

La démocratie directe suisse : quel défi pour l'Etat de droit ?

MARLÈNE COLLETTE, Dr en droit, avocate*

Résumé :

La démocratie directe, par ses origines et par la variété de ses institutions, marque incontestablement le régime politique suisse à tous les niveaux. Les instruments de démocratie directe, dont notamment le droit d'initiative populaire, bénéficient dans l'inconscient collectif d'une image sacralisée mais il n'en demeure pas moins qu'ils ne sont pas absolus. Ainsi, les limitations posées par la jurisprudence du Tribunal fédéral dans le cadre du droit d'initiative cantonal apparaît plutôt comme une condition de l'exercice effective de la démocratie directe. Au niveau fédéral, la situation est plus complexe car la Constitution fédérale ne prévoit aucune voie de recours à l'encontre des actes de l'Assemblée fédérale qui dispose en particulier de la compétence de contrôler la validité des initiatives fédérales. Cette asymétrie entre le niveau cantonal et le niveau fédéral pose question quant à la relation entre démocratie directe et Etat de droit en particulier dans le cadre du respect des obligations internationales de la Suisse.

I. Introduction : la distinction entre le droit d'initiative et le référendum.....	2
II. Le droit d'initiative : un pilier de la démocratie directe suisse.....	3
1. La nature du droit d'initiative populaire.....	3
a) Un instrument d'une fonction étatique.....	4
b) Un droit fondamental.....	4
2. L'exercice du droit d'initiative populaire au niveau fédéral et cantonal.....	5
a) Objets et formes des initiatives populaires	6
b) Le respect du droit supérieur comme une des conditions de validité d'une initiative populaire	7
III. Le droit d'initiative: une relation asymétrique entre le juridique et le politique	9
1. Le contrôle juridictionnel de la validité d'une initiative.....	9
a) Au niveau cantonal : un contrôle hybride contre la décision portant sur la validité d'une initiative.....	9
b) Au niveau fédéral : une absence de recours juridique contre la décision portant sur la validité d'une initiative	10
2. Le respect de la volonté des initiants.....	12
a) L'application du principe de proportionnalité et de l'adage <i>in dubio pro populo</i> lors du contrôle de validité d'une initiative	12
b) L'application du principe d'harmonisation et d'interprétation conforme au droit supérieur	13
IV. Conclusion : quelques pistes de réflexion	15
V. Bibliographie.....	16

* Directrice académique du Centre national de l'Institut du fédéralisme, Université de Fribourg (Suisse).

« Cependant, dans l'état vraiment démocratique, l'élection par le peuple et le référendum ne suffisent point. Pour se dire un homme libre, il ne suffit pas d'élire soi-même ses baillis et de leur opposer au besoin son veto, il faut pouvoir manifester sa volonté dans un sens positif. »

Rapport de la majorité de la Commission du Conseil des Etats concernant la révision du chapitre III de la Constitution fédérale suisse du 17 décembre 1890, Feuille fédérale 1891 I 55, 57.

I. Introduction : la distinction entre le droit d'initiative et le référendum

Le droit d'initiative populaire constitue, avec le référendum, l'un des éléments centraux de la démocratie directe helvétique. Garanti par la Constitution fédérale (Cst. féd.) à l'art. 139, il est également présent dans les 26 constitutions cantonales¹. Ce droit confère à un groupe de personnes, dont le nombre est déterminé par l'ordre juridique, et qui sont membres du corps électoral, de demander aux autorités d'adopter, de réviser ou d'abroger un acte étatique². Il permet d'initier une procédure à la place du pouvoir législatif ou exécutif³. L'initiative populaire se présente donc comme une demande « de la part du peuple, à l'intention du peuple » (« *Antrag aus dem Volke an das Volk* ») selon l'expression du Tribunal fédéral⁴. Même si dans le cadre du droit d'initiative, les autorités interviennent à plusieurs étapes de la procédure, elles n'ont jamais le dernier mot.

Le référendum, pour sa part, permet aux membres du corps électoral « de se prononcer sur un acte adopté par une autorité étatique, le plus souvent le Parlement »⁵ (fédéral ou cantonal) dans le cadre d'une votation, en validant ou *a contrario* en rejetant l'acte élaboré par les autorités⁶. A la différence du droit d'initiative populaire, le référendum est une compétence qui s'exerce par l'ensemble du corps électoral et non par un nombre déterminé de ses membres. Il faut également relever qu'en Suisse, les cantons sont amenés à se prononcer en tant que tels dans le cadre d'un référendum (art. 140 al. 1 Cst. féd.).

¹ Il convient de noter que tous les cantons ne connaissent pas la notion d'initiative populaire (*Volksinitiative*). Ainsi, plusieurs constitutions cantonales utilisent entre autres les termes de «demande populaire» (*Volksbegehren*) (art. 61 Cst. du canton d'Obwald, art. 29 Cst. du canton de Soleure), de «droit de demander» (*Antragsrecht*) (art. 54 Cst. du canton de Nidwald), de «droit de proposition» (*Vorschlagsrecht*) (art. 31 let. c Cst. du canton de Zoug) ou encore «d'une initiative à l'intention de la *Landsgemeinde*» (*Memorialsanträge*, art. 58 Cst. du canton de Glaris).

² AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 641.

³ AUER, *Staatsrecht*, N 1040. Cette définition doit toutefois être relativisée à deux égards. Premièrement, les initiatives populaires ne doivent pas nécessairement avoir pour objet des normes au niveau cantonal, des plans, des actes administratifs ou des décisions parlementaires de principe peuvent parfois aussi faire l'objet d'initiatives populaires. Deuxièmement, dans cinq cantons, les initiatives ne peuvent pas être déposées que par un nombre limité de personnes mais peuvent l'être aussi par les communes (art. 58 al. 1 Cst. du canton de Glaris ; art. 30 al. 3 Cst. du canton de Soleure ; art. 49 al. 1 let. a, en relation avec art. 28 Cst. du canton de Bâle-Ville ; art. 12 al. 1 et 2 Cst. du canton des Grisons ; art. 75 al. 1 Cst. du canton du Jura) ou des autorités (art. 24 let. b Cst. du canton de Zurich) peuvent être déposées.

⁴ Arrêt du Tribunal fédéral (ATF) 25 I 64, 77 consid. 5.

⁵ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 626.

⁶ Ici, il faut distinguer le référendum en fonction de l'objet sur lequel il porte (référendum constitutionnel, référendum législatif et référendum infra-législatif) et s'il s'agit d'un référendum obligatoire (qui porte sur des objets importants) ou facultatif (qui nécessite au préalable qu'un nombre minimum de signatures doit avoir été récolté pour qu'il puisse avoir lieu), voir LAMMERS, p. 12 s.

Contrairement au référendum, l'initiative populaire est donc un moyen de réaliser des réformes et sert de moteur à l'évolution du droit, alors que le référendum a plutôt une fonction de frein⁷. Actuellement, le droit d'initiative est réalisé aux trois niveaux de l'Etat fédéral (fédéral, cantonal et communal), même si ce sont sous des formes différentes. Les conditions du droit d'initiative au niveau fédéral découlent en premier lieu de la Constitution fédérale (art. 138 Cst. féd., art. 139 Cst., art. 139b Cst. féd., art. 193 Cst. féd. et art. 194 Cst. féd.), tandis que le droit d'initiative cantonal et communal résulte de différentes sources juridiques cantonales, notamment les constitutions cantonales, les lois cantonales sur les droits politiques et les lois communales⁸.

