www.jusletter.ch

Camilla Jacquemoud

# Le droit d'être entendu lors du contrôle de validité des initiatives

## Le principe, les titulaires, la portée et les modalités

Bei der Gültigkeitsprüfung kantonaler Volksinitiativen sollte dem Initiativkomitee das rechtliche Gehör eingeräumt werden, unabhängig von Prüfungsbehörde und -zeitpunkt. Insbesondere sollten die Behörden das Komitee informieren und ihm Gelegenheit geben, sich zum Sachverhalt, den konkreten Gültigkeitsbedingungen und der Rechtsfolge zu äussern. Wenn die Gültigkeitsprüfung dem Parlament obliegt, kann das Initiativkomitee seine Stellungnahme auf den Regierungsbericht oder den Bericht der zuständigen Parlamentskommission stützen. Diese Ausübungsmodalitäten sollten im kantonalen Gesetz über die Ausübung der politischen Rechte verankert werden.

Beitragsart : Wissenschaftliche Beiträge
Rechtsgebiete : Politische Rechte ; Übriges Verfassungsrecht ; Gerichtsverfahrensrecht

Zitiervorschlag : Camilla Jacquemoud, Le droit d'être entendu lors du contrôle de validité des initiatives, in : Jusletter 27. Mai 2019

## Table des matières


Introduction
I. Les fondements
A. Le droit d'être entendu
1. La notion
a. La définition
b. Les fonctions
c. Le champ d'application
2. La portée
a. En général
b. Le droit de s'expliquer sur les éléments pertinents
c. Le droit d'être orienté sur la procédure en cours
3. Les titulaires et les personnes légitimées à invoquer le droit d'être entendu
B. Le contrôle de validité
1. La notion
a. La définition et l'objet
b. La fonction
c. La portée
2. Les modalités
3. La nature juridique
a. L'état de la jurisprudence et de la doctrine
b. Une nature *sui generis*
II. Le principe du droit d'être entendu lors du contrôle de validité
A. L'amalgame actuel entre champ d'application et portée du droit d'être entendu
B. Le contrôle de validité comme procédure au sens de l'art. 29 Cst.
1. Les arguments dogmatiques
2. Les arguments empiriques
III. Les personnes légitimées à invoquer le droit d'être entendu lors du contrôle de validité
A. La délimitation des parties à la procédure
1. L'indétermination du terme « initiants »
2. L'inadéquation de la notion issue de la procédure administrative
3. Les critères de concrétisation
B. L'absence de droit d'être entendu de tout ayant droit au vote
1. Les difficultés de mise en œuvre
2. Le besoin de protection juridique
C. Le droit d'être entendu du comité d'initiative
1. Le statut particulier du comité d'initiative
2. L'exercice par le comité en tant que tel
IV. La portée du droit d'être entendu du comité d'initiative
A. Les diverses facultés
B. Le droit d'être orienté et de s'expliquer sur les faits
1. L'état de la jurisprudence
2. La pertinence de l'établissement des faits pour le contrôle de validité
3. Les conclusions
C. Le droit d'être orienté et de s'expliquer sur le droit
1. L'état de la jurisprudence
2. Les éléments de droit incertains
a. L'éventualité de motifs juridiques inattendus
b. La marge de manœuvre de l'autorité de décision
3. Les arguments invoqués contre la reconnaissance de cette faculté
a. La compétence du parlement
b. La portée de l'explication du comité sur le sens de l'initiative
4. Les conclusions
D. Le droit de consulter le dossier

1. Le principe
2. Les avis de droit
V. La mise en œuvre du droit du comité d'initiative d'être orienté et de s'expliquer sur les éléments essentiels
A. L'adaptation à la procédure et au cas concret
B. Les prises de position du comité d'initiative
1. Les types
a. Une prise de position générale et des prises de position spéciales
b. La distinction de l'exposé des motifs de l'initiative
2. La forme
3. Les destinataires
C. Le moment de l'orientation du comité d'initiative
1. L'obligation d'orienter avant la décision
2. Les particularités de la procédure devant le parlement
a. L'orientation sur la base du rapport du gouvernement
b. L'apparition de nouveaux éléments devant la commission parlementaire
D. La publicité
Conclusion et proposition d'une disposition législative type

## Introduction

[Rz 1] Le présent article porte sur le droit d'être entendu dit des « initiants »[1] lors de la procédure de contrôle de validité des initiatives populaires cantonales[2]. Certaines législations cantonales prévoient que l'autorité compétente entend le comité d'initiative[3]. Dans plusieurs cantons, il arrive en pratique que le comité soit consulté, sans que ce droit ne fasse l'objet d'une quelconque consécration législative ou jurisprudentielle[4]. Pour le reste, en l'absence de disposition législative correspondante, *le Tribunal fédéral exclut de longue date une audition du comité d'initiative ou d'autres citoyennes ou citoyens lorsque le contrôle de validité est confié au parlement*[5].

---

1 A propos d'un éventuel droit d'être entendu des « opposants », cf. Stéphane Grodecki, L'initiative populaire cantonale et municipale à Genève, Genève/Zurich/Bâle 2008, N 1167 ss.

2 En raison des particularités de la protection juridique des droits politiques fédéraux (cf. p. ex. José Krause, Die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) im Bereich der politischen Rechte, Zurich/Bâle/Genève 2017 ; Vincent Martenet/Guillaume Lammers, L'accès au juge en matière de droits politiques fédéraux, in : Jean-Baptiste Zufferey [et al.] (édit.), L'Homme et son droit, Mélanges en l'honneur de Marco Borghi, Zurich 2011, p. 313 ss, en part. p. 322 ss), nous nous limitons à l'examen de la situation juridique au niveau cantonal. Cela étant, on peut se demander si l'absence de droit de recours contre la décision de l'Assemblée fédérale sur la validité de l'initiative ne plaide pas d'autant plus en faveur d'une meilleure protection des parties à la procédure, dans le sens des conclusions du présent article.

3 § 17a al. 2 Gesetz des Kantons Basel-Stadt vom 16. Januar 1991 betreffend Initiative und Referendum (IRG-BS ; 131.100) ; art. 89 al. 2 de la loi du canton du Jura du 26 octobre 1978 sur les droits politiques (LDP-JU ; 161.1). Cf. ég. décision du Tribunal cantonal JU CST 1+2/2017 du 30 janvier 2018. A noter que, au niveau fédéral, la législation ne prévoit aucun droit d'être entendu.

4 Cf. p. ex. ATF 142 I 216 consid. 4.1, rés. par Simone Schürch, in : http ://www.lawinside.ch/291/ (dernière consultation de toutes les sources en ligne le 31 janvier 2019) ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_157/2017 du 17 avril 2018 consid. 3.1 ; arrêt de la Cour de justice GE ACST/14/2017 du 30 août 2017 consid. 7c/bb ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_109/2014 du 4 mars 2015 faits et consid. 4 ; arrêt du Tribunal fédéral 1P.260/1989 du 12 décembre 1989, ZBl 92/1991 p. 164 ; intervention Stucki, Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, Session 20.-28. März 2017, p. 153. Cf. ég. Stéphane Grodecki, Le contrôle de validité des initiatives populaires et le droit d'être entendu : la chambre constitutionnelle de la Cour de justice du canton de Genève impose-t-elle une révolution ?, RDAF 2018 I 32, p. 39.

5 ATF 123 I 63 consid. 2d ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_127/2013 du 28 août 2013 consid. 4.3 (n. p. à l'ATF 139 I 292). Cf. ég. arrêt du Tribunal fédéral 1C_136/2018 du 26 novembre 2018 consid. 4.2, destiné à la publication, rés. par l'autrice de la présente contribution in : http ://www.lawinside.ch/692/.

[Rz 2] Dans un arrêt récent[6], le Tribunal fédéral a néanmoins précisé sa jurisprudence en retenant que l'aménagement de la procédure cantonale (*i.c.* vaudoise) – *contrôle de validité par le gouvernement avant la récolte des signatures*[7] – justifie de *reconnaître aux initiants un droit d'être entendus*. Ce droit est toutefois d'une *portée limitée*. En effet, les initiants ont le droit de se déterminer « lorsque, par exemple, l'exécutif a conduit une instruction avant de rendre sa décision, en sollicitant un avis de droit ou en requérant des statistiques ou des informations factuelles »[8]. En revanche, à moins qu'elle envisage de fonder sa décision sur une norme ou un motif juridique dont les initiants ne pouvaient supposer la pertinence, l'autorité n'a pas à leur soumettre par avance le raisonnement qu'elle entend tenir[9].

[Rz 3] Bien que cet arrêt ne réexamine pas la jurisprudence relative au contrôle de validité par le parlement, son raisonnement et sa conclusion apportent à notre sens indirectement une pierre supplémentaire à l'édifice critique de cette jurisprudence bâti par la doctrine[10]. Il donne ainsi une impulsion pour réexaminer le principe et la portée du droit d'être entendu lors du contrôle de validité des initiatives. L'approche que nous adoptons pour ce faire consiste à mettre en parallèle l'évolution de la jurisprudence sur la question avec les fondements du droit d'être entendu et du contrôle de validité des initiatives. Elle permet de constater que le traitement actuel de la problématique ne distingue pas explicitement la question du champ d'application du droit d'être entendu de celle de la portée de ce droit. Pourtant, les arrêts du Tribunal fédéral ne se rapportent expressément qu'à une seule composante du droit d'être entendu, sans expressément remettre en question l'inclusion de la procédure dans le champ d'application de ce droit. L'approche suivie permet également de délimiter concrètement le cercle des bénéficiaires du droit d'être entendus. Enfin, elle amène à relativiser la jurisprudence qui limite le droit d'être entendu aux cas où la procédure nécessite une instruction. Elle en conclut que *le comité d'initiative doit de façon générale bénéficier du droit d'être orienté et de s'expliquer tant sur les questions de fait que sur les éléments juridiques de la décision*.

[Rz 4] Pour procéder à cette démonstration, nous commencerons par rappeler les fondements du droit d'être entendu (I.A.) et du contrôle de validité des initiatives (I.B.). Sur cette base, nous pourrons soutenir que le contrôle de validité entre dans le champ d'application du droit d'être entendu (II.). Nous nous demanderons ensuite qui sont les personnes légitimées à faire valoir ce droit lors du contrôle de validité (III.). Dans une quatrième partie, nous examinerons l'étendue du droit d'être entendu du comité d'initiative (IV.A), plus particulièrement du droit d'être orienté

6 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_136/2018 du 26 novembre 2018, rés. par l'autrice de la présente contribution in : http ://www.lawinside.ch/692/.

7 Art. 80 al. 1 Cst.-VD.

8 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_136/2018 du 26 novembre 2018 consid. 4.3, rés. par l'autrice de la présente contribution in : http ://www.lawinside.ch/692/.

9 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_136/2018 du 26 novembre 2018 consid. 4.3, rés. par l'autrice de la présente contribution in : http ://www.lawinside.ch/692/.

10 Cf. Michele Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Berne 2000, p. 183 ; Jörg Paul Müller/Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4e éd., Berne 2008, p. 852 ; Grodecki, Droit d'être entendu (ndbp 4), p. 36 ; Grodecki , Initiative (ndbp 1), N 1160 ss ; Daniela Thurnherr, Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln, Zurich/St-Gall 2013, N 349. Cf. ég. Andreas Auer, Problèmes et perspectives du droit d'initiative à Genève, Lausanne 1987, N 108 ; Yvo Hangartner/Andreas Kley, Die demokratischen Rechte im Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zurich 2000, N 2146 ; Alfred Kölz, Die kantonale Volksinitiative in der Rechtsprechung des Bundesgerichts, ZBl 83/1982 p. 2 ss, p. 30. *Contra*, mais en critiquant le raisonnement du Tribunal fédéral, Patrizia Attinger, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu kantonalen Volksinitiativen, Zurich 2016, p. 76 ss (en français, cf. ég. Patrizia Attinger, Les initiatives populaires cantonales et le droit d'être entendu, LeGes 28 (2017) 1, p. 117 ss).

et de s'expliquer sur les questions de fait (IV.B.) et de droit (IV.C.), ainsi que le droit de consulter le dossier (IV.D). Enfin, nous esquisserons dans les grandes lignes les modalités de mise en œuvre procédurale envisageables du droit d'être entendu (V.), avant de les formuler dans une disposition législative type.

# I. Les fondements

## A. Le droit d'être entendu

### 1. La notion

#### a. La définition

[Rz 5] Le droit d'être entendu (« *rechtliches Gehör* ») se définit comme le droit des justiciables de participer de manière efficace à une procédure susceptible de les toucher dans leur situation juridique[11]. Il est expressément consacré à l'art. 29 al. 2 Cst.[12], ce qui indique qu'il fait partie des « [g]aranties générales de procédure » (art. 29 Cst.)[13].

#### b. Les fonctions

[Rz 6] Comme toute garantie de procédure, le droit d'être entendu vise à *assurer la protection juridique*, c'est-à-dire à donner aux titulaires de droits de fond des droits de procédure permettant de faire valoir de manière efficace ces droits de fond. Il contribue ce faisant à « instruire l'affaire » (« *Sachaufklärung* »)[14]. Le droit d'être entendu n'est toutefois pas limité à une fonction instrumentale. Il vise à reconnaître les parties comme sujets et non comme objets de la procédure. En outre, dès lors qu'il tend à faire respecter les droits institués par un Etat de droit, il revêt également une fonction institutionnelle de protection de cet Etat de droit[15].

---

11 Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 83 ; Jacques Dubey, Droits fondamentaux, vol. II : Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques, Bâle 2018, N 4055 ; Gerold Steinmann, Art. 29 N 42, in : Bernhard Ehrenzeller [et al.] (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3e éd., Zurich/St-Gall 2014, p. 640 ss. Cf. ég. ATF 144 I 11 consid. 5.3 ; ATF 105 Ia 193 consid. 2b/cc, JdT 1981 I 163.

12 Les constitutions cantonales peuvent également consacrer expressément le droit d'être entendu, mais en principe sans portée déterminante (Dubey, Droits II (ndbp 11), N 3993). Par ailleurs, ce droit est également protégé par l'art. 6 Convention de sauvegarde des groits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), mais le contrôle de validité d'une initiative ne fait pas partie des « droits et obligations de caractère civil » ni des « accusation[s] en matière pénale » protégés par cet article (cf. ég. Giovanni Biaggini, BV Kommentar, 2e éd., Zurich 2017, Art. 29 N 1).

13 Cf. ég. ATF 140 I 99 consid. 3.4, JdT 2014 I 211 ; ATF 126 V 130 consid. 2a, RDAF 2001 I 588 ; Dubey, Droits II (ndbp 11), N 4053 ; SGK BV-Steinmann (ndbp 11), Art. 29 N 4 ; Bernhard Waldmann, Art. 29 N 40 s., in : Bernhard Waldmann [et al.] (édit.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2015, p. 588 ss.

14 ATF 111 Ia 101 consid. 2b ; ATF 109 Ia 217 consid. 5b.

15 ATF 144 I 11 consid. 5.3 ; ATF 135 II 286 consid. 5.1, JdT 2010 I 720 ; ATF 105 Ia 193 consid. 2b/cc, JdT 1981 I 163 ; Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 70 ss ; Biaggini, Komm. BV (ndbp 12), Art. 29 N 17 ; Dubey, Droits II (ndbp 11), N 3979 s., 3989 ; Müller/Schefer, Grundrechte (ndbp 10), p. 847 s. ; René Rhinow/Markus Schefer/Peter Uebersax, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3e éd., Bâle 2016, N 3045 ; SGK BV-Steinmann (ndbp 11), Art. 29 N 6, 42 ; BSK BV-Waldmann (ndbp 13), Art. 29 N 8 s., 41. Cf. ég. arrêt de la Cour constitutionnelle allemande BVerfGE 9, 89 du 8 janvier 1959 consid. I.1.

### c. Le champ d'application

[Rz 7] Les garanties générales de procédure sont destinées à assurer que toute « cause » soit traitée de manière équitable « dans une procédure administrative ou judiciaire » (art. 29 al. 1 Cst.)[16]. Leur champ d'application[17] dépend donc de l'existence d'une telle procédure, c'est-à-dire d'un ensemble d'opérations par lesquelles une autorité applique le droit sur la base d'un acte de puissance publique qui touche directement la situation juridique d'un ou plusieurs individus[18]. Les critères déterminants qui ressortent de cette définition sont *l'application du droit* et *l'effet sur la situation juridique personnelle*[19].

[Rz 8] Le droit d'être entendu s'applique à *toute procédure de cette qualification*, peu importe qu'elle soit conduite par le pouvoir judiciaire, exécutif, législatif, voire même populaire[20]. La jurisprudence exclut en revanche en principe un droit d'être entendu lors d'une procédure législative, au motif que les réglementations générales et abstraites ne touchent pas immédiatement les individus dans une mesure telle que des consultations individuelles seraient justifiées[21]. Pour de tels actes, le principe démocratique, c'est-à-dire la possibilité de participer à la procédure législative par le biais d'un référendum et/ou d'une consultation générale préalable, remplace le droit individuel d'être entendu[22].

## 2. La portée

### a. En général

[Rz 9] Le *champ d'application* du droit d'être entendu doit être distingué de la *portée* de ce droit[23]. Toute « procédure administrative ou judiciaire » tombe dans le champ d'application du droit, dont la portée est alors d'imposer la reconnaissance aux parties des facultés nécessaires pour participer de manière effective à cette procédure[24].

[Rz 10] Autant le droit d'être entendu s'applique par principe à toute procédure au sens défini ci-dessus, autant il n'y déploie pas une portée uniforme. Sa portée dépend en effet de *l'intérêt concret à la protection juridique*[25]. Le contenu du droit d'être entendu ne peut donc pas être jugé de manière générale. Il doit être concrétisé en fonction des circonstances juridiques et factuelles de

---

16 Cf. ég. Biaggini, Komm. BV (ndbp 12), Art. 29 N 1.

17 Sur l'usage du terme « champ d'application » plutôt que « domaine de protection », cf. BSK BV-Waldmann (ndbp 13), Art. 29 N 5.

18 ATF 129 I 232 consid. 3.2 ss, JdT 2004 I 588 ; Dubey, Droits II (ndbp 11), N 4006. Cf. ég. ATF 109 Ia 217 consid. 5b.

19 Cf. ég. Dubey, Droits II (ndbp 11), N 4009 ss, 4012 ss.

20 ATF 140 I 99 consid. 3.5, JdT 2014 I 211 ; ATF 129 I 232 consid. 3.2, JdT 2004 I 588 ; ATF 119 Ia 141 consid. 5c/dd, JdT 1995 I 415 ; Biaggini, Komm. BV (ndbp 12), Art. 29 N 3 ; Dubey, Droits II (ndbp 11), N 4007 ; BSK BV-Waldmann (ndbp 13), Art. 29 N 12.

21 ATF 131 I 91 consid. 3.1, JdT 2006 I 507 ; ATF 119 Ia 141 consid. 5c/aa, JdT 1995 I 415 ; ATF 104 Ia 65 consid. 2b, JdT 1980 I 28 ; ATF 90 I 334 consid. 2, JdT 1965 I 529 ; Biaggini, Komm. BV (ndbp 12), Art. 29 N 4 ; SGK BV-Steinmann (ndbp 11), Art. 29 N 43 ; BSK BV-Waldmann (ndbp 13), Art. 29 N 14.

