

**unine**  
UNIVERSITÉ DE  
NEUCHÂTEL  
FACULTÉ DE DROIT

# Nouveautés en droit constitutionnel

Pascal Mahon  
professeur à l'Université de Neuchâtel

Journée de formation continue – Faculté de droit  
16<sup>ème</sup> édition – Neuchâtel – 8 novembre 2019

**unine**  
UNIVERSITÉ DE  
NEUCHÂTEL  
FACULTÉ DE DROIT

## En guise d'introduction

### Quelques arrêts du Tribunal fédéral

**2018 comme année de l'annulation des votations populaires: un autre changement de paradigme?**

- doctrine: l'annulation par le juge d'une votation est rare, voire rarissime

**Andreas Auer:** « Lorsque le Tribunal fédéral arrive à la conclusion que la liberté de vote a été violée dans un cas d'espèce, soit parce qu'un rapport explicatif n'était pas objectif, que l'intervention d'une autorité dans la campagne était disproportionnée ou qu'un montant ait été versé en violation du droit, il se contente le plus souvent de constater la violation en cause, sans pour autant annuler le scrutin [réf. jurisprudence]. S'il en est ainsi, c'est que priver de tout effet le résultat d'une votation populaire en annulant d'un trait de plume les voix valablement émises par des milliers de citoyens est une décision d'autant plus grave que les votations ne peuvent pas être répétées dans des conditions identiques [référence doctrine]. »

TF 1C_58/2015 (ATF 141 I 221), du 1 <sup>er</sup> octobre 2015, annulation d'une votation sur un crédit pour des travaux de réaménagement dans la commune d'Algie	TF 1C_610/2017, du 7 mai 2018, annulation de la votation de la commune de Peseux rejetant la fusion avec celles de Cormondrèche, Neuchâtel et Valengin	TF 1C_521/2017, 1C_532/2017 et 1C_545/2017, du 14 mai 2018, annulation d'une votation sur un projet d'aménagement dans la commune de Tolochenaz
---	--	---

Décision de la préfète du Jura bernois, du 2 novembre 2018, annulation de la votation communale du 18 juin 2017 sur l'appartenance cantonale de Moutier

- Nouvelle orientation de la jurisprudence?
  - à voir ...
  - Peseux: nouveau vote le 25 novembre 2018
  - Moutier: ???

### En guise de conclusion

... **25 novembre 2018**

- journée de votations très intéressante pour le droit constitutionnel



Neuchâtel, 16 novembre 2018







Neuchâtel, 16 novembre 2018




Neuchâtel, 16 novembre 2018

Neuchâtel, 8 novembre 2019

## Quelques arrêts du Tribunal fédéral

➤ **L'arrêt de l'année: la première annulation d'une votation populaire fédérale**


- ATF 145 I 207 (1C\_338/2018), *Béglé c. Conseil d'État du canton de Vaud*, du 10 avril 2019
  - ⇒ votation fédérale du 28 février 2016 sur l'initiative populaire du PDC « Pour le couple et la famille – Non à la pénalisation du mariage » => rejet par 50,8% des électrices et électeurs (1 664 224 non contre 1 609 152 oui), avec majorité acceptante des cantons (15 et 3/2 contre 5 et 3/2)
  - ⇒ environ deux ans après (juin 2018), publication d'un communiqué de presse par lequel le Conseil fédéral corrigeait les informations fournies avant la votation: ce n'était pas, contrairement à ce qui avait été indiqué, 80 000 couples mariés à deux revenus qui étaient pénalisés fiscalement, mais bien 454 000 (= 908 000 personnes)! (auxquels s'ajoutaient 250 000 couples mariés de rentiers)
  - ⇒ plusieurs recours, dans plusieurs cantons, concluant à la constatation de l'irrégularité de la votation fédérale
- les éléments intéressants et novateurs de l'arrêt
  - ⇒ 1<sup>er</sup> rappel: voie de recours contre une irrégularité dans une votation fédérale passe par les gouvernements cantonaux (même si ceux-ci ne peuvent rien y faire s'agissant d'un grief de portée supracantonale)