La problématique des initiatives populaires (fédérales et cantonales) entrant en conflit avec les obligations internationales de la Suisse a surgi avec beaucoup d'acuité ces dernières années. Déjà, sous l'empire de l'ancienne Constitution fédérale de 1874, la question de la compatibilité des initiatives populaires avec le droit international s'était posée. En effet, la plus-value démocratique d'une initiative populaire acceptée par le peuple peut parfois se retrouver en délicatesse avec le droit supérieur, fédéral et international en particulier, et se pose alors la question de trouver un juste équilibre entre les principes de démocratie et d'Etat de droit. L'intervention ou pas du juge dans le contrôle des initiatives, le respect des droits politiques sont ainsi autant d'éléments qui par extension sont impactés par le droit d'initiative (III), et avec d'autant plus d'aplomb, que le peuple agit directement et non pas par le biais de ses représentants, en faisant usage de son droit d'initiative, véritable pilier de la démocratie directe suisse (II).

II. Le droit d'initiative : un pilier de la démocratie directe suisse

Le droit d'initiative fait partie par sa nature (avec le droit de vote et d'éligibilité, le droit de participation aux votations et le droit de référendum) du corps des droits politiques garantis par l'art. 34 al. 1 Cst. féd. (1). Il convient de noter que cet article constitutionnel ne décrit pas lui-même les droits politiques, mais renvoie aux dispositions légales et constitutionnelles pertinentes aux niveaux fédéral et cantonal et les garantit dans l'étendue qui y est prescrite (2).

1. La nature du droit d'initiative populaire

La doctrine dominante est d'avis que les droits populaires, tant le droit d'initiative que le référendum, revêtent un double aspect : ils permettent au peuple de remplir une fonction étatique tout en étant également des droits fondamentaux⁹. Ainsi, le droit d'initiative populaire (qu'il soit fédéral ou cantonal) a une fonction étatique : par l'exercice des droits politiques, l'ensemble des membres du corps électoral assume une fonction d'organe étatique ayant de ce fait, une responsabilité collective¹⁰(a), il est également un droit fondamental individuel, protégé par la possibilité de faire un recours en matière de droit public devant les instances judiciaires¹¹ (b).

⁷ LAMMERS, p. 8.

⁸ Hormis les dispositions fédérales de l'art. 51 al. 1 Cst. féd., les cantons déterminent eux-mêmes les droits populaires cantonaux qu'ils souhaitent prévoir et dans quelle mesure.

⁹ MAHON, *Citoyenneté*, N 4 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 655.

¹⁰ MAHON, *Droits politiques*, N 8 ss.

¹¹ MARTENET/VON BÜREN, *Commentaire romand*, art. 34, N 32 - 35.

a) *Un instrument d'une fonction étatique*

Les institutions de démocratie directe (l'initiative populaire et le référendum) relèvent de la catégorie des droits populaires (*Volksrechte*)¹². Cette catégorie comprend le droit de lancer une initiative populaire ou une demande de référendum, ainsi que les votations qui en découlent. A l'opposé, l'élection des députés de l'Assemblée fédérale n'est pas l'exercice d'un droit populaire. Les droits populaires permettent ainsi de distinguer une démocratie (semi-)directe d'une démocratie représentative.

Les droits populaires, envisagés sous l'angle d'institutions démocratiques, participent une fonction d'organisation étatique, inscrits dans le titre 4 de la Cst. féd¹³. Il s'agit ici de la dimension collective des droits populaires : le peuple est envisagé dans son ensemble. Par le biais des droits politiques, il prend des décisions sur la conduite de l'Etat et remplit sa fonction d'organe étatique¹⁴. Il ne peut exercer que les compétences que la Cst. féd. lui attribue, comme tout organe étatique, il lui est interdit d'empiéter sur les compétences d'un autre organe.

Le peuple en tant qu'organe de l'Etat se distingue d'autres organes par le fait que composé de l'ensemble du corps électoral, il est dans les faits impossible que celui-ci agisse par l'intermédiaire de la totalité de ses membres¹⁵. A ce titre, l'absentéisme est une réalité de la démocratie suisse, et ce n'est qu'une fraction de l'ensemble des citoyens qui exprime la volonté de l'organe populaire dans son ensemble. Bien qu'on puisse se poser la question de la légitimité démocratique d'une décision prise avec un fort taux d'abstention, la légitimité formelle de celle-ci ne sera pas altérée en raison d'un faible taux de participation, étant donné l'absence de quorum¹⁶. Cependant, même si juridiquement la décision reste prise par le peuple dans son ensemble, un fort taux d'abstention représente une perte de substance pour la démocratie directe au sens propre. Dans ce cadre, nous pouvons encore mentionner que la qualité fonctionnelle des droits politiques autorise la tenue de votations obligatoires¹⁷. Plusieurs cantons font d'ailleurs usage de cette possibilité, comme les cantons d'Uri et d'Argovie¹⁸.

b) *Un droit fondamental*

Le droit d'initiative est considéré comme un droit fondamental, au sein de la Cst. féd, il est garanti à l'art.34 Cst. féd. Cette disposition n'a pas pour effet d'accorder en tant que telle les droits politiques, il faut alors se référer aux art. 136 ss Cst. féd ainsi qu'au droit cantonal. L'art. 34 Cst. féd. a davantage pour but de procurer, dans la mesure où les droits politiques sont accordés par l'ordre juridique, « une garantie minimal touchant au fonctionnement de la démocratie », visant à

¹² Les autorités ont ainsi adopté cette terminologie : voir l'arrêté fédéral relatif à la révision des droits populaires adopté par le peuple et les cantons le 9 février 2003, Recueil officiel, 2003 p.1949.

¹³ MAHON, *Citoyenneté*, N 7, AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 657.

¹⁴ MAHON, *Citoyenneté*, N 7, AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 645 ss. Egalement Tribunal fédéral, ATF 119 la 167 consid.1d.

¹⁵ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 647.

¹⁶ MAHON, *Citoyenneté*, N 8, AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 647 ss.

¹⁷ MAHON, *Citoyenneté*, N 7. Cette pratique est d'ailleurs tolérée par le Tribunal fédéral.

¹⁸ Art. 20 Cst. du canton d'Uri et § 62 Cst. du canton d'Argovie.

ce qu'ils « puissent s'exercer de manière libre et régulière »¹⁹. On touche ici à l'aspect individuel des droits politiques. Une violation des droits politiques est, à ce titre, sujette à recours²⁰.

L'art. 34 Cst. féd. a été introduit dans la Constitution fédérale afin de codifier la pratique que le Tribunal fédéral avait développée sous le terme de « liberté de vote ». L'art. 34 al. 1 Cst. féd., se réfère aux droits politiques en général. Il s'agit d'un renvoi fait non seulement aux différents droits politiques prévus au niveau fédéral (art. 138 ss Cst. féd.), mais également à ceux de rang cantonal. Cette disposition couvre de nombreux aspects relatifs à l'exercice des droits politiques, notamment le secret du vote, le respect du principe de l'unité de la matière par les autorités ou encore leur devoir de réserve. Il s'agit en d'autres termes d'une garantie générale et abstraite, qui couvre d'un côté l'initiative populaire et les différents droits de référendums fédéraux, mais aussi les droits populaires cantonaux, quand bien même ces derniers vont plus loin que leurs équivalents attribués par la Confédération²¹. Quant à l'art. 34 al. 2 Cst. féd., il garantit certains aspects spécifiques à l'exercice des droits politiques, à savoir « la libre formation de l'opinion des citoyens et des citoyennes et l'expression fidèle et sûre de leur volonté », selon la formule consacrée du Tribunal fédéral²².

