

AVIS DE DROIT

donné à M. Olivier Feller et à M. Philippe Leuba

Députés au Grand Conseil

de l'application de l'article 165 de la Constitution vaudoise

INTRODUCTION

1. Le 30 juin 2004, le Conseil d'Etat vaudois publiait un rapport sur les mesures d'assainissement prévues par l'article 165 de la Constitution cantonale et un Exposé des motifs et projet de décret No 198 qui prévoit diverses mesures, notamment la convocation du peuple, afin de soumettre à ce dernier une série de modifications législatives.
2. L'Exécutif rappelle que l'article 165 Cstc. enjoint aux autorités cantonales de prendre des mesures d'assainissement, lorsque, dans les derniers comptes, les recettes ne couvrent pas les charges avant amortissement. Il souligne également que, compte tenu du déficit enregistré dans les comptes 2003, des mesures d'assainissement de 162.4 millions de francs s'imposent. Aussi présente-t-il plusieurs propositions, qui doivent toutefois être rangées dans des catégories différentes. D'une part, il s'agit de diminuer les charges dans toute une série de secteurs, pour un total de 119 millions de francs. D'autre part, il est question d'augmenter les recettes de l'Etat, pour à peu près 51 millions. De surcroît, parmi les unes et les autres mesures, il convient de distinguer celles qui peuvent être prises directement par les autorités élues, sans consultation populaire, et celles qui, en revanche, nécessitent une révision législative, donc un référendum (pour les mesures d'économie, réduction du soutien financier aux Eglises, baisse des prestations sociales, réduction des frais d'entretien des routes; pour

les nouvelles recettes, suppression des déductions pour intérêts d'épargne, introduction d'un impôt extraordinaire sur la fortune, ainsi que pour les contribuables imposés d'après leurs dépenses, accroissement des impôts sur les gains immobiliers).

3. Pour chacun des objets soumis à la sanction populaire, le Conseil d'Etat préconise un scrutin distinct, afin de respecter l'unité de matière. Mais il suggère aussi un système de vote particulier: sur chaque point, le citoyen devrait choisir entre la mesure proposée par le Grand Conseil, économie ou recette, et une augmentation du coefficient de l'impôt cantonal direct correspondant au même montant, étant entendu qu'il n'est pas permis de voter pour le statu quo, par deux non.
4. Les propositions du Conseil d'Etat doivent naturellement être approuvées par le Grand Conseil, qui est libre de les amender, tant sur les modalités de vote que sur la substance des mesures à prendre. C'est dans cette perspective que deux députés au Parlement vaudois ont demandé au soussigné d'examiner les problèmes constitutionnels posés par cette affaire. Or ces questions paraissent être de deux sortes: d'abord, des questions formelles, concernant la mise en application de l'article 165, les effets de la garantie fédérale et les éventuelles voies de recours; ensuite des questions matérielles, relatives au champ d'application de l'article 165, à sa portée, au rapport entre le référendum spécial prévu par cette disposition, le référendum ordinaire et le droit d'initiative.

A. LES QUESTIONS FORMELLES

I. L'applicabilité de l'article 165 Cstc.

5. Cette question préalable, qui ne semble pas avoir retenu l'attention des autorités et n'est pas traitée dans l'Exposé des motifs 198, se pose néanmoins, et cela sous un double aspect: d'une part, il convient de déterminer le sens et la portée de la disposition transitoire dont est assorti l'article 165; d'autre part, il y a lieu de se demander, si, en tout état de cause, l'article 165 est directement applicable.
6. L'article 179 Cstc., à son chiffre 6, ad article 165, prescrit: "Aussi longtemps que la nouvelle loi des finances n'est pas en vigueur, les alinéas 2 à 4 de l'article 48 de la Constitution du 1^{er} mars 1885 s'appliquent". Cette disposition a pour origine un amendement de M.

