

P. Mahon / 08.03.2002

**A l'attention de
la présidence
et de la commission de rédaction
de l'Assemblée constituante
du Canton de Vaud**

**Rapport
sur l'avant-projet de Constitution
issu de la deuxième lecture**

établi sur mandat de l'Assemblée constituante du 1^{er} mai 2001.

Sommaire

I. Remarques liminaires: objet et limites du présent rapport	3
II. Examen de quelques articles de l'avant-projet	4
Titre II Droits fondamentaux	4
<i>Ad article 33</i>	4
Titre III Tâches et responsabilité de l'Etat et des communes	5
<i>Ad chapitre 4bis</i>	5
<i>Ad article 57 (al. 2)</i>	5
<i>Ad chapitre 5</i>	5
Titre IV Le peuple	5
<i>Ad article 75</i>	5
<i>Ad articles 76 (al. 2) et 76bis</i>	5
<i>Ad articles 82 et 83</i>	7
Titre V Autorités cantonales	8
<i>Ad article 118 (al. 2)</i>	8
<i>Ad article 119 (al. 4)</i>	9
<i>Ad article 122bis</i>	9
<i>Ad article 132</i>	10
Titre VI Communes et districts	10
<i>Ad articles 160 (al. 1) et 163</i>	10
<i>Ad articles 176bis et 177</i>	11
Titre VII Régime des finances	11
<i>Ad article 147bis</i>	11
Titre X Dispositions transitoires et finales	15
III. Remarque finale	15

I. Remarques liminaires: objet et limites du présent rapport

Madame et Messieurs les Présidents de l'Assemblée constituante,
Madame et Messieurs les membres de la commission de rédaction,

Le présent rapport constitue le second des deux rapports prévus par le mandat confié au soussigné en date du 1^{er} mai 2001.

Conformément à ce mandat, le second rapport porte exclusivement sur l'avant-projet tel qu'il est issu de la deuxième lecture de l'avant-projet de Constitution par l'Assemblée constituante. Il sera en conséquence sensiblement plus succinct que celui qui portait sur le texte issu de la première lecture. D'une part, l'Assemblée constituante a, à travers les propositions de la commission de rédaction, pris en compte une bonne partie des remarques qui figuraient dans le premier rapport. D'autre part, les observations du soussigné concernant les questions de forme (cohérence formelle et rédaction) relatives au texte de l'avant-projet issu de la deuxième lecture ont été et sont intégrées dans les propositions de la commission de rédaction relatives à cette deuxième lecture.

Le présent rapport se concentrera donc sur les questions de fond soulevées par quelques-unes des nouvelles dispositions introduites par l'Assemblée constituante dans le cadre de la deuxième lecture. Dans certains cas, toutefois, les propositions de la commission de rédaction seront brièvement expliquées ou commentées.

Du point de vue méthodologique, le rapport s'en tient aux mêmes préceptes que le précédent¹, c'est-à-dire qu'il distinguera et indiquera explicitement comme tels les problèmes de forme – rédaction et cohérence formelle – et les problèmes de fond – cohérence matérielle et conformité au droit fédéral.

Pour ce qui est de la numérotation des articles examinés, le rapport s'en tient à celle qui figure dans le texte adopté en deuxième lecture.

¹ Voir à ce sujet le "Rapport sur l'avant-projet de Constitution, mis en consultation en juin 2001", du 20 septembre 2001, p. 5-6.

II. Examen de quelques articles de l'avant-projet

Titre II Droits fondamentaux

Ad article 33 *Naturalisation et droit de cité*

Rédaction: Le terme "Canton" (avec majuscule) est généralement réservé, dans l'avant-projet, à l'entité regroupant l'ensemble du canton (c'est-à-dire les communes et l'Etat; voir les art. 1 à 5); il devrait donc être remplacé ici par le terme "Etat", qui désigne les (seules) autorités cantonales.

Cohérence formelle et fond: Si elle supprime les difficultés que soulevait le texte de première lecture, la nouvelle rédaction de l'article 33, proposée par une commission ad hoc, pose désormais la question de l'emplacement de la disposition. Telle qu'elle est rédigée, celle-ci ne paraît en effet plus conférer aux individus un *droit fondamental*, directement justiciable, du moins à première vue²; elle semble plutôt impartir un mandat ou une tâche aux autorités, en particulier au législateur. De sorte qu'on peut s'interroger sur la place de l'article 33 dans le titre II, relatif aux droits fondamentaux.

S'il devait être déplacé dans le titre III concernant les tâches de l'Etat et des communes, l'article 33 pourrait trouver place dans le nouveau chapitre 7bis proposé par la commission de rédaction, relatif à l'"intégration des personnes étrangères".