Au niveau juridictionnel, l'art. 82 let. c de la Loi sur le Tribunal fédéral (LTF) dispose que le Tribunal fédéral « connaît des recours qui concernent le droit de vote des citoyens ainsi que les élections et votations populaires ». Toutefois, cet article doit être lu en relation avec l'art. 88 al. 1 let. b LTF qui traite de la question des autorités précédentes en matière de droits politiques et qui dispose que le recours n'est recevable, en matière fédérale, qu'à l'encontre des décisions de la Chancellerie fédérale et des gouvernements cantonaux. De telles règles se retrouvent également dans la Loi sur les droits politiques (LDP), dont l'art. 77 ouvre la voie du recours au gouvernement cantonal, lequel agit en tant qu'autorité de première instance, contre différentes catégories de violations et d'irrégularités. On note ici un régime différent pour les droits politiques cantonaux et communaux d'une part, et fédéraux d'autre part. En effet, l'art. 88 al. 2 LTF impose aux cantons d'ouvrir une voie de recours contre les potentielles violations des droits politiques cantonaux. En prévoyant un recours au gouvernement cantonal, la loi fédérale sur les droits politiques instaure donc un niveau de protection juridique différent pour les droits politiques fédéraux.

2. L'exercice du droit d'initiative populaire au niveau fédéral et cantonal

L'initiative populaire existe dans de nombreuses variantes qu'il est possible de différencier en particulier selon son rang et l'objet qu'elle vise (a). Ainsi, l'initiative populaire peut être constitutionnelle (au niveau fédéral et cantonal) ou législative (niveau cantonal), selon qu'elle tend à adopter, réviser ou abroger une norme constitutionnelle (fédérale ou cantonale) ou législative (cantonale). Elle peut également être de rang infra-législatif et alors avoir pour objet une ordonnance ou un acte administratif concret. Dans tous les cas, l'initiative populaire (fédérale, cantonale et communale) doit obéir à des conditions de validité dont le respect du droit supérieur fédéral et international (b).

¹⁹ MAHON, *Petit commentaire Cst. féd.*, ad art. 34 N 2.

²⁰ Art. 82 let. c de la Loi sur le Tribunal fédéral (LTF).

²¹ MAHON, *Petit commentaire Cst. Féd.*, ad art. 34 N 3; aussi ATF 132 I 104 consid. 3.1, ATF 131 I 442 consid. 3.1, ATF 131 I 126 consid. 5.

²² ATF 132 I 104, consid. 3.3, ATF 121 I 138 consid. 3.

a) *Objets et formes des initiatives populaires*

Le droit d'initiative populaire au niveau fédéral est prévu aux art. 138-139b de la Constitution fédérale. Ces dispositions permettent à 100'000 citoyens de proposer une révision totale (art. 138 Cst. féd.)²³ ou partielle (art. 139 Cst. féd.) de la Constitution fédérale. L'initiative populaire tendant à la révision partielle de la Constitution fédérale peut être faite soit sous la forme d'une demande générale, que les autorités devront concrétiser, soit sous la forme d'un projet rédigé et soumis tel quel au vote du peuple et des cantons. Il n'existe pas au niveau fédéral d'initiative populaire qui permettrait au peuple d'intervenir à un rang inférieur à celui de la Constitution fédérale via une initiative populaire législative, cette dernière existant uniquement au niveau cantonal.

L'absence d'initiative populaire législative au niveau fédéral est cependant compensée par la possibilité d'introduire dans la Constitution fédérale tout type de norme, y compris des dispositions ne présentant pas, d'un point de vue matériel, un caractère constitutionnel. En effet, il n'existe aucune définition dans l'ordre juridique de la notion de norme constitutionnelle. Dès lors, il est possible d'insérer dans la Constitution fédérale des normes que l'on trouverait normalement au sein d'une loi par exemple, au risque toutefois que la Constitution fédérale devienne un peu un « fourre-tout ».

Au niveau cantonal, l'art. 51 al. 1 Cst. féd. prévoit que les cantons doivent se munir d'une constitution « démocratique » qui « doit avoir été acceptée par le peuple et doit pouvoir être révisée si la majorité du corps électoral le demande ». Ce dernier point signifie que le corps électoral cantonal doit avoir la possibilité de lancer une initiative populaire tendant à la révision totale ou partielle de la constitution cantonale, et donc d'avoir le pouvoir du « dernier mot »²⁴ et ceci en tout temps. Il est aussi à noter qu'une initiative constitutionnelle cantonale ne doit pas nécessairement comporter des normes qui relèvent normalement de la loi fondamentale. La plupart des constitutions cantonales ne contiennent d'ailleurs aucune définition matérielle des règles constitutionnelles. Une initiative constitutionnelle peut dès lors proposer non seulement des normes de rang constitutionnel, mais aussi des règles déjà contenues dans une loi, voire un décret ou un plan, ou qui seraient susceptibles de l'être. Les cantons sont de plus relativement libres quant au nombre de signatures requises pour lancer une initiative populaire. Cependant, les cantons ne peuvent pas prévoir de limites matérielles autonomes (c'est-à-dire des limites qu'ils s'imposent eux-mêmes)²⁵ quant au contenu de leurs constitutions, comme par exemple des clauses d'immutabilité de certaines dispositions constitutionnelles. Ainsi, l'art. 51 al. 1, 2^{ème} phrase *in fine* Cst. féd. ne permet pas aux cantons d'instaurer un délai de carence durant lequel leurs constitutions ne pourraient être révisées.

L'intégralité des cantons a également instauré un droit d'initiative populaire législative bien qu'il ne s'agisse pas d'une exigence du droit fédéral. On qualifie d'initiative législative une initiative qui tend à l'adoption d'une loi. Suivant la définition que le droit cantonal donne de la loi, le champ d'application de l'initiative législative peut soit réclamer uniquement l'adoption de normes

²³ L'initiative populaire fédérale tendant à la révision totale de la Constitution fédérale implique une procédure plus complexe : un premier vote a lieu sur la question de principe de la révision totale et, en cas de résultat positif, un projet de Constitution est élaboré soit par une Constituante spécialement élue pour cette tâche, soit par le Parlement, qui aura été en règle générale, préalablement renouvelé, voir LAMMERS, p. 20.

²⁴ MARTENET, *Autonomie*, p. 213 s.

²⁵ Sur la distinction entre les limites autonomes et hétéronomes de la modification constitutionnelle, voir BIAGGINI, *Grundfragen*, § 7 N 41.

générales et abstraites, soit porter sur la situation juridique de personnes déterminées et s'étendre aux dispositions individuelles et concrètes.

Il est intéressant de remarquer que plus de la moitié des cantons reconnaît un droit d'initiative s'étendant au rang infra-législatif, dont le contenu exact, les conditions et les exceptions varient cependant d'un canton à l'autre et dépendent notamment de l'ordre constitutionnel de chacun²⁶. Enfin, certaines constitutions cantonales permettent par ailleurs à un nombre de signataires faisant partie du corps électoral de demander le dépôt d'une initiative cantonale auprès de la Confédération²⁷.

b) *Le respect du droit supérieur comme une des conditions de validité d'une initiative populaire*

Au niveau fédéral, les conditions de validité des initiatives populaires fédérales sont énumérées à l'art. 139 al. 3 Cst. féd. qui dispose qu'une initiative doit être déclarée totalement ou partiellement nulle si elle « ne respecte pas le principe de l'unité de la forme, celui de la matière ou les règles impératives du droit international ». L'initiative doit en outre être exécutable²⁸.

Le principe de l'unité de la forme exige que le texte de l'initiative ne soit pas composite c'est-à-dire formulée en partie en termes généraux et en partie en texte rédigé. Cette exigence n'a toutefois pas beaucoup d'importance pratique. Le principe de l'unité de la matière exige qu'une initiative ne soit pas constituée d'éléments disparates dont la réunion est susceptible de perturber les citoyens dans l'expression de leur droit politique que ce soit au moment de la récolte des signatures ou au moment du vote. Si les initiants entendent proposer plusieurs idées qui misent ensemble ne satisfairaient pas à cette exigence d'unité, ils devraient alors déposer séparément autant d'initiatives qu'il y a d'éléments qui ne s'intègrent pas entre eux. Enfin, les règles impératives du droit international ne se limitent plus au seul *jus cogens*, même si l'art. 139 al. 3 Cst. féd. ne saurait être compris comme incluant l'ensemble du droit international auquel est lié la Suisse.