Gérard Buhlmann, lequel se rapportait au projet d'article 147^{bis}, disposition qui a ensuite été profondément remaniée pour devenir l'article 165¹. La disposition transitoire a été maintenue sans changement, lorsque l'article 165 a été adopté dans sa version définitive².

7. Les alinéas 2 et 4 de l'article 48 de la Constitution cantonale du 1^{er} mars 1885, qui sont maintenus en vigueur, exigent que les comptes se divisent en un compte d'exploitation et en un compte de pertes et profits, ce dernier devant indiquer l'excédent des dépenses ou des recettes du compte d'exploitation, les moins-values et les plus-values sur les éléments du bilan, les charges et les produits exceptionnels.
8. La portée du renvoi à l'ancien article 48 est quelque peu obscure, et l'étude des travaux préparatoires ne permet guère de l'éclaircir, car l'article 79, chiffre 6, a été adopté dans des conditions confuses. Il semble que, dès les premières versions de l'article 165, le Constituant ait pensé que cette disposition nécessiterait une législation d'exécution. Intitulé "Projet de nouvelle Constitution" et "Texte final", le document publié à la fin d'avril 2002, après la séance au cours de laquelle fut adopté l'article 165, précisait encore: "Aussi longtemps que la nouvelle loi relative au mécanisme financier prévu par l'article 165 n'est pas en vigueur, l'article 48 de la Constitution du 1^{er} mars 1885 s'applique". Lors de la séance du 26 avril 2002, l'article 165 avait été adopté, assorti de cette disposition transitoire, qui toutefois n'a pas été discutée et dont le texte ne figure pas au Bulletin officiel, à la différence des autres dispositions transitoires, apparemment parce que l'article 179, chiffre 6, était considéré comme accepté préalablement³. Or elle avait été votée par l'Assemblée le 25 janvier 2002, en même temps qu'un article 147^{bis}, dont la teneur était différente de celle de l'article 165 élaboré en avril suivant⁴. De cette situation peu claire, il paraît résulter que, d'une part, la disposition transitoire n'a certes pas été rediscutée au moment où l'article 165 définitif était abordé et que, d'autre part, le texte a été modifié ultérieurement dans des conditions mystérieuses, sans doute en mai 2002; mais il n'en a pas été question lors de la séance du 17 mai 2002, au moment de l'épuration des

¹ Voir Bulletin de l'Assemblée constituante No 41, du 25 janvier 2002, p. 38 et 42.

² Bulletin de séance No 49, du 26 avril 2002, p. 26.

³ Voir Bulletin de séance No 49, du 26 avril 2002, p. 26 sq.

⁴ Bulletin No 41, du 25 janvier 2002, p. 37 et 42; Bulletin No 49, du 26 avril 2002, p. 31 sq.

dispositions transitoires⁵. Quoi qu'il en soit, la mention explicite d'une loi sur le mécanisme d'assainissement a disparu, entre fin avril et fin mai 2002, sans qu'on sache qui a pris la décision, ni exactement quand ni comment.

9. Dans ces conditions, il est peut-être soutenable d'admettre que l'article 179, chiffre 6, n'ait pas pour effet de suspendre l'entrée en vigueur de l'article 165 et qu'il est plutôt destiné à le compléter qu'à le remplacer momentanément. Toutefois, il paraît difficilement contestable que l'article 165 n'est pas *self executing* et qu'il a besoin d'une législation d'application. Cela résulte déjà de son texte, qui est ambigu, ou lacunaire, sur des points essentiels, comme son champ d'application et les modalités d'établissement des comptes d'Etat, sans parler du mécanisme de vote sur les propositions du Grand Conseil. La même conclusion ressort des travaux préparatoires. Dès les premières versions de l'article 165, sous chiffre 147, il était entendu que cette disposition nécessiterait une loi d'application. Comme l'a dit l'auteur de la proposition, "cette proposition n'est qu'un simple cadre. C'est un cadre constitutionnel, ce n'est pas une loi. La loi d'application définira les modalités"⁶. Cet élément n'a d'ailleurs pas échappé au Conseil d'Etat, dont l'Exposé des motifs cite expressément l'article 54 du projet de loi sur les finances. Cependant, celle-ci n'est pas encore en vigueur et ne saurait servir d'appui aux résolutions du Grand Conseil.
10. L'application de l'article 165 dans les circonstances actuelles pose ainsi deux problèmes. En premier lieu, il est permis de douter que le Parlement puisse appliquer cette disposition, tant que la loi n'a pas résolu les questions importantes que la Constitution laisse ouvertes et dont la réponse devrait incontestablement figurer dans une base légale formelle, explicite et claire. Ensuite, il conviendrait de s'assurer que, pour les comptes de l'année 2003, l'application de l'article 48 de l'ancienne Constitution permet réellement d'assurer celle de l'article 165; sur ce second point, il n'est pas possible de se prononcer dans le cadre de la présente consultation.

