

AVIS DE DROIT

donné à la Chancellerie de la Confédération suisse

par Etienne Grisel professeur honoraire de l'Université de Lausanne

**De la portée et des limites du pouvoir du Conseil fédéral,
notamment selon l'article 10a LDP, lorsqu'il doit soumettre
une initiative populaire au vote du peuple et des cantons
sans recommandation de l'Assemblée fédérale.**

INTRODUCTION

Par un message du 6 octobre 2011, la Section des droits politiques de la Chancellerie fédérale a demandé au soussigné un avis de droit qui réponde à trois questions :

- « 1. L'article 10a, alinéa 4, LDP donne-t-il au Conseil fédéral une marge de manœuvre pour faire une recommandation concernant une initiative populaire qui ne fait l'objet d'aucune recommandation de vote de la part du Parlement ?
2. Au cas où la réponse à la première question est négative, quel est l'élément prépondérant :
- a. la subordination du Conseil fédéral à la volonté du Parlement ou
 - b. le rôle du Conseil fédéral comme autorité directoriale et exécutive suprême de la Confédération au cas où le Parlement ne se serait pas acquitté de son devoir de décider une recommandation ?
3. Quel rôle faut-il attribuer dans ce contexte à l'article 190 Cst. qui oblige toutes les autorités à appliquer les lois fédérales ? »

Avant d'envisager des solutions, il convient de rappeler brièvement les principales données du problème.

I. LES DONNEES DU PROBLEME

Elles comprennent à la fois les faits qui ont conduit à la situation juridique actuelle, ainsi que les diverses dispositions applicables.

A. LES FAITS

Deux initiatives populaires sont en cause dans la présente affaire. L'une intitulée « Pour un traitement fiscal privilégié de l'épargne logement destinée à l'acquisition d'une habitation à usage personnel ou au financement de travaux visant à économiser l'énergie ou à préserver l'environnement (Initiative sur l'épargne logement) » a été déposée le 29 septembre 2008, son aboutissement a été constaté le 29 octobre suivant¹ et le Message du Conseil fédéral remonte au 18 septembre 2009². L'autre texte, intitulé « Accéder à la propriété grâce à l'épargne logement » fut déposé le 23 janvier 2009, jugé abouti le 17 février 2009³ et fait également l'objet du Message du Conseil fédéral du 18 septembre 2009⁴.

¹ FF 2008 7857

² FF 2009 6313

³ FF 2009 1165

⁴ FF 2009 6313

Il ne paraît pas nécessaire de revenir sur le détail des délibérations parlementaires qui ont suivi. Il suffit de mentionner que les Chambres ont renoncé à présenter un contre-projet, puis ont maintenu des divergences jusqu'à la fin de la procédure et qu'elles se sont prononcées en définitive sur une proposition de la Conférence de conciliation. Celle-ci préconisait, à titre de compromis, de rejeter l'initiative sur l'épargne logement, que le Conseil national avait approuvée et que le Conseil des Etats avait rejetée. En revanche, elle demandait au Parlement d'accepter l'initiative sur l'accès à la propriété grâce à l'épargne logement, approuvée par le Conseil national et repoussée par le Conseil des Etats.

Le 28 septembre 2011, le Conseil national refusa par 93 voix contre 70 la proposition de la Conférence de conciliation de se rallier à la décision du Conseil des Etats pour la première initiative, tandis que, par 98 voix contre 62, il approuvait une fois de plus le second texte. Les députés qui se sont exprimés étaient conscients du fait qu'il s'agissait en réalité d'un vote sur la recommandation parlementaire et que le refus d'une adhésion à l'initiative sur l'épargne logement signifiait que celle-ci serait soumise au peuple et aux cantons « sans recommandation de l'Assemblée fédérale »⁵.

Le 29 septembre 2011, le Conseil des Etats délibéra à son tour sur les propositions de la Conférence de conciliation. Le président déclara qu'à la suite de la décision du Conseil national relative à l'initiative sur l'épargne logement, le Parlement ne donnerait aucune recommandation. La Chambre haute n'avait donc à se prononcer que sur l'initiative « Accéder à la propriété grâce à l'épargne logement », que la Conférence proposait d'accepter. Cependant, fidèle à ses résolutions précédentes, le Conseil des Etats refusa le texte, par 24 voix contre 16, ce qui maintenait la divergence avec le Conseil national.

En définitive, aucune des deux Chambres n'ayant voulu faire de concession, l'arrêté du Parlement du 30 septembre 2011 constate que les deux initiatives ne font l'objet d'aucune recommandation de la part du Parlement⁶.

Il résulte des lois applicables que le Conseil fédéral est tenu de soumettre les deux textes à la votation populaire dans les dix mois, ce qui implique un scrutin le 11 mars 2012 ou éventuellement le 17 juin suivant. Le Conseil fédéral doit arrêter ses explications sur le vote de manière que la Chancellerie puisse les publier au plus tard six semaines avant le jour de la votation.

Telle est la situation concrète qui a fait surgir les problèmes juridiques étudiés ci-dessous. Leur solution dépend de plusieurs dispositions constitutionnelles et légales

⁵ Procès verbal de la séance du 28 septembre 2011, déclaration du Président Jean René Germanier, intervention du Conseiller national Caspar Baader

⁶ 09.074

qui, sans se contredire, se complètent et doivent s'entendre en harmonie les unes avec les autres.