Au niveau cantonal, le droit supérieur (fédéral, international, intercantonal) est reconnu comme étant la seule limite matérielle à l'initiative populaire cantonale pour la révision de la constitution cantonale²⁹. En effet, cette limite trouve son fondement juridique dans le droit fédéral, notamment dans l'art. 5 al. 1 Cst. féd. en relation avec l'art. 5 al. 4 Cst.féd., l'art. 48 al. 5 Cst. féd. et l'art. 49 al. 1 Cst.féd. En effet, le droit fédéral n'oblige pas les cantons à examiner les initiatives cantonales et à vérifier la compatibilité des initiatives populaires avec le droit supérieur. Ainsi, ni la protection de la libre formation de la volonté selon l'art. 34 al. 2 Cst. féd., ni le principe de la primauté du droit fédéral selon l'art. 49 al. 1 Cst. féd., ni le principe général de la légalité de l'art. 5 al. 1 Cst. féd. ne peuvent être invoqués comme base constitutionnelle pour une obligation de compatibilité

²⁶ Art. 23 Cst. du canton de Zurich ; art. 58 Cst. du canton de Berne; art. 27, 28, 29 Cst. du canton d'Uri ; art. 61 Cst. du canton de d'Obwald ; art. 54 Cst. du canton de Nidwald ; art. 58 Cst. du canton de Glaris ; § 35 Cst. du canton de Zoug ; § 47 Cst. du canton de Bâle-Ville ; art. 62 Cst. du canton d'Argovie ; art. 12 Cst. du canton des Grisons ; art. 78 Cst. du canton de Vaud ; art. 33 Cst. du canton du Valais ; art. 40 Cst. du canton de Neuchâtel ; art. 37 Cst. du canton du Tessin. A noter que le canton du Jura est un cas à part, car il ne prévoit qu'une initiative populaire générale pouvant être concrétisée tant au niveau de la constitution qu'à celui d'une loi (art. 75 Cst. du canton du Jura).

²⁷ Art. 23 let. d Cst. canton de Zurich; art. 27 al. 2 du canton d'Uri ; art. 75 al.2 Cst. du canton du Jura.

²⁸ AUBERT, *Petit commentaire Cst. féd.*, N 10 ad art. 139.

²⁹ AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, N 1718.

avec le droit supérieur. Par conséquent, le droit supérieur en tant que limite de contenu pour les initiatives populaires ne découle pas du droit supérieur, mais uniquement du droit d'initiative cantonal lui-même. Pour garantir la conformité des actes législatifs cantonaux au droit fédéral, il suffit en principe de recourir aux procédures de contrôle abstrait *a posteriori* des normes par le Tribunal fédéral et, le cas échéant, par les cours constitutionnelles cantonales ou, dans le cas de dispositions constitutionnelles cantonales, par l'Assemblée fédérale dans le cadre de la procédure de garantie des constitutions cantonales³⁰. Il appartient aux cantons de décider si et dans quelle mesure ils souhaitent procéder à un contrôle abstrait préventif de la compatibilité des initiatives populaires avec le droit supérieur. Rappelons également que les initiatives populaires cantonales doivent respecter l'ensemble du droit international en vigueur pour la Suisse, car celui-ci faisant partie intégrante du droit fédéral.

Presque tous les cantons inscrivent l'exigence de compatibilité des initiatives populaires cantonales avec le droit supérieur dans leurs constitutions cantonales ou dans les lois sur les droits politiques. On trouve ainsi dans les constitutions cantonales différentes formulations à cet effet :

- La plupart des cantons (Zurich, Berne, Lucerne, Uri, Schwyz, Fribourg, Bâle-Ville, Schaffhouse, Arau, Saint-Gall, Grisons, Tessin, Vaud, Jura) prescrivent expressément la compatibilité avec le droit supérieur comme condition matérielle de validité d'une initiative ;
- Certains cantons (Obwald, Nidwald, Glaris, Appenzell Rhodes-Intérieures, Argovie, Valais) ne prévoient l'invalidité matérielle qu'en cas de violation du droit fédéral ou du droit cantonal ;
- Un troisième petit groupe de cantons (Soleure, Bâle-Campagne, Genève) ne précise que de manière générale de l'illégalité comme motif matériel de nullité des initiatives populaires cantonales. Seuls les cantons de Zoug et de Thurgovie renoncent à la normalisation légale des motifs matériels de nullité³¹. Dans le canton de Neuchâtel, la compatibilité des initiatives populaires cantonales avec le droit supérieur n'est pas explicitement exigée, mais l'art. 107 al. 3 de la Loi sur les droits politiques de Neuchâtel dispose que lorsque le nombre prescrit de signatures valables est atteint dans un délai donné, le Conseil d'Etat (organe exécutif du canton) doit présenter au Grand Conseil (organe législatif du canton) un rapport préliminaire dans lequel il l'invite à se prononcer sur la recevabilité matérielle de l'initiative dans les trois mois suivant la publication des résultats, sans définir plus précisément quelles sont les conditions à remplir. Ce n'est qu'une fois que le Grand Conseil a déclaré l'initiative recevable que le Conseil d'Etat la lui soumet avec un rapport d'accompagnement.

³⁰ Les constitutions cantonales doivent être garanties par la Confédération (art. 51 al. 2 Cst. féd.). Cette procédure certifie ainsi que les constitutions cantonales respectent les exigences du droit fédéral, y compris l'ensemble des dispositions du droit international ayant force obligatoire pour la Suisse. La garantie relève de la compétence de l'Assemblée fédérale (art. 172 al. 2 Cst. féd.).

³¹ Depuis 1935 déjà, la jurisprudence du Tribunal fédéral permet à l'autorité cantonale qui, selon le droit cantonal, est compétente pour ordonner la votation populaire sur une initiative populaire, de procéder également à un examen de validité matérielle, même s'il n'existe aucune base légale à cet effet. Actuellement, seul le canton de Thurgovie fait encore usage de ce pouvoir d'examen approuvé par le Tribunal fédéral, où le parlement cantonal vérifie la conformité avec le droit supérieur, bien que cela ne soit pas une condition explicite de validité des initiatives populaires cantonales. Dans le canton de Zoug, aucun contrôle de validité matérielle ne semble être effectué. Une pratique incohérente des autorités cantonales serait cependant contraire au principe de l'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst. féd.) ainsi qu'au principe de la bonne foi (art. 9 Cst. féd.) : si un canton décide ainsi, malgré l'absence de base légale, de vérifier la conformité des initiatives avec le droit supérieur, il doit le faire de la même manière pour toutes les initiatives et ne peut pas agir différemment au cas par cas.

III. Le droit d'initiative: une relation asymétrique entre le juridique et le politique

Une initiative qu'elle soit fédérale, cantonale ou communale doit obéir à des critères de validité. C'est à l'autorité de contrôle (gouvernement cantonal / Assemblée fédérale) que revient la compétence d'établir le contenu essentiel de l'initiative. En attribuant à un organe politique la tâche d'examiner la validité d'une initiative, l'ordre juridique lui confie également celle d'interpréter celle-ci et, partant, son sens (*Deutungshoheit*)³². Ainsi, lorsque l'autorité de contrôle analyse la validité d'une initiative, l'avis du comité d'initiative et/ou d'autres initiants n'a aucune force contraignante³³. Comme l'a retenu le Tribunal fédéral, les initiants ne peuvent corriger la portée de l'initiative en affirmant qu'elle doit être comprise dans un certain sens³⁴ (2). Si l'autorité de contrôle considère que l'initiative est invalide, le contrôle juridictionnel est toujours possible dans le cadre d'une initiative cantonale alors qu'il est quasi-impossible dans le cadre d'une initiative fédérale (1).