⁵ Bulletin No 50, du 17 mai 2002, p. 12.

⁶ Bulletin No 41, du 25 janvier 2002, p. 29, M. Gérard Buhlmann.

II. La portée de la garantie fédérale

11. L'ensemble de la Constitution vaudoise du 14 avril 2003, y compris son article 165, a reçu la garantie fédérale prévue par l'article 51 de la Constitution fédérale (Cst.), le 24 septembre 2003⁷. Le Conseil d'Etat, dans l'Exposé des motifs No 198, se prévaut de cette décision pour établir la constitutionnalité de ses propositions, en rappelant que les autorités vaudoises sont tenues d'appliquer l'article 165 Cstc. Mais cette argumentation porte à faux, car elle donne à la garantie fédérale une portée qu'elle n'a pas et repose d'ailleurs sur une pétition de principe.
12. La portée de la garantie fédérale est limitée par la nature de l'examen auquel se livrent le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale. D'une manière générale, la garantie n'est refusée que si la disposition litigieuse "ne peut d'aucune manière être interprétée conformément au droit fédéral"⁸; en revanche, elle est accordée à "toutes les dispositions ... qui ... pourraient s'appliquer pour le moins à **un** cas sans violer le droit fédéral"⁹. Il suit de là que l'octroi de la garantie n'a nullement pour effet de préjuger, et moins encore de dicter ou de cautionner, n'importe quelle interprétation de la Constitution cantonale. Celle-ci doit toujours, ultérieurement, être interprétée en conformité avec le droit fédéral, en l'occurrence avec l'article 34 Cst.
13. Dans le cas présent, la garantie a donc pour conséquence que l'article 165 Cstc., tel qu'il est rédigé, est pleinement valable. Mais la question a été étudiée par le Conseil fédéral, puis tranchée par l'Assemblée fédérale, sans connaître le sens exact de cette disposition, ni la façon dont elle sera appliquée. Sur ces deux points, la décision est dépourvue de portée. Elle doit d'ailleurs s'entendre sous une réserve qui va en quelque sorte de soi, c'est que la règle en question sera interprétée de manière conforme à l'ensemble du droit fédéral, et notamment à l'article 34 Cst. Cette nuance a d'autant plus d'importance que le texte de l'article 165 laisse ouverte une série de questions et se prête à plusieurs lectures différentes.

⁷ FF 2003, p. 6303.

⁸ J.-F. AUBERT, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich 2003, p. 438, No 13, ad art. 51.

⁹ FF 1977 II 268; 1988 I 238; voir E. GRISEL, "La garantie des constitutions cantonales" in: *Le droit en action, Recueil de travaux publié par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne*, J.-M. Rapp, éd., Lausanne 1996, p. 166 sq.