22 ATF 121 I 230 consid. 2c s. ; ATF 119 Ia 141 consid. 5c/aa, JdT 1995 I 415.

23 Cf. ég. Dubey, Droits II (ndbp 11), N 4006 ss, 4059 ss ; Thurnherr, Verfahrensgrundrechte (ndbp 10), N 308.

24 ATF 144 I 11 consid. 5.3 ; ATF 136 I 265 consid. 3.2, JdT 2011 I 434 ; ATF 117 Ia 262 consid. 4b, JdT 1993 I 98 ; SGK BV-Steinmann (ndbp 11), Art. 29 N 42 ; BSK BV-Waldmann (ndbp 13), Art. 29 N 44.

25 ATF 91 I 266 consid. 6 ; Matthias Kradolfer, Verfahrensgerechtigkeit als Grundrecht ? – Überlegungen zu dogmatischen Grundsatzfragen von Art. 29 Abs. 1 BV, in : Jusletter 4 octobre 2010, Rz 24, 26, 29 ; Thurnherr, Verfahrensgrundrechte (ndbp 10), N 538. Dans un sens similaire : ATF 144 I 11 consid. 5.3.

la cause[26], notamment du type de procédure, de l'objet de celle-ci, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de l'atteinte matérielle concrète à laquelle l'acte expose les parties[27] et des « facultés que la procédure offre globalement aux intéressés »[28]. Cette concrétisation doit en outre se faire dans le respect des principes et des garanties de l'Etat de droit consacrés par les articles 5, 8 et 9 Cst. (légalité, intérêt public, proportionnalité, bonne foi, interdiction de l'arbitraire et égalité de traitement)[29].

[Rz 11] Tout en gardant à l'esprit la nécessité d'examiner concrètement la portée du droit d'être entendu, on peut identifier *diverses facultés* que la jurisprudence et la doctrine ont déduites de l'injonction générale de participation effective[30]. Ainsi, le droit d'être entendu confère en principe notamment « le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment[31], celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier, celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos »[32], ainsi que le droit d'être informé et orienté à propos de la procédure en cours[33] et le droit d'obtenir une décision motivée[34].

### b. Le droit de s'expliquer sur les éléments pertinents

[Rz 12] Au cœur du droit d'être entendu se trouve le droit des parties de s'expliquer[35], ainsi que l'obligation corollaire des autorités d'entendre les explications des parties, de les examiner et d'en tenir compte de manière correspondante dans leur décision[36]. Le droit de consulter le dossier et le droit d'être orienté sur la procédure en cours s'articulent autour de cette faculté[37]. En allemand, ce droit est fréquemment nommé « *Anhörungsrecht* ». Or, même si juridiquement,

---

26 ATF 144 I 11 consid. 5.3 ; ATF 135 I 279 consid. 2.3, JdT 2010 I 255 ; ATF 123 I 63 consid. 2d ; ATF 105 Ia 193 consid. 2b/cc, JdT 1981 I 163 ; Biaggini, Komm. BV (ndbp 12), Art. 29 N 3 ; Dubey, Droits II (ndbp 11), N 4057 s. ; SGK BV-Steinmann (ndbp 11), Art. 29 N 42 ; Thurnherr, Verfahrensgrundrechte (ndbp 10), N 302 ss, 398, cpr ég. N 531 ss ; BSK BV-Waldmann (ndbp 13), Art. 29 N 44.

27 ATF 135 I 279 consid. 2.3, JdT 2010 I 255 ; ATF 111 Ia 273 consid. 2b, JdT 1987 I 134 ; ATF 107 Ia 182 consid. 3c, JdT 1983 I 53 ; ATF 105 Ia 193 consid. 2b/cc, JdT 1981 I 163 ; Müller/Schefer, Grundrechte (ndbp 10), p. 852 ; SGK BV-Steinmann (ndbp 11), Art. 29 N 43.

28 ATF 123 I 63 consid. 2d ; ATF 111 Ia 273 consid. 2b, JdT 1987 I 134.

29 Dubey, Droits II (ndbp 11), N 4095. Cpr ég. Biaggini, Komm. BV (ndbp 12), Art. 29 N 6 ; Jacques Dubey, Droits fondamentaux, vol. I : Notion, garantie, restriction et juridiction, Bâle 2018, N 468, 473, 478 ; Thurnherr, Verfahrensgrundrechte (ndbp 10), N 488.

30 Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 203 ; Biaggini, Komm. BV (ndbp 12), Art. 29 N 18 ; Dubey, Droits II (ndbp 11), N 4059 ss ; Müller/Schefer, Grundrechte (ndbp 10), p. 846 ; SGK BV-Steinmann (ndbp 11), Art. 29 N 42, 44 ; Thurnherr, Verfahrensgrundrechte (ndbp 10), N 397.

31 Plus général : ATF 140 I 99 consid. 3.4, JdT 2014 I 211 ; ATF 137 II 266 consid. 3.2, RDAF 2012 I 497.

32 ATF 142 II 218 consid. 2.3, rés. par Tobias Sievert, in : http ://www.lawinside.ch/233/ ; ATF 96 I 321 consid. 2c. Cf. ég. ATF 144 I 11 consid. 5.3.

33 Biaggini, Komm. BV (ndbp 12), Art. 29 N 30 ; Dubey, Droits II (ndbp 11), N 4059 ss ; SGK BV-Steinmann (ndbp 11), Art. 29 N 45 ; BSK BV-Waldmann (ndbp 13), Art. 29 N 53.

34 ATF 141 I 60 consid. 3.3, rés. par Simone Schürch, in : http ://www.lawinside.ch/34/ ; ATF 129 I 232 consid. 3.2, JdT 2004 I 588 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_76/2018 du 20 août 2018 consid. 2.1 s, rés. par l'autrice de la présente contribution, in : http ://www.lawinside.ch/677/. Cf. ég. Biaggini, Komm. BV (ndbp 12), Art. 29 N 25 ; Dubey, Droits II (ndbp 11), N 4077 ss.

35 Cf. p. ex. Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 259 ss.

36 Cf. p. ex. ATF 141 I 60 consid. 3.3, rés. par Simone Schürch in : http ://www.lawinside.ch/34/ ; Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 260 ; Biaggini, Komm. BV (ndbp 12), Art. 29 N 23 ; BSK BV-Waldmann (ndbp 13), Art. 29 N 45.

37 Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 204, 259 s. Cf. ég. Müller/Schefer, Grundrechte (ndbp 10), p. 860. Cf. p. ex. ATF 140 I 99 consid. 3.4, JdT 2014 I 211 ; ATF 132 V 387 consid. 3.1.

le « *Anhörungsrecht* » constitue une composante du « *rechtliches Gehör* »[38], sémantiquement les deux termes signifient « droit d'être entendu »[39]. Il existe donc un risque de confusion entre le droit d'être entendu au sens strict de « *Anhörungsrecht* » et le droit d'être entendu au sens large de « *rechtliches Gehör* »[40].

[Rz 13] De manière générale, le droit de s'expliquer consiste à reconnaître aux parties le droit de s'exprimer à propos des « fondements »[41] ou des éléments « pertinents »[42], « essentiels »[43] de la décision à venir, voire, plus simplement, le droit de s'exprimer[44] ou le droit de s'exprimer sur la cause ou l'affaire (« *sich zur Sache zu äussern* »)[45].

[Rz 14] La jurisprudence et la doctrine majoritaire considèrent que le droit de s'expliquer *porte principalement sur les faits et les preuves s'y rapportant* et non sur l'appréciation juridique de la situation, sauf lorsque l'autorité envisage d'adopter une *solution juridique inattendue* ou lorsqu'elle rend une décision en application de normes contenant des *notions juridiques indéterminées* ou conférant à l'autorité un *large pouvoir d'appréciation*[46].

[Rz 15] L'absence de droit de s'expliquer sur l'appréciation juridique doit toutefois être *relativisée*[47]. Les éléments essentiels d'une décision ne sont en effet pas limités aux éléments factuels, mais relèvent également du droit[48] – comme les expressions « *base* légale » ou « *fondements* juridiques » l'illustrent. Limiter la fonction de clarification du droit d'être entendu aux faits constitue

38 Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 87 ; Tobias Jaag, Die Verfahrensgarantien der neuen Bundesverfassung, in : Peter Gauch/Daniel Thürer (édit.), Die neue Bundesverfassung, Zurich/Bâle/Genève 2002, p. 25 ss, p. 31 ; René A. Rhinow/Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Bâle 1990, N 81/B/I p. 262.

39 Cf. p. ex. Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. II : Les droits fondamentaux, 3e éd., Berne 2013, N 1317, 1335.

40 Cpr ég. Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 87 ; Müller/Schefer, Grundrechte (ndbp 10), p. 846 ; Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht (ndbp 15), N 3041 ; Thurnherr, Verfahrensgrundrechte (ndbp 10), N 317.

41 Cf. p. ex. Dubey, Droits II (ndbp 11), N 4019.

42 Cf. p. ex. ATF 133 V 196 consid. 1.2, RDAF 2008 I 477 (N 32) ; ATF 129 II 497 consid. 2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_136/2018 du 26 novembre 2018 consid. 4.1, rés. par l'autrice de la présente contribution in : http ://www.lawinside.ch/692/ ; Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 259 ; SGK BV-Steinmann (ndbp 11), Art. 29 N 46.

43 Cf. p. ex. ATF 144 I 11 consid. 5.3 ; ATF 132 II 485 consid. 3.2, RDAF 2007 I 544 ; Thurnherr, Verfahrensgrundrechte (ndbp 10), N 406.

44 Cf. p. ex. ATF 126 V 130 consid. 2b, RDAF 2001 I 588.

45 Cf. p. ex. ATF 134 I 140 consid. 5.3, JdT 2009 I 303 ; ATF 127 I 54 consid. 2b, JdT 2004 IV 96 ; ATF 120 Ib 379 consid. 3b, JdT 1996 I 449 ; SGK BV-Steinmann (ndbp 11), Art. 29 N 46 ; Thurnherr, Verfahrensgrundrechte (ndbp 10), N 406.

46 Cf. p. ex. ATF 129 II 497 consid. 2.2 ; ATF 115 Ia 94 consid. 1b ; ATF 114 Ia 97 consid. 2a ; Dubey, Droits II (ndbp 11), N 4070 ; Müller/Schefer, Grundrechte (ndbp 10), p. 861, 863 ss ; SGK BV-Steinmann (ndbp 11), Art. 29 N 46 ; BSK BV-Waldmann (ndbp 13), Art. 29 N 45 ; René Wiederkehr/Ivy Angelli Rosales-Geyer, Informationspflichten nach Art. 29 Abs. 2 BV, PJA 2019 p. 58 ss, p. 60.

47 Du même avis : SGK BV-Steinmann (ndbp 11), Art. 29 N 46. Dans un sens similaire : Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 270 s. (cpr cpdt p. 307). Cf. ég. Walter Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1974, 3e éd., Berne 1931, Art. 4 p. 53 ; Dubey, Droits II (ndbp 11), N 4054, 4059 ; Pascal Mahon, Art. 29 N 6, in : Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003, p. 262 ss.

48 Cpr ég. ATF 139 I 189 consid. 3.2 ; ATF 132 II 485 consid. 3.2, RDAF 2007 I 544 ; ATF 124 I 49 consid. 3c ; ATF 97 I 616 consid. 4 et le renvoi à l'ATF 83 I 240 ; Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 83 (« *Abklärung der Sach-, Rechts- und Interessenlage* ») ; Burckhardt, Kommentar BV (ndbp 47), Art. 4 p. 53 ; Dubey, Droits II (ndbp 11), N 4053 ; Petit comm. Cst.-Mahon (ndbp 47), Art. 29 N 6.

à notre sens une mécompréhension du terme « *Sachaufklärung* » (*supra* N 6), qui ne signifie pas « clarification des faits »[49], mais « clarification de la cause ou de l'affaire »[50].

[Rz 16] A vrai dire, la conception restrictive actuelle résulte d'une évolution malheureuse de la jurisprudence. En effet, dans le premier arrêt qui exclut le droit de se prononcer sur les questions de droit, le Tribunal fédéral *justifie cette limite au motif que le tribunal applique le droit d'office*. Le tribunal doit par conséquent décider indépendamment de la conception juridique des parties et n'est pas lié à leur appréciation juridique[51]. C'est (notamment) sur la base de ce même argument que le Tribunal fédéral excluait auparavant une grande partie de la procédure administrative du champ d'application du droit d'être entendu[52]. Or, au moment de l'arrêt en question, la jurisprudence avait déjà changé sur ce dernier point[53] et *le Tribunal fédéral avait expressément disqualifié l'argument selon lequel l'application du droit d'office justifie de ne pas reconnaître de droit d'être entendu*[54].

[Rz 17] Malgré l'absence de pertinence de cet unique argument, le Tribunal fédéral reprend l'exclusion du *droit des parties de s'expliquer sur le droit* dans un arrêt ultérieur. Sur le fond, cet arrêt traite cependant principalement de l'*obligation de l'autorité d'orienter la partie sur les normes applicables*. Or, à ce moment, la jurisprudence en la matière n'exclut pas que les parties présentent leurs observations sur le droit. Elle retient seulement que, lorsqu'une partie doit compter avec une conséquence juridique, ce n'est pas à l'autorité de l'y rendre attentive, mais à la partie de se déterminer d'elle-même[55]. Au demeurant, dans l'arrêt en question, le Tribunal fédéral retient que « l'interprétation de [la] disposition [en cause] se heurte à des difficultés, que [l'autorité] n'a tout simplement pas discutées. Il est possible que si elle avait provoqué une détermination des parties sur ce point, elle eût été amenée, étant mieux éclairée, à prendre une décision différente »[56]. Cette précision démontre que les explications des parties peuvent se rapporter à l'interprétation du droit[57].

[Rz 18] Cette divergence entre la formulation de l'arrêt précité et sa conclusion n'empêche toutefois pas la jurisprudence et la doctrine[58] d'*assimiler* par la suite la *faculté de s'exprimer sur le droit* à l'*obligation des autorités d'orienter sur le droit* et d'exclure par conséquent un droit de s'exprimer sur les questions de droit. Dans des arrêts publiés plus récents, le Tribunal fédéral retient néanmoins expressément que le droit de s'exprimer sur les éléments essentiels est respecté lorsque les parties s'expriment sur les fondements de la décision, notamment les *normes applicables*[59].

[Rz 19] Ainsi, tant la prise en compte des fonctions du droit d'être entendu, que l'examen de la jurisprudence démontrent que *les parties doivent se voir reconnaître le droit de présenter leur*

---

49 Expression qui a donné « *(Ab-)Klärung des Sachverhalts* » en allemand (p. ex. ATF 141 I 60 consid. 3.3, rés. par Simone Schürch in : http ://www.lawinside.ch/34/ ; ATF 135 I 187 consid. 2.2).

50 Cf. ATF 114 Ia 97 consid. 2a.

51 ATF 108 Ia 293 consid. 4c.

52 Cf. p. ex. ATF 99 Ia 42 consid. 3b, JdT 1974 I 517.

53 Cf. Rhinow/Krähenmann, Verwaltungsrechtsprechung (ndbp 38), N 81/B/b-c p. 263.

54 ATF 115 Ia 94 consid. 1b ; ATF 105 Ia 193 consid. 2b/bb, JdT 1981 I 163. Eg. ATF 139 I 189 consid. 3.2.

55 ATF 101 Ia 292 consid. 1d ; ATF 93 I 130 consid. 8b, JdT 1968 I 98.

56 ATF 115 Ia 94 consid. 1b.

57 Cf. ég. ATF 127 V 431 consid. 3a ; ATF 114 Ia 14 consid. 2b.

58 Cpr cpdt Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 221, 270 ; Biaggini, Komm. BV (ndbp 12), Art. 29 N 19.

59 ATF 132 II 485 consid. 3.2, 3.4, RDAF 2007 I 544 ; ATF 132 II 257 consid. 4.2, RDAF 2007 I 537. Cf. ég. ATF 139 I 189 consid. 3.2.

*appréciation juridique de la situation*, droit qu'il convient de distinguer de l'obligation des autorités d'orienter les parties sur leur appréciation juridique[60]. Cela étant, dès lors que l'intérêt principal du droit de s'exprimer sur les questions de droit consiste à s'exprimer sur l'appréciation juridique de l'autorité, les deux questions restent intimement *liées*[61].

### c. Le droit d'être orienté sur la procédure en cours

[Rz 20] Pour exercer efficacement leur droit de s'expliquer sur les éléments pertinents, les parties ont non seulement le droit d'être informées de l'ouverture de la procédure, mais également le droit d'être orientées sur l'avancée de celle-ci. L'obligation d'orienter s'étend tant aux étapes procédurales, qu'aux informations de fond[62]. Certes, « [l]e droit d'être entendu ne porte en principe pas sur la décision projetée [et] [l]'autorité n'a [...] pas à soumettre par avance aux parties le raisonnement qu'elle entend tenir pour prise de position »[63]. Cependant, *ce droit n'est pas respecté si les parties peuvent s'exprimer de manière strictement abstraite sur une mesure dont elles ne connaissent pas la motivation concrète*[64]. L'étendue du droit d'être orienté est donc déterminée par les *informations dont les parties doivent avoir connaissance pour s'expliquer sur les éléments pertinents* de la décision[65].

[Rz 21] Par conséquent, les autorités doivent tout d'abord informer les parties des *éléments propres à établir les faits*, par exemple les moyens de preuve[66]. Comme on l'a vu, les éléments pertinents comprennent également les questions de droit (*supra* N 15). Néanmoins, comme on l'a également vu (*supra* N 17), *la jurisprudence limite l'obligation des autorités d'orienter les parties sur les questions de droit*[67]. Elle considère en effet que l'autorité n'a pas à renseigner les parties sur sa propre appréciation juridique, sauf lorsque celle-ci résulte d'une *application du droit inattendue*, lorsque l'autorité applique une norme contenant une *notion juridique indéterminée* ou lorsqu'elle exerce un *pouvoir d'appréciation particulièrement large*. Cas échéant, l'autorité doit orienter les parties sur sa conception juridique et leur donner l'occasion de prendre position à ce sujet[68].

[Rz 22] Ces trois hypothèses ne devraient pas être appréhendées schématiquement comme des cas de figure distincts, mais comme des illustrations de *la prise en compte de l'intérêt à la protec-*

---

60 Cf. ég. Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 270 s.

61 Cf. ég. Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 204 s., 259 s.

62 ATF 140 I 99 consid. 3.4, JdT 2014 I 211 ; Wiederkehr/Rosales-Geyer, Informationspflichten (ndbp 46), p. 59 ; René Wiederkehr/Ivy Angelli Rosales-Geyer, Anspruch auf Orientierung nach Art. 29 Abs. 2 BV, PJA 2018 p. 1261 ss, p. 1263.

63 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_136/2018 du 26 novembre 2018 consid. 4.1, 4.3, rés. par l'autrice de la présente contribution in : http ://www.lawinside.ch/692/. Cf. ég. ATF 134 V 97 consid. 2.8.2 ; ATF 132 II 485 consid. 3.4. RDAF 2007 I 544 ; ATF 132 II 257 consid. 4.2, RDAF 2007 I 537 ; Dubey, Droits II (ndbp 11), N 4069 ; BSK BV-Waldmann (ndbp 13), Art. 29 N 45.

64 ATF 114 Ia 14 chapeau et consid. 2b ; Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 260.

65 ATF 144 I 11 consid. 5.3 ; ATF 140 I 99 consid. 3.4, JdT 2014 I 211 ; Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 206, 259 ; Müller/Schefer, Grundrechte (ndbp 10), p. 860 ; Wiederkehr/Rosales-Geyer, Informationspflichten (ndbp 46), p. 60 ; Wiederkehr/Rosales-Geyer, Orientierung (ndbp 62), p. 1263.