1. Le contrôle juridictionnel de la validité d'une initiative

Les juges en particulier fédéraux exercent un rôle important sur les initiatives populaires cantonales (et communales) (1), mais ils n'ont aucune attribution dans le domaine des initiatives fédérales. Pour ces dernières, c'est l'Assemblée fédérale, un organe politique et non juridictionnel, qui exerce le contrôle de validité. La décision rendue par l'Assemblée fédérale portant sur la validité d'une initiative ne peut faire l'objet d'aucun recours devant un tribunal (2).

a) *Au niveau cantonal : un contrôle hybride contre la décision portant sur la validité d'une initiative*

Au niveau cantonal, le contrôle de la validité matérielle d'une initiative présente une nature clairement hybride. En effet, la compétence du contrôle appartient tant à une autorité politique (gouvernement ou parlement cantonal) qu'à une autorité judiciaire (tribunal cantonal). En ce qui concerne l'autorité politique, la compétence du parlement cantonal ne signifie pas que le gouvernement cantonal ne soit pas impliqué dans la procédure de manière déterminante : dans de nombreux cantons, il est prévu que le gouvernement transmette au parlement les demandes d'initiative qui ont abouti. Cette répartition de la compétence entre le gouvernement et le parlement cantonal est en fait corrélée à la répartition habituelle des tâches entre le gouvernement et le parlement dans la procédure législative. L'intervention du gouvernement cantonal dans le cadre du contrôle de validité d'une initiative est justifiée par le fait qu'il ne serait pas opportun de laisser uniquement au parlement cantonal le soin de se prononcer sur la question de la validité matérielle des initiatives cantonales. En effet, la validité d'une initiative ne peut dépendre uniquement du bon vouloir et de la volonté politique du parlement cantonal d'examiner de manière approfondie ou non la compatibilité d'une initiative avec le droit supérieur par

³² FUHRER, p. 16.

³³ Voir ATF 142 I 216, consid. 3.4, 4.4, 8.3.1 ; ATF 134 I 172 consid. 2.2.

³⁴ ATF 142 I 216, consid. 8.3.1. C'est la raison pour laquelle l'affirmation selon laquelle « [l]a 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.) doit être comprise comme se rapportant à l'objectif fondamental de l'initiative tel qu'il est établi par les autorités et non à l'avis personnel que les auteurs de l'initiative défendent. A ce sujet, PEDRETTI, p. 309.

exemple. Dans cette optique et afin de décharger le parlement cantonal du contrôle de la validité d'une initiative sous son aspect technique, certains cantons ont introduit un droit de saisine judiciaire facultatif à l'instar du canton de Bâle-Ville³⁵. Le juge prend ici un peu le rôle de conseiller.

Les décisions parlementaires en matière de validité sont soumises peuvent être contestées devant le juge cantonal ou fédéral par le biais d'un recours en matière de droit public. Le recours en matière de droit public pour violation des droits politiques prévu à l'art. 82 lit. c de la Loi sur le Tribunal fédéral (LTF) permet au citoyen de se plaindre de ce qu'une initiative a été indûment soustraite au scrutin populaire, notamment parce qu'elle a été déclarée totalement ou partiellement invalide par l'autorité cantonale chargée de cet examen, et quelle que soit la motivation de cette décision d'invalidation. Si cette voie de recours est, dans la plupart des cantons, directement ouverte contre des décisions de validité d'une initiative cantonale, la décision relative à la validité d'une initiative communale doit d'abord faire l'objet d'un recours au niveau cantonal.

L'institution de l'initiative populaire cantonale est désormais inséparable de la jurisprudence abondante et riche élaborée à ce sujet. Cette dernière s'est particulièrement accrue ces trente dernières années, en parallèle à la croissance du nombre d'initiatives populaires cantonales dans la plupart des cantons suisses. Par ailleurs, c'est indéniablement dans les cantons (et les communes) que l'initiative populaire a été la plus largement consacrée. Rien ne semble lui échapper, ni la constitution cantonale, ni les lois, ni même les actes administratifs. Les initiatives cantonales et communales bénéficient au surplus d'une protection judiciaire qui a fortement contribué à leur aménagement.

b) Au niveau fédéral : une absence de recours juridique contre la décision portant sur la validité d'une initiative

L'impossibilité de recourir contre tout acte de l'Assemblée fédérale (ou du Conseil fédéral) est liée, à tort ou à raison, au principe de la séparation des pouvoirs. Selon le droit en vigueur, aucune voie de recours auprès du Tribunal fédéral n'est prévue contre la décision de l'Assemblée fédérale d'invalider une initiative populaire fédérale. Si l'art. 189 al. 1 let f Cst. féd. accorde au Tribunal fédéral une compétence pour des contestations relatives à une violation des dispositions fédérales et cantonales sur les droits politiques fédéraux, son al. 4 exclut tout recours au Tribunal fédéral contre des actes de l'Assemblée fédérale, sauf exceptions déterminées par la loi³⁶.

La Constitution fédérale attribue ainsi à l'Assemblée fédérale la compétence d'examiner la validité juridique des initiatives populaires fédérales qui ont abouti (art. 173 al. 1 lit. f Cst. féd.). Cette

³⁵ Recueil systématique du canton de Bâle-Ville, 131.100 - *Gesetz betreffend Initiative und Referendum* (IRG), I.C, § 16 – recours possible devant la Cour constitutionnelle.

³⁶ Un recours au Tribunal fédéral est ainsi possible contre les décisions de la Chancellerie fédérale. Ce recours est prévu par l'art. 88 al. 1 let. b LTF, ainsi que d'une manière plus spécifique par l'art 80 al. 2 et 3 de la Loi sur les droits politiques (LDP). En vertu de cette loi fédérale, la Chancellerie fédérale est compétente pour prendre des décisions portant notamment sur l'aboutissement d'une initiative (art. 72 LDP) et sur l'examen préliminaire des listes de signatures destinées à une initiative populaire (art. 69 LDP). Néanmoins, la marge de manœuvre pour recourir au Tribunal fédéral contre les décisions de la Chancellerie fédérale reste très étroite. D'une part, l'art. 80 al. 2, 2^e phrase LDP exclut le recours « contre la simple mention, dans la Feuille fédérale, que l'initiative populaire ou la demande de référendum n'a manifestement pas atteint le nombre de signatures » requis. De même, le recours contre les décisions portant sur la validité formelle de la liste de signatures destinée à une initiative populaire ou sur le titre de l'initiative populaire n'est ouvert qu'aux membres du comité d'initiative (art. 80 al. 3 LDP).

dernière les déclare invalides ou partiellement invalides³⁷ lorsqu'elles violent l'unité de la forme, l'unité de la matière ou encore lorsqu'elles contreviennent aux règles impératives du droit international ou *jus cogens* (art. 139 al. 2 Cst. féd.). En plus de ces trois exigences qui apparaissent expressément dans le texte de la Constitution, l'Assemblée fédérale examine une quatrième condition de validité, l'exécutabilité, qui découle d'un principe général du droit.