14. Or, dans le cas particulier, le Message du Conseil fédéral concernant la garantie ne se prononce sur aucun des points litigieux. Il ne fait même pas la moindre allusion à l'article 165, notamment dans son rappel du Titre VII, consacré au régime des finances¹⁰ ou dans son analyse des droits populaires¹¹. En tout état de cause, l'article 165 Cstc. ne se heurte à aucune objection *prima facie*, et sa compatibilité avec la Constitution fédérale ne pouvait pas être mise en doute, mais son interprétation reste une question ouverte.
15. En conclusion, l'octroi de la garantie concerne uniquement l'article 165 en tant que tel et constate sa validité, mais il n'avalise pas telle ou telle modalité d'exécution. Il n'y a donc rien à en tirer lorsqu'il s'agit de déterminer le champ d'application, le sens et la portée des règles en question. Le Conseil d'Etat a ainsi raison de relever que l'article 165 est valide et doit être mis en oeuvre par les autorités vaudoises. Mais on aurait tort d'en déduire que le "système" proposé dans l'Exposé des motifs No 198 aurait reçu la caution des autorités fédérales. Contre le mécanisme envisagé par l'Exposé des motifs, existe d'ailleurs une voie de recours.

III. La voie de recours

16. Au bénéfice de la garantie fédérale, l'article 165 Cstc. ne peut pas être remis en cause, ni directement, ni même indirectement. Le Tribunal fédéral déclarerait irrecevable un recours qui lui demanderait de se livrer à un contrôle abstrait de la nouvelle norme constitutionnelle¹². Certes, il accepterait d'examiner, à propos d'un acte concret d'exécution, si cette disposition respecte le droit fédéral, mais seulement dans la mesure où celui-ci aurait subi des changements depuis la décision parlementaire sur la garantie¹³. Dès lors qu'aucune modification n'est intervenue depuis 2003, la validité de l'article 165 ne saurait être mise en doute.
17. Par contre, son interprétation est un autre problème, qui peut naturellement être porté devant le Tribunal fédéral. Dans un premier temps, il appartiendra au Grand Conseil de déterminer le champ d'application – et les modalités d'exécution – de l'article 165. Les

¹⁰ FF 2003, p. 3171.

¹¹ *Ibidem*, p. 3173.

¹² ATF 118 Ia 127.

¹³ ATF 121 I 138; 47; 116 Ia 359.

décrets qu'il prendra pour convoquer les électeurs sur les différents points de son programme d'assainissement seront susceptibles du recours "en matière de votations" prévu par l'article 85, lit. a, OJ. Les opposants devront s'en prendre aux décrets dans les trente jours qui suivent leur publication dans la Feuille des avis officiels, c'est-à-dire **avant** le scrutin populaire, afin que l'on puisse corriger à temps les irrégularités éventuellement constatées¹⁴. Ils pourront demander l'effet suspensif, lequel est cependant rarement accordé¹⁵.

18. Le recours pourra faire valoir, soit que les décisions du Grand Conseil ne reposent pas sur une interprétation correcte de l'article 165, soit qu'elles ne sont pas conciliables avec la liberté de vote garantie par l'article 34 Cst. Sur ces deux points, le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral sera en principe libre, mais il ne l'exercera qu'avec «une certaine retenue», car il incombe au premier chef à la plus haute autorité du canton d'appliquer sa propre constitution¹⁶. C'est dire que le Grand Conseil assume ici une responsabilité primordiale, d'autant plus importante que l'article 165 s'applique pour la première fois et que ses résolutions serviront de précédent.
19. A supposer que le Tribunal fédéral estime inconstitutionnels les décrets parlementaires, la portée de l'arrêt dépendra évidemment du moment où il sera rendu: s'il intervient avant le scrutin, celui-ci devra être aménagé conformément au jugement; s'il a lieu après la votation, celle-ci devrait être annulée et réorganisée suivant des modalités compatibles avec la Constitution fédérale.

B. LES QUESTIONS MATÉRIELLES

I. Le champ d'application de l'article 165, alinéa 2, Cstc.

20. Il s'agit de déterminer avant tout si, en parlant de "mesures d'assainissement", la Constitution envisage uniquement des économies, qui devraient être opposées à une augmentation du coefficient d'impôt, ou également des nouvelles recettes fiscales,

¹⁴ ATF 113 Ia 50.

