

## JAAC 65.35

Avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 22 janvier 2001

---

***Relation entre le droit de référendum cantonal et communal (art. 39 Cst.) et l'obligation de contribuer à la réalisation des droits fondamentaux (art. 35 al. 2 Cst.).***

- ***Les scrutins populaires portant sur des décisions individuelles comportent un risque d'inégalité de traitement et de violation de l'interdiction de discrimination, voire de l'interdiction d'arbitraire. De même, de tels scrutins apparaissent problématiques en regard de l'obligation de motiver une décision (art. 29 al. 2 Cst.) et de la garantie de la liberté de vote (art. 34 al. 2 Cst.).***
- ***L'existence de ces risques devrait conduire à prévoir des correctifs, tout en tenant compte de la répartition constitutionnelle des compétences et de l'indépendance des cantons; l'octroi de droits subjectifs et l'aménagement de voies de droit pourraient constituer de tels correctifs.***

---

***Verhältnis zwischen kantonalem und kommunalem Referendumsrecht (Art. 39 BV) und der Verpflichtung, zur Verwirklichung von Grundrechten beizutragen (Art. 35 Abs. 2 BV).***

- ***Bei individuellen Verwaltungsreferenden besteht die Gefahr der Ungleichbehandlung, der Verletzung des Diskriminierungsverbots und des Willkürverbots. Ebenso erscheinen solche Abstimmungen im Zusammenhang mit der Pflicht, einen Entscheid zu begründen (Art. 29 Abs. 2 BV) und mit der Abstimmungsfreiheit (Art. 34 Abs. 2 BV), problematisch.***
- ***Da diese Risiken bestehen, sollten Korrekturen vorgesehen werden, die der verfassungsmässigen Kompetenzaufteilung und der Eigenständigkeit der Kantone Rechnung tragen; die Erteilung von subjektiven Rechten und die Schaffung von Rechtsmitteln könnten solche Korrekturen darstellen.***

---

***Relazione fra il diritto di referendum cantonale e comunale (art. 39 Cost.) e l'obbligo di contribuire alla realizzazione dei diritti fondamentali (art. 35 cpv. 2 Cost.).***

***- Gli scrutini popolari che concernono decisioni individuali comportano un rischio di disparità di trattamento e di violazione del divieto di discriminazione, rispettivamente del divieto d'arbitrario. Parimenti, tali scrutini appaiono problematici per quanto concerne l'obbligo di motivare una decisione (art. 29 cpv. 2 Cst.) e la garanzia della libertà di voto (art. 34 cpv. 2 Cst.).***

***- L'esistenza di questi rischi dovrebbe portare a prevedere correttivi, tenendo comunque conto della ripartizione costituzionale delle competenze e dell'indipendenza dei Cantoni; la concessione di diritti soggettivi e la possibilità di fare capo a rimedi di diritto potrebbero costituire correttivi in tal senso.***

---

L'Office fédéral de la justice (OFJ) a été prié d'approfondir la question de la compatibilité des résultats de certaines votations communales - portant sur l'octroi de la naturalisation ou sur l'octroi d'emplacements de stationnement pour les Gens du voyage - avec des normes de rang supérieur, suite aux récents référendums d'Emmen et de Versoix. Le présent avis de droit vise uniquement à examiner dans quelle mesure les principes garantis par la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst.)<sup>[1]</sup>, à savoir l'activité de l'Etat régi par le droit<sup>[2]</sup> et l'obligation de contribuer à la réalisation des droits fondamentaux<sup>[3]</sup>, limitent le droit de référendum cantonal ou communal, il n'abordera pas les limites du droit d'initiative au niveau cantonal ou communal<sup>[4]</sup>.

## **1. Réglementation et portée des droits politiques**

Les droits politiques sont garantis par la Constitution fédérale<sup>[5]</sup>. La liberté de vote implique notamment la garantie du secret du vote et l'obligation faite aux autorités de formuler correctement les questions posées<sup>[6]</sup>.

Selon la formule jurisprudentielle, la garantie constitutionnelle reconnaît à tout citoyen 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; «la garantie que la Constitution fédérale donne au droit de vote n'est pas substantiellement différente selon que le citoyen s'exprime dans une votation ou à l'occasion d'une initiative ou d'une demande de référendum. (...) Lorsqu'il vote, qu'il adhère à une initiative ou qu'il signe une demande de référendum, le citoyen accomplit des actes certes distincts. Mais dans tous ces cas, il exprime sa volonté politique en tant que citoyen; l'expression de cette volonté doit être également libre»<sup>[7]</sup>.

Le droit cantonal détermine l'étendue et le contenu des droits politiques aux niveaux cantonal et communal[8], la Constitution fédérale se limite à exiger que les cantons prévoient l'initiative constitutionnelle et le référendum constitutionnel[9].