Cette compétence de l'Assemblée fédérale ne va pas toujours sans difficultés en particulier pour les initiatives populaires qui contreviennent aux droits fondamentaux garantis par les conventions internationales auxquelles la Suisse est partie. Par le passé, de nombreuses initiatives ont ainsi rallumé le débat : « Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables » en 2004, « Pour des naturalisations démocratiques » en 2008 et « Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination) » en 2018. A ce sujet, si une initiative populaire s'avérant problématique du point de vue du droit international a été acceptée par le peuple et les cantons, la première étape consiste à tenter d'interpréter celle-ci de manière conforme au droit international. Découlant de l'art. 5 al. 4 Cst. féd., le principe de l'interprétation conforme au droit international signifie qu'une norme pouvant être comprise de différentes manières doit être lue dans un sens qui respecte le droit international³⁸. Les possibilités d'interprétation conforme au droit international d'une initiative ne doivent pas seulement être examinées après son éventuelle acceptation, mais déjà au stade de la procédure de validation par l'Assemblée fédérale. En effet, si un conflit semble apparaître avec une règle impérative du droit international au sens de l'art. 139 al. 3 Cst. féd., mais qu'il peut être évité par le biais d'une interprétation conforme, l'initiative ne doit pas être invalidée. Par ailleurs, la recherche d'une interprétation conforme au droit international englobe l'examen des conditions de restriction d'un droit fondamental, contenu dans la CEDH par exemple³⁹.

D'une façon générale, savoir si un texte constitutionnel proposé par voie d'initiative porte atteinte à l'unité de la matière, à l'unité de la forme, au *jus cogens* ou au principe d'exécutabilité est une question délicate, qui doit être tranchée avec des arguments juridiques et non pas dans la perspective politique qui est nécessairement celle d'un parlement. Les débats au sein du Parlement sont faussés non seulement par les questions d'opportunité politique qui se dégagent des initiatives, mais aussi par les jeux de pouvoir entre les partis ou encore la crainte de paraître antidémocratique. La décision finale est souvent le résultat d'une subtile alliance entre les

³⁷ L'invalidation partielle consiste à invalider une partie de l'initiative et à soumettre au vote la partie restante. À titre d'exemple, on peut citer l'initiative de mise en œuvre du renvoi des étrangers criminels, dont l'Assemblée fédérale a invalidé une phrase définissant exhaustivement les normes impératives du droit international, au motif que la Suisse ne pouvait pas définir elle-même cette notion. Elle a en revanche préservé le reste de l'initiative. Voir Assemblée fédérale du 20 mars 2015 concernant l'initiative de mise en œuvre, Feuille Fédérale (FF) 2015, p. 2487 ; Message initiative de mise en œuvre (Message du 20 novembre 2013 concernant l'initiative de mise en œuvre, FF 2013, p. 8508), p. 8506. Il est intéressant de noter que l'invalidation partielle est également prévue dans la plupart des droits cantonaux.

³⁸ Dans le même ordre d'idée, le principe de l'interprétation conforme implique que l'éventuelle mise en œuvre législative d'une norme constitutionnelle se fasse en prenant en compte les règles de droit international pertinentes, on parle ici de mise en œuvre conforme au droit international (*völkerrechtskonforme Umsetzung*).

³⁹ Ainsi le Conseil fédéral dans son Message relatif à l'initiative pour le renvoi des étrangers criminels a décidé qu'il ne fallait pas invalider l'initiative populaire car elle pouvait être interprétée conformément au principe de non-refoulement, Message du concernant l'initiative populaire « Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi) » et la modification de la loi fédérale sur les étrangers, FF 2009, p. 4577.

fractions. Il en ressort que la pratique du Parlement n'est pas toujours unifiée, influencée qu'elle est par des motifs plus politiques que juridiques. Dans la pratique, il apparaît que l'Assemblée fédérale a fait preuve d'une générosité certaine envers les droits populaires puisqu'elle n'a invalidé que quatre initiatives en plus d'un siècle.

2. Le respect de la volonté des initiants

L'initiative populaire est dirigée par un comité, qui se charge de récolter le nombre requis de signatures au sein du corps électoral. Les listes de signatures sont ensuite remises aux autorités étatiques, à qui il revient de vérifier que les conditions quant à la forme et au contenu de l'initiative sont remplies. Si tel est le cas, l'initiative populaire est soumise au vote du corps électoral concerné. Toutefois, le comité d'initiative n'occupe pas une position d'autorité sur le sens de l'initiative⁴⁰. En dépit de l'application des principes *in dubio pro populo* et de proportionnalité, les initiants ne maîtrisent l'interprétation de l'initiative à aucun moment du processus de traitement de celle-ci⁴¹ (a). Enfin, les autorités de mise en œuvre ne sont pas tenues au point de vue des initiants lorsqu'elles interprètent les dispositions et sélectionnent les mesures de mise en œuvre⁴². Le principe de la légalité impose ainsi de limiter l'influence des initiants sur l'élaboration de la future législation. L'interprétation doit rester le fait des autorités chargées de la mise en œuvre et se fonder sur des principes admissibles, au nombre desquels figurent les principes d'harmonisation et d'interprétation conforme au droit supérieur (2).

a) *L'application du principe de proportionnalité et de l'adage in dubio pro populo lors du contrôle de validité d'une initiative*

L'autorité qui contrôle la validité d'une initiative doit s'attacher dans le cadre de son contrôle au principe de proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst. féd.) selon lequel une intervention étatique doit porter l'atteinte la plus restreinte possible aux droits des citoyens. Les décisions d'invalidation doivent autant que possible être limitées, en retenant la solution la plus favorable aux initiants. En corrélation avec en particulier l'art. 36 al. 3 Cst. féd. qui prévoit que toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé, l'autorité de contrôle dispose à plusieurs égards d'une marge de manœuvre dans l'accomplissement de sa fonction :

- L'exécutabilité matérielle, la clarté ainsi que l'unité de la matière constituent des notions juridiques indéterminées, qu'il appartient à l'autorité de concrétiser⁴³ ;

⁴⁰ Selon le Tribunal fédéral, « 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.

⁴¹ GRISEL, *Démocratie*, N 642. A titre d'exemple, il est exclu de retenir qu'une initiative d'après laquelle les élèves doivent venir tête nue à l'école ne s'applique pas au port du voile islamique et est susceptible d'interprétation conforme à la liberté religieuse, au motif que les initiants recourant contre l'invalidation de l'initiative affirment qu'elle ne vise pas particulièrement les musulmans, ni les signes vestimentaires religieux, TF 1C_76/2018 du 20.08.2018, consid. 3, 3.3.

⁴² C'est ainsi à raison que le Tribunal fédéral exclut que les auteurs d'une initiative puissent contester un choix de mise en œuvre au motif que ce choix ne leur convient pas, ATF 121 I 357, consid. 4b.

⁴³ DUBEY, art. 138, N 32 ss.

- Pour apprécier la validité d'une initiative, l'autorité doit interpréter celle-ci. Or, en tant que processus de compréhension, l'interprétation comprend toujours une dimension évaluative, qui fait appel à l'appréciation⁴⁴.

Par conséquent, l'autorité doit donc se demander si l'invalidation de l'initiative est apte, nécessaire et raisonnablement exigible pour protéger la liberté de contenu du vote. D'où l'injonction d'après laquelle il convient d'«éviter autant que possible les décisions d'invalidation»⁴⁵. En référence à une autre formule du Tribunal fédéral d'après laquelle l'autorité doit retenir « la solution la plus favorable aux initiants »⁴⁶, une partie de la doctrine intitule cette application de la proportionnalité principe de faveur ou de traitement favorable des initiatives (*Günstigkeitsprinzip*)⁴⁷.

Proche de ce principe de proportionnalité et souvent évoqué dans les arrêts du Tribunal fédéral, l'adage *in dubio pro populo* signifie que des textes desquels peuvent ressortir plusieurs interprétations toutes conformes au droit supérieur doivent être soumis au vote populaire en cas de doute⁴⁸. Si cet adage est toujours utile pour trancher des cas limites lorsqu'un doute existe sur l'applicabilité d'une règle⁴⁹ ou résulte de l'application d'une exigence procédurale, il n'a en revanche pas de portée sur l'examen d'une condition de validité établie, ni sur le choix de la sanction. Dès lors que l'ordre juridique confère à une autorité la tâche d'examiner la validité d'une initiative, cette autorité ne peut rester dans le doute à ce propos. Il ne faut en effet pas confondre doute avec injonction de prévenir une invalidation disproportionnée. Dans un tel contexte, il n'est pas question de se prononcer en faveur ou en défaveur de l'initiative, mais seulement d'apprécier l'objet soumis au contrôle, en tenant compte du principe de proportionnalité.