¹⁵ ATF 105 Ia 250; sur le sujet, voir E. GRISEL, *Initiative et référendum populaires*, 3^e éd., Berne 2004, p. 156 sq., Nos 375 sq.

¹⁶ *Ibidem*, p. 158 sq.; voir ATF 118 Ia 424.

lesquelles devraient, elles aussi, être opposées à l'augmentation du coefficient. Le Conseil d'Etat soutient la seconde thèse, en se référant à la "lettre" de l'article 165, ainsi qu'aux "travaux de l'Assemblée constituante, qui n'a pas exclu cette possibilité"¹⁷; il cite encore l'intervention d'un membre de la Constituante, M. Buhlmann, lors de la séance du 25 janvier 2002, déclaration qu'il faudra analyser plus loin de façon détaillée.

21. L'interprétation littérale de l'article 165 ne permet pas de répondre à la question soulevée, le mot "assainissement" étant suffisamment vague pour recouvrir des thèses très différentes les unes des autres. Même si l'on donne à ce terme un sens restreint et un champ d'application limité à des mesures d'économies, le peuple a de toute manière le choix entre soit une véritable "économie", par la suppression d'une charge de l'Etat, soit un accroissement de la pression fiscale, par le coefficient d'impôt. Le terme est donc bien choisi, mais il ne résout pas le problème du champ d'application. Celui-ci n'est même pas mentionné dans le "Commentaire officiel" de la Constitution, publié par l'Assemblée en mai 2002. Il est pourtant d'une grande importance, à la fois pour l'avenir et dans le cas présent. En effet, parmi les mesures que préconise le Conseil d'Etat et qui doivent être soumises au référendum de l'article 165, alinéa 2, Cstc., quatre seulement sont des charges diminuées, pour un montant d'un peu moins de 8 millions de francs, dont presque 3 millions seraient simplement transférés aux communes, tandis que les augmentations d'impôts envisagées se montent à près de 53 millions de francs.
22. Quant aux travaux préparatoires, ils doivent être évalués avec une certaine prudence, car l'article 165 est issu de la troisième lecture, et le texte définitif n'a pas fait l'objet d'une discussion approfondie. De leur côté, les débats précédents, qui concernaient des versions différentes, ne donnent que des indications peu sûres.
23. Le rapport de la Commission 2, du 30 juin 2000, au chapitre de la gestion financière, ne prévoyait pas d'assainissement proprement dit, mais seulement des "mesures fiscales ou compensatoires", afin de financer les tâches nouvelles (origine de l'article 163 Cstc. et non de l'article 165), le commentaire ajoutant qu'il appartiendrait au législateur d'instituer, le cas échéant, un système contraignant. La minorité s'opposait d'ailleurs à ce projet, en rappelant notamment que le peuple avait refusé un mécanisme semblable, le 29 novembre 1998.

¹⁷ Exposé des motifs No 198, p. 5.

Néanmoins, au cours de la séance du 4 mai 2001, l'Assemblée plénière adopta un article 2.2.3, qui exprimait les vues de la majorité de sa Commission¹⁸.