Neuchâtel, 8 novembre 2019
3

## Quelques arrêts du Tribunal fédéral

- ATF 145 I 207 (1C\_338/2018), *Béglé c. Conseil d'État du canton de Vaud*, du 10 avril 2019 (suite)
- les éléments intéressants et novateurs de l'arrêt
  - ⇒ 2<sup>ème</sup> rappel (ATF 138 I 61, *Kiener Nellen*): une votation peut être attaquée longtemps après l'échéance du (premier) délai de recours («contrôle rétrospectif») lorsque des irrégularités ont été découvertes ultérieurement, à deux conditions
  - ⇒ délai de 30 jours dès la découverte des irrégularités
  - ⇒ « faux nova » (ou « interdiction des vrais nova »)
  - ⇒ **nouveau** => pour la première fois de l'histoire, le Tribunal fédéral admet le recours et annule la votation fédérale du 28 février 2016 (un peu plus de 3 ans après celle-ci)!
  - ⇒ sur le fond: l'information lacunaire donnée par le Conseil fédéral avant la votation a violé « le devoir d'information objective et l'obligation de transparence, dans la mesure où elle est inexacte et ne mentionne ni son absence de fiabilité significative ni son manque d'actualité »
  - ⇒ cette information a joué ou peut avoir joué un rôle essentiel dans la votation, dont le résultat est par ailleurs serré
  - ⇒ enfin, en l'occurrence les exigences de sécurité du droit et le principe de la bonne foi, qui avaient joué un rôle important dans l'ATF 138 I 61 pour refuser, malgré la violation de la liberté de vote, d'annuler la votation fédérale sur la réforme de la fiscalité des entreprises, n'ont ici qu'une portée moindre (puisque l'initiative a été refusée)



Neuchâtel, 8 novembre 2019
4

**unine**  
UNIVERSITÉ DE  
NEUCHÂTEL  
FACULTÉ DE DROIT

## Quelques arrêts du Tribunal fédéral

➤ **Quelques réflexions en lien avec l'annulation des votations populaires**

- Question du principe et des critères d'annulation
  - ⇒ remise en cause ou abandon de la «grande retenue» traditionnelle de la jurisprudence?
  - ⇒ c'est-à-dire élargissement des motifs d'annulation et sévérité accrue et, donc, une annulation plus fréquente des votations?
- Question des conséquences d'une annulation
  - ⇒ doit-on, en cas d'annulation d'un scrutin, revoter dans tous les cas, où la question relève-t-elle de la libre appréciation des autorités?
  - ⇒ exemples de Peseux, de Moutier, ou encore de la votation fédérale sur l'initiative du PDC montrent que la réponse dépend probablement de l'objet du vote annulé et de sa nature
  - ⇒ dans l'hypothèse où un nouveau vote semble obligatoire – comme dans les cas de Peseux et de Moutier –, sur quoi ce nouveau vote doit-il porter?

Neuchâtel, 8 novembre 2019 5



**unine**  
UNIVERSITÉ DE  
NEUCHÂTEL  
FACULTÉ DE DROIT

## Quelques arrêts du Tribunal fédéral

➤ **Quelques réflexions en lien avec l'annulation des votations populaires**

- Question des délais de traitements des recours
  - ⇒ délais de traitement des recours peuvent s'avérer, compte tenu des diverses instances, relativement longs
    - Peseux: 5 juin 2016 (1<sup>er</sup> vote) => 7 mai 2018 (TF) => 25 novembre 2018 (2<sup>ème</sup> vote) => recours => 5 juin 2019 (CDP-TC) => Tribunal fédéral? (déjà 3 ans au total)
    - Moutier: 18 juin 2017 (1<sup>er</sup> vote) => recours => 2 novembre 2018 (préfecture, 16 mois) => recours => 23 août 2019 (Tribunal administratif cantonal, 9 mois) => pas de recours au Tribunal fédéral (déjà 2 ans au total et pas encore de 2<sup>ème</sup> vote)
  - ⇒ la démocratie directe peut-elle s'accommoder de décisions populaires – souvent sur des questions fondamentales et, parfois, fortement émotionnelles, comme celles évoquées ici (de fusions de communes ou de transferts de territoires, notamment) – qui sont mises en suspens, par un recours, ou une cascade de recours, pendant plusieurs années, avant d'aboutir éventuellement à un nouveau vote dont les conditions – et dans des conditions qui – ont parfois radicalement changé?
  - ⇒ prévoir des mesures propres à réduire – dans le domaine des droits politiques – les durées de traitement des recours, par l'instauration de délais de traitement pour les autorités de recours des instances inférieures, voire la réduction du nombre des instances?