B. LES DISPOSITIONS APPLICABLES

Il convient de distinguer ici les règles relatives aux rôles respectifs de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral.

1. LE RÔLE DE L'ASSEMBLEE FEDERALE

L'Assemblée fédérale est l'autorité suprême de la Confédération. C'est toujours d'elle et jamais du Conseil fédéral qu'émanent directement les textes soumis aux scrutins populaires. Le régime de la démocratie semi directe implique ainsi une relation dialectique entre le peuple et le Parlement, rapport dans lequel le Conseil fédéral occupe en quelque sorte une position d'intermédiaire.

Les initiatives en cause étant présentées sous la forme d'un projet rédigé, c'est l'article 139, alinéa 3, Cst. qui s'applique et prévoit : « L'initiative est soumise au vote du peuple et des cantons. L'Assemblée fédérale en recommande l'acceptation ou le rejet. Elle peut lui opposer un contre-projet. »

La portée de cette disposition et ses modalités d'exécution sont précisées dans diverses parties de la législation. D'une part, l'article 156 Cst. prévoit que les décisions de l'Assemblée fédérale requièrent l'approbation des deux Conseils (alinéa 2) ; l'alinéa 3 ajoute que la loi devrait garantir, en cas de divergences entre les deux Conseils, qu'un arrêté soit néanmoins pris dans certains cas déterminés, où l'Assemblée fédérale est obligée de prendre une décision, ce qui implique un accord entre les deux Chambres. Parmi les points visés par l'article 156, alinéa 3, ne figure pas la recommandation relative au vote sur une initiative populaire selon l'article 139, alinéa 3, 2^e phrase.

Quant à la loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (LParl)⁷, elle comporte une règle contraignante quant aux délais : « Dans un délai de 30 mois à compter du dépôt d'une initiative revêtant la forme d'un projet rédigé, l'Assemblée fédérale décide si elle recommandera au peuple et aux cantons de l'accepter ou de la rejeter. » (art.100) Suivant l'article 101 LParl, lorsqu'un contre-projet est élaboré, l'arrêté le concernant doit faire l'objet d'un vote final « au plus tard huit jours avant la fin de la session qui précède l'expiration du délai dans lequel l'initiative doit être examinée. Si l'un des Conseils rejette cet arrêté au vote final, la Conférence de conciliation propose la recommandation de vote qui doit figurer dans l'arrêté

⁷ RS 171.10

fédéral concernant l'initiative. » (art. 101, al.3, LParl) Lorsqu'un contreprojet est proposé, l'Assemblée fédérale peut recommander de rejeter l'initiative ou au contraire de l'accepter, en donnant dans ce dernier cas la préférence au contre-projet (art. 102 LParl). Enfin, d'après l'article 106 LParl, « si les Conseils ne parviennent pas à prendre de décision concordante dans le délai imparti par la loi, le Conseil fédéral ordonne la votation populaire ». Il ressort de cette disposition que la question posée en cas de décision divergente des deux Conseils sur une recommandation de vote peut également se présenter lorsque les Chambres ne sont pas tombées d'accord à la date fixée.

2. LE RÔLE DU CONSEIL FEDERAL

D'une manière générale, la Constitution confie au Conseil fédéral le rôle d'une autorité directoriale et exécutive suprême de la Confédération. De surcroît, elle le charge de renseigner « le public sur son activité en temps utile et de manière détaillée, dans la mesure où aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose » (art.180, al. 2). Bien que cette disposition ne concerne apparemment que les activités gouvernementales, la loi investit le Conseil fédéral de tâches particulières touchant la préparation et l'exécution des votations populaires. Ainsi, la loi fédérale du 17 décembre 1976 sur les droits politiques (LDP⁸) enjoint au Conseil fédéral de déterminer les dates et les objets des scrutins (art.10 LDP). Suivant le nouvel article 10a, en vigueur depuis le 15 janvier 2009, « le Conseil fédéral informe les électeurs de manière suivie sur les objets soumis à la votation fédérale » (al.1). Dans le rapport explicatif qu'il adresse à chaque citoyen, il doit exposer « les principaux avis exprimés lors de la procédure parlementaire » (al.3). Ce rapport, qui accompagne les textes soumis au scrutin, doit rester objectif et reprendre les explications du comité d'initiative populaire (art.11, al. 2, LDP).

La règle dont l'interprétation pourrait être décisive pour la solution du problème posé en l'occurrence figure à l'alinéa 4 de l'article 10a LDP, lequel limite la liberté du Conseil fédéral dans les termes suivants : « Il ne défend pas de recommandation de vote différente de celles formulées par l'Assemblée fédérale ».

Enfin, l'article 180, alinéa 2, Cst. fait l'objet d'une disposition d'application qui figure à l'article 10 de la loi fédérale sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, du 21 mars 1997 (LOGA)⁹, lequel enjoint au Conseil fédéral d'assurer l'information de l'Assemblée fédérale, des cantons et du public, d'une manière cohérente, rapide et continue.

⁸ RS 161.1

⁹ RS 172.010.