66 Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 220 s. ; SGK BV-Steinmann (ndbp 11), Art. 29 N 45. Cf. ég. ATF 140 I 99 consid. 3.4, JdT 2014 I 211 ; ATF 139 I 189 consid. 3.2 ; ATF 128 V 272 consid. 5bb/bb ; BSK BV-Waldmann (ndbp 13), Art. 29 N 53 s. ; Wiederkehr/Rosales-Geyer, Orientierung (ndbp 62), p. 1265 s.

67 Cf. ég. Wiederkehr/Rosales-Geyer, Orientierung (ndbp 62), p. 1267.

68 ATF 129 II 497 consid. 2.2 ; ATF 128 V 272 consid. 5b/bb ; ATF 127 V 431 consid. 2b-c, 3a ; ATF 114 Ia 97 consid. 2b ; ATF 114 Ia 14 consid. 2b ; Biaggini, Komm. BV (ndbp 12), Art. 29 N 19 ; Wiederkehr/Rosales-Geyer, Orientierung (ndbp 62), p. 1267.

*tion juridique* dans la concrétisation du droit d'être entendu (*supra* N 10)[69]. En effet, lorsqu'il est évident que telle ou telle disposition s'applique, il n'y a pas de raison de demander expressément aux parties de se déterminer à ce propos[70]. A l'inverse, moins il est évident qu'une disposition s'applique, plus l'autorité doit orienter les parties sur la potentielle application de cette disposition[71]. De même, lorsque la disposition applicable est claire et précise et ne laisse à l'autorité aucune marge de manœuvre sur son application, les parties peuvent s'attendre à la conséquence juridique que l'autorité devrait prononcer[72]. En revanche, plus une norme est indéterminée et ouverte, plus les garanties de procédure doivent être étendues pour protéger d'une application incorrecte de la norme[73]. Cela implique que les parties aient connaissance non seulement des faits et des fondements juridiques applicables à la décision, mais également de l'interprétation et des critères de concrétisation de ces fondements[74].

[Rz 23] Ce qui précède démontre que le droit d'être orienté sur les éléments juridiques de la décision ne doit pas être envisagé de manière schématique, mais dépend du *caractère plus ou moins certain de l'appréciation juridique*[75]. Les critères de la marge de la manœuvre de l'autorité et du caractère inattendu du raisonnement permettent d'apprécier ce caractère. Celui-ci peut également être influencé par d'autres critères, par exemple le caractère controversé de la question juridique ou un changement de pratique[76].

### 3. Les titulaires et les personnes légitimées à invoquer le droit d'être entendu

[Rz 24] Toute personne physique ou morale de droit privé, voire, à certaines conditions, de droit public, est titulaire du droit d'être entendu[77]. Toutefois, dans un cas concret, seules les « parties » à la procédure peuvent invoquer ce droit (art. 29 al. 2 Cst.)[78]. En principe, la position de partie se détermine sur la base des *lois de procédure applicables*. La Constitution impose néanmoins en principe de reconnaître au moins comme parties les personnes *dont les droits et obligations pourraient être touchés* par l'acte en cause[79].

---

69 Cf. ég. Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 221.

70 Cf. ATF 101 Ia 292 consid. 1d.

71 Cf. p. ex. ATF 114 Ia 97 consid. 2b.

72 Cette hypothèse constitue un modèle et n'a pas pour but de nier la marge d'appréciation inhérente à toute application du droit (cf. René Rhinow, Rechtsetzung und Methodik, Bâle/Stuttgart 1979, p. 124 ss).

73 ATF 128 V 272 consid. 5b/dd ; ATF 127 V 431 consid. 2b/cc ; Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 75 s. ; Müller/Schefer, Grundrechte (ndbp 10), p. 851, 862. Cf. ég. ATF 129 I 232 consid. 3.3, JdT 2004 I 588.

74 ATF 127 V 431 consid. 3a ; ATF 115 Ia 94 consid. 1b ; ATF 114 Ia 14 consid. 2b ; SGK BV-Steinmann (ndbp 11), Art. 29 N 46.

75 Cf. ég. Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 221, 270, 307.

76 Cf. Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 271, 306 ss. Cf. ég. arrêt du Tribunal administratif fédéral D-6797/2006 du 15 janvier 2010 consid. 2.4.5 ; Wiederkehr/Rosales-Geyer, Orientierung (ndbp 62), p. 1267.

77 Müller/Schefer, Grundrechte (ndbp 10), p. 848 s. ; SGK BV-Steinmann (ndbp 11), Art. 29 N 15.

78 ATF 129 I 232 consid. 3.2, JdT 2004 I 588 ; Biaggini, Komm. BV (ndbp 12), Art. 29 N 3a ; BSK BV-Waldmann (ndbp 13), Art. 29 N 11, 41. Cf. ég. Thurnherr, Verfahrensgrundrechte (ndbp 10), N 309.

79 Dubey, Droits II (ndbp 11), N 4014 ; BSK BV-Waldmann (ndbp 13), Art. 29 N 11. Cf. ég. ATF 129 I 232 consid. 3.2, JdT 2004 I 588 ; ATF 109 Ia 217 consid. 5b ; ATF 107 Ia 182 consid. 3c, JdT 1983 I 53 ; ATF 106 Ia 161 consid. 2b, JdT 1982 I 585. Plus larges : Müller/Schefer, Grundrechte (ndbp 10), p. 849 ; Thurnherr, Verfahrensgrundrechte (ndbp 10), N 364 s.

[Rz 25] La présentation topique du droit d'être entendu exclut du champ d'application de ce droit les décisions de portée générale[80]. Pourtant, la jurisprudence n'exclut pas à proprement parler ces décisions du champ d'application matériel du droit d'être entendu, mais limite les personnes légitimées à invoquer ce droit dans ce contexte[81].

[Rz 26] Pour rappel, la notion de *décision de portée générale* (ou décision collective) résulte d'une distinction entre différents types de décision en fonction du cercle des personnes touchées[82]. Tandis que la décision individuelle touche un cercle de personnes déterminées, la décision de portée générale touche un cercle de personnes indéterminées[83]. Sur ce point, elle se rapproche de l'acte normatif. Au vu de son effet concret d'application du droit et de son régime d'adoption et de contestation, elle est cependant en principe classée au sein des actes administratifs[84].

[Rz 27] En dépit de cette qualification comme acte administratif, le Tribunal fédéral considère que le *caractère général* de la décision collective justifie de l'*assimiler à un acte normatif* en ce qui concerne le droit d'être entendu[85]. Il introduit néanmoins une distinction entre les destinataires dits « normaux » de la décision générale, qui *ne peuvent se prévaloir d'un droit individuel d'être entendus* quand bien même leurs droits et obligations sont potentiellement touchés, et les destinataires dits « spéciaux », « touch[és] de façon sensiblement plus grave que le plus grand nombre des destinataires »[86], *auxquels un droit d'être entendus est reconnu*[87]. Cette solution se fonde sur des avis doctrinaux qui considèrent que les décisions générales mettent le collectif et non l'individu au centre, tandis que le droit d'être entendu a pour fonction de donner la possibilité aux justiciables de s'exprimer avant le prononcé d'une mesure les touchant individuellement[88].

[Rz 28] A notre avis, cette solution est trop *absolue*[89]. Premièrement, les décisions collectives ne sont pas assimilables aux actes législatifs en ce qui concerne la participation des individus à leur élaboration[90]. Leur prononcé n'est en effet exposé ni à une consultation préalable, ni à un référendum. Il n'est *pas régi par le principe démocratique* (cpr *supra* N 8)[91]. Secondement, la protection juridique que le droit d'être entendu a pour fonction d'assurer (*supra* N 6) existe également à l'en-

80 ATF 119 Ia 141 consid. 5c/cc, JdT 1995 I 415 ; décision du Conseil de l'éducation ZH du 27 novembre 1984 consid. 1, ZBl 88/1987 p. 420 ; Biaggini, Komm. BV (ndbp 12), Art. 29 N 4.

81 Cf. ég. la systématique du traitement de la question chez Thurnherr, Verfahrensgrundrechte (ndbp 10), N 371 ss. Cpr ég. Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 184 ; Tobias Jaag, Die Allgemeinverfügung im schweizerischen Recht, ZBl 85/1984 p. 433 ss, p. 448 ss.

82 Jacques Dubey/Jean-Baptiste Zufferey, Droit administratif général, Bâle 2014, N 894.

83 Dubey/Zufferey, Droit administratif (ndbp 82), N 875, 894 ; Jaag, Allgemeinverfügung (ndbp 81), p. 437 ss.

84 ATF 125 I 313 consid. 2b, RDAF 2000 I 714, 846 ; ATF 101 Ia 73 consid. 3b ; Dubey/Zufferey, Droit administratif (ndbp 82), N 875, 895 ; Jaag, Allgemeinverfügung (ndbp 81), p. 447 ; Thurnherr, Verfahrensgrundrechte (ndbp 10), N 371.

85 ATF 119 Ia 141 consid. 5c/cc, JdT 1995 I 415. Cf. ég. Jaag, Allgemeinverfügung (ndbp 81), p. 449 ; Thurnherr, Verfahrensgrundrechte (ndbp 10), N 371.

86 ATF 119 Ia 141 consid. 5c/cc, JdT 1995 I 415.

87 ATF 119 Ia 141 consid. 5c/cc, JdT 1995 I 415. Cf. ég. arrêt du Tribunal fédéral 1C_333/2015 du 24 mai 2016 consid. 3.1 ; Jaag, Allgemeinverfügung (ndbp 81), p. 449 s. ; Müller/Schefer, Grundrechte (ndbp 10), p. 852 ; Thurnherr, Verfahrensgrundrechte (ndbp 10), N 371.

88 Cf. le renvoi de l'ATF 119 Ia 141 consid. 5c/cc, JdT 1995 I 415 à Jaag, Allgemeinverfügung (ndbp 81), p. 448 s. et Max Imboden/René A. Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I : Allgemeiner Teil, Bâle 1986, N 81/B/I/a p. 501.

89 Cpr ég. Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 185 ; Rhinow/Krähenmann, Verwaltungsrechtsprechung (ndbp 38), N 81/I/a p. 263.

90 *Contra* Jaag, Allgemeinverfügung (ndbp 81), p. 449.

91 Cpr ATF 121 I 230 consid. 2c s. ; ATF 119 Ia 141 consid. 5a/cc, JdT 1995 I 415.

contre d'une mesure collective lorsque celle-ci touche à des droits et obligations individuels[92]. Le caractère général d'une décision n'empêche en effet pas celle-ci de toucher aux droits et obligations d'individus[93]. Par conséquent, ce caractère général ne devrait pas *a priori* exclure toutes et tous les destinataires normaux du droit d'être entendu, mais devrait *être pris en compte de manière proportionnée* dans la concrétisation des différentes composantes et modalités de mise en œuvre[94] de ce droit.

## B. Le contrôle de validité

### 1. La notion

#### a. La définition et l'objet

[Rz 29] Le contrôle de validité d'une initiative est le processus par lequel une autorité examine, avant la votation, *si l'initiative respecte certaines limites* et *la soumet ou la soustrait au vote* en conséquence. Il s'agit d'une procédure propre au droit de l'initiative populaire. Comprendre sa fonction, son effet et sa nature suppose dès lors de procéder à quelques brefs rappels sur l'initiative.

[Rz 30] En tant que droit politique, l'initiative revêt une *double nature* de droit subjectif et d'instrument d'exercice d'une fonction étatique[95]. Le contenu du droit d'initiative est de permettre à une fraction du corps électoral de soumettre au vote de l'ensemble de celui-ci une proposition d'acte étatique[96]. L'initiative revêt ainsi une *dimension individuelle*, puisqu'elle donne à chaque ayant droit au vote le droit de participer à son lancement[97] et d'exprimer sa volonté à son propos[98], et une *dimension collective*, puisqu'une action collective est nécessaire pour qu'elle aboutisse et que l'ensemble du corps électoral se prononce à son propos[99].

---

92 Dans le même sens : Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 185. Cpr *mutatis mutandis* à propos d'un acte matériel de portée générale : ATF 143 I 336 consid. 4.1, 4.4, rés. par Marie-Hélène Spiess, in : http ://www.lawinside.ch/428/.

93 Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 185 ; Biaggini, Komm. BV (ndbp 12), Art. 29 N 17 ; SGK BV-Steinmann (ndbp 11), Art. 29 N 6, 42 ; BSK BV-Waldmann (ndbp 13), Art. 29 N 41. Cf. ég. Thurnherr, Verfahrensgrundrechte (ndbp 10), N 371, 550.

94 Cpr ég. Thurnherr, Verfahrensgrundrechte (ndbp 10), N 371, 431 (d'après laquelle le Tribunal fédéral motive l'exclusion des destinataires spéciaux par des considérations pratiques) ; Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 185. Cf. p. ex. décision du Conseil fédéral du 7 mai 1980 consid. 6, JAAC 1980 N 92 p. 432. Cf. ég. ATF 74 I 241 consid. 4 ; décision du Conseil de l'éducation ZH du 27 novembre 1984 consid. 1, ZBl 88/1987 p. 420 ; décision du Conseil d'Etat LU N 2252 du 25 août 1987 consid. 2a, LGVE 1987 III N 45 p. 413. Par analogie, cf. la mise en œuvre du droit d'être entendu dans les procédures d'autorisations de construire, par le biais de mises à l'enquête publique (cf. Dubey/Zufferey, Droit administratif (ndbp 82), N 895).

95 Werner Kägi, Rechtsfragen der Volksinitiative auf Partialrevision, RDS 75/1956 II 739a, p. 794a ss ; Peter Nobs, Volksinitiative und Völkerrecht, Zurich/St-Gall 2006, p. 26 ss. Cf. ég. Dubey, Droits II (ndbp 11), N 4846 s.

96 Dubey, Droits II (ndbp 11), N 4841. Cf. ég. Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. I : L'Etat, 3e éd., Berne 2013, N 633.

97 ATF 88 I 248 consid. I.1 ; Nobs, Volksinitiative (ndbp 95), p. 35.

98 Nobs, Volksinitiative (ndbp 95), p. 30, 35.

99 Dubey, Droits II (ndbp 11), N 5115 s. ; Hangartner/Kley, Rechte (ndbp 10), N 306, 333. Cf. ég. Bernhard Ehrenzeller/Roger Nobs, Vorbemerkungen zu Art. 136-142 N 3, in : Bernhard Ehrenzeller [et al.] (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3e éd., Zurich/Saint-Gall 2014, p. 2421 ss ; Etienne Grisel, Initiative et référendum populaires – Traité de la démocratie semi-directe en droit suisse, 3e éd., Berne 2004, N 111, 115.

[Rz 31] L'initiative est protégée par la *garantie des droits politiques* (art. 34 al. 1 Cst.)[100]. Chaque ayant droit au vote a ainsi le droit d'invoquer à titre individuel le respect du droit d'initiative[101]. Toute atteinte à ce droit signifie une *violation de ses droits subjectifs*[102].

### b. La fonction

[Rz 32] L'effet juridique principal de l'initiative est d'obliger les autorités à la soumettre au vote[103]. Cet effet est néanmoins subordonné au *respect de limites déterminées*[104], à savoir les unités de forme, de rang et de matière, l'exécutabilité et, en principe[105], la conformité au droit supérieur. Ces limites définissent le domaine de protection du droit d'initiative. Une initiative qui ne les respecte pas n'est pas protégée par la garantie des droits politiques (art. 34 Cst.)[106]. Avant de soumettre l'initiative au vote, les autorités doivent donc vérifier la validité de celle-ci[107]. La fonction du contrôle de validité est ainsi de *déterminer si l'initiative peut déployer l'effet principal que la garantie d'initiative lui confère*.

### c. La portée

[Rz 33] Au terme du contrôle de validité, l'autorité *valide*, *invalide* complètement ou partiellement, voire *scinde*[108] l'initiative[109]. L'invalidation a pour effet que l'initiative est soustraite au vote ; la scission, qu'elle est soumise au vote en plusieurs parties indépendantes.

[Rz 34] Si, en dépit du non-respect d'une condition de validité, l'initiative n'est pas sanctionnée d'invalidation ou de scission, la votation populaire a lieu sur l'entier de l'initiative. L'initiative qui ne respecte pas les conditions de validité n'est donc pas affectée d'une nullité de plein droit comparable à la nullité des actes administratifs, puisqu'elle n'est pas inexistante[110]. *C'est le prononcé de la sanction par l'autorité qui provoque un effet juridique*. Ainsi, l'invalidation ou la scission

---

100 Biaggini, Komm. BV (ndbp 12), Art. 34 N 5 ; Pierre Tschannen, Art. 34 N 20, in : Bernhard Waldmann [et al.] (édit.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2015, p. 702 ss.

101 Cf. ég. art. 89 al. 3 LTF ; Attinger, Volksinitiativen (ndbp 10), p. 24 s. ; Dubey, Droits II (ndbp 11), N 5390, 5430.

102 Kägi, Volksinitiative (ndbp 95), p. 796a ; Nobs, Volksinitiative (ndbp 95), p. 30. Cf. ég. Biaggini, Komm. BV (ndbp 12), Art. 34 N 5 ; Dubey, Droits II (ndbp 11), N 5112, 5115 s.

103 ATF 108 Ia 165 consid. 2, JdT 1984 I 107 ; ATF 104 Ia 240 consid. 3, JdT 1980 I 504 ; ATF 25 I 64 consid. 5 ; Dubey, Droits II (ndbp 11), N 4951 ; Bernhard Ehrenzeller/Roger Nobs, Art. 139 N 3, in : Bernhard Ehrenzeller [et al.] (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3e éd., Zurich/Saint-Gall 2014, p. 2461 ss.

104 P. ex. art. 43 Cst.-FR. Cf. Auer/Malinverni/Hottelier, Etat (ndbp 96), N 777, 855. Cf. ég. ATF 108 Ia 165 consid. 2, JdT 1984 I 107 ; arrêt du Tribunal fédéral du 10 février 1987 consid. 3, ZBl 88/1987 p. 463.

105 Certains cantons ne contrôlent que de manière restreinte la conformité au droit supérieur (p. ex. § 29 al. 1 Cst.-BL). Cpr, au niveau fédéral, art. 139 al. 3 Cst.

106 Dubey, Droits II (ndbp 11), N 5150.

107 Cf. p. ex. Dubey, Droits II (ndbp 11), N 4844, 4947.

108 P. ex. art. 60 al. 3 Cst.-GE.

109 Attinger, Volksinitiativen (ndbp 10), p. 155, 164 ; Dubey, Droits II (ndbp 11), N 4945 ; Bénédicte Tornay, La démocratie directe saisie par le juge, Genève/Zurich/Bâle 2008, p. 118 ss.

110 Du même avis : Grodecki, Initiative (ndbp 1), N 1181. Cf. ég. Alberto Ferrari, Die Zuständigkeit und das Verfahren der Ungültigerklärung von Volksbegehren, Zurich 1982, p. 61.

prononcée à tort constitue certes une violation du droit d'initiative[111], mais cela n'empêche pas cette mesure de produire son effet si elle entre en force.