Toutefois, on peut aussi concevoir, du point de vue juridique, que l'article 33 demeure là où il est, c'est-à-dire dans le titre sur les droits fondamentaux, ce qui pourrait signifier que les étrangères et les étrangers ont, *lorsqu'ils remplissent les conditions posées par la loi* – comme le veut l'alinéa 3 de l'article 33 –, un *droit* à la naturalisation³. Cela signifierait, en d'autres termes, que l'autorité compétente perdrait sa liberté de décision: si les conditions légales sont remplies, elle *doit* (et non plus seulement *peut*) accorder la naturalisation. Si telle est la volonté de l'Assemblée constituante sur le fond – c'est là une question politique –, le maintien de l'article 33 dans le titre II relatif aux droits fondamentaux se justifie alors pleinement, et il conviendrait que le commentaire précise cette volonté, marquée par l'emplacement de la disposition⁴.

² Sous réserve de certains éléments de la disposition qui peuvent très bien être directement justiciables, comme la gratuité et la rapidité de la procédure, prévues à l'alinéa 2.

³ Cela aurait du reste pu faire l'objet d'un quatrième alinéa de la disposition (par exemple: "Les étrangères et les étrangers qui remplissent les conditions posées par la loi ont un droit à la naturalisation").

⁴ A moins que l'Assemblée constituante n'accepte, si telle est sa volonté politique, de préciser dans ce sens le texte même de la disposition, par l'adjonction d'un quatrième alinéa tel que celui présenté à la note précédente. Il s'agit toutefois là d'une question d'interprétation du règlement de l'Assemblée elle-même concernant le déroulement de la troisième lecture ou la "mise au point" de la deuxième lecture.

Titre III Tâches et responsabilité de l'Etat et des communes

Ad chapitre 4bis *Prospective*

Rédaction, cohérence formelle: L'emplacement de ce nouveau chapitre, entre les chapitres "patrimoine et environnement, culture et sport", d'une part, et "aménagement du territoire, énergie, ...", de l'autre, n'est guère compréhensible et logique: il s'intercale entre deux domaines politiques spécifiques assez proches l'un de l'autre alors qu'il a lui-même une portée beaucoup plus générale, qui va bien au-delà de ces deux domaines.

Voir la proposition de la commission de rédaction.

Ad article 57 (al. 2) *Aménagement du territoire*

Rédaction, cohérence formelle: Compte tenu de la modification de l'article intervenue en deuxième lecture, l'alinéa 2 n'a plus de rapport matériel direct avec le reste de la disposition, de sorte qu'il devrait, si le texte de la deuxième lecture l'emporte, être ramené à l'article 54, comme alinéa 5.

Voir à ce sujet la remarque de la commission de rédaction.

Ad chapitre 5 (*intitulé*)

Intitulé (rédaction et cohérence formelle): L'intitulé du chapitre 5 devrait, pour "englober" les quatre articles qui composent ce chapitre, être "Aménagement du territoire, énergie, transports et télécommunications".

Voir la proposition "correctrice" de la commission de rédaction.

Titre IV Le peuple

Ad article 75 *Corps électoral*

Rédaction, cohérence formelle: La reformulation proposée par la commission de rédaction est nécessaire, dans le contexte de la solution adoptée en deuxième lecture, du moment que le titre IV ne traite que du corps électoral *cantonal*.

Voir la proposition de la commission de rédaction.

Ad articles 76 al. 2 et 76bis

Rédaction, cohérence formelle: Ces deux dispositions introduisent deux règles nouvelles, de caractère spécifique, relatives à l'exercice des droits politiques. Comme ces règles sont très spécifiques, il serait préférable, du point de vue rédactionnel, de les placer ensemble dans une disposition

séparée, laquelle pourrait poser d'abord le principe général selon lequel il appartient à la loi de régler l'exercice des droits politiques, tout en y ajoutant les deux préceptes spécifiques que le constituant entend imposer à cet égard au législateur.

Voir à ce sujet la proposition de la commission de rédaction, qui, sous l'angle rédactionnel, paraît meilleure que le texte issu de la deuxième lecture⁵.

Fond: Reste que ces deux dispositions soulèvent quelques questions de fond, mais aussi d'ordre systématique, en ce qui concerne leur portée.

Il faut rappeler à ce propos que le titre IV, dans lequel elles sont placées, ne traite que du corps électoral *cantonal* et des droits politiques en matière *cantonale*, les mêmes questions étant traitées, pour ce qui est du niveau *communal*, dans le titre VI. Dans ce contexte, on peut sérieusement se demander si les deux dispositions sont bien à la bonne place.

En ce qui concerne tout d'abord l'article 76bis, il semble vouloir apporter – du moins tel que je l'ai compris – un remède à un "problème", celui du nombre insuffisant des "viennent-ensuite", qui se pose principalement, sinon essentiellement, au niveau communal. Au niveau cantonal, en effet, la seule élection qui se déroule selon le système de la proportionnelle est celle du Grand Conseil, pour laquelle le "problème" visé ne devrait me semble-t-il guère se poser (les listes de candidats comportant suffisamment de "viennent-ensuite" pour pallier les éventuelles vacances). Quoi qu'il en soit, la disposition n'est pas contraire au droit fédéral. Du reste, quelques cantons connaissent – au niveau légal – une réglementation semblable, qui prévoit, pour l'hypothèse en question, une élection complémentaire, généralement au système de la majoritaire⁶. En l'occurrence, toutefois, s'il pose une "interdiction", l'article 76bis proposé n'indique pas comment résoudre le "problème"⁷.