Le Conseil fédéral peut-il faire une recommandation lorsque les Chambres n'ont pas pu s'entendre à cet égard ? La question fut brièvement évoquée lors du débat du Conseil des Etats du 29 septembre 2011. Un député s'est déclaré étonné que le Conseil fédéral puisse envisager d'émettre lui-même une recommandation¹⁰. La représentante du Conseil fédéral signala cependant que le problème juridique soulevé avait déjà été étudié, mais devait encore être discuté par le Conseil fédéral¹¹.

II . LA SOLUTION DU PROBLEME

Pour déterminer l'étendue et la portée des pouvoirs du Conseil fédéral lorsqu'il doit soumettre une initiative populaire au vote du peuple et des cantons sans que l'Assemblée ait émis de recommandation, il convient de rechercher avant tout le sens qui peut être attribué à l'article 10a, alinéa 4, LDP . Il saute néanmoins aux yeux que cette règle ne tranche pas la question d'une manière explicite, claire et univoque. De surcroît, il n'y a pas de précédent ; quant à la pratique suivie et à la doctrine publiée avant 2009, elles sont de peu d'utilité, car la question se pose de toute évidence sous un jour différent à la lumière du nouvel article 10a LDP.

Aussi ne paraît-il pas possible de recourir simplement à une interprétation littérale et convient-il d'utiliser les autres méthodes habituellement appliquées : la référence à l'histoire, qui permet de retrouver la volonté du législateur ou du moins le sens qu'il prêtait à la norme au moment de son élaboration ; à défaut de savoir exactement ce que les auteurs de la loi ont voulu ou compris alors, il importe de définir la *ratio legis*, c'est-à-dire le but de la loi, en partant des jugements de valeur qui en ont motivé l'adoption (méthode téléologique) ; enfin, pour qu'une réforme légale partielle soit bien comprise, il est généralement nécessaire de la mettre en harmonie avec son contexte, en se fondant sur l'idée que l'ordre juridique forme un tout et que ses différents éléments ne sauraient se contredire, sans oublier la suprématie de la Constitution sur les lois ordinaires (méthode systématique).

D'une manière générale, suivant la jurisprudence, ces divers instruments d'interprétation sont équivalents et se complètent réciproquement, de sorte que l'exégète doit se servir en même temps de tous les moyens disponibles afin de parvenir à la solution la plus sûre¹². Certes, la méthode littérale est généralement primordiale et, sauf exception, il est interdit de s'écartez de la lettre du texte, si son sens est clair. Cependant, il n'est pas exclu que l'interprétation grammaticale soit non seulement insuffisante, mais qu'elle soit même exceptionnellement inconciliable avec le sens réel de la loi, ce qui la rend arbitraire « si elle en dénature

¹⁰ Germann Hannes, Session d'automne 2011, 13è séance 09-074

¹¹ Widmer-Schlumpf Eveline, *ibid.*

¹² ATF 118 Ib 187, 190 ; 115 Ia 127, 130 ; 114 Ia 28 ; 112 Ia 208, 212 ; 105 Ib 60.

le but ou la portée et si elle conduit à des résultats que le législateur ne peut avoir voulu ».¹³

En prenant une position pragmatique et souple, la jurisprudence laisse à l'exégète une grande liberté d'action, puisqu'il peut choisir le moyen convenable pour donner l'interprétation qui lui paraît la plus conforme aux exigences de la justice et de l'intérêt général. Autrement dit, le sens littéral d'une expression ou la volonté historique du législateur ne sont pas nécessairement déterminants¹⁴. En définitive, il n'y a rien d'autre à faire en l'occurrence qu'analyser les dispositions précitées au regard des diverses méthodes utilisables, tout en gardant à l'esprit que la décision finale incombe au Conseil fédéral, autorité directoriale et exécutive suprême de la Confédération qui assume l'ensemble des obligations gouvernementales et doit veiller en tout temps à l'intérêt public (voir notamment article 6 LOGA).

A. SELON LA METHODE LITTERALE

En interdisant au Conseil fédéral de défendre une recommandation de vote différente de celle formulée par l'Assemblée fédérale, l'article 10a LDP règle de toute évidence un autre problème que celui qui est soulevé dans le cas présent. En lui-même, il est suffisamment clair. Cependant, sa formulation négative ne permet pas, d'un point de vue grammatical, d'en inférer une signification de nature positive. Autrement dit, les lecteurs comprennent ce que le gouvernement n'a pas le droit de faire, mais ils ne voient pas ce qu'il serait habilité à faire ni surtout quelle pourrait être alors sa marge de manœuvre. Dans ces conditions, lorsque le Parlement n'a formulé aucune recommandation de vote, il serait difficile de délimiter la liberté d'action du Conseil fédéral sur la seule base d'une interprétation littérale de l'article 10a, alinéa 4. La question s'il a le pouvoir, dans de pareilles circonstances, de se substituer aux Chambres et de faire sa propre recommandation a donc été laissée ouverte par le législateur, pour ne pas dire ignorée, du moins dans le texte qui a été arrêté à la suite des délibérations.

