administration cantonale ». En effet, l'IN 195 utilise cette notion alors que l'article 1, alinéa 1 LPAC est formulé de manière plus large, en prévoyant que la loi s'applique non seulement aux membres du personnel de l'administration cantonale, mais également au personnel d'autres employeurs. De plus, le personnel d'enseignant ne fait pas parti du champ d'application de la LPAC, mais est soumis à une réglementation particulière (LIP). Il pourrait y avoir potentiellement une contradiction sur le champ d'application de l'article 2D de l'IN 195.
136. Cela dit, il s'agit avant tout d'un problème d'interprétation du texte et non d'une rédaction contradictoire en tant que telle.
137. Quoi qu'il ne soit, au vu de l'invalidation de l'IN 195 (voir infra chapitre III. Conclusions), la question de sa clarté pourra demeurer ouverte.

J. Exécutabilité

138. Selon la jurisprudence, une initiative populaire doit être invalidée si son objet est impossible. Il ne se justifie pas, en effet, de demander au peuple de se prononcer sur un sujet qui n'est pas susceptible d'être exécuté. L'invalidation ne s'impose toutefois que dans les cas les plus évidents. L'obstacle à la réalisation doit être insurmontable : une difficulté relative est insuffisante, car c'est avant tout aux électeurs qu'il appartient d'évaluer les avantages et les inconvénients qui pourraient résulter de l'acceptation de l'initiative. Par ailleurs, l'impossibilité doit ressortir clairement du texte de l'initiative ; si celle-ci peut être interprétée de telle manière que les vœux des initiants sont réalisables, elle doit être considérée comme valable. L'impossibilité peut être matérielle ou juridique (arrêt du Tribunal fédéral 1P.52/2007, consid. 3.1, et les références citées).
139. En l'espèce, et en partant de l'hypothèse, non réalisée en l'espèce – sauf en ce qui concerne l'exigence de nationalité des policières et policiers –, que le droit supérieur

admette les règles fixées par l'IN 195, l'exécutabilité de cette dernière ne poserait pas de difficultés insurmontables du point de vue de sa mise en œuvre.

140. Partant, l'IN 195 respecte l'exigence d'exécutabilité, dans l'hypothèse visée au point précédent.

III. CONCLUSION

141. Toutes les conditions de validité n'étant pas réalisées, se pose la question de l'invalidation de l'IN 195.
142. A teneur de l'article 60, alinéa 4 Cst-GE, l'initiative dont une partie n'est pas conforme au droit est déclarée partiellement nulle si la ou les parties qui subsistent sont en elles-mêmes valides. A défaut, l'initiative est déclarée nulle. L'invalidation partielle est soumise à deux conditions, l'une subjective, l'autre objective. Il faut en premier lieu que l'on puisse raisonnablement admettre que les signataires auraient aussi approuvé la partie valable de l'initiative, si elle leur avait été présentée seule. Il faut en second lieu qu'amputée de certaines parties viciées, les dispositions restantes représentent encore un tout assez cohérent pour avoir une existence indépendante et correspondre à l'objectif principal initialement visé par les initiants, tel qu'il pouvait être objectivement compris par les signataires. Tel est le cas lorsque la partie restante de l'initiative forme un tout homogène qui suit la direction donnée par l'initiative complète, de sorte que l'initiative ne soit pas dépouillée de son contenu essentiel (ATF 130 I 185 consid. 5 ; ATF 125 I 21 consid. 7b ; arrêt non publié 1C_302/2012 du 27 février 2013 du Tribunal fédéral, consid. 4.1).
143. Selon la jurisprudence, lorsque seule une partie de l'initiative apparaît inadmissible, la partie restante peut subsister comme telle, pour autant qu'elle forme un tout cohérent et qu'elle puisse encore correspondre à la volonté des initiants. Ainsi, en vertu du principe de la proportionnalité, l'invalidité d'une partie de l'initiative ne doit entraîner celle du tout que si le texte ne peut être amputé sans être dénaturé (arrêt du Tribunal fédéral 1P.451/2006, consid. 8.1). Conformément à ce principe, l'article 60, alinéa 4 Cst-GE impose de déclarer partiellement nulle l'initiative dont une partie n'est pas conforme au droit si la ou les parties qui subsistent sont en elles-mêmes valides. A défaut, l'initiative est déclarée nulle.
144. En l'espèce, les alinéas 1, 3, 4 de l'article 2D doivent être invalidés. S'agissant de l'alinéa 5, la première phrase doit être invalidée. S'agissant de la seconde, elle est conforme au droit mais n'a plus de portée dès lors qu'elle est matériellement liée à la première. L'alinéa 2 (exigence de nationalité suisse pour les policières et policiers titulaires du brevet fédéral) peut lui, en tant que tel, être maintenu.
145. Au vu de ce qui précède, l'article 2 « disposition transitoire » n'a plus aucune portée propre, dès lors qu'il s'applique aux règles fixées pour les alinéas invalidés de l'article 2D. S'agissant de l'alinéa 2 qui pourrait seul subsister, il prévoit que les personnes concernées doivent être de nationalité suisse au moment de la prestation de serment. Cette condition ne pourra se réaliser qu'après l'entrée en vigueur de la loi. Il n'y aurait ainsi aucune personne concernée par la règle avant ladite entrée en vigueur, de sorte que la mise en conformité prévue par la disposition transitoire ne fait aucun sens. Il convient également de relever que l'article 10A du règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux, du 24 février 1999 (RPAC, rs/GE B 5 05.01), prévoit déjà l'exigence de nationalité, de sorte qu'une disposition transitoire n'est pas non plus nécessaire sous cet angle. L'article 2 « disposition transitoire » sera donc également invalidé.