Quant à l'article 76 alinéa 2, qui impose la prise en compte des "votes blancs", dans les élections à la majoritaire, pour le calcul de la majorité absolue, il ne paraît pas non plus soulever de problème sous l'angle de sa

⁵ Lequel ne fait, pour ce qui est de la première phrase de l'article 76 al. 2, qu'énoncer une évidence.

⁶ Il s'agit de Schwyz, Nidwald, Glaris, Zoug et Bâle-Ville; cf. YVO HANGARTNER – ANDREAS KLEY, *Die demokratischen Rechte in Bund und in den Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zurich, 2000, nos 1455-1459, p. 592-593.

⁷ Par une élection complémentaire, en cas de vacance et d'insuffisance des "viennent-ensuite", comme dans les cantons précités, élection qui doit alors probablement être ouverte à tous les partis, et non seulement à celui dont le siège est devenu vacant? On peut aussi envisager un système de "remplaçants" ou de "suppléants" des "viennent-ensuite", en quelque sorte, qui seraient proposés directement au corps électoral déjà lors de l'élection générale, pour l'éventualité d'une vacance et de l'absence de "viennent-ensuite" en nombre suffisant; c'est ce que connaissent les cantons du Valais et du Jura; cf. Y. HANGARTNER – A. KLEY, *op. cit.* (note précédente), nos 1405-1407, p. 574.

conformité avec le droit fédéral⁸. La disposition n'est cependant pas tout à fait claire, dans la mesure où elle ne précise pas si les "votes blancs" dont il est question visent les "bulletins blancs" ou les "suffrages blancs", ce qui n'est pas la même chose⁹. En outre, l'article ne semble devoir s'appliquer, au niveau cantonal – et dans le contexte de la deuxième lecture –, qu'à l'élection de la députation au Conseil des Etats (le Conseil d'Etat étant élu selon le système de la majoritaire à un tour, où seule la majorité relative est requise)¹⁰.

On peut donc se demander si ces deux dispositions ne devraient pas être placées – ou: placées aussi – dans les dispositions relatives à l'exercice des droits politiques en matière communale.

Ad articles 82 et 83 *Référendum obligatoire et Référendum facultatif*

Rédaction, cohérence formelle: Les modifications proposées par la commission de rédaction sont nécessaires compte tenu de la reformulation proposée de l'article 147bis sur la "Procédure budgétaire" adopté en deuxième lecture.

Voir les propositions de la commission de rédaction ainsi que, ci-dessous, ad article 147bis.

⁸ La règle est du reste appliquée ailleurs, pour l'élection du gouvernement cantonal, dans les cantons qui connaissent l'élection de ce gouvernement selon le système de la majoritaire à deux tours (soit tous, à l'exception de Genève et du Jura): cf. Y. HANGARTNER – A. KLEY, *op. cit.* (note 6), no 1553, p. 622, qui relèvent: "Die anderen Majorzskantone wenden zwei unterschiedliche Berechnungsmethoden an. Bei der ersten Methode, die zu einem hohen absoluten Mehr führt, wird das Total der gültig abgegebenen Wahlzettel durch zwei geteilt; die zum Resultat nächsthöhere ganze Zahl bildet das absolute Mehr. Bei der zweiten Methode wird das Total der gültig abgegebenen Kandidatenstimmen durch die Anzahl der zu besetzenden Sitze geteilt und hernach halbiert oder gleich durch die verdoppelte Anzahl der Sitze geteilt. Die nächsthöhere ganze Zahl bildet auch hier wiederum die absolute Mehr. In der Regel sind die Wahlzettel nicht vollständig ausgefüllt oder enthalten ungültige Stimmen, so dass bei der zweiten Methode das absolute Mehr tiefer liegt". Il faut noter que la prise en compte des "bulletins blancs" et même des bulletins non valables intervient en Valais pour le calcul de la majorité dans les *votations* constitutionnelles (art. 106 de la Constitution valaisanne), ce qui est "problématique" (cf. Y. HANGARTNER – A. KLEY, *op. cit.* [note 6], no 2384, p. 935).

⁹ Voir la note précédente.

¹⁰ Or, pour ce qui est de l'élection de la députation au Conseil des Etats, la règle ne semble pas s'appliquer dans les autres cantons: cf. Y. HANGARTNER – A. KLEY, *op. cit.* (note 6), no 1516, p. 610, qui relèvent: "In der Regel wird verlangt, dass im ersten Wahlgang das absolute Mehr erreicht wird. Massgebend sind je nach Regelung die gültigen Wahlzettel oder die gültigen Stimmen, die Kandidaten erhalten haben. Nichtstimmende oder ungültig Stimmende werden in allen Fällen nicht berücksichtigt".