La conclusion qu'une simple lecture grammaticale de l'article 10a, alinéa 4, ne suffit pas à répondre à la question posée se justifie sans difficulté. En effet, si l'on entend cette disposition à la lettre, on peut raisonner de deux manières tout à fait opposées. D'un côté, il serait possible de soutenir qu'à défaut de toute recommandation formulée par l'Assemblée fédérale, le Conseil fédéral n'enfreint nullement l'alinéa 4 en présentant sa propre recommandation, puisque, dans ce cas, il n'y a précisément pas de « recommandation différente du Parlement ». D'un autre côté, on pourrait également admettre qu'en refusant de donner une

¹³ ATF 109 Ia 27 ; 184 ; voir ATF 108 Ia 297 ; 80.

¹⁴ ATF 116 Ia 367 ; voir **A. Tschentscher - Andreas Lienhard**, *Öffentliches Recht*, Zurich 2011, p.6-7 et les citations.

recommandation, l'Assemblée fédérale a pris une position d'abstention et que celle du Conseil fédéral ne devrait pas être « différente », sous peine d'enfreindre l'article 10a, alinéa 4. L'une et l'autre manière de voir étant plausibles, il faut reconnaître que l'application pure et simple de cette disposition n'apporte pas de solution au problème. Celui-ci dépend en partie du sens et de la portée qu'il convient d'attribuer aux mots « recommandation du Parlement » de même qu'aux termes « information du Conseil fédéral », celle-ci faisant partie des missions indiscutables de l'exécutif. Or la signification de ces expressions ressort plutôt des buts visés par le constituant et le législateur, ainsi que d'une interprétation systématique des normes applicables.

Les débats parlementaires, qui sont récents, pourraient néanmoins jeter quelque lumière sur le sens et la portée de la disposition étudiée, ce qui revient à utiliser la méthode historique.

B. SELON LA METHODE HISTORIQUE

L'article 10a LDP fait partie d'une réforme législative qui servit de contre-projet indirect à l'initiative populaire du 21 décembre 2007, laquelle autorisait certes les explications traditionnelles du Conseil fédéral, mais lui interdisait pour le reste de participer à la campagne¹⁵. Les initiateurs de la révision légale visaient deux buts : d'un côté, renforcer l'obligation des autorités fédérales d'informer les électeurs lors de votations populaires, notamment le rôle du Conseil fédéral, auquel incombe cette tâche en grande partie comme organe d'exécution des décisions des autorités législatives ; d'un autre côté, soumettre cette activité à des principes et notamment obliger le Conseil fédéral à défendre la position de l'Assemblée fédérale, tout en informant les électeurs de manière complète sur les objets soumis au scrutin¹⁶. La double idée était ainsi que les électeurs ont le droit de connaître la position des autorités pour se former une opinion mais ne doivent pas être placés dans la position d'arbitre entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral. Ainsi, la Commission compétente du Conseil national allait jusqu'à soutenir que l'article 34, alinéa 2, Cst. implique un droit à l'information « voire une obligation d'informer »¹⁷. « Par contre, le projet d'article 10a fait obligation au Conseil fédéral de défendre la position de l'Assemblée fédérale... la formulation n'exclut pas que le Conseil fédéral est autorisé à rendre compte en toute transparence du processus législatif ayant conduit à la décision du Parlement et il doit donc également avoir le droit de dire, le cas échéant, qu'il défendait une autre position avant la décision finale. Mais la formulation exclut expressément que le Conseil fédéral puisse prendre position

¹⁵ Arrêté fédéral du 21 décembre 2007, FF 2008, p.1 ; 2005, p.4139 ; l'initiative fut rejetée le 1^{er} juin 2008 ; FF 2008, p.5599.

¹⁶ Voir le Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national, du 15 septembre 2006, FF 2006 8779ss.

¹⁷ Ibid. p. 8790.

contre un projet adopté par l'Assemblée fédérale »¹⁸. En définitive, le projet de réforme était censé reposer sur l'article 34 Cst. et non sur l'article 139 ou l'article 180, ce qui peut avoir une certaine signification, comme on le verra plus loin.

Pour sa part, le Conseil fédéral, qui avait déjà proposé aux Chambres de recommander le rejet de l'initiative populaire¹⁹, adoptait une position réservée à l'égard du projet issu de l'initiative parlementaire de M. Didier Burkhalter. Ainsi, non seulement il se montrait défavorable à un contre-projet direct, mais encore il jugeait inutile d'ancrer dans la loi l'obligation et les principes relatifs à l'activité d'information du Conseil fédéral. Il prenait en outre cette position significative : « Le Conseil fédéral se réserve toutefois d'émettre une recommandation de vote s'écartant de celle de la majorité du Parlement. Il est certain qu'il fera un usage retenu de cette possibilité, soucieux qu'il est de pourvoir à une intervention concertée du législatif et de l'exécutif. En tant qu'exécutif, et détenteur à ce titre d'un pouvoir indépendant, et en vertu de la responsabilité que lui confère ce pouvoir, il est cependant tenu d'exprimer sa position au souverain, dût-elle s'écartez de la position de la majorité du législatif »²⁰.

Le Conseil des Etats ayant délibéré sur l'initiative populaire « Souveraineté du peuple sans propagande gouvernementale » le 29 septembre 2005, les deux Chambres décidèrent de prolonger le délai pour le traitement de ce texte, le 19 et le 20 décembre 2006²¹.