Les compétences du corps électoral cantonal sont étendues; on peut distinguer les compétences constitutionnelles, législatives, administratives, financières, conventionnelles (au sens d'approuver des concordats ou des traités conclus par les cantons) et électorales[10]. Le référendum obligatoire joue un rôle plus grand dans les cantons qu'il n'en joue sur le plan fédéral[11].

Conçus comme ayant une fonction publique et comme un droit individuel[12], les droits politiques sont protégés en premier lieu par le droit cantonal. Le droit fédéral participe cependant à la protection des droits politiques cantonaux en prévoyant la possibilité de saisir le Tribunal fédéral pour violation des droits politiques[13] par un recours de droit public[14].

La qualité pour recourir est largement reconnue. «Tout citoyen ayant le droit de vote dans la circonscription en question a qualité pour recourir en matière de référendum ou d'initiative»[15].

## 2. Décisions populaires problématiques et garantie des droits fondamentaux

### 2.1. Décisions populaires problématiques

Les résultats de récents référendums portant sur l'octroi de la *naturalisation* apparaissent problématiques en regard du respect des principes de non-discrimination et d'interdiction d'arbitraire. Les résultats de la votation populaire d'Emmen ont notamment suscité une vague d'interventions parlementaires, dans la mesure où les demandes de naturalisation de 19 familles (sur 23) ont été rejetées, vraisemblablement en raison de l'origine ethnique des candidats[16].

Quant à la problématique des votations communales[17] portant sur l'*attribution d'emplacements de stationnement ou de passage* pour les Gens du voyage, elle est à replacer dans un contexte général de rejet indirect des Tsiganes et elle reflète probablement une peur des différences voire des préjugés sur l'ensemble des Tsiganes, suisses et étrangers[18]. Ledit rejet s'exprime notamment par la mise à disposition de terrains minuscules voire insalubres et par une interdiction de stationner ailleurs[19]. Le maintien de la communauté des Yenish et des Sinti de Versoix sur une parcelle présentant un danger d'inondations certain, sans possibilités de relogement[20], pourrait en outre s'avérer problématique en regard des engagements internationaux de la Suisse, en particulier en regard de l'art. 27 du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II)[21], de l'art. 2 de la Convention internationale du 21 décembre 1965

sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale[22] et de l'art. 4 de la Convention-cadre du Conseil de l'Europe du 1<sup>er</sup> février 1995 pour la protection des minorités nationales[23].

## 2.2. Garantie des droits fondamentaux

Selon la Constitution fédérale: «quiconque assume une tâche de l'Etat est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation»[24]. Tous les organes de l'Etat, parlement, gouvernement, administration, juges, corps électoral, de toutes les collectivités publiques doivent respecter les droits fondamentaux dans l'exercice de leurs fonctions[25].

Ces droits appartiennent en principe aux particuliers. Les garanties constitutionnelles du droit à l'égalité juridique et de l'interdiction de l'arbitraire sont reconnues à toute personne physique; en outre, certaines personnes, au bénéfice d'un statut particulier, peuvent se prévaloir de droits spécifiques, en particulier de l'art. 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Cette disposition garantit aux individus appartenant à une minorité le droit de ne pas être privé du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle[26]; les minorités peuvent en déduire un droit à ne pas être assimilées contre leur gré[27].

L'interdiction de l'arbitraire[28] assure au particulier un minimum de justice[29] dans ses rapports avec les pouvoirs publics.

La garantie du droit à l'égalité juridique[30] s'adresse au législateur au sens large, y compris au peuple lorsqu'il statue par la voie du référendum[31], et à l'autorité chargée d'appliquer le droit[32]. Selon la jurisprudence, «le principe de l'égalité de traitement ne permet pas de faire, entre divers cas, des distinctions qu'aucun fait important ne justifie ou de soumettre à un régime identique des situations de fait qui présentent entre elles des différences importantes et de nature à rendre nécessaire un traitement différent»[33].

Le principe de non-discrimination, garanti par la Constitution fédérale[34], est un corollaire du droit à l'égalité juridique. Il interdit que l'on traite une personne différemment sur la base de certains critères ayant pour effet de la déprécier[35]. Il s'agit de critères sensibles dont l'histoire récente a montré qu'ils sont souvent à l'origine de discriminations, (par exemple, les convictions religieuses) et de ceux dont le caractère inadmissible ne peut pas être déduit directement d'un autre droit fondamental expressément garanti par la Constitution fédérale (par exemple, l'origine)[36]. Le mode de vie, dont peuvent se prévaloir les Gens du voyage, figure à l'art. 8 al. 2 Cst. parmi les motifs de discrimination interdits[37].