Titre V Autorités cantonales

Ad article 118 (al. 2) *Composition, durée de la charge (du Conseil d'Etat)*

Rédaction, cohérence formelle: L'alinéa 2 de l'article 118, introduit en deuxième lecture, suscite diverses difficultés. D'abord, sa formulation, telle qu'adoptée par l'Assemblée constituante, n'est pas correcte du point de vue linguistique (le possessif "leur" ne se rapporte à rien de ce qui précède).

Voir à ce propos la proposition de la commission de rédaction, qui corrige la formulation. Toutefois, cette proposition ne résout pas les problèmes de fond que soulève la disposition.

Fond: cohérence matérielle et conformité au droit fédéral: L'article 118 alinéa 2 paraît en effet problématique sur d'autres points.

D'une part, sous l'angle de la systématique, il est assez surprenant de voir apparaître une règle sur la "députation vaudoise au Conseil des Etats" dans la disposition qui traite de la "Composition, durée de la charge" du Conseil d'Etat.

D'autre part, et surtout, le contenu de cette règle pourrait bien être contraire au droit fédéral, dans la mesure où la règle *oblige*¹¹ la "députation vaudoise" à participer aux travaux du Conseil d'Etat et prévoit que la loi "règle son statut et l'exercice de sa charge". Or, il faut rappeler que la "députation vaudoise" n'est pas un "corps" qui, en tant que tel, dépend du droit cantonal (sauf pour ce qui est des règles relatives à la désignation de ses membres), mais qu'elle est formée de deux personnes, deux individus qui, juridiquement, sont et doivent être indépendants l'un de l'autre. Le statut de ces deux personnes et l'exercice de leur charge relèvent du droit fédéral, et non du droit cantonal. L'article 161 alinéa 1 de la Constitution fédérale précise du reste clairement – comme le faisait déjà l'article 91 de l'ancienne Constitution – que les "membres de l'Assemblée fédérale votent sans instruction" et on déduit généralement de cette disposition, dont l'importance était capitale surtout pour le Conseil des Etats¹², que les membres des chambres fédérales ne sauraient être ni désignés¹³, ni "instruits" par les gouvernements de leur canton¹⁴.

Aussi, me semble-t-il, la loi (cantonale) n'a-t-elle, contrairement à ce que prétend l'article 118 alinéa 2 de l'avant-projet, rien à régler du tout en ce qui concerne le "statut" de la députation vaudoise au Conseil des Etats et "l'exercice de sa charge". Dans cette mesure, la disposition me paraît donc

¹¹ L'indicatif présent doit en effet être considéré ici comme impératif; sinon, le constituant aurait utilisé une formule potestative ("... peut participer ...").

¹² Voir JEAN-FRANÇOIS AUBERT, in: Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Bâle – Berne – Zurich, 1986, ad art. 91, n° 3 et 4.

¹³ Cf. Y. HANGARTNER – A. KLEY, *op. cit.* (note 6), no 1495, p. 604, avec d'autres références.

¹⁴ J.-F. AUBERT, *op. cit.* (note 12).

contraire au droit fédéral¹⁵. Au surplus, il faut noter qu'elle présente certaines redondances avec une autre disposition nouvellement introduite en deuxième lecture, l'article 122bis, sur la "Conférence des affaires fédérales", moins problématique.

Ad article 119 (al. 4) *Mode d'élection*

Fond: cohérence matérielle: L'alinéa 4 suscite une question de fond, qui relève de la "lisibilité" du système envisagé. La disposition prévoit, en cas de vacance, une *élection* complémentaire, qui *peut* être tacite, sur la base de la présentation par le Conseil d'Etat lui-même d'une candidature destinée à compléter son équipe. Toutefois, la disposition n'indique pas clairement, me semble-t-il, le système envisagé, dans la mesure où elle ne précise pas si la candidature présentée par le Conseil d'Etat peut être combattue, ni par qui elle peut éventuellement l'être. Or, si l'on admet le principe de l'élection "ouverte", notamment à l'opposition, cela pourrait aboutir à un affaiblissement du système voulu par le "scrutin de liste compacte" prévu à l'alinéa 2. Si, au contraire, la candidature présentée par le Conseil d'Etat ne peut pas être combattue, l'"élection" complémentaire devrait logiquement toujours être tacite¹⁶.

Peut-être le texte de la disposition, ou le commentaire, devrait-il préciser, à l'intention du législateur, quel est le système voulu par le constituant.

Ad article 122bis *Conférence des affaires fédérales*

La disposition, qui reprend en partie certains éléments de l'article 118 alinéa 2, ne pose à mon sens pas les problèmes de conformité au droit fédéral que soulève ce dernier, dans la mesure où elle est plus "ouverte" et générale, renvoyant à la loi pour ce qui est des modalités de la constitution de cette "Conférence des affaires fédérales"¹⁷.