C'est précisément le 19 décembre 2006 que le Conseil national entra en matière sur le projet de sa commission, par 114 voix contre 59. Cependant, à la version initialement proposée, il préféra celle du Conseiller Philipp Müller, par 87 voix contre 73. Des explications fournies à cette occasion, il ressort que c'est à dessein que l'alinéa 4 de l'article 10a a été formulé de manière négative - ou passive, car il ne paraissait guère possible d'obliger le Conseil fédéral à soutenir un texte contraire à ses propres convictions. Voilà pourquoi il est interdit au Conseil fédéral de combattre la position de l'Assemblée fédérale, mais il n'est pas tenu de défendre une autre opinion que la sienne d'une manière active²². D'une manière générale, le Conseil national s'est inspiré de l'avis de l'Office fédéral de la Justice du 4 décembre 2006²³. L'unanimité s'est faite sur le devoir du Conseil fédéral d'informer les citoyens avant les scrutins et sur son droit de présenter brièvement et objectivement sa manière de voir²⁴, mais également sur l'interdiction faite au

¹⁸ Ibid. p.8791.

¹⁹ Message du 29 juin 2005, FF 2005 4139

²⁰ FF 2006 8800

²¹ BO 2006 CN 1972

²² Müller Philipp, ibid. p.1968, Fluri Kurt, ibid p.1969

²³ JAAC 2007 p.1

²⁴ Lustenberger Ruedi, ibid. p.1959

Conseil fédéral de défendre une autre recommandation que l'Assemblée fédérale , procédé qui certes serait sans précédent et paraîtrait même contraire à la Constitution fédérale²⁵. En revanche, la Chancelière de la Confédération déclara que le Conseil fédéral devait avoir la possibilité, à titre tout à fait exceptionnel, c'est-à-dire en cas de nécessité, de s'écartez de la recommandation parlementaire, ce qui ne s'est jamais produit jusqu'ici²⁶. Significativement, elle ajouta que le Conseil fédéral n'est pas tenu de défendre les recommandations du Parlement et qu'il est en droit de se taire²⁷.

Le 19 mars 2007, le Conseil des Etats refusa d'entrer en matière, conformément à la proposition de sa Commission, qui jugeait impossible de régler dans un texte légal le problème extraordinairement complexe du mandat d'information des autorités fédérales²⁸. Le débat donna néanmoins lieu à deux interventions importantes et partiellement contradictoires. D'un côté, la porte-parole de la Commission releva que le Conseil fédéral n'a pas à représenter les décisions du Parlement comme s'il était son bureau mais a la faculté de faire valoir son opinion divergente et ses propres buts, dans le sens de la séparation des pouvoirs et de sa fonction propre²⁹ . D'un autre côté, suivant la Chancelière de la Confédération, le Conseil fédéral a certes le droit de se taire, mais non pas celui de contredire les recommandations de vote de l'Assemblée fédérale ou de donner des recommandations différentes³⁰.

La Chancelière ayant tenu les mêmes propos devant le Conseil national le 4 juin 2007, celui-ci décida néanmoins de maintenir sa décision précédente, par 113 voix contre 50. Quant aux rapporteurs de la Commission, ils répétèrent également qu'il était important d'énoncer dans la loi le principe selon lequel le Conseil fédéral ne doit pas exprimer une opinion différente de celle de l'Assemblée fédérale dans ses explications de vote ; il est entendu que l'autorité exécutive est chargée de faire état de ce que l'Assemblée fédérale décide, conformément à l'article 182, alinéa2 , Cst., mais qu'il peut , de son côté, faire la même recommandation de vote ou ne pas en faire³¹. Alors que la Commission était « consciente du fait que cette réforme ne résoudra pas tous les problèmes », un point a retenu l'attention : il convient de distinguer entre recommandation de vote et information.

Cette différence fut une fois de plus soulignée lors du débat du Conseil national du 20 septembre 2007³². Entre temps, le Conseil des Etats avait adopté, le 17

²⁵ Lustenberger Ruedi, ibid p. 1960 ; Fluri Kurt, p.1964 ; Meyer Thérèse, p. 1965 ; Heim Bea, ibid.

²⁶ Huber-Hotz Anne Marie, ibid. p.1966

²⁷ Ibid. p.1967

²⁸ BO 2007 CE p.227

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid. p.228

³¹ Ibid. p. 621-2

³² BO 2007 CN 1322, Roth-Bernasconi Maria

septembre 2007, un texte légèrement remanié, mais dont l'alinéa 4 reproduisait la version adoptée par le Conseil national³³. Il convient de relever que le Conseil fédéral s'était rallié à la proposition de la Commission du Conseil des Etats,³⁴ que le Conseil national approuva également³⁵. Le vote final intervint dans les deux chambres le 5 octobre 2007.