Il y a aussi de nombreuses dispositions de droit international qui consacrent ce principe de non-discrimination[38], en particulier, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale qui, à son art. 2, prohibe toute discrimination fondée sur l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique[39]. Cet instrument a certes une nature essentiellement programmatique, les autorités de notre pays étaient cependant déjà largement liées, «à tous les niveaux», par l'interdiction de la discrimination raciale avant que la Suisse n'adhère à cette convention[40].

Reste à savoir si une personne directement touchée par une décision populaire présumée discriminatoire ou arbitraire dispose des voies de droit nécessaires afin d'attaquer une telle décision et de faire ainsi respecter ses droits fondamentaux.

### 3. Protection juridique en cas de décisions populaires problématiques

Il devrait pourtant être malaisé à la personne touchée directement et personnellement d'établir le caractère discriminatoire ou arbitraire d'une décision prise par le corps électoral; la liberté de vote, intimement liée au secret de vote assure en effet à l'électeur que le contenu de son vote ne sera pas connu de tiers[41]. L'électeur n'a ainsi aucune obligation de motiver son vote.

Il n'existerait pratiquement pas de jurisprudence cantonale relative à cette problématique, à l'exception du jugement du Tribunal constitutionnel de Bâle-Campagne du 29 mars 2000 en matière de naturalisation[42]. Le Tribunal constitutionnel de Bâle-Campagne a en effet estimé que:

*«Die Tatsache, dass von 22 Gesuchen türkischer Staatsangehörigen lediglich ein Gesuch angenommen wurde, hingegen alle Gesuche der italienischen, spanischen und tschechischen Staatsangehörigen angenommen wurden, lässt eindeutig darauf schliessen, dass primär die Herkunft und die vermeintlichen religiösen Überzeugungen der abgewiesenen Gesuchsteller für die Entscheidung der Stimmenden ausschlaggebend waren.»*[43]

Cette instance judiciaire a qualifié les décisions de l'assemblée communale de Pratteln de contraires au droit à l'égalité de traitement, de discriminatoires et d'arbitraires, et elle les a annulées, non sans procéder à un appel au législateur, lui enjoignant de réexaminer les règles de compétences en matière de naturalisation. L'autorité exécutive du Canton de Bâle-Campagne («Regierungsrat») a par la suite proposé d'exclure les décisions d'assemblées communales en matière de naturalisation.

Au niveau fédéral, la nature en principe cassatoire du recours de droit public devrait apparaître difficilement conciliable avec la liberté de vote, en cas d'annulation de la décision et de renvoi de la question au corps électoral[44].

La question de la légitimation de celui qui se limite à invoquer une violation de l'interdiction d'arbitraire ou de l'interdiction de discrimination demeure par ailleurs problématique. La protection contre l'arbitraire était en effet considérée comme un principe constitutionnel tiré de l'art. 4 de l'ancienne Constitution du 29 mai 1874 (aCst.)[45]. Le Tribunal fédéral admettait qu'elle ne conférait pas, à elle seule, la qualité pour recourir au sens de l'art. 88 OJ[46].

Elle a pourtant désormais acquis une portée autonome dans la nouvelle Constitution et donc par là même un statut identique à celui des autres droits fondamentaux. Ce droit devrait être justiciable. Le Tribunal fédéral a néanmoins, jusqu'à présent, refusé de modifier sa pratique en regard de l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution, estimant que seule une refonte globale des voies de recours au Tribunal fédéral permettra d'assurer un système cohérent[47]. Malgré les critiques de la doctrine[48], il a récemment

confirmé sa pratique relative à l'art. 88 OJ[49]. Cette interprétation de la volonté des Chambres fédérales, même si elle est discutable, empêche pour l'instant toute possibilité de recours basé uniquement sur l'interdiction d'arbitraire.

Quant au droit à l'égalité juridique, il est reconnu par la doctrine comme «ein selbständiges verfassungsmässiges Recht»[50]; certains auteurs ont cependant souligné, sous l'empire de l'ancienne Constitution, que «das Bundesgericht lässt die Berufung auf die Rechtsgleichheit als eigenständiges Grundrecht bei Fragen der Rechtsanwendung nur in beschränktem Masse zu»[51]. Il n'est dès lors pas certain que le Tribunal fédéral entre en matière sur un recours qui se limiterait à invoquer la violation de l'interdiction de discrimination[52], même si, selon la doctrine récente, «es lässt sich nämlich durchaus vertreten, dass sich das rechtliche Interesse an der Aufhebung einer das Diskriminierungsverbot verletzenden Verfügung unmittelbar aus diesem neuen Grundrecht selber ergibt»[53].