¹⁵ Et elle ne me paraît guère susceptible d'une interprétation conforme au droit fédéral.

¹⁶ A moins que le Conseil d'Etat ne soit tenu de présenter plus de candidats qu'il n'y a de sièges vacants, ce qui ne semble pas être le cas selon le texte de la disposition.

¹⁷ Reste toutefois la question de savoir si la loi pourrait, sans violer le droit fédéral, "contraindre" les membres de la députation aux Chambres fédérales à participer à une telle conférence et à fournir des informations – ce qui ne me semble pas être le cas s'agissant des informations que le droit fédéral déclarerait confidentielles –; la question devra cependant être examinée par le législateur, de sorte que la disposition constitutionnelle paraît, en elle-même, susceptible d'une interprétation conforme au droit fédéral.

Ad article 132 (al. 3) *Indépendance et impartialité*

L'Assemblée constituante a souhaité que la commission de rédaction rédige "un complément au 3^e alinéa qui permette le fonctionnement des tribunaux paritaires", ce que la commission de rédaction a fait (voir sa proposition). Il faut noter toutefois que ce complément, s'il n'est pas inutile, n'est pas absolument nécessaire: selon la jurisprudence, l'exigence d'indépendance et d'impartialité des tribunaux ne s'oppose en effet pas à l'existence des tribunaux "paritaires" – tribunaux des baux, tribunaux de prud'hommes, etc.

–¹⁸.

Titre VI Communes et districts

Ad articles 160 (al. 1^{er}) et 163

Fond: conformité au droit fédéral: Les articles 160 alinéa 1^{er} et 163, qui prévoient l'incompatibilité entre la charge de membre de l'autorité délibérante et celle de membre de l'autorité exécutive d'une commune, même pour les communes qui n'ont pas de conseil communal, n'ont pas fait l'objet de modification en deuxième lecture. Toutefois, comme la question de leur conformité au droit fédéral a été soulevée par un membre de l'Assemblée constituante, il convient de s'y arrêter.

Ces dispositions ont pour effet – l'article 163 en particulier – de priver les membres de la municipalité des communes n'ayant qu'un conseil général de leur droit de voter sur les objets soumis à la compétence de ce conseil. Comme il n'y a, dans ces communes, ni droit de référendum, ni droit d'initiative, les personnes en question sont privées de toute possibilité de vote sur lesdits objets. On peut dès lors effectivement se demander si l'incompatibilité en question est conforme au droit fédéral.

A mon sens, la règle, qui accorde plus de poids à l'idée de la séparation des pouvoirs qu'à celle du droit de vote, n'est toutefois pas contraire au droit fédéral, dans la mesure où les personnes en question – qui conservent le droit de participer aux élections – gardent le choix d'appartenir à l'autorité délibérante, en renonçant à la municipalité. C'est du reste le propre de toutes les règles sur les incompatibilités que d'imposer un tel choix. Il faut noter d'ailleurs que les membres de la municipalité ne sont pas les seules personnes qui, dans les communes en question, sont privées du droit de voter du fait de l'absence de droits d'initiative et de référendum: toutes celles qui, par choix, s'abstiennent de participer au conseil général sont dans la même situation.

Plus généralement, il faut noter d'ailleurs que selon la pratique des autorités fédérales compétentes en matière de garantie des constitutions cantonales, la réglementation de l'organisation communale – et des droits politiques en matière communale – est considérée comme l'affaire des cantons.

¹⁸ ATF 126 I 235, *Sl X. S.A. contre S.*, du 9 novembre 2000, à propos de la composition du Tribunal des baux du canton de Vaud.

Ad articles 176bis et 177 *Fédérations et Agglomérations*

Rédaction, cohérence formelle: L'article 176bis, sur les "Fédérations" de communes, nouvellement introduit en deuxième lecture, soulevait diverses questions de cohérence et d'harmonisation formelles avec la disposition existante, sur les "Agglomérations" (art. 177). La nouvelle proposition de la commission de rédaction règle pour l'essentiel ces problèmes d'ordre rédactionnel et systématique. En revanche, une question de fond subsiste.