24. Au cours de la séance du 25 janvier 2002, un article 147, intitulé "Gestion des finances de l'Etat", a été présenté comme un "référendum constructif", les questions posées au peuple devant être "Acceptez-vous une augmentation d'impôt", étant entendu qu'un refus aurait "telle conséquence"¹⁹. Cette proposition ayant été vivement combattue, en particulier à cause des modalités de vote, le même orateur a dit: "Vous nous parlez d'économies. Dans ma proposition ... il n'y a nulle part le mot "économie". Il n'y a nulle part le mot économie, pourquoi? Parce que, précisément, c'est une concession importante qu'on fait à la gauche de cette assemblée mais qui ne semble pas l'avoir vue. Il y avait le mot "économie" dans les versions précédentes. Il n'y est plus. Et pourquoi parle-t-on de mesures? Parce que précisément, nous ouvrons ici la porte à toutes les mesures"²⁰. Cette déclaration ne peut pas être interprétée dans le sens que le Conseil d'Etat croit pouvoir déceler. Dans son contexte, elle ne signifie nullement que de nouveaux impôts peuvent être proposés en opposition à l'augmentation du coefficient. Elle veut simplement dire que le terme "assainissement" ne préjuge pas la décision que prendra le peuple, lequel a toujours la faculté de préférer l'accroissement du coefficient d'impôt direct à la suppression d'une prestation étatique. De bonne foi, on ne peut pas comprendre autrement les paroles citées, et il n'est pas possible d'en inférer que la Constituante aurait envisagé d'opposer une augmentation de recettes à une autre augmentation de recettes. Cette dernière idée n'a pas été évoquée par les membres de l'Assemblée constituante lors de la séance du 25 janvier 2002.
25. Un bref débat a eu lieu le 15 mars 2002, à l'issue duquel l'Assemblée refusa de rouvrir la discussion sur le "frein à l'endettement", malgré les nombreux problèmes que soulevaient les dispositions adoptées le 25 janvier précédent²¹.
26. Lors de la séance du 26 avril 2002, un nouveau débat fut néanmoins tenu sur des projets d'articles 147^{bis} et 147^{ter}, élaborés par un groupe

¹⁸ Bulletin No 28, du 4 mai 2001, p. 43 sq., 56.

¹⁹ Bulletin No 41, du 25 janvier 2002, p. 101, M. Buhlmann.

²⁰ *Ibidem*, p. 29.

²¹ Bulletin No 45, du 15 mars 2002, p. 28 sq.

"interpartis", composé notamment de MM. Buhlmann et Nordmann²². En présentant ces textes à l'Assemblée, les membres du groupe n'ont pas jugé utile de désigner les objets visés par l'expression "mesures d'assainissement". Le seul qui y fasse une allusion est M. Nordmann, lequel relève: "Chaque mesure de rang législatif est opposée à une hausse du coefficient d'impôt d'effet équivalent. Nous croyons même y déceler une vertu pédagogique. Les citoyens sont appelés à peser la prestation et son prix. Cela rappelle – et ce n'est pas inutile par les temps qui courent – que les impôts sont utiles et nécessaires, parce qu'ils financent des prestations utiles et nécessaires."²³ Cette déclaration fait voir que l'orateur pense uniquement à des diminutions de charges, opposées à des augmentations d'impôt, et non pas à un choix entre une augmentation de la pression fiscale et une autre. Quant aux adversaires du projet, leurs arguments ne manquent pas d'intérêt, car ils reposent eux aussi manifestement sur l'idée que les dispositions envisagées entraîneraient des diminutions des prestations étatiques, et non pas de nouvelles recettes fiscales²⁴.

27. Dans ces circonstances, la lecture que fait le Message gouvernemental du 30 juin 2004 est pour le moins douteuse. Il est vrai que l'Assemblée constituante "n'a pas exclu" la possibilité d'opposer un impôt à un autre impôt, dans le cadre de l'article 47^{ter}, lequel est devenu, après certains changements, l'article 165. Le Commentaire "officiel" n'en parle pas davantage, ni la brochure distribuée au peuple avant la votation populaire de septembre 2002. Mais, de là à en inférer que le scrutin prévu par l'article 165 peut porter sur une alternative de deux mesures fiscales, il y a un pas difficile à franchir, car ce qui n'a pas été expressément exclu n'est pas nécessairement autorisé. Au lieu de souligner ce qui n'a pas été dit, mieux vaut s'en tenir aux paroles prononcées, et à cet égard les déclarations de M. Nordmann et des adversaires du texte sont suffisamment claires pour permettre de conclure que l'Assemblée constituante, en acceptant un projet de compromis, n'a pas voulu d'un référendum qui oppose deux impôts différents, mais bien d'un droit populaire qui s'exerce uniquement sur un choix entre une diminution des dépenses et une augmentation du coefficient d'impôt.