Eu égard au caractère problématique des voies de recours permettant d'assurer le respect des droits fondamentaux violés par des décisions populaires, il importe d'autant plus de se pencher sur la question de l'admissibilité de réglementations susceptibles d'entraîner des décisions populaires contraires aux droits fondamentaux.

#### **4. Admissibilité de réglementations susceptibles d'entraîner des décisions populaires contraires aux droits fondamentaux**

Il convient, au vu de ce qui précède, d'examiner si le fait même de soumettre un objet particulier au référendum peut apparaître problématique en regard du droit supérieur; il s'agit en d'autres termes de se demander s'il existe des critères matériels qui permettent de déterminer si un objet particulier peut être soumis au référendum.

A cet égard, il convient en premier lieu de relever que plusieurs constitutions cantonales soustraient du champ d'application des référendums certains actes particuliers. La nouvelle constitution neuchâteloise prévoit, par exemple, qu'une demande de vote populaire peut avoir pour objet toute une série d'actes du Grand Conseil, elle exclut néanmoins du référendum, notamment, l'amnistie, la grâce et les décisions juridictionnelles[54]. De même, la constitution vaudoise exclut les naturalisations, elle prévoit que le Grand Conseil constate la nullité des demandes de référendum portant sur cet objet[55].

A ces limites de droit cantonal portant sur l'objet même du référendum pourraient s'ajouter certaines limites du droit supérieur, imposées, en particulier, par la garantie des droits fondamentaux.

#### 4.1. Doctrine

Il existe peu de doctrine sur la question spécifique des limites aux droits politiques en matière de référendums cantonaux ou communaux. Pour les auteurs qui se sont récemment exprimés sur cette problématique, la démocratie directe pourrait cependant avoir des limites: le système juridique ne devrait pas donner au peuple l'occasion de prendre des décisions contraires au droit[56].

Hangartner et Kley soulignent que «der politische Prozess, der mit einem Volksentscheid voraussetzungsgemäss verbunden ist, kann sich nur auf Grund von Entscheidungsfreiheit entfalten; bei zu vielen rechtlichen Vorgaben ist die Gefahr rechtswidriger Entscheide zu gross. Dies ist nicht nur eine rechtspolitische Frage in der Ausgestaltung der Volksrechte. Wenn eine Kompetenzbegründung zugunsten des Volkes die Wahrscheinlichkeit rechtswidriger Entscheide geradezu programmiert, ist bereits die Einführung des Volksrechts willkürlich.»[57]

Selon Auer et von Arx, certaines décisions ne doivent pas être soumises au corps électoral. Ils proposent le critère opérationnel d'un intérêt général en jeu, par opposition à celui d'un intérêt individuel, pour permettre de distinguer les décisions qui peuvent être soumises au référendum administratif.

Ainsi, la construction d'un hôpital présente, par exemple, un intérêt général.

La situation se présente différemment en ce qui concerne les référendums portant sur des décisions individuelles car l'objet du référendum est lié à une personne. Ces auteurs envisagent à titre d'exemple l'octroi de la naturalisation, voire, sur le plan théorique, l'octroi d'autorisation de séjour pour les étrangers au sens de l'art. 4 de la LF du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE)[58] ou l'octroi d'autorisations de construire délivrées à des particuliers.

Pour Auer et von Arx: «Die Unterscheidung zwischen allgemeinen Verwaltungsreferenden, die Auswirkungen auf alle haben, und individuellen Verwaltungsreferenden, welche die Rechtsstellung eines Einzelnen betreffen, hat Folgen für die Schutzwirkung der Grundrechte. Es steht ausser Frage, dass ein Individuum einen Anspruch auf grundrechtskonformes Verhalten der staatlichen Organe hat, wenn diese eine Verfügung treffen, die es als Rechtssubjekt berührt. Es kann sich insbesondere auf den Grundsatz der Rechtsgleichheit, auf das rechtliche Gehör sowie auf das Willkürverbot berufen.»[59]

Ces deux auteurs soulignent qu'il est d'une part impossible de déterminer la volonté de chaque électeur, et que, d'autre part, un devoir de motivation des votes violerait la *liberté de vote*[60].

Ils en déduisent que les référendums portant sur des décisions individuelles:

- violent le plus souvent le principe d'égalité de traitement<sup>[61]</sup>;
- violent nécessairement le droit d'être entendu<sup>[62]</sup> (la jurisprudence ayant notamment déduit du droit d'être entendu<sup>[63]</sup> l'obligation pour l'autorité de motiver sa décision, afin que l'intéressé puisse la comprendre, l'attaquer utilement s'il y a lieu et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle<sup>[64]</sup>);
- peuvent violer le principe d'interdiction d'arbitraire sans que cela ne soit toujours le cas (cette question devant être tranchée de cas en cas, selon les résultats des votations envisagées)<sup>[65]</sup>;
- ne peuvent respecter la liberté de vote qu'au prix d'une atteinte disproportionnée à la protection de la vie privée<sup>[66]</sup>.