Ainsi, à aucun moment les acteurs du débat n'ont envisagé la situation où l'Assemblée fédérale ne ferait pas de recommandation de vote. Aussi les délibérations ne fournissent-elles aucune indication explicite ou déterminante quant à la volonté des auteurs de la réforme législative sur le point précis qui fait l'objet de la présente étude. Des travaux parlementaires ressortent cependant quelques renseignements utiles. D'une manière générale, la discussion sur l'initiative populaire donna l'occasion de codifier la pratique du Conseil fédéral en matière d'information précédant les scrutins populaires. Il ne s'agissait donc pas de modifier la situation juridique, mais bien plutôt de la clarifier. A cet égard, les Chambres voulurent apporter au moins un éclaircissement qui n'allait pas de soi et auquel le Conseil fédéral commença par s'opposer : ce dernier n'a pas la faculté de faire une autre recommandation de vote que celle de l'Assemblée fédérale. Cette interdiction a fini par être le point central d'une œuvre législative qui à l'origine visait peut-être d'autres objectifs. Néanmoins, pour le reste, le rôle de l'exécutif en est plutôt sorti renforcé, car le législateur a manifestement voulu souligner l'importance de l'information donnée par le Conseil fédéral avant les votations populaires. Sous réserve de l'alinéa 4, sa marge de manœuvre est donc importante, tant qu'il respecte les principes fondamentaux de l'objectivité, de la transparence, de l'exhaustivité et de la continuité.

Dès lors que le problème soulevé dans le cas présent ne peut pas être résolu concrètement à la lumière des seuls travaux préparatoires, et que ceux-ci ne donnent que quelques indications générales, il faut chercher une réponse plus précise en recourant aux méthodes téléologique et systématique.

C. SELON LA METHODE TELEOLOGIQUE

Considéré pour lui-même, l'alinéa 4 de l'article 10a LDP vise un but assez précis et repose sur des considérations évidentes : il s'agit essentiellement d'éviter qu'avant un scrutin populaire apparaisse au grand jour une divergence de vues catégorique entre le Parlement et le Gouvernement. Ce dernier se voit donc interdire de faire une recommandation formelle différente de celle de l'Assemblée fédérale. L'objectif recherché est avant tout d'empêcher que les citoyens soient mis dans une position

³³ BO 2007 CE 670

³⁴ Ibid. p.669

³⁵ BO 2007 CN 1322

d'arbitre entre les deux autorités politiques de la Confédération. Tel n'est en effet pas le rôle du corps électoral, quelle que soit la nature du texte qui lui est soumis. A cet égard, il importe peu que le vote concerne un texte constitutionnel ou légal, que celui-ci émane des organes étatiques ou qu'il soit présenté par l'initiative populaire. Dans tous les cas, il a semblé important au législateur que l'exécutif ne contrecarre pas les décisions du Parlement.

De ces remarques, il est permis d'inférer qu'en faisant une recommandation de vote lorsque l'Assemblée fédérale n'en a fait aucune, le Conseil fédéral ne déjouerait pas les intentions qui peuvent être légitimement et objectivement attribuées au législateur ; les raisons d'être de l'article 10a ne seraient pas non plus contredites. A cet égard, il se justifierait peut-être de distinguer entre deux variantes de la situation où l'Assemblée fédérale n'a pas fait de recommandation. Dans un cas, il se pourrait que cette décision soit délibérée, autrement dit que les deux Chambres aient pris une résolution concordante de ne recommander aux votants ni l'acceptation ni le rejet du texte qui leur est soumis ; dans un autre cas, l'absence de recommandation provient du fait que les deux Chambres ont adopté des positions divergentes sur la question de la recommandation, ce qui s'est produit à propos des deux initiatives sur l'épargne logement. Il serait permis de soutenir que, dans la première variante, le Conseil fédéral contrecarrerait la volonté du Parlement en faisant une recommandation quand celui-ci a expressément voulu qu'il n'y en ait pas ; mais cette question peut être laissée ouverte, dès lors qu'elle ne se pose pas en l'occurrence. Dans la seconde variante, en revanche, il serait difficile de soutenir que la volonté de l'Assemblée fédérale est contredite, puisqu'elle peut s'exprimer seulement si les deux Chambres sont d'accord et qu'en cas de divergence persistante, il n'y a précisément aucune décision de l'Assemblée fédérale.

En définitive, le recours à la méthode téléologique conduit plutôt à la conclusion que le Conseil fédéral a la faculté de faire une recommandation aux votants lorsque les deux Conseils ne sont pas parvenus à faire la même recommandation au sujet d'une initiative populaire formulée comme un projet rédigé. Cependant, il importe de vérifier que cette solution n'est pas contraire au système prévu par le constituant et le législateur.

D. SELON LA METHODE SYSTEMATIQUE

La question s'inscrit dans un cadre qui paraît plus ou moins large, suivant les dispositions applicables et le point de vue auquel se place leur interprète.

D'une manière tout à fait générale, le Conseil fédéral est chargé de renseigner le public (art.180, al. 2, Cst.) . Cette mission incombe d'ailleurs naturellement à l'exécutif, les autres organes de l'Etat ayant beaucoup moins de moyens pour

exécuter une pareille tâche. Le mandat constitutionnel est d'ailleurs défini d'une manière étendue par l'article 10 LOGA. Il implique manifestement une obligation qui pèse sur l'exécutif³⁶. Il s'agit d'une condition nécessaire pour que se forme l'opinion publique et que se prennent les décisions démocratiques à bon escient³⁷. Cette activité a pour objet non seulement la publication de projets et des faits qui relèvent de l'exécutif fédéral mais comprend également des opinions et des prises de position³⁸.