146. La partie valide qui subsiste est dès lors constituée uniquement de l'article 2D, alinéa 2 concernant la nationalité des policières et policiers titulaires du brevet fédéral.
147. Cela dit, cette partie de l'initiative n'apparaît que comme une règle accessoire par rapport au cœur de l'initiative. Celle-ci visait dans sa quasi-totalité à instituer une limitation ou une interdiction de l'accès à certains postes de l'administration aux personnes étrangères domiciliées à l'étranger et non à exiger la nationalité suisse des policières et policiers, dont on rappellera d'ailleurs qu'elle est déjà prévue par l'article 10A RPAC. Cette appréciation est confirmée par le titre de l'IN 195 (« Emplois à l'Etat: limitons les frontaliers ! »), par l'argumentaire figurant sur le formulaire de récolte de signatures qui ne fait à aucun moment référence à la nationalité des policiers mais qui au contraire ne traite que des « frontaliers » et des « permis G », par les observations du comité et finalement par la note marginale de l'article 2D de l'IN 195 (« préférence cantonale »). Il ressort en effet de ces différents éléments que le cœur de l'initiative vise une limitation des personnes frontalières à Genève et non l'instauration d'une obligation de nationalité pour les policiers titulaires du brevet fédéral.
148. Le Conseil d'Etat retiendra donc que la partie qui subsiste de l'IN 195 ne peut avoir une existence indépendante et correspondre à l'objectif principal initialement visé par les initiants tel qu'il pouvait être objectivement compris par les signataires. La partie restante de l'initiative ne forme plus un tout homogène qui suit la direction donnée par l'initiative complète, de sorte que l'initiative est dépouillée de son contenu essentiel.
149. L'initiative sera ainsi déclarée nulle dans sa totalité.
150. Conformément à l'article 92A, alinéas 2 à 4 LEDP, le présent arrêté est notifié au comité d'initiative, transmis au Grand Conseil et publié dans la FAO.

Par ces motifs,

ARRÊTE :

L'initiative populaire cantonale 195 « Emplois à l'Etat: limitons les frontaliers ! » est déclarée nulle.

Conformément aux articles 130B, alinéa 1, lettre c de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ – E 2 05), 17, alinéa 4, 62, alinéa 1, lettre a, 64 et 65 de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 (LPA – E 5 10), le présent arrêté est susceptible de faire l'objet d'un recours auprès de la chambre constitutionnelle de la Cour de justice (Rue de Saint-Léger 10, case postale 1956, 1211 Genève 1) dans les **30 jours**, pour le comité d'initiative, qui suivent sa notification audit comité (art. 92A, al. 2 LEDP) et, pour les tiers, qui suivent sa publication dans la Feuille d'avis officielle (art. 92A, al. 4 LEDP). Le délai est suspendu pendant les périodes prévues à l'article 63, alinéa 1 LPA. L'acte de recours doit être signé et parvenir à l'autorité ou être remis à son adresse à un bureau de poste suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse au plus tard le dernier jour du délai avant minuit. Il doit indiquer, sous peine d'irrecevabilité, l'arrêté attaqué, les conclusions de la recourante ou du recourant, les motifs et moyens de preuve. Le présent arrêté et les pièces dont dispose la recourante ou le recourant doivent être joints à l'envoi.



Certifié conforme,

La chancelière d'Etat :
Michèle Righetti-El Zayadi

Publié dans la Feuille d'avis officielle le 13 octobre 2023