La majorité de la doctrine récente s'est limitée à approfondir la problématique des naturalisations. Elle va dans le sens d'Auer et von Arx en mettant l'accent sur la nature juridique de l'acte de naturalisation qui est une décision individuelle. Elle souligne que de tels actes doivent respecter le principe d'égalité de traitement, l'interdiction de discrimination ainsi que l'interdiction d'arbitraire, que les personnes concernées ont droit à la protection de leur sphère privée de même qu'à une décision motivée et que le corps électoral n'est pas à même de garantir le respect de tels droits<sup>[67]</sup>.

Tout en admettant, dans une certaine mesure, l'existence de limites structurelles aux droits politiques, Hangartner et Kley sont cependant d'un autre avis, ils estiment que: «Das Argument der strukturellen Schranken der Volksrechte darf allerdings nicht überzogen werden. Kaum haltbar ist zum Beispiel die Auffassung, die Kompetenz der Bürgerschaft einer Gemeinde zum Entscheid über die Einbürgerung von Ausländern, der gesetzlich als Ermessensentscheid ausgestaltet ist, sei willkürlich, weil die einzelnen Stimmberechtigten ihre Entscheide nicht begründen müssten und willkürlich und diskriminierend entscheiden könnten. Wenn die Einbürgerung in das Ermessen der Einbürgerungsinstanz gelegt wird, ist auch eine (politisch unerwünschte) restriktive Einbürgerungspraxis rechtmässig. Allerdings besteht die Gefahr willkürlicher und diskriminierender Entscheide. Diese Gefahr existiert aber stets, wenn auf Grund eines grossen Ermessensspielraums entschieden wird; (...)»<sup>[68]</sup>

Ils rejoignent en revanche l'ensemble de la doctrine précitée en ce qui concerne l'importance de garantir l'accès à une instance judiciaire, y compris au Tribunal fédéral, qui permette au particulier d'invoquer une violation des principes d'interdiction de discrimination ou d'interdiction d'arbitraire<sup>[69]</sup>.

## 4.2. Jurisprudence

Il n'existe pas de jurisprudence établie qui permettrait de trancher la question de savoir si la garantie des droits fondamentaux limite les objets soumis au référendum cantonal ou communal de manière générale.

Le Tribunal constitutionnel de Bâle-Campagne a cependant fortement mis en doute la question de la constitutionnalité des réglementations cantonales et communales permettant aux citoyens de se prononcer librement sur des demandes de *naturalisation*, en faisant sien l'avis du professeur

Auer[70], selon lequel: «diese Normen verletzen, (...) sozusagen präventiv die grundrechtliche Ordnung, weil sie willkürliche und diskriminierende Volksentscheide ermöglichen, ja fördern, die ihrer Natur nach nicht nachvollziehbar sind und jeglicher Transparenz entbehren.»[71]

### 4.3. Avis des autorités politiques

Le Conseil fédéral ne s'est pas prononcé de manière générale sur la constitutionnalité des réglementations qui permettent de soumettre au référendum un objet particulier. En matière de *naturalisation*, il a cependant déclaré:

*«Beispiele wie Emmen machen zudem deutlich, dass die heutige Regelung zu Entscheiden führen kann, die auch aus grundrechtlicher und rechtsstaatlicher Sicht fragwürdig sind. Es besteht hier ein Spannungsfeld zwischen demokratischen Prinzipien einerseits und der verfassungsrechtlich gebotenen Respektierung der Grundrechte sowie fundamentaler rechtsstaatlicher Grundsätze andererseits. Ein ähnliches Spannungsfeld bestand zum Beispiel auch bei der Einführung des Frauenstimmrechtes im Kanton Appenzell Innerrhoden, mit dem sich letztlich auch das Bundesgericht auseinander zu setzen hatte.*

*Die Gemeinden sind bei der Erteilung ihres Bürgerrechtes autonom. Eine Änderung der geltenden Rechtslage mit dem Ziel, eine grössere Rechtssicherheit zu erlangen und Rekursmöglichkeiten einzuführen, könnte allenfalls auf kantonaler Ebene vorgenommen werden. Die Möglichkeiten des Bundesgesetzgebers sind angesichts der geltenden Verfassungsgrundlage dagegen sehr beschränkt.»[72]*

### Conclusion

De ce qui précède, il ressort que tous les organes de l'Etat, y compris le corps électoral sont tenus de respecter les droits fondamentaux. Dans ce sens, la souveraineté du peuple n'est pas sans limites.