### 2. Les modalités

[Rz 35] Le droit cantonal détermine les modalités du contrôle de validité. Dans la majorité des cantons, le contrôle a lieu après l'aboutissement de l'initiative[112]. Dans les cantons de Saint-Gall et de Vaud, il a toutefois lieu avant le début de la récolte de signatures[113]. La plupart des cantons ont chargé le parlement du contrôle, mais confient au gouvernement la tâche de préaviser la décision sur la validité par le biais d'un rapport[114]. Dans les cantons de Saint-Gall, Vaud et Genève, c'est cependant le gouvernement qui contrôle la validité des initiatives[115]. *Chaque ayant droit au vote peut recourir* (au Tribunal fédéral voire, auparavant, auprès d'une instance cantonale) *contre le résultat du contrôle de validité* (art. 82 let. c, 88 al. 1 let. a, al. 2 LTF), même s'il n'est ni membre du comité d'initiative, ni signataire de celle-ci (art. 89 al. 3, 111 al. 1 LTF)[116].

### 3. La nature juridique

#### a. L'état de la jurisprudence et de la doctrine

[Rz 36] La majorité de la *doctrine* qualifie la décision sur la validité d'une initiative de *décision de portée générale*[117]. Quant au *Tribunal fédéral*, dans le dernier arrêt paru à propos du contrôle de validité, il qualifie la décision rendue par le Conseil d'Etat avant la récolte de signatures de *décision individuelle et concrète*, au motif qu'elle ne s'adresse qu'aux initiants en tant que destinataires exclusifs[118]. Hormis dans cette configuration qui reste pour l'heure exceptionnelle, le Tribunal fédéral, sans exclure la qualification de décision individuelle ou collective[119], n'a *jamais positivement défini la nature juridique* du contrôle de validité[120].

---

111 ATF 139 I 292 consid. 9.2 *a contrario*, JdT 2014 I 237 ; ATF 129 I 392 consid. 3.4 *a contrario*, RDAF 2004 I 615 ; ATF 100 Ia 386 consid. 1 ; arrêt du Tribunal fédéral du 10 février 1987 consid. 3, ZBl 88/1987 p. 463 ; Dubey, Droits II (ndbp 11), N 5150, 5176 ; Nobs, Volksinitiative (ndbp 95), p. 30.

112 P. ex. art. 116 s. Loi du canton de Fribourg du 6 avril 2001 sur l'exercice des droits politiques (LEDP-FR ; 115.1).

113 Art. 36 s. Gesetz des Kantons St. Gallen vom 27. November 1967 über Referendum und Initiative (RIG-SG ; 125.1) ; art. 80 al. 1 Cst.-VD. Cf. Attinger, Volksinitiativen (ndbp 10), p. 33.

114 P. ex. § 130, 133 Gesetz des Kantons Zürich vom 1. September 2003 über die politischen Rechte (GPR-ZH ; 161) ; art. 107 al. 3 Loi du canton de Neuchâtel du 17 octobre 1984 sur les droits politiques (LDP-NE ; 141). Pour une critique, cf. Grodecki, Initiative (ndbp 1), N 1263 ss.

115 Art. 36 RIG-SG ; art. 80 Cst.-VD ; art. 60 al. 1 Cst.-GE. Cf. Dubey, Droits II (ndbp 11), N 4944 ; Grisel, Démocratie (ndbp 99), N 620 ; Hangartner/Kley, Rechte (ndbp 10), N 851, 854, 2131 s. A Bâle-Ville, le parlement peut en outre décider de soumettre la question directement au Tribunal constitutionnel (§ 91 Cst.-BS, § 17a IRG-BS).

116 Même le droit vaudois ne restreint pas la qualité pour recourir aux membres du comité d'initiative (art. 123h de la Loi du canton de Vaud du 16 mai 1989 sur l'exercice des droits politiques [LEDP-VD ; 160.01]), ce qu'il ne pourrait au demeurant pas faire en raison de l'art. 111 al. 1 LTF (cpr *mutatis mutandis* à propos de l'examen du titre d'une initiative, arrêt du Tribunal fédéral 1P.338/2006, 1P.582/2006 du 12 février 2007 consid. 3.10).

117 Auer, Initiative (ndbp 10), N 108 ; Ferrari, Ungültigerklärung (ndbp 110), p. 74 ss ; Grodecki, Droit d'être entendu (ndbp 4), p. 37 ; Stéphane Grodecki, La qualification juridique de l'acte d'invalidation d'une initiative populaire municipale genevois, RDAF 2010 I 508, p. 516 ; Grodecki, Initiative (ndbp 1), N 1157.

118 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_136/2018 du 26 novembre 2018 consid. 4.3, rés. par l'autrice de la présente contribution in : http ://www.lawinside.ch/692/.

119 ATF 123 I 63 consid. 2c.

120 Cf. ég. Grodecki, Initiative (ndbp 1), N 1155 ; Goran Seferovic, Volksinitiative zwischen Recht und Politik, Berne 2018, N 216. Cpr cpdt arrêt du Tribunal fédéral 1C_49/51/2010 du 8 juillet 2010 consid. 3.4 (qualification implicite comme décision sans que la question se pose à titre principal) ; Grodecki, Qualification (ndbp 117), p. 515.

### b. Une nature *sui generis*

[Rz 37] En dépit de sa prise en charge fréquente par le parlement, le contrôle de validité n'est pas un acte législatif[121] et ne relève pas de l'appréciation politique[122]. Il consiste en l'application contraignante, par une autorité titulaire d'une tâche publique (*i.c.* veiller au respect des règles sur l'initiative) de règles de droit (sur les limites de l'initiative) à un cas concret (l'initiative en question), visant immédiatement un effet juridique (constat de la validité de l'initiative et soumission ou soustraction au vote) qui touche aux droits politiques des citoyennes et citoyens[123].

[Rz 38] Dans la mesure où il applique du droit à une situation concrète avec pour effet de toucher à des droits individuels, l'effet juridique du contrôle de validité est *analogue à celui d'une décision*. Néanmoins, qualifier la décision sur la validité de décision individuelle ou de portée générale occulte selon nous les *particularités* de cette procédure, d'une part en tant que *procédure de contrôle abstrait d'un acte*, d'autre part en tant que *procédure de droits politiques*[124].

[Rz 39] En effet, dès lors qu'elle contrôle abstraitement la validité d'un acte, la procédure a une portée sur l'existence de cet acte. Qu'elle le valide, l'invalide ou le scinde, elle déploie un effet *erga omnes*[125], qui *ne s'adresse pas à des destinataires déterminés*. Sur ce point, elle se distingue d'une décision au sens classique de la procédure administrative. Elle ne s'apparente toutefois pas complètement au contrôle abstrait d'une norme, car elle ne porte pas sur un acte édicté[126] et n'a pas pour fonction principale de garantir le respect du droit supérieur[127], mais des droits politiques (*supra* N 32). L'effet du contrôle est également lié aux droits politiques : à l'exception de la conformité au droit supérieur, les conditions de validité de l'initiative ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un contrôle incident ultérieur de l'objet de l'initiative[128].

[Rz 40] En tant que procédure de droits politiques, le contrôle de validité est de surcroît caractérisé par la double nature de ceux-ci. Certes, dès lors qu'il délimite l'étendue de la fonction du corps électoral, il concerne l'ensemble de celui-ci en tant qu'organe de l'Etat. Mais, dès lors qu'il délimite l'étendue du droit d'initiative, il touche également à l'intérêt de chaque ayant droit au vote au respect des libertés d'exercice et de contenu du vote[129]. En dépit de l'absence de destinataires au sens classique du terme, il *touche ainsi directement à des droits subjectifs*. Au vu de cette double dimension, le contrôle de validité n'est *pas susceptible d'être appréhendé par les distinctions du droit administratif fondées sur le cercle des destinataires* (*supra* N 26 s.)[130]. La dualité des droits politiques doit être prise en compte dans les conséquences attachées à la nature juridique du contrôle de validité.

---

121 ATF 123 I 63 consid. 2a ; ATF 100 Ia 386 consid. 3. Cpr ATF 121 I 334 consid. 1c, JdT 1997 I 354.

122 Krause, Rechtsweggarantie (ndbp 2), N 207.

123 Pour les critères de la qualification comme décision, cf. Dubey/Zufferey, Droit administratif (ndbp 82), N 773.

124 Le droit de procédure tient pourtant souvent compte de la particularité des droits politiques, cf. p. ex. art. 82 let. c LTF et art. 89 al. 3 LTF.

125 Cpr ég. Edouard Campiche, Die verfassungskonforme Auslegung, Aarau 1978, p. 79.

126 Cf. Attinger, Volksinitiativen (ndbp 10), p. 99 ; Seferovic, Volksinitiative (ndbp 120), N 216.

127 Campiche, Auslegung (ndbp 125), p. 76.

128 Cf. ég. Attinger, Volksinitiativen (ndbp 10), p. 101 s. Le contrôle ultérieur de conformité au droit supérieur dépend de l'aménagement des voies de droit (ATF 139 I 195 consid. 1.3.1, JdT 2014 I 155).

129 Cf. ég. Auer, Initiative (ndbp 10), N 108. Cpr cpdt Krause, Rechtsweggarantie (ndbp 2), N 324 ss.

130 Cf. ég. ATF 123 I 63 consid. 2c ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_136/2018 du 26 novembre 2018 consid. 4.3, rés. par l'autrice de la présente contribution in : http ://www.lawinside.ch/692/.

[Rz 41] En conclusion, si la nature du contrôle de validité ressemble à celle d'une décision du point de vue de l'effet juridique d'application du droit, elle n'y est pas complètement assimilable. Les caractéristiques du contrôle de validité comme procédure de validation abstraite d'un instrument de droit politique distinguent en effet le produit de ce contrôle d'une décision au sens classique de la procédure administrative. Dès lors, il n'est pas possible de qualifier cette procédure de décision individuelle ou de portée générale[131]. Le contrôle de validité des initiatives revêt une *nature sui generis*. Celle-ci ne varie pas en fonction du moment du contrôle de validité, car l'*effet sur la garantie des droits politiques reste le même*, que le contrôle ait lieu avant ou après la récolte de signatures[132].

## II. Le principe du droit d'être entendu lors du contrôle de validité

### A. L'amalgame actuel entre champ d'application et portée du droit d'être entendu

[Rz 42] La problématique de la présente contribution souffre de l'absence de distinction entre le champ d'application et la portée concrète du droit d'être entendu. En effet, la manière dont la jurisprudence et la doctrine se réfèrent au premier arrêt du Tribunal fédéral rejetant un droit d'être entendu peut parfois *laisser penser que la procédure du contrôle de validité est exclue du champ d'application de ce droit*[133].

[Rz 43] La formulation de cet arrêt, tout comme les arrêts auxquels le Tribunal fédéral renvoie[134], est pourtant *plus nuancée*. Le Tribunal fédéral s'en tient en effet à examiner « [l]a portée du droit d'être entendu »[135] et conclut que « [l]orsqu'un parlement cantonal doit se prononcer sur l'unité de la matière au stade de l'examen de la recevabilité d'une initiative populaire, le droit constitutionnel fédéral n'exige en principe pas une audition préalable des auteurs de l'initiative ou des citoyens intéressés »[136]. Ainsi, seul le droit d'être entendu au sens strict de droit de s'expliquer (« *Anhörungsrecht* ») est rejeté, à l'exclusion des autres facultés du droit d'être entendu au sens large (« *Gehörsrecht* ») (*supra* N 11), qui ne sont pas expressément mentionnées.

[Rz 44] Avant d'examiner la portée du droit de s'expliquer sur les éléments pertinents de la décision lors du contrôle de validité, il est pourtant *nécessaire de se demander si la procédure de contrôle de validité tombe dans le champ d'application du droit d'être entendu au sens large*.

---

131 En raison de l'absence de terme consacré pour désigner le produit du contrôle de validité d'une initiative, nous continuerons néanmoins par la suite à le désigner comme la « décision sur la validité ».

132 Cf. ég. Krause, Rechtsweggarantie (ndbp 2), N 325.

133 Cf. p. ex. arrêt du Tribunal fédéral 1C_136/2018 du 26 novembre 2018 consid. 4.3, rés. par l'autrice de la présente contribution in : http ://www.lawinside.ch/692/ ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_127/2013 du 28 août 2013 consid. 4.3 (n. p. à l'ATF 139 I 292) ; Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 183 ; Attinger, Volksinitiativen (ndbp 10), p. 71 ; Grodecki, Droit d'être entendu (ndbp 4), p. 32 ; Seferovic, Volksinitiative (ndbp 120), N 216. Plus précis : Grodecki, Initiative (ndbp 1), N 1161 ; Müller/Schefer, Grundrechte (ndbp 10), p. 852.

134 ATF 98 Ia 73 consid. 2, JdT 1974 I 103 et ATF 91 I 266 consid. 6.

135 ATF 123 I 63 consid. 2d.

136 ATF 123 I 63 consid. 2d.

## B. Le contrôle de validité comme procédure au sens de l'art. 29 Cst.

### 1. Les arguments dogmatiques

[Rz 45] Le contrôle de validité revêt les *caractéristiques d'une procédure au sens de l'art. 29 Cst.*[137], à savoir l'application du droit et l'effet sur la situation juridique d'individus (*supra* N 7). En effet, par ce contrôle, l'autorité examine si une initiative concrète respecte les conditions de validité abstraitement posées par le droit et prend sur cette base un acte de puissance publique concret – la validation, l'invalidation ou la scission – dont l'effet touche directement la garantie des droits politiques des ayants droit au vote (*supra* N 38)[138].

[Rz 46] Cette conclusion s'impose de surcroît à la lumière de la double fonction institutionnelle et individuelle du droit d'être entendu (*supra* N 6). Il serait en effet injustifié d'exclure les droits de participation démocratique de la protection juridique, alors que l'art. 34 Cst. donne à ces droits une protection constitutionnelle subjective et fondamentale[139], qui mérite d'être respectée comme tous les autres droits de fond garantis par un Etat de droit. A cet égard, *le fait que les droits politiques revêtent une dimension collective n'est pas déterminant*[140].

[Rz 47] Premièrement, on peut relever par analogie que la jurisprudence a déjà reconnu un droit d'être entendu fondé sur la protection de la liberté syndicale (art. 28 Cst.) dans la dimension collective de ce droit[141]. Même si le droit en question est fondé sur l'art. 28 Cst., cela démontre que *le caractère collectif d'un droit n'est pas un obstacle de principe à un droit d'être entendu*.

[Rz 48] Secondement, la procédure de validation ne se limite pas à sa dimension collective, mais touche également *l'intérêt individuel à la participation démocratique* (*supra* N 40). En raison de leur double nature, les décisions à propos des droits politiques ne peuvent pas être qualifiées de décisions de portée générale classiques (*supra* N 41). Cela étant, même si l'on retient cette qualification, cela ne les soustrait pas par principe du champ d'application du droit d'être entendu, mais justifie éventuellement de s'interroger sur les personnes légitimées à invoquer le droit d'être entendu (*supra* N 25 ss, *infra* N 54 ss).

### 2. Les arguments empiriques

[Rz 49] La lecture de la jurisprudence récente conduit au même constat. Dans le dernier arrêt en la matière, tout d'abord, *le Tribunal fédéral reconnaît expressément le principe du droit d'être*

---

137 Autre est la question de savoir si la mise en œuvre d'une initiative rédigée en termes généraux tombe également dans le champ d'application de l'art. 29 Cst. A ce propos, arrêt de la Cour de justice GE ACST/14/2017 du 30 août 2017 consid. 7a, 7c ; Grodecki, Droit d'être entendu (ndbp 4), p. 38.

138 Du même avis : Auer, Initiative (ndbp 10), N 108 ; Ferrari, Ungültigerklärung (ndbp 110), p. 75 ; Grodecki, Qualification (ndbp 117), p. 516 ; Grodecki, Initiative (ndbp 1), N 1157. Cf. ég. Kölz, Volksinitiative (ndbp 10), p. 30.

139 Cf. ég. Dubey, Droits II (ndbp 11), N 3989 ; Gerold Steinmann, Art. 34 N 8, 29, in : Bernhard Ehrenzeller [et al.] (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3e éd., Zurich/Saint-Gall 2014, p. 776 ss ; Gerold Steinmann/Adrian Mattle, Art. 82 N 77, in : Marcel A. Niggli [et al.] (édit.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3e éd., Bâle 2018, p. 1137 ss. Plus nuancé : Krause, Rechtsweggarantie (ndbp 2), N 327 s., 409.

140 En général à propos du besoin de protection juridique lorsque de nombreuses personnes sont touchées : Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 185.

141 ATF 140 I 257 consid. 5.1.1 ; ATF 134 I 269 consid. 3.3.1 ; ATF 129 I 113 consid. 3.4 ; arrêt de la Cour de justice GE ACST/14/2017 du 30 août 2017 consid. 7b.

*entendu*[142]. Certes, il limite cette conclusion à l'hypothèse du contrôle antérieur à la récolte de signatures et effectué par l'autorité exécutive, mais *cette limitation est infondée*.

[Rz 50] D'une part, nous avons vu que la décision a le *même effet juridique*, qu'elle soit rendue avant ou après la récolte des signatures (*supra* N 41)[143]. Dans les deux hypothèses, cet effet reste visé par l'art. 29 al. 2 Cst. En tout état de cause, même si l'on fait dépendre la nature de la décision du critère temporel et que l'on qualifie en conséquence la décision sur la validité rendue après la récolte des signatures de décision de portée générale, cette décision reste soumise au droit d'être entendu (*supra* N 25).

[Rz 51] D'autre part, l'autorité qui rend la décision sur la validité n'est pas déterminante pour savoir si une procédure est protégée par l'art. 29 al. 2 Cst. (*supra* N 8). En l'occurrence, *l'autorité n'affecte pas la nature de la décision* sur la validité. Les objections au droit d'être entendu que le Tribunal fédéral tire de la compétence de l'autorité législative[144] ne se rapportent pas non plus à la nature de la décision. Elles ne concernent pas le champ d'application du droit d'être entendu, mais la portée concrète à reconnaître à ce droit (*infra* N 84 ss). Il en va de même de l'argument tiré de la nature des questions litigieuses (*infra* N 68 ss).

[Rz 52] L'inclusion du contrôle de validité des initiatives dans le champ d'application de l'art. 29 al. 2 Cst. ressort ensuite d'un autre arrêt récent, dans lequel le Tribunal fédéral examine si le Grand Conseil a suffisamment motivé sa décision d'invalidation. S'il rejette le grief en l'espèce, il ne conteste pas que le droit à une décision suffisamment motivée s'applique au contrôle de validité[145]. Or, comme on l'a vu, cette prétention découle du droit d'être entendu (*supra* N 11). D'ailleurs, *le Tribunal fédéral lui-même se réfère expressément à ce droit*[146]. De même, dans un arrêt statuant sur une initiative bernoise[147], le Tribunal fédéral rejette le grief de violation de l'art. 29 Cst. en raison de la prise en compte d'un seul rapport d'expertise, mais *n'objecte pas que cet article est inapplicable*[148].

[Rz 53] En conclusion, tant les perspectives dogmatiques qu'empiriques amènent à retenir que *le droit d'être entendu s'applique par principe à la procédure de contrôle de validité des initiatives*, peu importe l'aménagement concret de celle-ci. Autres sont les questions de savoir qui est légitimé à invoquer ce droit (*infra* N 54), quelles facultés découlent concrètement de ce droit lorsqu'il est invoqué dans ce contexte (*infra* N 65 ss) et quelles peuvent être ses modalités de mise en œuvre (*infra* N 101 ss).

---

142 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_136/2018 du 26 novembre 2018 consid. 4.3, rés. par l'autrice de la présente contribution in : http ://www.lawinside.ch/692/.

