

Législation au forceps et sous la pression du temps à la lumière des initiatives populaires¹

Cesla Amarelle

Depuis une dizaine d'années, on assiste à une importante fébrilité législative, très originale dans l'histoire suisse, par le biais des initiatives populaires. Sur 191 initiatives populaires fédérales soumises au peuple depuis 1893, 22 initiatives ont été acceptées par le peuple et les cantons dont 9 entre 2004 et 2014. Une majorité d'entre elles s'articulent très difficilement avec l'Etat de droit libéral, en particulier avec le principe de proportionnalité et les droits fondamentaux, et sont en contradiction avec d'autres dispositions constitutionnelles ou accords internationaux en vigueur (ex. : libre circulation des personnes). Par ailleurs, certaines de ces initiatives sont très restrictives car elles prévoient des clauses de mise en œuvre de 3 ans environ.

Cette fébrilité traduit une tendance probablement durable puisque plusieurs initiatives de ce nouveau genre seront soumises au peuple et aux cantons dans un futur plus ou moins proche (ECOPOP, initiative sur le renvoi II, initiative pour un registre central suisse pour l'appréciation des délinquants sexuels ou violents condamnés, initiative pour la responsabilité en cas de récidive de la part de délinquants sexuels ou violents, etc.). D'autres problèmes survenus récemment illustrent également cette tendance (questions de la garantie fédérale à la disposition constitutionnelle tessinoise sur le port de la burqa, initiative cantonale bernoise sur les naturalisations).

Malgré l'intensité des problèmes qu'elles suscitent, ces initiatives constituent une évolution logique du système suisse. Du point de vue politique, notre système dispose de majorités changeantes et de « coalitions objectives » qui évoluent de manière permanente. Certaines formations politiques importantes se retrouvent parfois dans la majorité, parfois dans la minorité. Ces forces peuvent facilement faire appel au peuple si elles ne se retrouvent pas dans la majorité par le biais des instruments de démocratie directe, qui sont en principe des instruments forgés pour les minorités. Par ailleurs, le système suisse est doté de beaucoup d'autonomie : les principales forces politiques du pays disposent de profils surtout oppositionnels, parfois d'opposition conjuguée, et « un peu » gouvernementaux.

Du point de vue constitutionnel, ce conflit est même « agendé » par notre Constitution à cause d'une conjugaison d'absence de limitations matérielles pour les textes d'initiatives et d'absence de contrôle constitutionnel des lois. D'un côté, l'Assemblée fédérale est incitée à soumettre au peuple les initiatives qui sont

contraires aux conventions internationales en matière de droits de l'homme (critère du droit international *impératif*). De l'autre, si le peuple accepte pareilles initiatives, les autorités législatives, administratives et judiciaires devraient être tenues, en vertu des art. 5, al. 4, et 190 Cst. de refuser de les mettre en œuvre si elles concluent que ces initiatives violent effectivement ces conventions. Cette tension est exacerbée par l'utilisation systématique de l'initiative populaire par toutes les forces politiques les plus importantes du pays.

Face à cela, plusieurs propositions ont été avancées depuis 2011. D'abord, des solutions de nature *institutionnelle*, en particulier par la création d'une Cour constitutionnelle qui contrôlerait davantage la constitutionnalité des lois aujourd'hui limitée (art. 190 Cst.) et qui renforcerait les mécanismes de respect du droit international. Plusieurs débats ont été menés en ce sens au Parlement en 2011 et 2012². Le 3 décembre 2012, l'introduction d'une juridiction constitutionnelle pour les lois votées par le Parlement échoue assez clairement en vote final³.

Deuxièmement, en 2013 et 2014, des solutions de type *politique* ont été avancées visant à améliorer la compatibilité du droit international et du droit interne, ou à limiter le *wording* des titres des initiatives notamment. Ainsi, à la suite de deux motions des CIP (11.3468 ; 11.3751) chargeant le gouvernement d'élaborer des dispositions législatives, le Conseil fédéral a mis en consultation un projet contenant un examen matériel préliminaire des initiatives populaires ainsi qu'une extension des limites matérielles des révisions constitutionnelles à l'essence des droits fondamentaux. La consultation n'ayant pas donné les résultats escomptés, le Conseil fédéral a abandonné le projet en décembre 2013⁴.

Enfin, des solutions de type *juridique* émanent aujourd'hui de plusieurs milieux pour élargir la pratique des invalidations des initiatives par l'Assemblée fédérale et pour assouplir la définition des limites matérielles à la révision de la Constitution (et aux initiatives populaires). Une des pistes évoquée est l'élargissement par le Parlement de la notion de « droit international *impératif* » consacré par la Constitution, en y incluant notamment les traités relatifs aux droits fondamentaux qui sont de fait ou de droit non dénonçables (CEDH et Pactes ONU I et II) et dont plusieurs dispositions appartiennent pour l'heure au *jus « non cogens »*. Aussi, se pose la question de savoir comment élargir cette notion, soit par la voie de la simple « ré-interprétation autonome » au terme d'une précision de la pratique du Parlement, soit par la voie de la révision de la Constitution, ce qui suppose une votation populaire.

En rendant plusieurs arrêts essentiels en relation avec cette problématique complexe, le Tribunal fédéral alimente aussi cette réflexion de manière constructive et progressive. La Haute Cour a ainsi rendu des décisions importantes au cours de ces trois dernières années en relation avec l'applicabilité directe des nouveaux

articles constitutionnels introduits par ces initiatives. Il a également rappelé les impératifs de précision requis pour que l'applicabilité d'une initiative puisse être considérée comme directe et procédé à un examen minutieux de leur contenu. Plus important encore, les juges ont consacré une lecture systématique des nouveaux articles en les pondérant à la lumière des autres dispositions de la Constitution. Le Tribunal fédéral a ainsi développé le principe de la « concordance pratique » pour interpréter une Constitution devenant de plus en plus incohérente. Concrètement, il a affirmé avec clarté que l'art. 5 Cst. (Principe de l'activité de l'Etat régi par le droit) n'a pas à être remis en question par l'acceptation d'une initiative ponctuelle⁵.

Dans ce contexte, il importe aujourd'hui de combler les lacunes du processus démocratique suisse. Si les options institutionnelles et politiques semblent aujourd'hui peu envisageables, une solution juridique pourrait avoir des chances d'avancer. Pour pouvoir continuer à fonctionner, le processus démocratique suisse doit absolument être réformé, faute de quoi il risque de sombrer dans des dysfonctionnements permanents et devenir l'otage de toutes les passions et les déraisons autoritaires et xénophobes du pays.

Cesla Amarelle est Conseillère nationale PS du canton de Vaud et professeure de droit public à l'Université de Neuchâtel ; e-mail : cesla.amarelle@parl.ch

Notes

- 1 Exposé présenté dans le cadre de la Journée scientifique de la Société suisse de législation du 22 mai 2014.
- 2 Cf. précédemment les initiatives parlementaires Vreni Müller-Hemmi (07.476) et Heiner Studer (05.445).
- 3 BO CN 2012 1967 ss.
- 4 Cf. également Postulat 13.3805 « Établir un rapport clair entre le droit international et le droit suisse » (référendum obligatoire pour les traités internationaux « ayant un caractère constitutionnel » et hiérarchie des normes en droit international) accepté par le Conseil fédéral et le Conseil national en mars 2014.
- 5 ATF 125 I 361 consid. 4a ; ATF 139 I 16 consid. 4.2 et 4.3.