Il n'est pas douteux que les scrutins populaires portant sur des décisions individuelles comportent un risque d'inégalité de traitement et de violation de l'interdiction de discrimination, voire de l'interdiction d'arbitraire. De même, de tels scrutins apparaissent problématiques en regard de l'obligation de motiver une décision[73] et de la garantie de la liberté de vote.

En l'absence d'une jurisprudence établie et d'une doctrine dominante, les contributions d'Auer/von Arx ayant un caractère novateur, l'OFJ est d'avis qu'il serait prématuré d'affirmer que les réglementations permettant des scrutins populaires portant sur des décisions individuelles, voire éventuellement sur des décisions dites de portée générale qui règlent un cas concret mais qui s'adressent à un nombre indéterminé de personnes[74], sont en tant que telles contraires à la Constitution fédérale.

Il importe ainsi d'examiner dans chaque domaine de quelle manière on peut minimiser l'existence de tels risques, en prévoyant, le cas échéant, des correctifs tout en tenant compte de la répartition constitutionnelle

des compétences et de l'indépendance des cantons[75]; en effet, «gewiss soll der Bund nicht ohne zwingenden Grund in die kantonalen Organisationsautonomie eingreifen»[76].

L'existence d'un risque de résultats de votations discriminatoires devrait conduire à prévoir des correctifs; il s'agirait en particulier d'envisager l'octroi de *droits subjectifs*[77] et d'aménager des *voies de droit*[78], pour minimiser les risques de résultats de votations présumés discriminatoires ou arbitraires. Car tous les organes étatiques sont tenus de contribuer à la réalisation des droits fondamentaux. Les correctifs susmentionnés devraient permettre d'atteindre cet objectif sans que cette démarche ne conduise nécessairement à une limitation des droits populaires.

[1] RS 101.

[2] Art. 5 Cst.

[3] Art. 35 al. 2 Cst.

[4] Un récent avis de droit approfondit la problématique des limites du droit d'initiative au niveau cantonal ou communal en relation avec l'initiative communale zurichoise «Einbürgerungen vors Volk!», cf. Rechtsgutachten zur Frage der Gültigkeit der stadtzürcherischen Volksinitiative «Einbürgerungen vors Volk! » erstattet von A. Auer, juin 2000, non publié; le Conseil communal de la ville de Zurich s'est d'ailleurs appuyé sur cet avis de droit pour déclarer cette initiative irrecevable, cf. le Temps du 19.01.2001.

[5] Art. 34 Cst.

[6] Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I 1, 192.

[7] ATF 116 Ia 466, 471.

[8] Art. 39 Cst.

[9] Art. 51 Cst.; voir, par exemple, le message du Conseil fédéral du 28 avril 1999 concernant la garantie de la constitution révisée des cantons de Zürich, d'Unterwald-le-Haut, de Soleure, Vaud et Genève, FF 1999 4957.

[10] A. Auer, Les droits politiques dans les cantons suisses, Genève 1978, p. 34.

[11] Pour une analyse détaillée des institutions de démocratie directe dans les différents cantons, voir Y. Hangartner/A. Kley, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zurich 2000, p. 541 ainsi qu'E. Grisel, Initiative et référendum populaires, Traité de la démocratie semi-directe en droit suisse, 2<sup>e</sup> éd., 1997, p. 308-309.

[12] Sur la nature des droits politiques, cf. notamment, P. Tschannen, Stimmrecht und politische Verständigung, Bâle, Francfort 1995, p. 19 ss.

[13] Art. 189 al. 1 let. a Cst.; art. 189 al. 1 let. f Cst. non encore entré en vigueur selon l'Arrêté fédéral relatif à la réforme de la justice du 8 octobre 1999, FF 1999 7831.

[14] Art. 85 let. a de la LF d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ, RS 173.110).

[15] ATF 103 Ia 280, 281.

[16] Notamment, les questions déposées le 20.3.2000, parmi lesquelles la question 00.5049 *Schwaab Jean-Jacques*, procédure de naturalisation; la question 00.5055 *Rechtsteiner Paul*, Refus de naturalisation pour des motifs ethniques; la question 00.5058 *Hubmann Vreni*, Naturalisations à Emmen ainsi que la question 00.5064 *Aeppli Wartmann Regine*, Emmen. Procédure de naturalisation, BO 2000 Annexes Conseil national p. 593, 600, 603 et 611.