143 Cf. ég. Krause, Rechtsweggarantie (ndbp 2), N 325.

144 ATF 123 I 63 consid. 2d. Cf. ég. arrêt du Tribunal fédéral 1C_136/2018 du 26 novembre 2018 consid. 4.3, rés. par l'autrice de la présente contribution in : http ://www.lawinside.ch/692/.

145 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_76/2018 du 20 août 2018 consid. 2.1 s., rés. par l'autrice de la présente contribution in : http ://www.lawinside.ch/677/. Cf. ég. Grodecki, Initiative (ndbp 1), N 1151.

146 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_76/2018 du 20 août 2018 consid. 2.1-2.2, rés. par l'autrice de la présente contribution in : http ://www.lawinside.ch/677/.

147 ATF 144 I 193, rés. par l'autrice de la présente contribution in : http ://www.lawinside.ch/626.

148 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_221/2017 du 18 avril 2018 consid. 6.2 (n. p. à l'ATF 144 I 193), rés. par l'autrice de la présente contribution in : http ://www.lawinside.ch/626/.

# III. Les personnes légitimées à invoquer le droit d'être entendu lors du contrôle de validité

## A. La délimitation des parties à la procédure

### 1. L'indétermination du terme « initiants »

[Rz 54] La jurisprudence et la doctrine désignent en principe les « initiants » comme sujets du droit d'être entendus lors du contrôle de validité des initiatives[149]. Ce terme ne bénéficie toutefois d'*aucun sens juridiquement consacré*. Il n'est défini ni par la législation, ni par la jurisprudence, ni par la doctrine. Il s'agit d'un terme polysémique, susceptible de désigner tant les membres du comité d'initiative, que les signataires de celle-ci ou les personnes qui sont *de facto* à son origine. Sa pratique d'utilisation ne permet pas non plus de lui attribuer un sens univoque[150]. L'usage du terme « initiants » s'accompagne donc d'incertitudes. Il s'ensuit que l'expression « droit d'être entendu des initiants » ne permet pas de délimiter de manière précise le cercle des personnes susceptibles d'invoquer ce droit.

### 2. L'inadéquation de la notion issue de la procédure administrative

[Rz 55] En procédure administrative, toute personne dont les droits sont susceptibles d'être touchés par une décision est une partie au sens de l'art. 29 al. 2 Cst. et est à ce titre légitimée à participer à la procédure[151]. Si l'on se fonde sur cette définition, dès lors que la décision sur la validité touche les droits politiques de tous les ayants droits au vote (*supra* N 40), tous devraient bénéficier du droit d'être entendus. Tel n'est toutefois pas le cas. Cette définition des parties se fonde en effet sur la procédure de prononcé d'une décision administrative classique[152]. Or, comme on l'a vu, *cette notion de décision n'est pas susceptible d'appréhender la nature du contrôle de validité des initiatives* (*supra* N 38 ss).

---

149 Cf. p. ex. arrêt du Tribunal fédéral 1C_136/2018 du 26 novembre 2018 consid. 4.2 s., rés. par l'autrice de la présente contribution in : http ://www.lawinside.ch/692/ ; Attinger, Volksinitiativen (ndbp 10), p. 71 ss ; Corsin Bisaz, [...] BGE 139 I 292, PJA 2014 p. 248, N 11 ; Grodecki, Initiative (ndbp 1), N 1160 ss ; Kölz, Volksinitiative (ndbp 10), p. 29 s. Cpr. cpdt ATF 123 I 63 consid. 2d et arrêt du Tribunal fédéral 1C_127/2013 du 28 août 2013 consid. 4.3 (n. p. à l'ATF 139 I 292).

150 Cf. p. ex. la traduction du Conseil fédéral : BR, Botschaft des 16. November 1948 betreffend die Abänderung des Bundesgesetzes vom 27. Januar 1892 über das Verfahren bei Volksbegehren und Abstimmungen betreffend Revision der Bundesverfassung, BBl 1948 III 909, p. 914, 918, 919, 925, 927 et CF, Message du 16 novembre 1948 à l'appui d'un projet de loi modifiant la loi sur le mode de procéder pour les demandes d'initiative populaire et les votations relatives à la révision de la constitution fédérale, FF 1948 III 913, p. 918, 922, 923, 924, 929, 932. Eg. l'usage de « initiants » et « signataires » à propos de l'invalidation partielle : ATF 133 I 110 consid. 3.1 ; ATF 130 I 185 consid. 5 ; ATF 129 I 392 consid. 3.1, RDAF 2004 I 615 ; ATF 112 Ia 382 consid. 6b ; ATF 105 Ia 362 consid. 3 ; ATF 100 Ia 386 consid. 2c ; ATF 61 I 166 ; ATF 61 I 331 ; ATF 48 I 156. Cpr les occurrences où le terme se rapporte aux signataires : interventions Brügger, BO 1923 E 40, 101 ; Dietschi, BO 1923 E 94, 97 ; § 150 al. 1 GPR-ZH ; Hangartner/Kley, Rechte (ndbp 10), N 840, 2013, 2060 ; Kölz, Volksinitiative (ndbp 10), p. 18, 45 ; Ferrari, Ungültigerklärung (ndbp 110), p. 58 ; vs les occurrences où il se rapporte aux personnes ayant lancé l'initiative : Attinger, Volksinitiativen (ndbp 10), p. 33 ; Dubey, Droits II (ndbp 11), N 5180 ; Grisel, Démocratie (ndbp 99), N 398, 543 ; Grodecki, Initiative (ndbp 1), N 297.

151 Cf. ég. Benoît Bovay, Procédure administrative, 2e éd., Berne 2015, p. 166.

152 Bovay, Procédure administrative (ndbp 151), p. 168 ss ; René Rhinow [et al.], Öffentliches Prozessrecht, 3e éd., Bâle 2014, N 849 s., 858. Cf. ég. Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 142.

### 3. Les critères de concrétisation

[Rz 56] Dès lors que la définition classique de parties ne peut être suivie en matière de contrôle de validité, la délimitation des parties à la procédure doit se faire sur la base des *circonstances juridiques et factuelles concrètes*, notamment de la nature juridique *sui generis* du contrôle de validité (*supra* N 41), ainsi que des *fonctions du droit d'être entendu* (*supra* N 6)[153]. Elle doit également tenir compte de la fonction première du droit de procédure, qui est de *permettre l'application du droit matériel*[154]. La concrétisation ne doit donc pas compromettre l'application effective et efficace[155] du droit. Pour ce faire, il convient de se demander concrètement qui a un *besoin digne de protection de participer activement à la procédure*[156].

## B. L'absence de droit d'être entendu de tout ayant droit au vote

### 1. Les difficultés de mise en œuvre

[Rz 57] En l'occurrence, consulter un très grand nombre de personnes et leur mettre à disposition le dossier concernant la validité de l'initiative soulève des difficultés de mise en œuvre évidentes[157]. Cela étant, bien qu'éventuellement coûteuses et prolongeant la procédure, des modalités procédurales sont théoriquement envisageables, par exemple en s'inspirant d'un système de mise à l'enquête qui permettrait à tout ayant droit au vote intéressé de demander à consulter le dossier et de formuler ses opinions[158]. On peut par conséquent *douter que ces difficultés soient à elles seules suffisantes* pour justifier de restreindre le cercle des personnes habilitées à participer activement à la procédure.

### 2. Le besoin de protection juridique

[Rz 58] En revanche, il convient de prendre en compte que *c'est la nature de fonction étatique des droits politiques qui a pour conséquence que tout ayant droit au vote peut soulever une violation de ces droits devant un tribunal*[159]. En tant qu'organe partiel de l'organe étatique « corps électoral », chaque ayant droit au vote n'a pas des intérêts juridiques propres et distincts à défendre, ni des arguments spécifiques à sa situation personnelle à soulever. Les citoyennes et citoyens n'ont dès lors *pas un besoin personnel de participer* à la procédure de validation[160], de sorte qu'il ne se justifie pas de reconnaître à chacune et chacun le droit d'être orienté et de s'exprimer sur les éléments essentiels de la décision, le droit à la preuve ainsi que le droit de consulter le dossier.

---

153 Cf. ég. Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 172 s., 185 ss ; Dubey, Droits II (ndbp 11), N 4057.

154 Kradolfer, Verfahrensgerechtigkeit (ndbp 25), N 11 ; Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht (ndbp 15), N 3020.

155 Thurnherr, Verfahrensgrundrechte (ndbp 10), N 420, 422, 427.

156 Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 141, 154, 170.

157 Cpr *mutatis mutandis* Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 185.

158 Cpr *mutatis mutandis* ATF 121 I 230 consid. 2d. Cf. ég. Thurnherr, Verfahrensgrundrechte (ndbp 10), N 564.

159 ATF 119 Ia 167 consid. 1d, JdT 1995 I 85 ; Krause, Rechtsweggarantie (ndbp 2), N 312, 313, 323.

160 *Mutatis mutandis* : ATF 91 I 266 consid. 6. Cf. ég. ATF 119 Ia 167 consid. 1d, JdT 1995 I 85 ; Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 182 ; Krause, Rechtsweggarantie (ndbp 2), N 321 ss. De manière générale à propos de la fonction de l'intérêt à la protection juridique, cf. Thurnherr, Verfahrensgrundrechte (ndbp 10), N 528.

[Rz 59] Cela étant, tout membre du corps électoral étant habilité à recourir contre la décision sur la validité (art. 89 al. 3, 111 al. 1 LTF), il doit être en mesure d'exercer effectivement ce droit de recours. Or, cela suppose notamment que les autorités *notifient* – éventuellement par le biais d'un organe de publication officielle du canton[161] – et *motivent* leurs décisions[162]. La violation de ces obligations, qui sont en principe déduites du droit d'être entendu (*supra* N 11), devrait par conséquent pouvoir être soulevée par tout ayant droit au vote recourant.

## C. Le droit d'être entendu du comité d'initiative

### 1. Le statut particulier du comité d'initiative

[Rz 60] Parmi l'ensemble des citoyennes et citoyens touchés par la validation de l'initiative, il existe néanmoins un groupe de personnes qui se trouve dans une *relation de proximité particulière* avec l'initiative[163] et qui bénéficie d'un *statut juridique particulier*. Il s'agit du comité d'initiative ou de son équivalent en droit cantonal[164].

[Rz 61] Le comité d'initiative est composé des citoyennes et citoyens qui ont officiellement exercé leur droit de lancer une initiative. Il assume *en pratique* des *tâches déterminantes pour le sort de l'initiative*, comme l'organisation de la récolte des signatures[165], de la campagne sur l'initiative[166] et des discussions à propos de l'opportunité politique de l'initiative[167]. Mais sa relation de proximité à l'initiative n'est pas seulement factuelle. Elle ressort en effet de la *législation cantonale*. Premièrement, tandis que les signataires de l'initiative ne sont pas destinés à être connus[168], la composition du comité est en principe publiée avec l'initiative[169]. De la sorte, le comité assume de manière officielle la responsabilité du texte[170]. Secondement, la législation confère au comité toute une série de compétences[171], de l'annonce officielle de l'initiative[172] et la collaboration avec

161 Cf. ég. Auer, Initiative (ndbp 10), N 108. Cf. p ex. *mutatis mutandis* à propos d'une fusion de communes : ATF 131 I 91 consid. 3.1, JdT 2006 I 507. En général : Jaag, Allgemeinverfügung (ndbp 81), p. 450 ; BSK BV-Waldmann (ndbp 13), Art. 29 N 57.

162 Cf. SGK BV-Steinmann (ndbp 11), Art. 29 N 49 s. ; BSK BV-Waldmann (ndbp 13), Art. 29 N 56 s.

163 Décision du Tribunal cantonal JU CST 1+2/2017 du 30 janvier 2018 ; Grodecki, Droit d'être entendu (ndbp 4), p. 37 s. Cf. ég. *mutatis mutandis* Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 185.

164 P. ex. § 122 al. 1 GPR-ZH ; art. 89 al. 1 LEDP-VD.

165 P. ex. § 138 al. 1 Stimmrechtsgesetz des Kantons Luzern vom 25. Oktober 1988 (StRG-LU ; 10) ; art. 92, 94 al. 1 LEDP-VD ; art. 88 Loi du canton de Genève du 15 octobre 1982 sur l'exercice des droits politiques (LEDP-GE ; A 5 05) ; art. 85 al. 4 LDP-JU.

166 Attinger, Volksinitiativen (ndbp 10), p. 33 ; Corsin Bisaz, Das Initiativkomitee, in : Andrea Good/Bettina Platipodis (édit.), Direkte Demokratie, Festschrift für Andreas Auer zum 65. Geburtstag, Berne 2013, p. 135 ss, p. 141 ; Grisel, Démocratie (ndbp 99), N 432. Cf. ég. art. 133o LDP-NE.

167 Bisaz, Initiativkomitee (ndbp 166), p. 136, 141 ; Hangartner/Kley, Rechte (ndbp 10), N 2100. Cf. ég. déjà, interventions Bratschi, BO 1961 N 312, 313. P. ex. § 138b al. 2 GPR-ZH ; art. 90 al. 3 LDP-JU.

168 P. ex. art. 110a LEDP-FR ; art. 91 al. 6 LEDP-GE. Cf. ég. ATF 98 Ib 289 consid. 4h ; intervention Mugny, BO 1976 N 11 ; Grodecki, Initiative (ndbp 1), N 984 ; Hangartner/Kley, Rechte (ndbp 10), N 203.

169 P. ex. § 125 al. 1 GPR-ZH ; art. 99 al. 3 LDP-NE.

170 Cf. ég. p. ex. § 29 al. 1 GPR-ZH ; Grisel, Démocratie (ndbp 99), N 432.

171 Cf. ég. décision du Tribunal cantonal JU CST 1+2/2017 du 30 janvier 2018 ; Grisel, Démocratie (ndbp 99), N 392, 396 ; Nicolas von Arx, Ähnlich, aber anders – Die Volksinitiative in Kalifornien und in der Schweiz, Bâle 2002, p. 122.

172 P. ex. art. 89 al. 1 LEDP-VD ; art. 99 al. 1 LDP-NE. Cf. ég. Hangartner/Kley, Rechte (ndbp 10), N 208.

l'autorité chargée de l'examen préliminaire[173] à la présentation d'une motivation de l'initiative destinée à être reprise dans le matériel de vote[174], en passant par la compétence de retirer l'initiative[175].

[Rz 62] Le droit de l'initiative populaire *institue* ainsi le comité d'initiative comme un rouage indispensable de l'exercice du droit d'initiative[176] et le charge de représenter les intérêts de l'initiative. La fonction du comité n'est pas limitée au retrait de l'initiative, mais consiste à *formaliser les responsables officiels de l'initiative*, tant pour garantir une certaine information du corps électoral que pour assurer aux autorités un *interlocuteur suivi*[177]. A ce titre, le comité se trouve en *relation directe avec les autorités* et mérite d'être protégé en tant que sujet et non objet de la procédure[178]. Par conséquent, il convient de lui reconnaître le *droit de participer activement* à la procédure[179].

## 2. L'exercice par le comité en tant que tel

[Rz 63] Le statut particulier d'interlocuteur officiel des autorités est reconnu au *comité d'initiative en tant que tel*, dans sa constitution et sa composition déterminées par la législation, et non individuellement à chacun de ses membres. A l'instar du droit d'être entendu reconnu à un syndicat[180], le droit d'être entendu doit donc également être reconnu au comité et non de façon indépendante à chacun de ses membres. Ceux-ci doivent par conséquent se concerter et se coordonner pour *exercer ensemble* leurs prétentions.

[Rz 64] De même qu'une partie de la doctrine – contrairement à la jurisprudence[181] – considère que la personnalité juridique de la forme de droit privé sous-jacente au comité d'initiative[182] n'est pas déterminante pour admettre la qualité pour recourir du comité[183], nous estimons que *la reconnaissance du comité d'initiative comme partie à la procédure de contrôle de validité des initiatives ne dépend pas de la personnalité juridique* de cette structure privée[184]. Le droit public accorde en

173 P. ex. art. 114 al. 2, 138 al. 4 LEDP-FR. *Mutatis mutandis* : art. 23 de l'ordonnance sur les droits politiques (ODP) ; Grisel, Démocratie (ndbp 99), N 432.

174 P. ex. § 64 al. 1 let. c GPR-ZH ; art. 112 al. 1 LDP-NE.

175 P. ex. § 138c s. GPR-ZH ; art. 113, 118 al. 2 LEDP-FR ; art. 98 al. 2 LEDP-VD ; art. 91 al. 3 LDP-JU. Cf. ég. Attinger, Volksinitiativen (ndbp 10), p. 33 ; Grisel, Démocratie (ndbp 99), N 398.

176 Cf. Grisel, Démocratie (ndbp 99), N 432 ; Hangartner/Kley, Rechte (ndbp 10), N 208 ; von Arx, Volksinitiative (ndbp 171), p. 122.

177 P. ex. art. 112 al. 3, 138 al. 2 LEDP-FR ; art. 35 al. 3 RIG-SG. Cf. ég. Attinger, Volksinitiativen (ndbp 10), p. 33 ; Bisaz, Initiativkomitee (ndbp 166), p. 139, 141 ; Grisel, Démocratie (ndbp 99), N 432 (cf. ég. N 396, 398).

178 De manière générale à ce propos, cf. Thurnherr, Verfahrensgrundrechte (ndbp 10), N 536 ss.

179 Cpr ég. Auer, Initiative (ndbp 10), N 108 ; Grodecki, Droit d'être entendu (ndbp 4), p. 37 ; Grodecki, Initiative (ndbp 1), N 1157, 1160.

180 Cf. ATF 134 I 269 consid. 3.3.1 ; ATF 129 I 113 consid. 3.4 ; Dubey, Droits II (ndbp 11), N 3039, 3041.

181 ATF 134 I 172 consid. 1.3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_16/2012 du 25 avril 2012 consid. 1.4 (n.p. à l'ATF 138 I 189) ; Michel Besson, Legitimation zur Beschwerde in Stimmrechtssachen, RJB 147/2011 p. 843 ss, p. 853 ; Bisaz, Initiativkomitee (ndbp 166), p. 144 ; Christoph Hiller, Die Stimmrechtsbeschwerde, Zurich 1990, p. 230.

182 Sur le plan privé, le comité d'initiative peut revêtir la forme d'une association (art. 60 du Code Civil [CC]) ou d'une société simple (art. 530 du Code des obligations [CO]) (Grodecki, Initiative (ndbp 1), N 919 ; Hiller, Stimmrechtsbeschwerde (ndbp 181), p. 230).

183 Bisaz, Initiativkomitee (ndbp 166), p. 144 s. ; Hiller, Stimmrechtsbeschwerde (ndbp 181), p. 50 s., 231 s., 306 ; Gerold Steinmann/Adrian Mattle, Art. 89 N 73, in : Marcel A. Niggli [et al.] (édit.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3e éd., Bâle 2018, p. 1436 ss. Cf. ég. Besson, Legitimation (ndbp 181), p. 853 ndp 34 ; Kölz, Volksinitiative (ndbp 10), p. 41 ; Pierre Tschannen, Stimmrecht und politische Verständigung, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1995, N 778.

184 *Mutatis mutandis* à propos des syndicats : Dubey, Droits II (ndbp 11), N 3041 avec 3080.

effet au comité une capacité d'agir indépendamment de la manière dont ses membres s'organisent sur le plan privé[185]. Dès lors, on ne voit pas pour quel motif le comité aurait par exemple dans tous les cas la capacité de retirer une initiative, mais celle de consulter le dossier uniquement si ses membres se sont constitués en association.