Une partie de la doctrine a émis des critiques à l'encontre de cet adage qui préconise, somme toute, la capitulation du juridique devant le politique⁵⁰. En pratique, ce principe n'a toutefois que peu d'importance. Il est bien souvent éclipsé par le principe de l'interprétation conforme au droit supérieur qui lui est décisif⁵¹.

b) *L'application du principe d'harmonisation et d'interprétation conforme au droit supérieur*

La jurisprudence et la doctrine rattachent traditionnellement à l'interprétation systématique le fait d'interpréter une disposition de façon conforme au droit supérieur⁵², c'est-à-dire de lui prêter un sens compatible avec les règles de droit supérieur applicables⁵³. Les textes d'initiative sont également susceptibles d'interprétation conforme, tant lors du contrôle de validité, que lors de la

⁴⁴ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 1479.

⁴⁵ ATF 143 I 129 consid. 2.2.

⁴⁶ ATF 143 I 129 consid. 2.2.

⁴⁷ JACQUEMOUD, *Le traitement « favorable » des initiatives populaires*, p. 412.

⁴⁸ Comme exemple, ATF 133 I 110, consid. 2.5 ; ATF 128 I 190, consid. 4 ; ATF 143 I 129 – TF, 14.12.2016, 1C_225/2016 (L'invalidation de l'initiative populaire cantonale « Contre l'ouverture d'un centre « Islam et Société » à l'Université de Fribourg: non à une formation étatique d'imams »).

⁴⁹ ATF 98 la 637 consid. 4.

⁵⁰ KÖLZ, p. 43 et 44: « Die Anwendung der in dubio pro populo -Regeln bedeutet daher letztlich eine Kapitulation der juristischen Hermeneutik vor der Politik, indem sie dem unbedachten Einfließen von aus der Rechtsordnung nicht abzuleitenden Wertungen Vorschub leistet ».

⁵¹ ATF 133 I 110; ATF 130 I 134.

⁵² LAMMERS, p. 179.

⁵³ ATF 107 V 214, consid. 2b.

mise en œuvre⁵⁴. La jurisprudence et la doctrine rattachent également à l'interprétation systématique le principe d'harmonisation selon lequel, l'équivalence de rang des dispositions constitutionnelles et l'unité de la Constitution devraient conduire à mettre une nouvelle disposition constitutionnelle en concordance pratique avec les autres dispositions constitutionnelles, afin d'éviter une contradiction entre normes constitutionnelles. Il convient en conséquence de rechercher une interprétation qui permette de tenir compte le plus efficacement possible de tous les intérêts constitutionnels en jeu⁵⁵. L'interprétation conforme au droit supérieur et le principe d'harmonisation concernent l'interprétation d'une disposition, il faut les distinguer de la question de savoir s'il convient de corriger ou de ne pas appliquer une telle disposition dûment interprétée au motif qu'elle est contraire à une norme de droit supérieur (une norme de droit international ou à une autre disposition constitutionnelle fédérale)⁵⁶.

Le Tribunal fédéral précise que l'interprétation conforme ne doit pas conduire à modifier le sens d'une disposition⁵⁷. De même, il exclut d'interpréter de façon harmonisante une disposition constitutionnelle qui s'attribue sans équivoque la primauté sur d'autres règles⁵⁸. Ces limites s'appliquent à l'interprétation qui prend place lors de la mise en œuvre d'une initiative. Par exemple, il est admis qu'une interprétation conforme et harmonisante de l'art. 72 al. 3 Cst. féd. est impossible. La formulation de cet article qui dispose que « la construction de minarets est interdite » ne laisse aucune place à une interprétation conforme au droit international et il semble difficile d'envisager une interprétation conforme de cette disposition sans s'écarter de la volonté des initiants qui est d'en faire une application systématique. Cette disposition ne laisse par ailleurs pas de place à une prise en compte du principe de la proportionnalité (art. 5 al. 2 et 36 al. 3 Cst. féd.) et ne peut donc être interprétée conformément à l'art. 9 CEDH ou en cohérence avec l'art. 15 Cst. féd. garantissant la liberté de conscience et de croyance.⁵⁹

Egalement dans le contexte du contrôle de validité des initiatives, le Tribunal fédéral indique que l'interprétation doit non seulement être conforme au droit supérieur, mais aussi correspondre au mieux au sens et à l'esprit de l'initiative⁶⁰. Non seulement, il exclut que l'interprétation conforme modifie « le sens littéral d'une proposition formulée de manière claire et non équivoque »⁶¹, mais il exige également qu'elle reste compatible avec la visée principale de l'initiative, telle que les signataires de l'initiative devaient la comprendre⁶². La volonté des initiants représente alors le cadre extrême de l'interprétation et de la compréhension raisonnable de l'initiative par les signataires⁶³. Le Tribunal fédéral a été amené à préciser cette jurisprudence lors de l'examen d'une initiative rédigée de toutes pièces dont le texte demandait d'interdire à l'école les manuels racistes, misogynes et appelant à l'homicide, y compris dans le domaine religieux. A cette occasion, il a relevé que l'exposé des motifs de l'initiative se rapportait exclusivement aux livres sacrés musulmans, raison pour laquelle il était exclu d'interpréter l'initiative sur la seule base de son texte neutre et de partir du principe qu'elle visait également d'autres ouvrages. L'objectif

⁵⁴ ATF 144 I 193, consid. 7.3.1; 141 I 186, consid. 5.3.

⁵⁵ ATF 139 I 16, consid. 4.2.1.

⁵⁶ LAMMERS, p. 184, 196.

⁵⁷ Par exemple, ATF 144 I 193, consid. 7.3.1.

⁵⁸ ATF 139 I 16, consid. 4.2.2.

⁵⁹ Message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire «contre la construction de minarets», FF 2008, p. 6957.

⁶⁰ ATF 144 I 193, consid. 7.3.1.

⁶¹ ATF 118 la 195, consid. 5.

⁶² ATF 139 I 292, consid. 7.2.4; ATF 143 I 129, consid. 2.2.

⁶³ ATF 143 I 129, consid. 2.2; 139 I 292, consid. 7.2.5.

fondamental de l'initiative étant d'interdire les livres sacrés musulmans⁶⁴. En l'espèce, le Tribunal fédéral a jugé que l'initiative était contraire à l'interdiction de la discrimination⁶⁵.

Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral va même plus loin en indiquant expressément qu'il n'est pas admissible de valider une initiative qui « de par son but même ou les moyens mis en œuvre, [...] ne pourrait être reconnu[e] conforme au droit supérieur que moyennant l'adjonction de réserves ou de conditions qui en modifient profondément la nature »⁶⁶. C'est la raison pour laquelle il a par exemple estimé qu'une initiative demandant l'élaboration d'une loi imposant une tenue tête nue dans les écoles publiques était incompatible avec la liberté religieuse. Interdire de façon absolue le voile islamique à l'école porte en effet une atteinte inadmissible à ce droit fondamental⁶⁷. Or, il ressortait de la campagne d'affichage et du communiqué de lancement que « l'interdiction du foulard islamique constitua[it] clairement l'élément central de [l'initiative] »⁶⁸. Par conséquent, il était exclu de prêter à l'initiative une portée conforme à la liberté religieuse en admettant que le port du voile islamique ne serait pas soumis à la réglementation. En outre, le Tribunal fédéral estime que même une réserve expresse du droit supérieur ne rend pas l'initiative admissible lorsqu'il existe une contradiction insoluble entre la finalité de l'initiative et le droit supérieur⁶⁹. C'est la raison pour laquelle il a par exemple refusé d'interpréter une disposition demandant que les autorités veillent à ce que Zurich reste une ville à caractère suisse et, dans les limites du droit supérieur, accordent la priorité aux besoins des Suissesses et Suisses. Le sens et le but de l'initiative, étant de privilégier les Suissesses et les Suisses au détriment des étrangers, cela contredisait là encore de façon insoluble l'interdiction de la discrimination⁷⁰.