Fond: L'article 176bis alinéa 3 – dans la version issue de la deuxième lecture¹⁹ – prévoit que les tâches des fédérations de communes "sont financées par des *taxes propres* et des contributions communales". La notion de "taxes propres" n'est cependant pas claire: la juxtaposition de cette notion à celle de "contributions communales" semble indiquer qu'il ne s'agit pas de *taxes perçues auprès des communes membres*, mais d'autre chose, sans toutefois que l'on sache quoi. L'idée qui vient assez naturellement à l'esprit est celle de *taxes perçues* directement par la fédération auprès des particuliers soumis à leur "souveraineté" (notamment ceux qui résident sur leur territoire, une "taxe sur les ordures" par exemple, si la fédération est chargée de l'élimination de ces dernières). Cependant, selon la jurisprudence, une telle taxe, qui est une contribution publique, doit reposer sur une base légale formelle, c'est-à-dire une loi (cantonale) ou un règlement (communal), adoptée selon la procédure législative ordinaire (avec référendum). C'est d'ailleurs ce que prescrit également l'article 151 alinéa 1^{er} de l'avant-projet, relatif à la "Fiscalité" ("... contributions prévues par la loi"). Or, il n'est pas certain que les règles qui seront édictées par les autorités délibérantes des fédérations, et qui pourraient prévoir de telles taxes, aient la qualité de base légale formelle, ne serait-ce qu'en raison de l'organisation des fédérations (élection indirecte, absence de référendum).

Il conviendrait dès lors que l'Assemblée constituante précise la notion de "taxes propres".

Titre VII Régime des finances

Ad article 147bis *Procédure budgétaire*

Rédaction, cohérence formelle: L'article 147bis, introduit en deuxième lecture, soulevait diverses questions d'ordre rédactionnel. Ces questions ont été discutées au sein de la commission de rédaction, avec l'auteur de la proposition, M. Gérard Buhlmann. Voir à ce sujet la nouvelle proposition de la commission de rédaction, à laquelle se référeront les observations de fond qui suivent.

Fond: cohérence matérielle et conformité au droit fédéral: L'article 147bis pose, sur le fond, diverses questions quant à sa conformité au droit fédéral.

¹⁹ Alinéa 3, seconde phrase, dans la version "corrigée" par la commission de rédaction.

En premier lieu, il faut rappeler que la liberté de vote, ancrée en tant que droit fondamental à l'article 34 de la Constitution fédérale, garantit à toute personne qui jouit des droits politiques "la faculté d'exiger qu'aucun résultat de votation ou d'élection ne soit reconnu s'il ne traduit pas d'une manière fidèle et sûre la volonté librement exprimée du corps électoral"²⁰. Ce droit fondamental implique quelques principes et exigences qui s'imposent aux votations fédérales et cantonales²¹. Parmi ces exigences figure en premier lieu celle de la formulation claire et correcte des questions soumises au vote, qui interdit notamment les questions équivoques ou suggestives. Cette exigence suppose aussi, me semble-t-il, que le corps électoral sache de manière précise quel est l'objet du vote et quelles en sont les conséquences juridiques. Elle n'était pas satisfaite par la formulation de l'article 147bis telle qu'issue de la deuxième lecture, qui prévoyait un "simple" vote de principe opposant une augmentation des recettes à une réduction des dépenses et excluait ensuite le référendum facultatif pour toutes les modifications législatives qui en découleraient. Or, il résulte de la liberté de vote que les citoyennes et les citoyens doivent pouvoir se prononcer directement sur les éléments concrets d'augmentation des recettes ou de réduction des dépenses, c'est-à-dire directement sur les modifications législatives nécessaires à l'une ou à l'autre de ces "alternatives". En termes plus explicites, ils doivent savoir quelles dépenses seront réduites et quelles recettes seront augmentées, et comment. C'est la raison pour laquelle le texte nouvellement proposé par la commission de rédaction, avec l'accord de l'auteur de la proposition initiale, texte qui supprime la troisième phrase de cette version originale, est plus conforme à l'exigence de la liberté de vote.

Une deuxième question – qui a du reste été soulevée au sein de l'Assemblée constituante – est celle de la compatibilité du système envisagé avec l'exigence de l'unité de la matière, exigence qui découle elle aussi – pour ce qui est des votations cantonales et communales – de l'article 34 de la Constitution fédérale²². L'unité de la matière interdit en principe qu'une proposition soumise au vote soit constituée de deux ou

²⁰ ATF 123 I 63, 71, *Charles Beer et consorts*, du 12 mars 1997. Voir aussi ATF 118 la 259, 261, *Sch.*, du 18 mars 1992; 119 la 271, 272-273, A., du 4 août 1993; 121 I 252, 255, *Alliance de gauche et consorts*, du 22 mars 1995; 124 I 55, 57, *Evangelische Volkspartei Freiburg*, du 1er avril 1998; 125 I 441, 443, A., du 1er juillet 1999.

²¹ Sur ces principes et exigences, voir notamment ANDREAS AUER – GIORGIO MALINVERNI – MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, volume I: *L'Etat*, Berne, 2000, nos 847-861, p. 282-291; JÖRG PAUL MÜLLER, *Grundrechte in der Schweiz*, 3^e éd., Berne, 1999, p. 361 et ss; PIERMARCO ZEN-RUFFINEN, L'expression fidèle et sûre de la volonté du corps électoral, in: DANIEL THÜRER – JEAN-FRANÇOIS AUBERT – JÖRG PAUL MÜLLER, *Droit constitutionnel suisse*, Zurich, 2001, p. 349-362, spéc. nos 3 et ss, p. 350 et ss.