²² Bulletin No 49, du 26 avril 2002, p. 21 sq; contrairement à l'habitude, les textes des deux articles ne sont pas reproduits dans le Bulletin, ni, comme on l'a vu, la disposition transitoire relative aux mesures d'assainissement.

²³ Bulletin No 49, p. 22.

²⁴ *Ibidem*, p. 23 sq., Mme Dufour, M. Bouvier.

28. Cette conclusion est renforcée par le seul commentaire disponible des dispositions financières de la Constitution vaudoise: d'après l'auteur, qui est l'un des constituants chargés de négocier et d'élaborer l'article 165, lorsque le compte de l'Etat n'est pas équilibré, le Grand Conseil est tenu de présenter des "mesures d'économies" et de les opposer à l'augmentation du taux d'impôt; implicitement, cela exclurait qu'un nouvel impôt soit opposé à l'impôt ordinaire²⁵.
29. Indépendamment de l'interprétation historique de l'article 165, compte tenu de ce que la Constituante a compris, entendu et voulu le 26 avril 2002, il sied de relever le lien logique qui réunit les deux principales questions soulevées par l'article 165: son champ d'application, d'une part, ses modalités d'application, d'autre part. Suivant le mécanisme de vote adopté, les objets soumis au scrutin ne sauraient être les mêmes. Plus exactement, si, dans le cadre de l'article 165, alinéa 2, on interdit au citoyen de voter deux fois non, alors il serait particulièrement et manifestement inadmissible de le forcer à choisir entre un impôt et un autre impôt.

II. La portée de l'article 165, alinéa 2, et les modalités de vote

30. L'Exposé des motifs No 198 propose un système de vote particulier sur les mesures d'assainissement: sur cet objet, l'électeur peut certes choisir entre les deux termes de l'alternative, "mais ne peut les refuser les deux"²⁶. A l'appui de cette affirmation, il cite le texte de la Constitution et l'intention clairement exprimée par la Constituante; il s'interroge, à vrai dire, sur la conformité de ce système à la liberté de vote garantie par l'article 34 Cst., mais rappelle qu'il a obtenu la garantie fédérale et conclut qu'il doit être appliqué. L'argumentation est donc triple, et le problème doit en effet être examiné sous ses trois aspects, à l'aide des méthodes habituelles d'interprétation des règles constitutionnelles: littérale, historique et systématique.
 - a. Selon l'interprétation littérale
31. Si l'on se réfère uniquement aux termes utilisés à l'article 165, alinéa 2, Cstc., on ne peut pas en déduire que le double non serait interdit

²⁵ J.-F. LEUBA, "Dispositions financières", in: *La Constitution vaudoise du 14 avril 2003*, Pierre Moor. éd. Berne 2004, p. 325.

²⁶ Exposé des motifs No 198, p. 6.

aux citoyens et que ceux-ci ne sauraient opter pour le statu quo. En effet, la phrase d'après laquelle "le vote oppose la modification législative proposée à une augmentation du coefficient de l'impôt cantonal ..." ne signifie pas qu'il est exclu de voter deux fois non, car tel n'est pas le sens ordinaire du verbe "opposer", lequel a été – et est encore – utilisé, dans un sens précis, notamment au sujet de l'initiative et du contre-projet. Aux articles 81 et 82 Cstc., il est question du contre-projet "opposé" à la demande populaire, la procédure de vote devant être réglée par la loi; mais il ne saurait être envisagé sérieusement d'instituer une procédure qui empêcherait le peuple de préférer le statu quo à l'initiative et au contre-projet²⁷. Déjà l'article 27, chiffre 1, de la Constitution vaudoise du 1^{er} mars 1885, dans sa version de 1977, parlait d'un contre-projet "opposé" à une initiative et prévoyait une procédure qui permet aux électeurs de voter d'abord oui ou non au principe même du changement proposé²⁸. La Constitution fédérale s'exprime dans les mêmes termes et leur donne une signification identique, en offrant au citoyen le droit de refuser tout changement, lorsque l'Assemblée fédérale use de son droit d'opposer un contre-projet à l'initiative (art. 139, al. 4, Cst.).