Neuchâtel, 8 novembre 2019 6



## Quelques arrêts du Tribunal fédéral

➤ **Un autre arrêt de l'année: la dernière (?) sanction d'un système électoral cantonal**

- TF 1C\_495/2017, *B. und Mitb. G. Grosser Rat des Kantons Graubünden*, du 29 juillet 2019
  - ⇒ faits: le Canton des Grisons est le seul qui connaît encore un système d'élection de son Parlement à la majoritaire pure
  - ⇒ avec 120 sièges répartis en 39 circonscriptions comptant entre 1 siège pour les 18 plus petites d'entre elles (ayant entre 160 et 1970 habitants) et 8, 12 et 20 sièges pour les 3 plus grandes (Oberengadin, Fünf Dörfer et Coire)
- les éléments intéressants et novateurs de l'arrêt
  - ⇒ 1<sup>ère</sup> fois que le Tribunal fédéral avait à juger de la conformité à la Constitution (égalité des droits politiques) d'un système majoritaire pur pour l'élection d'un Parlement (cantonal)
  - ⇒ le découpage électoral des Grisons est partiellement contraire à l'art. 34 Cst., d'une part en raison de cercles trop petits (celui de la commune d'Avers, comptant seulement 160 habitants, ayant une garantie d'un siège, en violation du principe d'égalité du poids électoral [*Stimmkraft- oder Stimmgewichtsgleichheit*])
  - ⇒ d'autre part du fait que la majoritaire ne saurait se justifier dans des cercles trop grands (comptant entre 8 et 20 sièges; violation du principe de l'égalité des chances de succès [*Erfolgswertgleichheit*])




Neuchâtel, 8 novembre 2019 7

## Quelques arrêts du Tribunal fédéral

▪ TF 1C\_495/2017, *B. und Mitb. G. Grosser Rat des Kantons Graubünden*, du 29 juillet 2019 (suite)

- les éléments intéressants et novateurs de l'arrêt
  - ⇒ marque la fin d'une longue série d'arrêts par lesquels le Tribunal fédéral a, en l'espace d'une quinzaine d'années, et dans une jurisprudence fort dynamique, corrigé les systèmes – et les découpages – électoraux d'une bonne dizaine de cantons, notamment en raison de quorums naturels trop élevés, et a donc remodelé très fortement tout le droit électoral du pays, obligeant ces cantons, et d'autres, à revoir leur système et, pour certains, à adopter, bon gré, mal gré, la méthode du double *Pukelsheim* ou à adapter leur découpage électoral
  - ⇒ cette jurisprudence a provoqué un certain émoi et des réactions dans les cantons, principalement de Suisse centrale
    - initiatives cantonales (Uri et Zoug) déposées en 2014, demandant une révision de la Constitution fédérale en vue de «rétablir la souveraineté des cantons en matière de procédure électoral»
    - élaboration d'un projet de révision constitutionnelle par les Chambres, dont la dernière version a toutefois été refusée lors du vote final par le Conseil national le 14 décembre 2018
  - ⇒ dernier élément intéressant, sous l'angle de la procédure: le Tribunal fédéral admet et confirme explicitement qu'il s'autorise à revoir la conformité des Constitutions cantonales par rapport à la Constitution fédérale, malgré la garantie de ces constitutions cantonales par l'Assemblée fédérale, lorsque le droit fédéral a changé ou évolué – même (seulement) sous l'influence de sa propre jurisprudence – dans l'intervalle => nuance fortement l'immunité des constitutions cantonales