²² Sur cette exigence, voir P. ZEN-RUFFINEN, *op. cit.* (note précédente), nos 10-14, p. 352-353, J. P. MÜLLER, *op. cit.* (note précédente), p. 363-364, et A. AUER – G. MALINVERNI – M. HOTTELIER, *op. cit.* (note précédente), nos 792-798, p. 263-265 (pour les initiatives populaires), et nos 842-844, p. 281-282 (pour le référendum financier).

plusieurs éléments sans lien étroit, réel et objectif entre eux, dont la réunion artificielle place donc le citoyen devant un dilemme, en l'empêchant de choisir librement l'un ou l'autre de ces éléments. On peut effectivement se demander si le fait de proposer, comme le fait la disposition de l'article 147bis, un "paquet" indissociable de mesures d'augmentation des recettes, d'un côté, ou un "paquet" tout aussi indissociable de mesures de diminution des dépenses, de l'autre, ne viole pas le principe de l'unité de la matière, puisque cela empêcherait les citoyennes et les citoyens de choisir l'une ou l'autre des mesures de chacun des deux "paquets" tout en refusant les autres mesures du même "paquet".

Toutefois, il faut rappeler que, si elle est abondante sur l'unité de la matière, la jurisprudence est aussi différenciée et nuancée. Comme le souligne le Tribunal fédéral, le "principe dit de l'unité de la matière est [...] relatif: il n'exige pas toujours que chaque disposition d'un projet soit soumise séparément au corps électoral; l'essentiel est que les dispositions sur lesquelles celui-ci est appelé à se prononcer aient entre elles un rapport intrinsèque étroit et poursuivent le même but"²³. La pratique varie donc, selon les hypothèses (niveau, auteur et contenu de l'acte en cause) et selon les domaines. Ainsi, l'exigence d'unité de la matière est plus stricte pour les projets de révision partielle de la constitution que pour les projets législatifs; elle est plus sévère aussi pour les initiatives populaires que pour les projets proposés par les autorités elles-mêmes; elle est plus rigoureuse enfin pour les initiatives rédigées que pour celles formulées en termes généraux²⁴. Pour ce qui est du référendum financier, l'exigence d'unité de la matière revêt une double signification: dans sa dimension positive, elle empêche "la soumission séparée séparée au vote d'objets formant un tout"²⁵; dans sa dimension négative, elle interdit certes que des objets disparates, sans rapport intrinsèque entre eux, soient réunis en un seul vote, mais le Tribunal fédéral admet, "assez largement même, des exceptions à cette règle"²⁶.

Or, en l'espèce, on peut me semble-t-il admettre que, même s'ils pourraient éventuellement mêler effectivement des mesures concrètes diverses, les deux "paquets" soumis au vote du peuple concernent chacun une matière "unique", à savoir une réduction des dépenses, d'un côté, et une augmentation des recettes, de l'autre, portant sur des objets certes différents, mais poursuivant un même but. Cela me paraît d'autant plus admissible que c'est le constituant cantonal qui, s'il choisissait par

²³ ATF 123 I 63, 71, précité (note 20).

²⁴ Voir notamment, pour un résumé de la pratique, ATF 123 I 63, 71-72, précité (note 20), ainsi que les auteurs cités note 22.

²⁵ P. ZEN-RUFFINEN, *op. cit.* (note 21), no 13, p. 353. En d'autres termes, elle vise à empêcher la division des dépenses destinée à éluder les règles sur le référendum: A. AUER – G. MALINVERNI – M. HOTTELIER, *op. cit.* (note 21), nos 842-844, p. 281-282.

²⁶ A. AUER – G. MALINVERNI – M. HOTTELIER, *op. cit.* (note 21), no 844, p. 282, qui se réfèrent à ATF 105 la 80, *Jenni*.

hypothèse ce système, définirait pour cet objet le "critère" ou la "mesure" de l'unité de la matière²⁷.

Reste cependant une troisième question qui, toujours sous l'angle de la liberté de vote garantie par l'article 34 de la Constitution fédérale, me semble plus délicate. Tel qu'il est rédigé (même dans la version issue de la commission de rédaction), l'article 147bis ne définit pas la procédure de vote qui serait applicable à ce nouveau cas de référendum obligatoire. Le verbe utilisé – la votation "oppose" – paraît indiquer que le souverain, le peuple, devrait impérativement choisir entre l'un et l'autre des deux "paquets" législatifs qui lui sont proposés, le paquet de réduction des dépenses ou celui de l'augmentation des recettes, sans avoir la possibilité de voter "non" aux deux termes de l'alternative. Or, on peut se demander si un tel système de vote – qui, à ma connaissance, n'existe nulle part ailleurs dans notre pays²⁸ – n'est pas contraire à la liberté de vote, en ce sens qu'elle ne permet pas une expression libre de la volonté du corps électoral. Il est en effet concevable, par exemple, qu'une citoyenne ou un citoyen puisse vouloir exprimer un "non" à des augmentations des recettes et un "oui" à des réductions de dépenses, mais pas celles qui sont proposées, de sorte qu'il devrait pouvoir, pour être libre, voter deux fois "non". Le "double non" n'est donc pas dépourvu de sens; il indiquerait aux autorités que le peuple veut d'autres mesures que celles proposées et les obligerait donc – après avoir analysé les raisons du refus – à soumettre d'autres propositions au vote.