Quant à l'article 10 LOGA, il fait de ce devoir d'informer une obligation générale, qui ne se limite pas à l'activité exécutive³⁹. C'est dire que dans ce domaine, le rôle du Conseil fédéral efface presque forcément celui du Parlement et que, dans cette perspective, il paraît naturel que le Gouvernement prenne une position explicite lorsque les Chambres ne sont pas en mesure de le faire. Cette compétence paraît d'autant plus acceptable et même normale que son exercice est peut être subordonné à un contrôle du Tribunal fédéral, qui est désormais investi du pouvoir d'appliquer les principes légaux lorsqu'il est saisi d'un recours concernant une votation fédérale (art. 82, lit. c, de la loi sur Tribunal fédéral du 17 juin 2005)⁴⁰ ; la portée de ce contrôle n'est cependant pas encore définie par la jurisprudence, une affaire récente étant encore pendante ; la question est discutable, car les décisions de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral sont soustraites à la compétence du Tribunal fédéral par l'article 88 LTF⁴¹, et il s'agit de savoir si la participation du Conseil fédéral à la préparation du scrutin et à l'information tombe sous le coup de l'article 82 ou de l'article 88 LTF.

Sous un angle plus étroit, l'information donnée par le Conseil fédéral avant les scrutins populaires est censée reposer plutôt sur l'article 34 Cst.. Ce dernier protège la libre formation de l'opinion et garantit l'expression fidèle et sûre de la volonté des votants. Il faut quelque peu solliciter ce texte pour en déduire que les électeurs auraient un droit à l'information et que les autorités auraient le devoir de satisfaire cette prétention, comme le déclarent le Conseil fédéral⁴² et la Commission des institutions politiques du Conseil national⁴³. Certes, les électeurs ont un intérêt évident à connaître la position des autorités, à condition bien entendu que celle-ci soit exposée d'une manière exhaustive, objective et proportionnée. Il est vrai aussi

³⁶ L. Mader, *Sankt-Galler Kommentar*, 2^e ed., 2008, note 25 ad art.180.

³⁷ Ibid. no 32 ad art.180

³⁸ Ibid. no.35 ad art. 180

³⁹ P. Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale*, Zurich 2003, no.9 et note 14 ad art. 180

⁴⁰ RS 173.110 ; sur ce sujet voir E.Grisel, *Gouvernement suisse, Le Conseil fédéral*, Berne 2010, p. 45-6

⁴¹ Voir FF 2005 4166-7 ; E.Grisel, *Le recours en matière de droit public au Tribunal fédéral, Fiche juridique suisse* no.413, ch. 22 et 40

⁴² FF 2005 4151ss

⁴³ FF 2006 8790

que cette opinion peut se fonder sur un avis de l'Office fédéral de la Justice⁴⁴ et sur certains passages d'un arrêt du Tribunal fédéral⁴⁵. Il faut cependant relever que la jurisprudence ne fait pas de cette fonction une obligation générale et la limite à des cas très particuliers⁴⁶. Quoi qu'il en soit, il convient d'admettre que, sans donner une base indiscutable au pouvoir -ou au devoir- de recommandation du Conseil fédéral, du moins l'article 34 Cst. ne s'y oppose en rien. En définitive, la liberté reconnue au Gouvernement de faire une recommandation aux citoyens, c'est-à-dire de leur donner un conseil avant de se prononcer, s'inscrit dans le système et ne se heurte à aucune objection. Il le fait d'ailleurs régulièrement en cas de référendum, sans base expresse, ni constitutionnelle ni légale.

Plus particulièrement encore, il faut se pencher sur les rapports entre l'article 10a LDP et l'article 139, alinéa 3, Cst. Cette dernière disposition se singularise en ceci qu'elle prévoit expressément que l'Assemblée fédérale « recommande l'acceptation ou le rejet » de l'initiative populaire présentée sous la forme d'un projet rédigé. Cette clause est la seule qui prescrive expressément une recommandation adressée au peuple et aux cantons. Dans les autres circonstances, aucune recommandation n'est prévue par la Constitution. Cette disposition ne manque pas de soulever divers problèmes.

D'un côté, vu son objet et son caractère très particulier, on pourrait être tenté de soutenir que l'article 139, alinéa 3, donne à l'Assemblée fédérale une compétence exclusive, qui empêcherait toute autre autorité de faire sa propre recommandation ; toutefois, cette thèse ne trouverait pas d'appui, ni dans les travaux préparatoires, ni dans l'ensemble du système des droits populaires.

D'un autre côté, il serait permis de faire valoir que l'Assemblée fédérale doit recommander l'acceptation ou le rejet de l'initiative et d'en déduire que, si elle ne s'acquitte pas de cette obligation, le Conseil fédéral peut et même doit se substituer à elle pour faire lui-même une recommandation. Mais une pareille argumentation ne paraît pas entièrement convaincante, car elle repose sur une prémissse pour le moins discutable, à savoir que l'article 139, alinéa 3, imposerait une véritable obligation à l'Assemblée fédérale. Or cette dernière proposition ne repose ni sur une interprétation littérale indiscutable ni sur les travaux préparatoires de l'article 139. Le Message du Conseil fédéral accompagnant le Projet 96 ne mentionne pas une telle obligation, et les Chambres n'en ont pas davantage parlé⁴⁷. Quant à la doctrine, elle est partagée sur le point de savoir si l'Assemblée fédérale est tenue de donner une recommandation : un commentaire l'affirme⁴⁸. D'autres auteurs

⁴⁴ JAAC 2007 p.1

⁴⁵ ATF 129 I 244

⁴⁶ Ibid. considérant 4.2.1 ; en l'espèce, il s'agissait de renseignements concernant les candidats à la naturalisation lors d'une éventuelle votation par les urnes.