Neuchâtel, 8 novembre 2019 8

## Quelques arrêts du Tribunal fédéral

### ➤ Quelques autres arrêts, en vrac

- ATF 145 I 1, *Piratenpartei Schweiz ... gegen Konferenz der Kantonsregierungen ...*, du 29 octobre 2018, et ATF 145 I 175, *Derrer gegen Schweizerische Nationalbank*, du 10 décembre 2018
  - ⇒ deux arrêts sur l'admissibilité – ou non – et les conditions de validité des interventions des autorités fédérales, conférences intercantionales et autres entreprises publiques ou établissements de droit public dans les votations fédérales
- ATF 145 I 167, *Stauber c. Conseil d'État du canton de Vaud*, du 26 novembre 2018
  - ⇒ droit d'être entendu des auteurs d'une initiative populaire: les auteurs d'une initiative peuvent, dans certaines circonstances, bénéficier du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) lorsqu'un exécutif cantonal statue sur la validité de l'initiative, avant la récolte des signatures
  - ⇒ pas de violation du droit d'être entendu en l'espèce, la décision de l'exécutif cantonal se fondant sur une argumentation juridique prévisible
- ATF 145 I 239, *République et canton de Genève contre A. et vice versa*, du 7 juin 2019
  - ⇒ à propos de (l'absence de) qualité pour agir de l'État employeur en recours constitutionnel subsidiaire (commentaire Valérie Défago Gaudin, in newsletter DroitDuTravail.ch, oct. 2019)



unine  
UNIVERSITÉ DE  
NEUCHÂTEL  
FACULTÉ DE DROIT



Neuchâtel, 8 novembre 2019

9

## Quelques arrêts du Tribunal fédéral

### ➤ Quelques autres arrêts, en vrac (suite)

- ATF 145 II 153, *A. gegen Gruppe Verteidigung*, du 5 avril 2019
  - ⇒ une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ne peut être conçue comme une discrimination directe au sens de l'art. 3 al. 1 LEg, qui ouvre la porte à une indemnisation pour non-engagement, faute de sexospécificité
- ATF 145 I 73, *A., B., société C. et association D. contre Conseil d'État du canton de Neuchâtel*, du 13 février 2019
  - ⇒ contrôle abstrait de la loi neuchâteloise sur le stationnement des communautés nomades (LSCN)
  - ⇒ la nouvelle loi n'établit pas de discrimination entre les communautés nomades et le reste de la population (c. 5.2); elle ne viole pas l'interdiction de discrimination en prévoyant des aires de séjour et de passage pour les «communautés nomades suisses» et des aires de transit pour les «autres communautés nomades» (c. 5.3).
  - ⇒ elle est conforme à la garantie de la propriété et à la liberté économique (c. 6)
  - ⇒ l'évacuation d'un campement illicite – prévue par les art. 24 à 28 LSCN – ne viole ni la protection de la sphère privée, ni la liberté d'établissement, ni les garanties générales de procédure, ni le droit au juge, ni les garanties de procédure judiciaire (c. 7)



unine  
UNIVERSITÉ DE  
NEUCHÂTEL  
FACULTÉ DE DROIT

Neuchâtel, 8 novembre 2019

10

## Quelques indications sur la Cour européenne (CourEDH)

### ➤ Éléments statistiques

- novembre 2018 à octobre 2019 => 10 décisions dont 8 d'irrecevabilité et 2 de « rayer du rôle », ainsi que 5 arrêts (au fond) concernant la Suisse
  - ⇒ cinq arrêts au fond => dans deux cas, la Cour a jugé qu'il n'y avait pas violation de la CEDH
  - ⇒ dans trois autres cas, elle a admis une violation
  - ⇒ arrêt *Rivera Vazquez Sergio, Calleja Delsordo Katherine c. Suisse*, no 65048/13, du 22 janvier 2019 (violation de l'art. 6 par. 1: décision du Tribunal fédéral déniait à l'avocat des requérants d'agir devant lui, sans donner aux requérants la possibilité de se prononcer et refusant l'octroi de dépens)
  - ⇒ arrêt *I.M. c. Suisse*, no 23887/16, du 9 avril 2019 (violation de l'art. 8: renvoi au Kosovo d'un requérant résidant en Suisse depuis 1993, condamné pour viol en 2003, mais devenu invalide à 80% depuis lors et quotidiennement assisté par ses enfants majeurs vivant en Suisse, dont il dépend financièrement; selon la Cour, examen insuffisant de la proportionnalité par le Tribunal administratif fédéral)
  - ⇒ arrêt *T.B. c. Suisse*, no 1760/15, du 30 avril 2019 (violation de l'art. 5 par. 1: placement à des fins d'assistance dans un établissement pénitentiaire au seul motif que le requérant représentait un danger pour autrui, non conforme aux règles de la législation interne)



## En guise de conclusion