## IV. La portée du droit d'être entendu du comité d'initiative

### A. Les diverses facultés

[Rz 65] Le droit de s'expliquer sur les éléments pertinents et l'obligation des autorités d'orienter le comité d'initiative à leur propos constituent les *seules facultés du droit d'être entendu à propos desquelles la jurisprudence et la doctrine s'interrogent expressément* dans le contexte du contrôle de validité[186]. En raison de leur interdépendance, nous traiterons ensemble ces deux composantes du droit d'être entendu, en suivant la distinction opérée par la jurisprudence entre questions de fait et de droit.

[Rz 66] Comme on l'a vu, le droit d'être entendu ne se limite toutefois pas à ces deux facultés (*supra* N 11). Il inclut également le droit d'obtenir une décision motivée, ainsi que le *droit de consulter le dossier*. Ni la jurisprudence, ni la doctrine ne font mention de ce dernier droit. Nous y reviendrons par conséquent après avoir présenté l'étendue du droit de s'expliquer et d'être orienté, dont le droit de consulter le dossier dépend.

[Rz 67] Quant au *droit d'obtenir une décision motivée*, le Tribunal fédéral reconnaît expressément que cette composante du droit d'être entendu doit être respectée dans la procédure de contrôle de validité. Néanmoins, il admet que, « compte [tenu] de la difficulté de connaître la motivation réelle d'une décision d'invalidation prise par une assemblée législative, [...] la motivation de l'acte attaqué n'intervient [...] qu'avec la réponse de l'autorité intimée, sans que le Tribunal fédéral n'ait à rechercher si cette motivation correspond bien aux débats qui se sont tenus devant cette autorité. [...] [U]n délai est ensuite imparti aux recourants pour présenter un mémoire complétif, afin de se déterminer sur les motifs invoqués »[187].

### B. Le droit d'être orienté et de s'expliquer sur les faits

#### 1. L'état de la jurisprudence

[Rz 68] Dans le premier arrêt où le Tribunal fédéral exclut le droit de s'expliquer du comité d'initiative, il retient que « la nature des questions litigieuses [en l'espèce] – le respect du principe

185 Cpr ég. décision du Tribunal cantonal JU CST 1+2/2017 du 30 janvier 2018 ; Hiller, Stimmrechtsbeschwerde (ndbp 181), p. 50 ; Kölz, Volksinitiative (ndbp 10), p. 41.

186 Cf. ATF 123 I 63 consid. 2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_136/2018 du 26 novembre 2018 consid. 4, rés. par l'autrice de la présente contribution in : http ://www.lawinside.ch/692/.

187 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_76/2018 du 20 août 2018 consid. 2.1, rés. par l'autrice de la présente contribution in : http ://www.lawinside.ch/677/ ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_157/2017 du 17 avril 2018 consid. 3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1P.622/2003 du 26 mai 2004 consid. 1.3.2 (n. p. à l'ATF 130 I 185) ; Grodecki, Initiative (ndbp 1), N 1170 ss. En général, ATF 132 I 196 consid. 3.1, JdT 2007 I 101 ; ATF 131 I 108 consid. 3.1, JdT 2006 I 529 ; Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 424 ss.

de l'unité de la matière et les modalités d'une scission de l'initiative [...] – [...] n'exigent pas de l'autorité compétente qu'elle administre des preuves ou apprécie des faits »[188].

### 2. La pertinence de l'établissement des faits pour le contrôle de validité

[Rz 69] Comme il ressort du dernier arrêt en la matière (*supra* N 2), il est néanmoins envisageable que le contrôle de validité d'une initiative donne lieu à une instruction[189]. Il faut par conséquent prendre garde à ne pas généraliser l'affirmation du Tribunal fédéral d'après laquelle la nature des questions litigieuses ne soulève pas de questions de fait[190].

[Rz 70] Premièrement, il arrive que le droit cantonal autorise les *initiatives administratives et/ou de planification*. Or, examiner la validité de celles-ci suppose d'établir la situation concrète qu'elles visent, à l'instar de la procédure ordinaire d'adoption d'une décision ou d'un plan[191].

[Rz 71] Deuxièmement, même lorsqu'il en va du contrôle d'une initiative normative, l'examen du respect des conditions de validité peut exiger d'établir des faits. D'une part, lorsque l'autorité examine l'*exécutabilité matérielle* de l'initiative, elle doit se demander si celle-ci est matériellement possible à réaliser[192], ce qui suppose d'apprécier la situation dans les faits. Par exemple, lorsque l'initiative remet en cause des travaux, la jurisprudence considère qu'elle est inexécutable si l'ouvrage est en état d'achèvement. Pour savoir si tel est le cas, il est nécessaire de constater dans les faits l'état d'exécution des travaux[193].

[Rz 72] D'autre part, contrairement à ce que l'on pourrait inférer de la jurisprudence, il n'est pas non plus totalement exclu que l'examen de l'*unité de la matière* et de la *scission*, de même que celui de la *conformité au droit supérieur* et de l'*invalidation partielle*, suppose d'instruire des faits. Certes, interpréter l'initiative, déterminer si ses parties sont reliées par un rapport de connexité raisonnable[194] ainsi qu'examiner si, en cas d'invalidation ou de scission, elle forme encore un tout cohérent correspondant à l'objectif originel[195], constituent des questions de droit. Mais ces opérations s'inscrivent toujours dans un contexte non seulement normatif, mais également factuel déterminé. La jurisprudence atteste d'ailleurs que ce contexte est pris en compte lors de la détermination du sens de l'initiative[196].

### 3. Les conclusions

[Rz 73] Les développements qui précèdent démontrent que l'examen de la validité de l'initiative peut nécessiter d'établir des faits. Le comité d'initiative doit alors se voir reconnaître la faculté de

188 ATF 123 I 63 consid. 2d.

189 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_136/2018 du 26 novembre 2018 consid. 4.4, rés. par l'autrice de la présente contribution in : http ://www.lawinside.ch/692/.

190 Trop général : arrêt du Tribunal fédéral 1C_127/2013 du 28 août 2013 consid. 4.3 (n. p. à l'ATF 139 I 292) ; Attinger, Volksinitiativen (ndbp 10), p. 71 s. ; Seferovic, Volksinitiative (ndbp 120), N 216.

191 Cf. p. ex. arrêt du Tribunal fédéral 1C_238/2016 du 2 décembre 2016 consid. 4.

192 Attinger, Volksinitiativen (ndbp 10), p. 142 ss ; Auer/Malinverni/Hottelier, Etat (ndbp 96), N 787 s., 876.

193 Cf. p. ex. ATF 128 I 190 consid. 5.2.

194 Cf. p. ex. ATF 130 I 185 consid. 3 ; ATF 129 I 381, consid. 2.1 ; ATF 128 I 190 consid. 3.2 ; ATF 123 I 63 consid. 4b.

195 Cf. p. ex. ATF 139 I 292 consid. 7.2.3, JdT 2014 I 237 ; ATF 134 I 172 consid. 2.1.

196 Cf. p. ex. ATF 139 I 292 consid. 7.4.1, JdT 2014 I 237 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_76/2018 du 20 août 2018 consid. 3.3, rés. par l'autrice de la présente contribution in : http ://www.lawinside.ch/677/.

s'expliquer sur ces faits. Cette faculté inclut non seulement le droit de *participer à l'administration des preuves essentielles*, p. ex. à une éventuelle vision locale, ou de se prononcer sur le résultat de celle-ci, par exemple sur les « statistiques[,] informations factuelles » ou expertises que l'autorité sollicite auprès de départements ou de tiers[197], mais également celui de *faire des offres de preuves*[198].

## C. Le droit d'être orienté et de s'expliquer sur le droit

### 1. L'état de la jurisprudence

[Rz 74] Le Tribunal fédéral a par le passé admis que « les règles relatives à l'unité de la matière et à la scission confèrent un certain pouvoir d'appréciation à l'autorité », mais a néanmoins dénié au comité d'initiative le droit de s'expliquer à propos de la concrétisation de ces règles en raison des particularités de la procédure parlementaire (*infra* N 84)[199].

[Rz 75] Le Tribunal fédéral n'a en revanche pas examiné si les autres règles sur la validité laissent également à l'autorité une marge de manœuvre. Dans le dernier arrêt en la matière, il rejette en effet un droit de s'expliquer sur le droit au motif que le comité « pouvait s'attendre à ce que la question de la conformité au droit supérieur [...] soit traitée »[200], mais ne fait pas mention de l'hypothèse de la norme conférant une marge de manœuvre à l'autorité[201].

### 2. Les éléments de droit incertains

#### a. L'éventualité de motifs juridiques inattendus

[Rz 76] A notre avis, l'application des règles sur la validité de l'initiative est globalement caractérisée par l'*incertitude*[202] typique qui doit conduire les autorités à orienter le comité d'initiative sur l'application envisagée et laisser à celui-ci l'occasion de prendre position à ce propos (*supra* N 23).

[Rz 77] Premièrement, l'application de ces règles est susceptible de faire surgir des questions juridiques inattendues. Certes, les règles en elles-mêmes sont établies. Sur le principe, le comité ne peut donc pas se prévaloir du caractère inattendu de leur application. Néanmoins, il est possible que *la manière dont les règles sont appliquées soit inattendue*. Tout d'abord, les règles de droit supérieur dont l'autorité examine le respect peuvent être elles-mêmes inattendues. Ensuite, l'autorité peut changer sa pratique d'interprétation d'une règle ou trancher une question qui ne s'est jamais

197 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_136/2018 du 26 novembre 2018 consid. 4.3, rés. par l'autrice de la présente contribution in : http ://www.lawinside.ch/692/. Le Tribunal fédéral cite également comme exemple solliciter un avis de droit. Cette opération touche cependant au droit et non aux faits (ég. *infra* N 99). En général, cf. Wiederkehr/Rosales-Geyer, Informationspflichten (ndbp 46), p. 64 s.

198 Cf. p. ex. ATF 142 II 218 consid. 2.3, rés. par Tobias Sievert in : http ://www.lawinside.ch/233/ ; Müller/Schefer, Grundrechte (ndbp 10), p. 863 ss ; SGK BV-Steinmann (ndbp 11), Art. 29 N 48 ; BSK BV-Waldmann (ndbp 13), Art. 29 N 50.

199 ATF 123 I 63 consid. 2d.

200 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_136/2018 du 26 novembre 2018 consid. 4.4, rés. par l'autrice de la présente contribution in : http ://www.lawinside.ch/692/.

201 Cf. ég. implicitement arrêt du Tribunal fédéral 1C_127/2013 du 28 août 2013 consid. 4.3 (n. p. à l'ATF 139 I 292), qui ne revient pas sur cette question ; Attinger, Volksinitiativen (ndbp 10), p. 75.

202 Cpr ég. Kölz, Volksinitiative (ndbp 10), p. 30.

posée jusqu'alors. Enfin, si la conformité à une condition de validité est contestée seulement par l'autorité de décision, alors qu'elle avait été d'emblée admise par l'autorité de préavis, on peut partir de l'idée qu'il s'agit d'une question inattendue (*infra* N 111)[203].

### b. La marge de manœuvre de l'autorité de décision

[Rz 78] Secondement, l'autorité qui examine la validité dispose d'une marge de manœuvre, à propos tant de la sanction à prononcer, que du respect des conditions de validité[204]. En effet, de manière générale, les limites posées au droit d'initiative concrétisent la pondération entre liberté de contenu et liberté d'exercice du vote[205]. Elles démontrent par conséquent un *caractère plus ou moins indéterminé*, qu'il revient aux autorités d'application de concrétiser dans le respect des principes d'activité de l'Etat (art. 5 Cst.)[206]. La marge d'appréciation reconnue aux autorités ressort notamment de l'obligation qui leur est faite d'« éviter *autant que possible* les décisions d'invalidation »[207]. L'autorité doit se demander s'il est nécessaire d'invalider l'initiative pour atteindre l'objectif de protection de la liberté de contenu du vote ou si l'initiative peut se voir reconnaître une portée qui la rende valable[208] – cas échéant par le biais d'une invalidation partielle ou d'une scission[209].

[Rz 79] Ainsi, chaque condition de validité laisse à l'autorité une certaine marge de manœuvre pour déterminer si l'initiative en cause est compatible avec cette condition. Tout d'abord, comme le reconnaît le Tribunal fédéral[210], en chargeant l'autorité d'examiner si les différentes parties de l'initiative se trouvent dans un rapport intrinsèque qui justifie de les présenter ensemble, la règle de l'*unité de la matière* lui confie un examen à la lumière de ce qui est raisonnable[211]. Cette règle ne peut être abstraitement définie de manière plus précise, mais doit être concrétisée au cas par cas par l'autorité[212]. Il s'agit ainsi d'une notion juridique indéterminée[213].

[Rz 80] L'*exécutabilité matérielle* de l'initiative constitue également une notion juridique indéterminée, qu'il appartient aux autorités de concrétiser[214]. L'évolution jurisprudentielle en la matière l'atteste, notamment lorsqu'elle qualifie de matériellement impossible à exécuter une initiative

---

203 Cf. *mutatis mutandis* en droit pénal, mais dans un considérant qui se rapporte expressément au droit d'être entendu en général : ATF 126 I 19 consid. 2c-2d, JdT 2000 I 504. *A contrario* : ATF 123 I 63 consid. 2d. Cpr ég. Wiederkehr/Rosales-Geyer, Informationspflichten (ndbp 46), p. 61.

204 Cf. ég. Ferrari, Ungültigerklärung (ndbp 110), p. 82 ss.

205 Cf. ég. Dubey, Droits II (ndbp 11), N 5150.

206 Cf. ég. Ferrari, Ungültigerklärung (ndbp 110), p. 82 s.

207 ATF 143 I 129 consid. 2.2, rés. par l'autrice de la présente contribution in : http ://www.lawinside.ch/374/ ; ATF 134 I 172 consid. 2.1 (mise en évidence en italique ajoutée). Cf. ég. Grodecki, Initiative (ndbp 1), N 1183.

208 A propos de l'interprétation conforme, cf. p. ex. ATF 143 I 129 consid. 2.2, rés. par l'autrice de la présente contribution in : http ://www.lawinside.ch/374/.

209 Cf. p. ex ATF 139 I 292 consid. 7.2.3, JdT 2014 I 237 ; ATF 134 I 172 consid. 2.1.

210 ATF 123 I 63 consid. 2d.

211 Cf. ATF 96 I 636, consid. 7 (« *sachlich gerechtfertigt* »), JdT 1971 I 495. Cf. ég. ATF 130 I 185 consid. 3 ; ATF 129 I 381 consid. 2.1 ; ATF 128 I 190 consid. 3.2 ; ATF 123 I 63 consid. 4b.

212 Cf. p. ex. ATF 130 I 185 consid. 3.2 ; ATF 123 I 63 consid. 4b, 4d. Cf. ég. Giovanni Biaggini, Einheit der Materie : Rechtsregel oder Rechtsgrundsatz ?, ZBl 120/2019 p. 1 s., p. 2 ; René Rhinow, Die Einheit der Materie – ein Kompromisskiller ?, ZBl 120/2019 p. 113 s.

213 Grisel, Démocratie (ndbp 99), N 686.

214 Cf. la manière de la doctrine de se référer à l'interprétation de cette condition, p. ex. Auer/Malinverni/Hottelier, Etat (ndbp 96), N 876 (et 788) ; Grisel, Démocratie (ndbp 99), N 692 ss, en part. 695.

qui porte sur des travaux très avancés, mais pas une initiative qui porte sur des travaux qui viennent de débuter[215]. Cet exemple démontre que ce sont les autorités chargées de l'examen de la validité qui ont concrétisé la notion d'inexécutabilité de sorte à ce qu'elle englobe ce cas de figure. D'un point de vue purement factuel, il est en effet envisageable de remettre en état un site construit.

[Rz 81] Quant à la condition de l'*unité de la forme*, il est vrai qu'elle obéit à une définition précise qui revient à interdire de mélanger dans une même initiative les formes rédigées de toutes pièces et en termes généraux[216]. Néanmoins, l'autorité dispose d'une marge de manœuvre dans l'application de cette règle à deux égards. Premièrement, les notions de formes d'initiative elles-mêmes ne sont pas clairement établies et donnent lieu à des discussions au sein de la doctrine[217]. Secondement, il n'est pas possible de déduire de la jurisprudence un critère précis sur la base duquel l'initiative devrait être qualifiée[218]. La doctrine est quant à elle divisée entre une approche qui se fonde uniquement sur le texte de l'initiative et une approche qui se fonde principalement sur la volonté des initiants[219]. En l'absence de règle clairement établie, il revient à l'autorité de faire appel à son pouvoir d'appréciation pour qualifier l'initiative. La manière dont l'autorité appliquera cette règle ne peut être anticipée par le comité d'initiative.

[Rz 82] Quant à l'examen de la *conformité au droit supérieur*, il confère *indirectement* à l'autorité une marge de manœuvre. D'une part, cet examen suppose d'interpréter les règles de droit supérieur en cause. Or, ces règles sont elles-mêmes susceptibles de contenir des notions juridiques indéterminées et/ou de conférer aux autorités un certain pouvoir d'appréciation. D'autre part, l'autorité doit interpréter l'initiative en cause, pour déterminer si le sens de celle-ci est compatible avec le droit supérieur[220]. Or, l'interprétation est un processus qui contient toujours une part créative et dont le résultat ne peut être jugé à l'aune de critères scientifiques d'objectivité[221]. L'autorité dispose ainsi toujours d'une marge de manœuvre dans la détermination du sens d'une initiative.

[Rz 83] Enfin, l'autorité doit faire usage de son pouvoir d'appréciation dans le *choix de la sanction* qui conclut le contrôle de validité[222]. En cas d'invalidité, le principe du traitement favorable impose d'examiner si une invalidation partielle, voire une scission est possible[223]. Ces deux mesures peuvent être prononcées seulement si la ou les parties soumises au vote forment encore un tout cohérent correspondant à l'objectif originel[224]. Or, tant la notion de « tout cohérent » que celle

215 ATF 128 I 190 consid. 5. Cf. Grisel, Démocratie (ndbp 99), N 695 ; Tschannen, Stimmrecht (ndbp 183), N 134.

216 Cf. p. ex. Grisel, Démocratie (ndbp 99), N 676.

217 Cf. Auer/Malinverni/Hottelier, Etat (ndbp 96), N 864.

218 Plutôt dans le sens de l'approche « subjective » : ATF 114 Ia 413 consid. 3d s., JdT 1990 I 226 ; ATF 112 Ia 208 consid. 4, JdT 1988 I 258. Plutôt dans le sens de l'approche « objective » : arrêt du Tribunal fédéral 1C_49/51/2010 du 8 juillet 2010 consid. 4.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1P.531/2006 du 8 novembre 2006 consid. 4.1.2.

219 Cf. Biaggini, Komm. BV (ndbp 12), Art. 139 N 17c.

220 Cf. p. ex. Ramona Pedretti, Die Vereinbarkeit von kantonalen Volksinitiativen mit höherrangigem Recht, ZBl 118/2017 p. 299 ss, p. 308 ss.