L'interprétation conforme au droit supérieur et le principe d'harmonisation que ce soit dans l'analyse des conditions de validité d'une initiative ou dans la mise en œuvre de celle-ci place sur le devant de la scène une contradiction fondamentale entre la souveraineté du constituant démocratique et le respect du droit supérieur international que l'ordre constitutionnel suisse n'est pas encore parvenu à ce jour à résoudre de façon satisfaisante. La tâche de l'Assemblée fédérale lorsqu'elle est confrontée à une initiative populaire qui est contraire aux droits de l'Homme est délicate. Celle du juge, qui peut être amené, en cas d'acceptation de l'initiative, à appliquer et à interpréter des dispositions constitutionnelles contraires aux droits de l'Homme, ne l'est pas moins. Il s'agit ici de parfois tenter de résoudre un problème insoluble en trouvant un sens qui permette de ménager à la fois la volonté populaire et les obligations internationales de la Suisse tout en ne s'écartant pas de la volonté initiale des initiants.

IV. Conclusion : quelques pistes de réflexion

Si la protection juridictionnelle des initiatives communales et cantonales est complète, le droit actuel n'accorde aucune compétence aux juges quant à la validité juridique des initiatives populaires fédérales. Partant de ce constat et pour les initiatives fédérales, nous pouvons alors nous demander quelle essence garde la démocratie directe. En effet, cela ne dénature-t-il la démocratie directe si le peuple ne peut se prononcer sur un objet sans violer la Constitution ?

⁶⁴ ATF 139 I 292, consid. 7.5.2.

⁶⁵ ATF 139 I 292, consid. 8. 3.

⁶⁶ ATF 143 I 129, consid. 2.2.

⁶⁷ ATF 142 I 49, LawInside.ch/222

⁶⁸ Arrêt TF 1C_76/2018 du 20.08.2018, consid. 3.5.

⁶⁹ ATF 129 I 392, consid 3.3; 125 I 227, consid. 4b.

⁷⁰ ATF 129 I 392, consid. 3.3.

Afin de garantir le bon fonctionnement et de préserver la légitimité, le système juridique ne devrait pas donner au peuple l'occasion de prendre des décisions contraires au droit. Le juge intervient alors comme contre-pouvoir bénéfique à la démocratie directe. En effet, lorsqu'un instrument de démocratie directe touche aux limites de sa fonctionnalité, le juge se doit de la restreindre⁷¹. Au niveau cantonal, cet objectif est parfaitement atteint, l'accès au juge est même garanti sur la base des droits politiques. Il n'en va pas de même au niveau fédéral. Afin de tenter de palier à cette lacune, plusieurs pistes de réflexion ont été évoqué dans la doctrine afin de renforcer le rôle du juge notamment pour le contrôle des initiatives fédérales. Parmi ces pistes, certaines sont d'un intérêt marqué :

- en cas de doute, l'Assemblée fédérale devrait céder sa compétence de jugement de la recevabilité ou non d'une initiative au Tribunal fédéral ;

- si l'Assemblée fédérale doute de la validité d'une initiative, elle pourrait consulter le Tribunal fédéral et demander une expertise ;

- lorsqu'une initiative entre en collision avec les droits fondamentaux et qu'elle est malgré tout acceptée par le peuple, elle doit être soumise une deuxième fois en votation populaire dans un intervalle de trois mois ou/et obtenir une majorité qualifiée et se prévaloir d'un taux de participation minimal ;

- avant le début de la récolte de signatures, une instance juridique (par exemple un département du Tribunal fédéral responsable pour les questions constitutionnelles) doit, de façon régulière ou sur requête, examiner le texte d'initiative en tenant compte des motifs de non recevabilité établis.

A l'heure actuelle, toutes ces pistes ne sont encore qu'à l'état de simples discussions.

V. Bibliographie

AUBERT JEAN-FRANÇOIS / MAHON PASCAL, *Petit commentaire de la Constitution fédérale*, Zurich : Schulthess, 2003 ; AUER ANDREAS, *Staatsrecht der schweizerischen Kantone*, Berne : Stämpfli, 2016 ; BIAGGINI GIOVANNI, « Grundfragen der Verfassungsstaatlichkeit » in: BIAGGINI GIOVANNI / GÄCHTER THOMAS / KIENER REGINA (éds.), *Staatsrecht*, Zurich : Dike, 2015, pp. 79-95 ; BIAGGINI GIOVANNI, *BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zurich : Orell Füssli, 2007 ; DUBEY JACQUES, MARTENET VINCENT (éds.), *Commentaire de la Constitution fédérale*, Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 2021 ; FUHRER CORINA, *Die Umsetzung kantonaler Volksinitiativen*, Zurich : Schulthess, 2019 ; GRISEL ETIENNE, *Initiative et référendum populaires. Traité de la démocratie semi-directe en droit suisse*, Berne : Stämpfli, 2004 ; GRISEL ETIENNE, « Les droits populaires au niveau fédéral » in: THÜRER DANIEL / AUBERT JEAN-FRANÇOIS / MÜLLER JÖRG PAUL, *Verfassungsrecht Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse*, Zurich : Schulthess, 2001, pp. 383-396 ; GRISEL ETIENNE, « Les droits populaires au niveau cantonal » in: THÜRER DANIEL / AUBERT JEAN-FRANÇOIS / MÜLLER JÖRG PAUL, *Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse*, Zurich : Schulthess, 2001, pp. 397-411 ; JACQUEMOUD CAMILLA, « Le traitement "favorable" des initiatives populaires » in: ZBI 121/2020 pp. 407-430 ; JACQUEMOUD CAMILLA, *Les initiants et leur volonté. La notion de volonté des initiants et la délimitation de son influence sur le processus d'initiative populaire*, Zurich : Schulthess, 2022 ; KÖLZ ALFRED, « Die kantonale Volksinitiative in der Rechtsprechung des Bundesgerichts » in: ZBI 83/1982, pp.2-49;

⁷¹ TÖNDURY, p. 201.

LAMMERS GUILLAUME, *La démocratie directe et le droit international*, Berne: Stämpfli, 2015; MAHON PASCAL, «La citoyenneté active en droit public suisse» in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, *Verfassungsrecht Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse*, Zurich: Schulthess, 2001, pp. 335-347; PASCAL MAHON, «Les droits politiques» in: DIGGELMANN OLIVER / HERTIG RANDALL MAYA / SCHINDLER BENJAMIN (éds.), *Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse*, vol. 2, v14, 2020, pp. 1499-1517; MARTENET VINCENT, *L'autonomie constitutionnelle des cantons*, Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 1999; PEDRETTI RAMONA, «Die Vereinbarkeit von kantonalen Volksinitiativen mit höherrangigem Recht» in: ZBI 118/2017, pp.299 – 323; TÖNDURY ANDREA MARCEL, «Existiert ein ungeschriebenes Grundrecht auf Einbürgerung ?» in: SCHIESS RÜTIMANN PATRICIA (éd.), *Schweizerisches Ausländerrecht in Bewegung*, Zurich: Schulthess, 2003, pp. 189-218.