⁴⁷ FF 1997 I 369, 629, 647 ; BO 1998 CN 85 ; CE 273

⁴⁸ B.Ehrenzeller/R.Nobs, Sankt-Galler Kommentar, no. 49 ad art. 139

expriment un avis différent : l'un soutient que l'Assemblée fédérale peut renoncer à toute recommandation⁴⁹ ; le même avis se trouve également dans plusieurs ouvrages⁵⁰.

Au surplus, si l'on considérait que l'Assemblée fédérale est tenue d'émettre une recommandation, on pourrait aussi en déduire qu'il s'agit là d'une compétence exclusive, qu'aucun autre organe étatique ne peut exercer à sa place. De toute manière, à supposer l'existence d'un devoir, celui-ci serait imparfait, car dépourvu de sanction.

De l'article 156, alinéa 3, Cst., entendu *a contrario*, il ressort également que le constituant n'a pas considéré que la recommandation parlementaire était requise, puisque le point ne figure pas parmi les matières où les Chambres sont obligées de prendre une décision concordante. Au surplus, l'article 106 LPArl, qui enjoint au Conseil fédéral d'ordonner la votation populaire en cas d'expiration du délai sans décision commune des deux Conseils, signifie implicitement que ceux-ci ne sont pas tenus de s'entendre. A vrai dire, cet aspect des choses n'est pas déterminant, car, même si on admettait que l'Assemblée fédérale enfreint l'article 139 lorsqu'elle omet de faire une recommandation, il ne s'ensuivrait pas forcément que le Conseil fédéral serait fondé à se substituer au Parlement pour émettre sa propre recommandation. Celle-ci peut cependant être admise sur d'autres fondements, comme on l'a vu.

Bien entendu, il n'y a ici aucune obligation. La Constitution et la loi laissant une marge de manœuvre au Conseil fédéral, celui-ci est libre d'adresser ou non au peuple une recommandation, en fonction de l'opportunité politique. En tous cas, le Conseil fédéral est chargé de relater, dans ses explications destinées au citoyen, le déroulement des débats parlementaires, les positions prises, d'abord par lui-même, ensuite par chacun des Conseils et du résultat qui en est issu. Il va de soi que l'opinion des uns et des autres sera exposée d'une manière objective et complète, accompagnée, le cas échéant, d'une recommandation explicite du Gouvernement.

E. LA SYNTHESE

En matière de recommandation de vote du Conseil fédéral, l'article 10a, alinéa 4, est bien là disposition topique. Toutefois, il ne se prête pas à une lecture grammaticale, laquelle peut conduire à deux interprétations opposées et à peu près également soutenables. Quant aux travaux préparatoires, ils confirment que le législateur n'a pas pensé aux problèmes spécifiques que soulève une position

⁴⁹ Y. Hangartner, A.Kley, Die demokratischen Rechte in Bund un Kantonen der schweizerischen Eidgenossenschaft, Zurich 2000, p.354, no.862

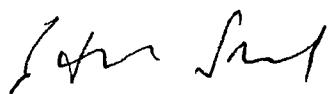
⁵⁰ A.Auer, G.Malinverni, M. Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol.1, 2è ed., Berne, 2006, p.254 no.757 ; E.Grisel, Initiative et référendum populaire, 3è ed., Berne 2004, p.105 no 230, p. 191 no 468, p. 228 no 576

divergente des deux Conseils au sujet d'une recommandation de vote sur une initiative entièrement rédigée ; il en résulte cependant que la préoccupation majeure de la majorité des députés était d'empêcher le Conseil fédéral de contredire une recommandation explicite du Parlement. Sous un angle téléologique, l'objectif et les raisons d'être de la réforme légale promulguée le 15 janvier 2009 ne seraient pas contrecarrés si le Conseil fédéral émettait une recommandation de vote, dans le cas où les Chambres ont pris sur ce point des décisions discordantes. Dans ce dernier cas, une recommandation de la part du Conseil fédéral ne serait pas non plus contraire au système établi par le constituant et le législateur, qui ont donné au Gouvernement un rôle important dans le fonctionnement de la démocratie semi directe, en particulier une mission d'information fondée sur l'article 180, alinéa 2, Cst., étendue par l'article 10 LOGA et renforcée par le nouvel article 10a LDP.

CONCLUSIONS

1. L'article 10a, alinéa 4, LDP laisse au Conseil fédéral une marge de manœuvre pour faire une recommandation concernant une initiative populaire qui ne fait l'objet d'aucune recommandation de vote de la part du Parlement, faute de décisions concordantes.
2. Cette conclusion résulte des intentions du législateur et des buts visés par les dispositions topiques. Elle se concilie avec l'ensemble du système constitutionnel et légal, qu'il s'agisse de la position du Conseil fédéral vis à vis du Parlement et du rôle du Gouvernement comme autorité directoriale et exécutive suprême de la Confédération.
3. Elle se conforme aussi à l'article 190 Cst. .

Préverenges, le 21 octobre 2011



Etienne Grisel