- [17] Comparer le référendum de Boudevilliers dans le canton de Neuchâtel du 12 mars 2000 qui a porté sur la ratification d'une convention entre le gouvernement cantonal et les autorités d'une commune relative à un emplacement pour les Gens du voyage, cf. notamment l'Express du 21.02.2000.
- [18] Dans ce sens, suite aux résultats de la votation de Versoix, L. Moutinot, chef du Département de l'aménagement, équipement et logement, cité dans la Tribune de Genève du 26.06.2000; A. Rességuié, ancien maire de Versoix et conseiller administratif, dont l'interview a paru dans Le Temps du 23.06.2000; P. A. Monnet, conseiller municipal, cité dans la Tribune de Genève du 26.06.2000.
- [19] Cette forme de rejet indirect, qui se reflète en particulier dans l'établissement de «conditions de séjour impossibles», serait en train de se développer en Europe de l'Ouest: cf. J.-P. Liégeois, Roma, Tsiganes, Voyageurs, Strasbourg 1994, p. 168 ss.
- [20] De nouvelles propositions de relogement des Gens du voyage et des forains de la commune de Versoix devraient cependant être prochainement examinées, cf. le Temps du 8.01.2001.
- [21] RS 0.103.2.
- [22] RS 0.104.
- [23] FF 1998 1063.
- [24] Art. 35 al. 2 Cst.
- [25] A. Auer/G. Malinverni/M. Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. 2, Berne, p. 57.
- [26] Voir en outre, en ce qui concerne les Gens du voyage, le Rapport initial du gouvernement de la Suisse présenté au Comité des droits de l'homme des Nations Unies en vertu de l'article 40 du Pacte international relatif aux droits politiques, Berne 1995, § 490 ainsi que W. Kälin/G. Malinverni/M. Nowak, Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 1997, p. 244.
- [27] Voir à cet égard W. Kälin, Grundrechte im Kulturkonflikt, Zurich 2000, p. 64.
- [28] Art. 9 Cst.
- [29] Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I 146.
- [30] Art. 8 al. 1 Cst.
- [31] Une loi cantonale peut être attaquée pour violation du droit à l'égalité de traitement même si elle a été approuvée par un référendum; de même l'Assemblée fédérale devrait refuser sa garantie à une constitution cantonale contraire à l'art. 8 Cst.
- [32] Dans ce sens, le message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I 1, 144.
- [33] [ATF 116 Ia 113](#), 116.
- [34] Art. 8 al. 2 Cst.
- [35] A. Auer/G. Malinverni/M. Hottelier, op. cit. (note 25), p. 506.
- [36] Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I 1, 144-145.
- [37] L'interdiction de discrimination sur la base du mode de vie visait en premier lieu les homosexuels; telle qu'elle est formulée, elle peut cependant englober d'autres catégories de personnes, en particulier les Tsiganes, cf. A. Auer/G. Malinverni/M. Hottelier, op. cit. (note 25), p. 512.

[38] Notamment, l'art. 2 § 2 du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte ONU I, RS 0.103.1); l'art. 2 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques; l'art. 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101); l'art. 4 de la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales, de même que l'art. 2 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale; l'art. 2 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (RS 0.107), l'art. 2 de la Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, (RS 0.108).

[39] Certains auteurs qualifient de discriminatoires les interdictions systématiques de stationnement des caravanes sur le domaine public qui peuvent figurer dans des réglementations cantonales de police des constructions; ils leur opposent la réglementation bernoise qui distingue le stationnement des caravanes de camping de celles des nomades (Recueil systématique des lois bernoises [RSB] 725.1), cf. A. Rieder, Indirekte Diskriminierung - das Beispiel der Fahrenden, in Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung, Verfassungs- und menschenrechtliche Aspekte, p. 149 ss; cf. aussi U. Glaus, Fahrende in der Schweiz: Gefangen zwischen direkter und indirekter Diskrimination, in Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung, Verfassungs- und menschenrechtliche Aspekte, p. 141 ss.

[40] Message du Conseil fédéral concernant l'adhésion de la Suisse à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la révision y relative du droit pénal, FF 1992 III 265, 284.

[41] Cf. à cet égard, P. Tschannen, op. cit. (note 12), p. 134 ss.

[42] Urteil des Verfassungsgerichts des Kantons Basel-Landschaft vom 29. März 2000, 98/324-98/328, Nr. 69-73.

[43] Jugement susmentionné (note 42), ch. 7.2.2.

[44] Voir la proposition innovatrice d'Auer et von Arx selon laquelle une disposition de la loi sur la nationalité pourrait prévoir la solution suivante: dès qu'une autorité judiciaire a jugé en dernière instance qu'une décision de naturalisation est contraire au droit, les personnes concernées sont considérées comme étant naturalisées dans le canton ou la commune en question, cf. A. Auer/N. von Arx, Direkte Demokratie ohne Grenzen?, Pratique Juridique Actuelle (PJA) 8/2000, p. 934.

[45] RS 1 3.

[46] ATF 126 I 81, 85.

[47] ATF 126 I 81, 94.