221 Cf. p. ex. Dubey/Zufferey, Droit administratif (ndbp 82), N 389 ; Rhinow, Rechtsetzung (ndbp 72), p. 124 ss.

222 Cf. ATF 123 I 63 consid. 2d ; Grodecki, Initiative (ndbp 1), N 1164.

223 Cf. p. ex. ATF 134 I 172 consid 2.1.

224 A propos de l'invalidation partielle, cf. p. ex. ATF 139 I 292 consid. 7.2.3, JdT 2014 I 237 ; ATF 134 I 172 consid 2.1. A propos de la scission, cf. Grodecki, Initiative (ndbp 1), N 1226 et, implicitement, ATF 129 I 381 consid. 4.3.2 ; ATF 123 I 63 consid. 6c ; Tschannen, Stimmrecht (ndbp 183), N 131, 139.

d'« objectif originel » sont indéterminées et supposent que l'autorité les concrétise à la lumière de l'initiative en cause.

### 3. Les arguments invoqués contre la reconnaissance de cette faculté

#### a. La compétence du parlement

[Rz 84] D'après la jurisprudence, la portée du droit d'être entendu doit tenir compte « de la structure et de l'organisation spécifiques des parlements cantonaux »[225]. Partant, le Tribunal fédéral considère que, lorsque la décision sur la validité est prise par un parlement, le comité d'initiative ne devrait pas se voir reconnaître le droit de s'expliquer sur l'application des conditions de validité pour deux raisons. Premièrement, *la composition du parlement et la procédure devant cet organe assurent que tous les éléments pertinents soient invoqués*, de sorte qu'il est superflu que le comité présente ses arguments juridiques. Secondement, « les membres du comité d'initiative [ont] des *moyens indirects et légitimes de faire valoir leurs intérêts* auprès des députés [...] par exemple [en] s'adress[ant] aux représentants des [...] partis politiques [...] qui [ont] expressément soutenu le lancement de l'initiative »[226].

[Rz 85] Outre que ces arguments ne sont pas transposables à la décision prise par le gouvernement[227], les arrêts desquels le Tribunal fédéral infère que les particularités du parlement[228] jouent un rôle ne permettent pas d'aboutir à la conclusion que le comité d'initiative ne devrait pas avoir le droit de s'expliquer.

[Rz 86] L'arrêt qui pose le principe selon lequel les exigences ne doivent pas être trop strictes lorsqu'il s'agit d'un parlement *ne porte en effet pas sur le principe du droit de s'exprimer*. Il retient seulement que le droit d'être entendu est respecté lorsque les prétentions et les demandes essentielles des personnes qui demandent en l'espèce un recomptage des voix ressortent du rapport du Bureau et que chaque membre du Grand Conseil a l'occasion de consulter l'ensemble des actes[229].

[Rz 87] Quant à l'arrêt le plus ancien auquel le Tribunal fédéral se réfère, il est *beaucoup plus circonstancié*. Il retient que les citoyens intéressés[230] n'ont pas un droit individuel de prendre position sur une annulation de bulletins de vote, car ils ont tous le même intérêt à défendre. ll suffit dès lors que leurs arguments soient portés à la connaissance de l'autorité. En l'espèce, plusieurs faits prouvent que tel a été le cas. Pour le Tribunal fédéral, les électeurs ne se sont donc pas vus *en l'espèce* refuser une protection juridique suffisante[231].

[Rz 88] Au demeurant, cet arrêt est principalement motivé par des considérations pratiques. La conséquence qu'en tire le Tribunal fédéral en s'intéressant uniquement au résultat (les arguments ont été entendus) n'est pas convaincante[232]. Tout d'abord, elle omet la *fonction de droit de partici-*

---

225 ATF 123 I 63 consid. 2d.

226 ATF 123 I 63 consid. 2d (mise en évidence en italique ajoutée).

227 Cf. ég. arrêt du Tribunal fédéral 1C_136/2018 du 26 novembre 2018 consid. 4.3, rés. par l'autrice de la présente contribution in : http ://www.lawinside.ch/692/ ; Grodecki, Droit d'être entendu (ndbp 4), p. 36 s.

228 ATF 119 Ia 141 ; ATF 98 Ia 73 ; ATF 91 I 266.

229 ATF 98 Ia 73 consid. 2, JdT 1974 I 103. Cf. ég. arrêt du Tribunal fédéral du 22 mai 1991 consid. 2c, RDAF 1992 p. 51.

230 L'arrêt date de 1965, soit avant l'introduction du suffrage universel complet dans ce canton. C'est la raison pour laquelle l'usage exclusif du masculin se justifie.

231 ATF 91 I 266 consid. 6.

232 Cf. ég. dans un sens similaire : Thurnherr, Verfahrensgrundrechte (ndbp 10), N 349, 439.

*pation lié à la personnalité des parties du droit d'être entendu* (*supra* N 6)[233]. Ensuite, elle méconnait la *nature formelle des garanties de procédure*. En examinant seulement *a posteriori* si les arguments ont été entendus sans instituer des exigences que l'autorité doit respecter dans tous les cas, elle consacre le risque que les arguments soient parfois entendus, parfois pas[234].

[Rz 89] Les mêmes arguments valent à propos du droit de s'exprimer lors du contrôle de validité d'une initiative. Le fait que le comité dispose de moyens indirects de faire valoir ses intérêts n'est *pas équivalent à une voie d'expression directe* à l'ensemble de l'autorité[235]. D'une part, le caractère indirect présente le danger que les arguments soient mal reproduits[236]. D'autre part, l'expression du comité par une voie non institutionnalisée ne garantit aucune publicité. Or, la libre formation de la volonté du corps électoral à propos de l'initiative (art. 34 al. 2 Cst.) exige que celui-ci soit informé de tous les éléments pris en compte par l'autorité (*infra* N 102)[237]. Cela suppose selon nous une *officialisation* de la consultation du comité.

[Rz 90] A cela s'ajoute que le raisonnement du Tribunal fédéral d'après lequel il est superflu que le comité présente ses arguments juridiques méconnaît la *fonction d'opposition de l'initiative*, comme le relève Patrizia Attinger[238]. L'initiative constitue en effet un moyen d'expression des demandes négligées par le parlement[239]. Dès lors, le parlement ne peut être vu comme étant un organe propre à exprimer les motifs en faveur de celle-ci.

[Rz 91] Le fait que la décision soit rendue par le parlement n'est donc pas un motif justifiant de ne pas reconnaître de manière officielle et transparente au comité d'initiative un droit de s'expliquer sur les questions juridiques soulevées par l'initiative. L'organisation particulière du parlement justifie tout au plus des modalités de mise en œuvre de ce droit différentes de lorsque la décision est prise par le gouvernement (*infra* N 109 ss).

### b. La portée de l'explication du comité sur le sens de l'initiative

[Rz 92] Dans sa récente thèse de doctorat, Patrizia Attinger soutient que l'interprétation des initiatives devrait se fonder sur la compréhension des citoyennes et citoyens et, par conséquent, prendre uniquement en compte le texte et l'exposé officiel écrit des motifs de l'initiative, puisque seuls ces documents leur sont accessibles. L'autorité ne devrait se fonder sur aucun autre élément pour décider de la validité d'une initiative. Toute réinterprétation et toute dérogation au texte de l'initiative qui influencent l'examen de validité devraient être accessibles aux citoyennes et

233 Müller/Schefer, Grundrechte (ndbp 10), p. 852 ; Thurnherr, Verfahrensgrundrechte (ndbp 10), N 349. Cpr ég. *mutatis mutandis* ATF 127 V 431 consid. 2c.

234 Cf. ég. Grodecki, Initiative (ndbp 1), N 1162. Cpr, plus nuancé, Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 127.

235 Cpr Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 125 ss, qui tolère les contacts informels, mais, à notre sens, dans l'optique d'un contact avec l'autorité comme telle et non avec certains membres de celle-ci.

236 Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 183.

237 Cpr ég. (avec toutefois une conclusion différente) arrêt du Tribunal fédéral 1C_109/2014 du 4 mars 2015 consid. 4.3 ; Attinger, Volksinitiativen (ndbp 10), p. 78 s.

238 Attinger, Volksinitiativen (ndbp 10), p. 73 s. En général, cf. SGK BV-Ehrenzeller/Nobs (ndbp 99), Vorbemerkungen zu Art. 136-142, N 17, 22 ; René Rhinow, Grundprobleme der schweizerischen Demokratie, RDS 103/1984 II 111, p. 208 ss ; von Arx, Volksinitiative (ndbp 171), p. 61, 71.

239 Jean-Daniel Delley, L'initiative populaire en Suisse, Lausanne 1978, p. 23 ; Nobs, Volksinitiative (ndbp 95), p. 46 ; Rhinow, Grundprobleme (ndbp 238), p. 208 s. ; von Arx, Volksinitiative (ndbp 171), p. 63, 71.

citoyens. En conséquence, *dès lors qu'une explication résultant de l'exercice du droit d'être entendu pourrait influencer l'interprétation de l'initiative par l'autorité, elle ne devrait pas être admise*[240].

[Rz 93] A notre avis, cette conclusion ne peut être suivie pour plusieurs raisons. Premièrement, comme on l'a vu, *le droit de s'expliquer ne porte pas seulement sur le sens de l'initiative*. Il inclut l'expression sur les faits, le caractère réalisable et la forme de l'initiative, le lien raisonnable entre les différentes parties de celle-ci, ainsi que le droit supérieur auquel elle doit se conformer (*supra* N 69 ss). Il est dès lors réducteur d'envisager cette faculté sous le seul prisme de l'interprétation de l'initiative.

[Rz 94] Deuxièmement, laisser au comité d'initiative la possibilité de s'exprimer sur l'interprétation de l'initiative ne revient ni à lui confier une quelconque autorité sur le sens de l'initiative[241], ni à faire de sa déclaration un élément d'interprétation[242]. *La question procédurale de la consultation du comité doit être distinguée de la question de fond de la portée de sa déclaration*. Sur le fond, il est incontesté que l'autorité applique le droit d'office. Elle n'est pas liée par l'explication du comité d'initiative[243]. L'autorité sur le sens de l'initiative revient ainsi à l'autorité de décision, qui doit se fonder sur les méthodes reconnues[244]. Comme n'importe quelle autre explication de parties, l'explication du comité sur le sens de l'initiative ne doit pas se voir reconnaître une portée qui aille au-delà d'attirer l'attention de l'autorité sur des hypothèses et/ou des éléments d'interprétation[245], à charge pour cette autorité d'examiner si les méthodes reconnues permettent, imposent ou excluent ces hypothèses et la prise en compte de ces éléments. L'autorité ne doit ni suivre une (ré)interprétation inadmissible de l'initiative, ni d'ailleurs reprendre sans autre des affirmations péremptoires sur le sens de l'initiative, même si elles restent compatibles avec le texte de celle-ci. En revanche, ce n'est pas parce que la consultation du comité présente le risque que celui-ci tente de réinterpréter l'initiative ou de s'écarter de son texte qu'elle doit être refusée[246]. Comme on l'a vu, le droit d'être entendu ne doit en effet pas être apprécié sous le seul angle instrumental de sa contribution potentielle à un résultat correct (*supra* N 6)[247].

[Rz 95] Troisièmement, la question de la méthode d'interprétation doit être *distinguée de celle de l'information suffisante des citoyennes et citoyens* exigée par l'art. 34 al. 2 Cst. Une chose est de savoir quelle est la portée du texte de l'initiative dans l'interprétation de celle-ci, autre est celle de savoir ce dont le corps électoral doit avoir connaissance à propos du sens de l'initiative et de la procédure qui s'est déroulée. Les autorités doivent informer le corps électoral du sens de l'initiative qu'elles retiennent[248]. Pour le reste, l'intérêt à l'information suffisante des citoyennes et citoyens doit être pris en compte dans l'aménagement des modalités du droit d'être entendu.

---

240 Attinger, Volksinitiativen (ndbp 10), p. 76 ss.

241 Cf. Hangartner/Kley, Rechte (ndbp 10), N 2124.

242 Cpr arrêt du Tribunal fédéral 1C_109/2014 du 4 mars 2015 consid. 4.2.

243 En général, cf. p. ex. ATF 114 Ia 97 consid. 2a. Cf. ég. ATF 105 Ia 193 consid. 2b/bb, JdT 1981 I 163.

244 ATF 101 Ia 231 consid. 1, JdT 1976 I 550 ; Hangartner/Kley, Rechte (ndbp 10), N 2124.

245 Cf. ég. Grodecki, Initiative (ndbp 1), N 1164 et Kölz, Volksinitiative (ndbp 10), p. 30. De manière générale, cf. ATF 127 V 431 consid. 3a ; ATF 115 Ia 94 consid. 1b ; ATF 114 Ia 14 consid. 2b.

246 De manière générale dans un sens similaire : ATF 114 Ia 97 consid. 2a.

247 Thurnherr, Verfahrensgrundrechte (ndbp 10), N 460. Eg. ATF 126 I 19 consid. 2d/bb, JdT 2000 I 504 ; ATF 115 Ia 94 consid. 1b ; ATF 105 Ia 193 consid. 2b/bb, JdT 1981 I 163 ; Müller/Schefer, Grundrechte (ndbp 10), p. 852.

248 ATF 105 Ia 151 consid. 3a, 4c, JdT 1981 I 334 ; Michel Besson, Behördliche Information vor Volksabstimmungen, Berne 2003, p. 190.

A notre avis, ce sont de manière plus large toutes les conclusions du comité qui devraient en substance être publiées (*infra* N 116).

### 4. Les conclusions

[Rz 96] En conclusion, le comité d'initiative doit avoir l'occasion de s'exprimer sur la concrétisation des conditions de validité et l'éventuelle sanction retenue, ce qui suppose que les autorités l'orientent à ce propos. Le fait que la décision soit prise par le parlement et que celui-ci ne soit pas tenu à l'interprétation de l'initiative présentée par le comité ne constituent pas des motifs suffisants pour dénier au comité cette faculté du droit d'être entendu. *L'étendue concrète de l'orientation du comité dépend des éléments pertinents en l'espèce*[249]. Par exemple, si l'autorité estime que l'unité de la matière est manifestement respectée, la question de savoir quel est le lien de connexité entre les différentes parties n'est pas essentielle et l'autorité n'a pas besoin de demander au comité de se déterminer à ce propos.

## D. Le droit de consulter le dossier

### 1. Le principe

[Rz 97] Au vu de ce qui précède, le droit de consulter le dossier doit être reconnu au comité d'initiative, *dans la mesure où il est nécessaire pour que celui-ci exerce son droit de s'expliquer sur les éléments pertinents de la décision*[250]. Le comité doit être informé de tous les actes susceptibles de former une base pour la décision et pouvoir les consulter[251]. Cette notion inclut notamment les moyens de preuve[252] et toute autre information factuelle portée à la connaissance de l'autorité[253].

[Rz 98] D'après la jurisprudence, le droit d'être entendu ne s'étend en revanche pas aux actes internes « que l'autorité produit pour former sa volonté »[254]. Cette catégorie inclut les actes préparatoires (échanges de vue, notes, recherches, rapports et projets) internes à une autorité[255]. L'objectif est d'éviter que le processus interne de la formation de la volonté de l'administration soit complètement exposé au public[256]. A notre avis, les *projets internes à l'exécutif et son administration*, ainsi que les *procès-verbaux des commissions parlementaires* (cpr cpdt *infra* N 111) tombent donc sous cette catégorie d'actes.

---

249 Wiederkehr/Rosales-Geyer, Informationspflichten (ndbp 46), p. 60.

250 Cf. ég. ATF 132 II 485 consid. 3.2, RDAF 2007 I 544 ; ATF 132 V 387 consid. 3.1 ; Biaggini, Komm. BV (ndbp 12), Art. 29 N 21 ; Dubey, Droits II (ndbp 11), N 4063 ; BSK BV-Waldmann (ndbp 13), Art. 29 N 54.

251 Cf. ég. arrêt du Tribunal fédéral 2A.131/2006 du 20 juillet 2006 consid. 2.5 ; Dubey, Droits II (ndbp 11), N 4063 ; BSK BV-Waldmann (ndbp 13), Art. 29 N 54 ; Wiederkehr/Rosales-Geyer, Informationspflichten (ndbp 46), p. 63.

252 Cf. ég. Dubey, Droits II (ndbp 11), N 4064.

253 Cf. arrêt du Tribunal fédéral 1C_136/2018 du 26 novembre 2018 consid. 4.3, rés. par l'autrice de la présente contribution in : http ://www.lawinside.ch/692/. Cf. p. ex. ATF 139 II 489 consid. 3.3, JdT 2014 I 84.

254 Dubey, Droits II (ndbp 11), N 4066. Cf. ég. ATF 129 IV 141 consid. 3.3.1 ; ATF 113 Ia 1 consid. 4c/cc, JdT 1987 IV 109 ; Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 228.

255 ATF 129 IV 141 consid. 3.3.1 ; ATF 113 Ia 1 consid. 4c/cc, JdT 1987 IV 109 ; Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 228 ; Biaggini, Komm. BV (ndbp 12), Art. 29 N 21 ; Dubey, Droits II (ndbp 11), N 4066.

256 ATF 125 II 473 consid. 4a, JdT 2001 I 322 ; ATF 115 V 297 consid. 2g/aa ; Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 228 ; Müller/Schefer, Grundrechte (ndbp 10), p. 875.

### 2. Les avis de droit

[Rz 99] Au vu des délicates questions juridiques que soulève la validité d'une initiative, il n'est pas rare que les autorités commandent un ou plusieurs avis de droit à ce propos[257]. Se pose alors la question de savoir si le comité d'initiative peut consulter ces avis. De manière générale, la jurisprudence a par le passé établi une distinction entre les avis de droit qui ne répondent qu'à une question purement juridique et les *avis de droit qui se prononcent sur l'application du droit dans le cas concret ou qui donnent à l'autorité l'occasion de fonder sa décision sur d'autres fondements de fait ou de droit que ceux auxquels les parties devaient s'attendre*. Tandis que les premiers sont exclus du droit d'être entendu, les parties doivent se voir reconnaître le droit de se prononcer sur les seconds[258].

[Rz 100] Pour peu que l'on s'en tienne à cette jurisprudence[259], les avis de droit que les autorités commandent pour apprécier la validité d'une initiative entrent dans la seconde catégorie, car ils visent précisément à déterminer si *l'initiative en question* respecte les conditions de validité. D'ailleurs, le dernier arrêt du Tribunal fédéral relatif au droit d'être entendu lors du contrôle de validité reconnaît expressément le droit du comité d'initiative de s'exprimer sur un avis de droit, ce qui inclut logiquement le droit de consulter cet avis[260].

## V. La mise en œuvre du droit du comité d'initiative d'être orienté et de s'expliquer sur les éléments essentiels

## A. L'adaptation à la procédure et au cas concret

[Rz 101] Ce dernier chapitre porte sur les modalités de mise en œuvre du droit du comité d'initiative d'être orienté et de s'expliquer sur les questions liées à la validité de l'initiative, à l'exclusion du droit de consulter le dossier et celui d'obtenir une décision motivée. Les modalités concrètes de ce droit doivent être adaptées à la procédure en cause et aux circonstances de l'espèce[261]. C'est ainsi à ce stade et non, sur l'étendue du droit de s'expliquer (*supra* N 84 ss), que *la question de l'autorité compétente pour le contrôle a une influence*.

---

257 Cf. p. ex. Message 2015-DICS-69 du 14 décembre 2015 du Conseil d'Etat au Grand Conseil du canton de Fribourg accompagnant le projet de décret concernant la validité de l'initiative constitutionnelle « Contre l'ouverture d'un centre Islam et société à l'Université de Fribourg : non à une formation étatique d'imams ».