On objectera certes que le "double non" pourrait se répéter – à la limite, à l'infini – au point d'anéantir le système choisi. Toutefois, ce risque existe même dans l'hypothèse où l'on interdirait le "double non": rien ne garantit en effet que le Grand Conseil, qui est tenu de proposer les deux "paquets" au

²⁷ Voir aussi, sur les règles et pratiques différentes des cantons, ETIENNE GRISEL, *Initiative et référendum populaires*, 2^e éd., Berne, 1997, p. 250 et ss, qui relève notamment (p. 252): "... l'unité de la matière est une notion indéterminée qui n'a aucun sens précis. Par suite, il est loisible aux cantons de lui donner une définition plus ou moins large, et le Tribunal fédéral doit tenir compte des différences ainsi établies".

²⁸ Les votes portant simultanément sur deux objets différents – comme une initiative et un contre-projet – permettent toujours le double "non", que ce soit au niveau fédéral ou au niveau cantonal; il en va de même – dans les cantons qui connaissent une telle institution – du "référendum constructif": voir par exemple l'article 63 de la Constitution bernoise. De plus, la littérature spécialisée ne traite semble-t-il pas la question: elle s'occupe de la question du "double oui", mais n'évoque pas celle d'un éventuel "double non"; cf. par exemple E. GRISEL, *op. cit.* (note précédente), p. 274-278. Voir toutefois Y. HANGARTNER – A. KLEY, *op. cit.* (note 6), no 2335, p. 917, qui paraissent eux aussi admettre qu'en cas de vote alternatif, au moins pour le cas où des règles précises de procédure font défaut, les modalités de vote doivent être celles qui s'appliquent au vote simultané d'une initiative et d'un contre-projet, ce qui implique la possibilité du "double non": "Fehlen in Bezug auf die besonderen Alternativabstimmungen Vorschriften über das Verfahren, so sollten die gleichen Regeln wie bei einer Abstimmung über ein Initiativbegehren und den Gegenentwurf des Parlaments angewendet werden".

vote dans les plus brefs délais, parvienne à le faire, de sorte qu'il n'y a de toute façon aucune garantie absolue qu'un vote ait lieu²⁹.

En conclusion, il est difficile, ne serait-ce que parce que le système envisagé est apparemment nouveau, de se prononcer en l'état de manière affirmative et péremptoire sur la conformité – ou la non-conformité – de ce système au droit fédéral. La disposition me semble pour le moins problématique³⁰. Il conviendrait donc, au moins, par souci de prudence, qu'elle demeure "ouverte" en ce qui concerne la procédure de vote, en laissant à la loi le soin de définir cette procédure et de prévoir, cas échéant après un examen plus approfondi de la question, un système de vote qui serait compatible avec le droit fédéral. Si la disposition est maintenue, le commentaire devrait à mon avis préciser ce point.

Titre X Dispositions transitoires et finales

Les remarques du soussigné concernant le titre X, relatif aux "Dispositions transitoires et finales", ont été intégrées dans les propositions de la commission de rédaction, de sorte qu'il ne paraît pas nécessaire d'y revenir ici. Si ce n'est pour préciser que les dispositions transitoires devront être réexaminées en fonction des décisions qui seront prises par l'Assemblée constituante en troisième lecture.

III. Remarque finale

La remarque qui précède, à propos des dispositions transitoires, vaut du reste pour l'ensemble du texte qui "sortira" de la troisième lecture de l'Assemblée constituante. En fonction des décisions qui seront prises en troisième lecture, un nouvel examen de la cohérence générale de l'avant-projet sera en effet nécessaire.

Dans l'espoir que les lignes qui précèdent pourront vous être utiles, je vous prie de croire, Madame et Messieurs les Présidents de l'Assemblée constituante, Madame et Messieurs les membres de la commission de rédaction, à l'assurance de ma parfaite considération.

Neuchâtel, le 8 mars 2002

Pascal Mahon

²⁹ On peut en effet penser que si le Grand Conseil "ne peut maintenir le déficit budgétaire à 3 %", ce qui est l'hypothèse de base de la disposition, il aura aussi des difficultés à "construire" les programmes d'économies et d'augmentation des recettes. Or, aucune "sanction" n'est prévue pour le cas où il n'y parviendrait pas.

³⁰ Il eût été moins problématique, sous l'angle de la liberté de vote, d'obliger le Grand Conseil à *choisir* l'un ou l'autre des "paquets" et à le soumettre au peuple.