[48] Cf. notamment R. Rhinow, Von der Mühe des Bundesgerichts mit der Verfassung, Neue Zürcher Zeitung (NZZ) du 2.05.2000; A. Auer/N. von Arx, op. cit. (note 44), p. 933; R. Kiener, Rechtsstaatliche Anforderungen an Einbürgerungsverfahren, recht 2000, Fascicule 5, p. 213, 218.

[49] ATF 126 I 377, 388.

[50] J. P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3<sup>e</sup> éd., Berne 1999, p. 396; voir aussi dans ce sens, G. Müller, Commentaire de la Constitution fédérale, ad. art. 4, n° 15; W. Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2<sup>e</sup> éd., Berne 1994, p. 238 ss.

[51] J. P. Müller, op. cit. (note 50).

- [52] L'ATF 126 I 377 semble aller dans ce sens (cf. p. 398) même s'il ne tranche pas cette question.
- [53] A. Auer/n. von Arx, op. cit. (note 44), p. 933 et la doctrine citée.
- [54] Art. 42 de la nouvelle constitution neuchâteloise adoptée par le peuple le 24.09.2000.
- [55] Art. 27 al. 2<sup>ter</sup> de la constitution vaudoise du 1<sup>er</sup> mars 1885 (RS 131.231).
- [56] Dans ce sens, de manière nuancée Y. Hangartner/A. Kley, op. cit. (note 11), p. 141-142; ou, de manière plus catégorique, A. Auer/N. von Arx, op. cit. (note 44), p. 923 ss.
- [57] Y. Hangartner/A. Kley, op. cit. (note 11), p. 141-142.
- [58] RS 142.20.
- [59] A. Auer/N. von Arx, op.cit. (note 44), p. 928.
- [60] *Idem*, p. 929.
- [67] Cf. T. Jaag, compte-rendu de son exposé, paru sous le titre «Einbürgerungen sind nichts für Volks», Tages-Anzeiger du 3.11.2000, p. 17; A. Auer/N. von Arx, op. cit. (note 44); A. Previtali, naturalisations: sur quels critères, Plaidoyer 3/2000, p. 48 ss.; R. Kiener, op. cit. (note 48), p. 213 ss.
- [68] Y. Hangartner/A. Kley, op. cit. (note 11), p. 142.
- [69] Y. Hangartner/A. Kley, op. cit. (note 11), p. 142-143.
- [70] A. Auer, Einbürgerung durch Volksentscheid? Verfassungsrechtliche Grenzen der direkten Demokratie, NZZ du 27.03.2000.
- [71] Urteil des Verfassungsgerichts des Kantons Basel-Landschaft, précité (note 42), ch. 6.
- [72] Heure des questions. Question *Fässler Hildegard*. Quels organes pour la naturalisation? Réponse de la Conseillère fédérale Ruth Metzler-Arnold, BO 2000 CN 317.
- [73] Art. 29 al. 2 Cst.
- [74] Les destinataires du projet de relogement qui avait été envisagé à Versoix peuvent être individualisés, il s'agit des familles cantonnées sur la parcelle dite du Molard. En revanche, si on élargit la problématique des résultats de la votation de Versoix à l'ensemble des référendums portant sur l'attribution d'emplacements de stationnement ou de passage pour les Gens du voyage, certaines décisions pourraient être considérées comme des décisions dites de portée générale, voir par analogie, l'ATF 101 Ia 73 qui traite de l'interdiction faite aux cavaliers de circuler le long d'une rivière.
- [75] Art. 47 Cst.
- [76] ATF 116 I 359, 378.
- [77] Voir, par exemple, la modification législative évoquée par le Conseil fédéral en matière d'aménagement du territoire dans sa réponse à la motion *Gysin Remo* 99.3433 concernant la Convention n° 169 du 27 juin 1989 de l'Organisation internationale du travail (OIT) relative aux peuples indigènes et tribaux, <http://www.pd.admin.ch/htmldump/data/f/1999/19993433.asp>.
- [78] Voir l'art. 29a Cst. non encore entré en vigueur, qui garantit l'accès au juge selon l'Arrêté fédéral relatif à la réforme de la justice du 8 octobre 1999, FF 1999 7831.

## **JAAC 65.35 - Avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 22 janvier 2001**

|         |                                                                   |
|---------|-------------------------------------------------------------------|
| In      | Verwaltungspraxis der Bundesbehörden                              |
| Dans    | Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération   |
| In      | Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione |
| Jahr    | 2001                                                              |
| Année   |                                                                   |
| Anno    |                                                                   |
| Band    | 65                                                                |
| Volume  |                                                                   |
| Volume  |                                                                   |
| Seite   | ---                                                               |
| Page    |                                                                   |
| Pagina  |                                                                   |
| Ref. No | 150 005 159                                                       |

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.  
Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.  
Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.