258 ATF 128 V 272 consid. 5b/cc ; Müller/Schefer, Grundrechte (ndbp 10), p. 862.

259 Plus large : Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 231.

260 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_136/2018 du 26 novembre 2018 consid. 4.3, rés. par l'autrice de la présente contribution in : http ://www.lawinside.ch/692/. Cf. ég. arrêt du Tribunal fédéral 1C_221/2017 du 18 avril 2018 consid. 6.2 (n. p. à l'ATF 144 I 193), rés. par l'autrice de la présente contribution in : http ://www.lawinside.ch/626/.

261 ATF 131 I 91 consid. 3.1, JdT 2006 I 507 ; arrêt de la Cour de justice GE ACST/14/2017 du 30 août 2017 consid. 7c/cc, 7d ; Dubey, Droits II (ndbp 11), N 4068 ; SGK BV-Steinmann (ndbp 11), Art. 29 N 43 ; BSK BV-Waldmann (ndbp 13), Art. 29 N 46.

## B. Les prises de position du comité d'initiative

### 1. Les types

#### a. Une prise de position générale et des prises de position spéciales

[Rz 102] De manière générale, le comité doit pouvoir se prononcer sur *l'interprétation et la sanction envisagées* par l'autorité. Comme on l'a vu, l'étendue de l'obligation d'orienter dépend des éléments pertinents en l'espèce (*supra* N 96). Outre cette prise de position générale, le comité doit pouvoir se prononcer sur les *mesures d'instruction* et les *avis de droit* (*supra* N 73, 100)[262].

#### b. La distinction de l'exposé des motifs de l'initiative

[Rz 103] Dans le dernier arrêt paru à propos du droit d'être entendu lors du contrôle de validité, le Tribunal fédéral considère que le comité d'initiative a « en principe déjà détaillé [ses] arguments dans l'exposé des motifs, qui accompagne le texte de l'initiative ». Dès lors, à moins que le gouvernement ait par exemple « conduit une instruction [...] en sollicitant un avis de droit ou en requérant des statistiques ou des informations factuelles »[263], le comité n'a pas à exercer son droit de s'expliquer. Cette conclusion revient à *écarter le droit du comité de se déterminer de manière générale sur la concrétisation des règles sur la validité retenue par l'autorité*.

[Rz 104] A notre sens cependant, l'exposé écrit des motifs de l'initiative n'est *pas susceptible de remplacer la prise de position générale du comité* sur l'interprétation et la sanction retenues. Ce document, souvent exigé[264] ou toléré[265] par la législation cantonale, ne fait pas l'objet d'une définition établie. Dans un arrêt seulement, le Tribunal fédéral retient que l'exposé des motifs ne doit pas nécessairement consister en un commentaire juridique de l'acte proposé[266]. En pratique, il n'a en effet pas pour fonction de servir à la motivation de la *validité juridique* de l'initiative, mais à la motivation *politique* de celle-ci. S'il est vrai qu'il peut servir à l'interprétation de l'initiative[267], qui est un des points à trancher par l'autorité, il ne permet pas au comité de s'exprimer au sujet de la concrétisation des conditions de validité, ni de la sanction à apporter. La motivation écrite de l'initiative est en effet rédigée avant que l'autorité oriente le comité sur ces points. Par conséquent, elle ne saurait se substituer à une véritable prise de position du comité sur les questions juridiques soulevées lors du contrôle. Après avoir été informé des éléments essentiels retenus à propos de la validité de l'initiative, le comité d'initiative doit avoir l'occasion de fournir une détermination *circonstanciée* à propos de ces éléments.

---

262 Cf. arrêt du Tribunal fédéral 1C_136/2018 du 26 novembre 2018 consid. 4.3, rés. par l'autrice de la présente contribution in : http ://www.lawinside.ch/692/.

263 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_136/2018 du 26 novembre 2018 consid. 4.3, rés. par l'autrice de la présente contribution in : http ://www.lawinside.ch/692/.

264 P. ex. § 123 al. 1 let. b GPR-ZH ; art. 54 al. 2 Cst.-NW.

265 P. ex. § 129 al. 2 StRG-LU ; art. 39 let. f RIG-SG ; art. 90 al. 3 LEDP-VD ; art. 86 al. 2 LEDP-GE.

266 Arrêt du Tribunal fédéral du 9 juillet 1975 consid. 2a, ZBl 77/1976 p. 73 (n. p. à l'ATF 101 Ia 231). Cf. ég. Grodecki, Initiative (ndbp 1), N 921, ndp 1529.

267 Cf. p. ex. ATF 139 I 292 consid. 7.2.1, JdT 2014 I 237. Cf. ég. Attinger, Volksinitiativen (ndbp 10), p. 64 ss ; Hangartner/Kley, Rechte (ndbp 10), N 2125.

### 2. La forme

[Rz 105] De jurisprudence constante, le droit d'être entendu n'impose pas que les déterminations des parties se fassent par oral[268]. Les prises de position du comité d'initiative revêtent donc en principe la *forme écrite*[269]. Celle-ci a de surcroît l'avantage de faciliter l'information du corps électoral (art. 34 al. 2 Cst.) (*infra* N 116). Suivant le moment auquel la détermination du comité intervient, une consultation orale peut néanmoins être judicieuse (*infra* N 111). Cas échéant, une telle audition devrait être consignée dans un procès-verbal officiel[270].

### 3. Les destinataires

[Rz 106] Lorsque le cas soulève des mesures d'instruction qui donnent lieu à des *prises de position spéciales* du comité d'initiative, ces prises de position sont *adressées à l'autorité qui instruit l'affaire*, à charge pour celle-ci de motiver dans son rapport comment elle en tient compte.

[Rz 107] Quant à la *prise de position générale* du comité d'initiative (*supra* N 102), afin d'avoir une influence effective sur la prise de décision, elle doit être *portée à la connaissance de l'autorité qui rend la décision*. Lorsqu'une décision est prise par un parlement, la jurisprudence retient toutefois de manière générale qu'il n'est pas nécessaire que l'intégralité de la prise de position soit communiquée à l'ensemble des membres de cet organe. Il suffit qu'une synthèse leur soit présentée et que la détermination écrite complète (ou le procès-verbal de la séance) leur soit accessible[271].

## C. Le moment de l'orientation du comité d'initiative

### 1. L'obligation d'orienter avant la décision

[Rz 108] Le comité doit être informé des *mesures d'instruction*, des *avis de droit*[272] et de la *concrétisation des règles relatives à la validité envisagée par l'autorité*. Afin que l'exercice du droit d'être entendu soit effectif, l'autorité doit ainsi expressément orienter le comité sur les éléments essentiels qu'elle envisage de retenir et inviter celui-ci à faire valoir son point de vue à leur propos *avant* la décision[273]. Demander au comité de fournir son appréciation avant tout traitement par les autorités ne satisfait pas à cette obligation, puisque le comité s'exprime alors sans connaître le raisonnement concret que les autorités adopteront. L'autorité peut fixer au comité un délai raisonnable de réponse[274].

---

268 ATF 140 I 68 consid. 9.6.1 ; ATF 134 I 140 consid. 5.3, JdT 2009 I 303 ; ATF 108 Ia 188 consid. 2a ; Biaggini, Komm. BV (ndbp 12), Art. 29 N 20 ; Grodecki, Initiative (ndbp 1), N 1165 ; SGK BV-Steinmann (ndbp 11), Art. 29 N 46 ; BSK BV-Waldmann (ndbp 13), Art. 29 N 46.

269 Thurnherr, Verfahrensgrundrechte (ndbp 10), N 407. Cf. p. ex. intervention Macquat, Journal des débats du Parlement de la République et Canton du Jura 2017, p. 625.

270 Cpr ég. Grodecki, Initiative (ndbp 1), N 1166.

271 ATF 98 Ia 73 consid. 2, JdT 1974 I 103 ; arrêt du Tribunal fédéral du 22 mai 1991 consid. 2c, RDAF 1992 p. 51. Cf. ég. Grodecki, Initiative (ndbp 1), N 1166.

272 Cf. arrêt du Tribunal fédéral 1C_136/2018 du 26 novembre 2018 consid. 4.3, rés. par l'autrice de la présente contribution in : http ://www.lawinside.ch/692/.

273 De manière générale, cf. Dubey, Droits II (ndbp 11), N 4068 ; BSK BV-Waldmann (ndbp 13), Art. 29 N 45.

274 ATF 140 I 50 consid. 4.1 ; BSK BV-Waldmann (ndbp 13), Art. 29 N 47 ; Wiederkehr/Rosales-Geyer, Informationspflichten (ndbp 46), p. 61. Cpr p. ex. intervention Probst, Journal des débats du Parlement de la République et Canton du Jura 2010, p. 998.

## 2. Les particularités de la procédure devant le parlement

### a. L'orientation sur la base du rapport du gouvernement

[Rz 109] Lorsque, comme dans la majorité des systèmes actuels, la décision sur la validité est rendue par le parlement, l'interpellation du comité avant le prononcé de la décision soulève quelques difficultés particulières, qui appellent des solutions de mise en œuvre spécifiques.

[Rz 110] En effet, c'est certes sur les éléments essentiels *retenus par le parlement* que le comité a le droit de s'exprimer. Néanmoins, dès lors que le gouvernement a la tâche de préparer un rapport et une proposition qui servent de base à la décision du parlement (*supra* N 35)[275], une détermination du comité sur la base de ce rapport est susceptible d'avoir le même effet. *Orienter le comité sur les éléments essentiels correspond donc en principe à lui communiquer le rapport du gouvernement et à l'inviter à se déterminer sur cette base.* Il est vrai que, selon la formulation jurisprudentielle typique, la proposition de décision d'une autorité d'instruction constitue un document interne[276]. Le rapport et la proposition du gouvernement à propos de la validité d'une initiative ne sont toutefois pas assimilables aux préavis concernés par cette jurisprudence. Premièrement, le gouvernement ne constitue pas une autorité subordonnée au parlement et organisationnellement dépendante de celui-ci[277]. Secondement, ce document est en principe de toute façon public[278].

### b. L'apparition de nouveaux éléments devant la commission parlementaire

[Rz 111] Même si cette hypothèse paraît rare en pratique puisque le gouvernement est censé procéder à un rapport complet, il est possible que la *commission parlementaire* chargée de préaviser la validité de l'initiative s'écarte des faits ou de l'interprétation du droit ou de l'initiative qui figurent dans le rapport du gouvernement. Certes, les procès-verbaux de la commission constituent en principe des documents internes (*supra* N 98). Néanmoins, dès lors que le parlement se fonde également sur l'avis de la commission pour concrétiser l'examen de validité[279], le comité d'initiative devrait pouvoir se prononcer sur le résultat de ces séances si de nouveaux éléments essentiels y apparaissent (*supra* N 77)[280]. Plusieurs solutions de mise en œuvre sont alors envisageables pour respecter le huis clos des délibérations de la commission : le comité peut être invité à *se déterminer par écrit sur un éventuel rapport* de la commission, voire *sur une présentation ad hoc des nouveaux éléments retenus* ou être invité à *s'expliquer par oral à une séance ad hoc* de la commission.

[Rz 112] En revanche, lorsque le rapport du gouvernement conclut à la validité de l'initiative, mais *soulève déjà des doutes* sur le respect d'une condition de validité, *on peut attendre du comité*

---

275 P. ex. § 130, 133 GPR-ZH ; art. 107 al. 3 LDP-NE ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_76/2018 du 20 août 2018 consid. 2.2, rés. par l'autrice de la présente contribution in : http ://www.lawinside.ch/677/. Cf. ég. ATF 142 I 216 consid. 4.1, rés. par Simone Schürch in : http ://www.lawinside.ch/291. *Mutatis mutandis* à propos des décisions de naturalisation : ATF 131 I 108 consid. 3.1, JdT 2006 I 529.

276 ATF 131 II 13 consid. 4.2, RDAF 2006 I 778 ; ATF 129 II 497 consid. 2.2 ; Biaggini, Komm. BV (ndbp 12), Art. 29 N 21.

277 Cpr ATF 117 Ia 90 consid. 5b ; ATF 113 Ia 286 consid. 2d, JdT 1989 I 290.

278 P. ex. art. 89 al. 1 let. b Loi du canton de Fribourg du 6 septembre 2006 sur le Grand Conseil (121.1).

279 ATF 142 I 216 consid. 4.1, rés. par Simone Schürch in : http ://www.lawinside.ch/291 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_76/2018 du 20 août 2018 consid. 2.2, rés. par l'autrice de la présente contribution in : http ://www.lawinside.ch/677/. De manière générale : Albertini, Gehör (ndbp 10), p. 229 ; Müller/Schefer, Grundrechte (ndbp 10), p. 876.

280 Cf. ég. Grodecki, Initiative (ndbp 1), N 1165. Cpr *mutatis mutandis* ATF 116 Ia 455 consid. 3cc, JdT 1992 IV 190. En général, cpr ég. Wiederkehr/Rosales-Geyer, Informationspflichten (ndbp 46), p. 61.

*qu'il se prononce à ce sujet*. Dans de tels cas, si la commission se prononce ensuite en faveur de l'invalidité sur la base des arguments déjà relevés, il n'y a pas de raison d'exiger une nouvelle orientation et prise de position du comité.

[Rz 113] Enfin, relevons encore que le *parlement* devrait se fonder sur les éléments retenus dans les rapports du gouvernement et de la commission pour prendre sa décision. Dans le cas exceptionnel où le parlement envisage de se fonder sur des éléments inconnus, on pourrait tout au plus imaginer qu'il *repousse la décision finale* à une séance ultérieure, afin d'en informer le comité d'initiative et lui laisser l'occasion de se déterminer par écrit. Le comité ne devrait en revanche pas directement intervenir dans les débats au parlement.

## D. La publicité

[Rz 114] La mise en œuvre du droit d'être entendu du comité d'initiative doit enfin tenir compte *du contexte d'exercice des droits politiques*. Si elle est validée à l'issue de ce contrôle, l'initiative sera en effet soumise au vote de l'ensemble du corps électoral. La garantie de la libre formation de la volonté de celui-ci suppose alors de suffisamment l'informer de l'objet du vote (art. 34 al. 2 Cst.)[281].

[Rz 115] A notre avis, *les éléments essentiels à propos de la validité de l'initiative font partie des informations qui doivent être communiquées aux citoyennes et citoyens*, car il s'agit d'éléments susceptibles d'influencer leur vote. La *brochure explicative* sur la votation devrait par conséquent rappeler les éléments retenus, notamment le sens de l'initiative sur lequel les autorités se sont fondées[282].

[Rz 116] De plus, dès lors que les déterminations du comité d'initiative portent sur ces éléments essentiels et sont destinées à déployer une portée effective sur le processus décisionnel (*supra* N 6), elles devraient être *accessibles au corps électoral*, soit directement, par le biais d'une publication des déterminations écrites ou des procès-verbaux des déterminations orales, soit indirectement, via une synthèse officielle formulée par les autorités.

## Conclusion et proposition d'une disposition législative type

[Rz 117] En conclusion, traiter de la problématique du droit d'être entendu lors du contrôle de validité en partant des fondements de ces deux institutions permet d'*appuyer l'avis de la doctrine majoritaire d'après lequel le comité d'initiative dispose du droit d'être entendu dans la procédure de contrôle de validité des initiatives cantonales* et d'enrichir la réflexion sur cette problématique sur plusieurs points.

[Rz 118] Premièrement, distinguer le champ d'application de la portée du droit d'être entendu constitue le préalable nécessaire pour admettre que *le droit d'être entendu s'applique lors de la procédure de contrôle de validité*.

[Rz 119] Deuxièmement, l'analyse du besoin de protection juridique soulevé par le contrôle de validité justifie un *traitement différent entre le comité d'initiative et les autres citoyennes et citoyens* dans l'invocation du droit d'être entendu. Seul le comité d'initiative bénéficie du droit d'être

281 Besson, Information (ndbp 248), p. 181 ; Tornay, Démocratie (ndbp 109), p. 232.

282 Cf. ég. ATF 105 Ia 151 consid. 3a, 4c, JdT 1981 I 334 ; Besson, Information (ndbp 248), p. 190.

orienté et de s'expliquer sur les éléments pertinents de la décision et du droit de consulter le dossier.

[Rz 120] Troisièmement, l'affirmation selon laquelle les éléments juridiques sont exclus du droit d'être orienté et de s'expliquer doit être relativisée. En matière d'initiative, ce droit porte sur les *faits déterminants* et sur la *manière dont les autorités interprètent les conditions de l'unité de la matière, de l'unité de la forme et de l'exécutabilité, les normes de droit supérieur, les critères de l'invalidation partielle et de la scission, ainsi que l'initiative elle-même*. Les autorités doivent donc renseigner le comité d'initiative et lui laisser l'occasion de s'exprimer à ce propos.

[Rz 121] Enfin, quatrièmement, l'étude de la fonction du droit d'être orienté et de s'expliquer sur les éléments essentiels de la décision permet d'une part d'affirmer *que la procédure parlementaire ne saurait se substituer à l'exercice de ce droit par le comité d'initiative*, d'autre part que *l'absence d'autorité du comité sur l'interprétation de l'initiative ne justifie pas de dénier à celui-ci la possibilité de s'exprimer*.

[Rz 122] En pratique, le comité d'initiative doit être orienté et pouvoir s'exprimer spécialement sur *chaque mesure d'instruction* et, de manière générale, sur la *concrétisation retenue des règles sur la validité*. Lorsque la décision sur la validité émane du parlement, cette information générale peut se faire par le biais du *rapport officiel du gouvernement*, voire de la *commission parlementaire* compétente, lorsque celle-ci retient des éléments non évoqués auparavant. Enfin, les prises de position du comité doivent être *accessibles* à l'ensemble du corps électoral.

[Rz 123] Sur la base de ces conclusions, on peut s'aventurer à formuler une disposition législative type, dont l'adoption aurait l'avantage de garantir une certaine *prévisibilité* :

**Prises de position du comité d'initiative**
[1] Le Conseil d'Etat communique son rapport au comité d'initiative et fixe à celui-ci un délai raisonnable pour se déterminer sur le rapport.
[2] La prise de position du comité d'initiative est communiquée au Grand Conseil avec le rapport du Conseil d'Etat.
[3] Si le rapport de la commission parlementaire en charge du traitement de la validité de l'initiative retient des éléments essentiels relatifs à la validité de l'initiative qui n'apparaissaient pas dans le rapport du Conseil d'Etat, la commission fixe au comité d'initiative un délai raisonnable pour se déterminer à propos de ces nouveaux éléments.
[4] Dans l'hypothèse de l'alinéa 3, la prise de position du comité d'initiative est communiquée au Grand Conseil avec le rapport de la commission parlementaire.
[5] Les prises de position du comité d'initiative font l'objet d'une publication officielle.

[Rz 124] En tout état de cause, nous plaidons en faveur d'un *changement de jurisprudence* sur la question du droit d'être entendu du comité d'initiative. Ce changement est d'autant plus nécessaire que, à l'heure actuelle, certains cantons consultent le comité d'initiative (*supra* N 1), sans que cette pratique ne soit institutionnalisée. Or, non seulement *cette absence d'institutionnalisation nuit à l'information complète des citoyennes et citoyens*, mais elle *comporte également le risque de traiter inégalement les comités d'initiative* en laissant au bon vouloir du gouvernement le choix de les consulter.

Camilla Jacquemoud, MLaw, est doctorante et assistante diplômée à l'Université de Fribourg.
Elle remercie infiniment le Professeur Jacques Dubey de ses précieuses remarques à propos de cette contribution.