32. D'une lecture grammaticale de l'article 165, alinéa 2, on ne saurait donc tirer les déductions que fait l'Exposé des motifs No 198. Bien plutôt, il serait tentant d'en inférer que l'interdiction du non, tout à fait insolite, voire unique, dans le cadre du référendum, ne peut être admise sous une forme purement implicite et ne se conçoit que si elle est prévue de façon expresse. Or l'article 165, alinéa 2, ne le dit pas, et un raisonnement *a contrario* est plus que douteux, lorsqu'il s'agit de dénaturer une institution aussi fondamentale que le référendum législatif et de priver les votants d'une liberté aussi essentielle que la faculté de refuser un changement proposé par le Parlement. Aucune constitution ne précise qu'en cas de référendum, il est permis de voter non, tant la chose va de soi. Mais si un constituant entend priver le peuple de cette faculté, il devrait l'écrire en toutes lettres, ce qu'il n'a pas fait en l'occurrence.

b. Selon l'interprétation historique

²⁷ Voir notamment l'avant-projet de loi sur l'exercice des droits politiques, mis en consultation par le Conseil d'Etat le 13 juillet 2004, notamment l'avant-projet d'Exposé des motifs, p. 8 sq.

²⁸ Ce système, qui est encore en vigueur, pourrait être remplacé, suivant l'avant-projet du Conseil d'Etat, par le mécanisme appliqué en droit fédéral.

33. Sous cet angle, la position du Conseil d'Etat peut s'appuyer sur trois documents qui sont incontestablement probants. D'abord, le Commentaire "officiel" de la Constitution dit clairement que le corps électoral peut choisir "indépendamment", pour chacune des mesures d'assainissement, "entre les deux options qui lui sont présentées, mais ne peut les refuser les deux"²⁹. Ce texte, que la Constituante a approuvé, a un certain poids, lorsqu'il s'agit de décèler ses intentions. Toutefois, il serait dangereux de le considérer comme décisif à lui seul, car il n'appartient pas à un constituant de dicter dans un document distinct de la Constitution le sens qu'il faut donner à celle-ci. Si l'Assemblée voulait vraiment interdire de voter pour le statu quo, elle aurait dû le prévoir dans la disposition constitutionnelle et non dans son commentaire, lequel était destiné à rester plus ou moins confidentiel et non pas à être ratifié par le peuple. Ce dernier a d'ailleurs reçu, avant le scrutin de septembre 2002, un Message explicatif qui ne parle pas de l'interdiction du double non³⁰.
34. Mais il y a davantage. Lors de la procédure de la garantie fédérale, l'Office fédéral de la justice a pris position sur l'article 165, en l'interprétant comme le fait le Conseil d'Etat, manifestement sur les indications fournies par les autorités vaudoises, lesquelles avaient sans doute cru exprimer les intentions de la Constituante³¹. Quoi que l'on puisse penser sur le fond du problème³², la garantie a donc été étudiée – et accordée – sur la base de cette lecture historique de l'article 165, alinéa 2.
35. En troisième lieu, l'auteur précité, qui a participé à la négociation et à l'élaboration de la règle litigieuse, lui donne le même sens, en précisant que "le citoyen ne pourra pas voter deux fois non"³³.
36. A vrai dire, il y a également quelques indices en sens contraire. Avant tout, il est significatif que, lors de la séance du 26 avril 2002, dans le débat sur la version finale de l'article 165, aucun orateur n'ait déclaré que le double non serait prohibé. En présentant le projet, M. Buhlmann a certes relevé: "Nous ne voulons pas d'un vote populaire en deux temps qui permette au peuple de dire deux fois non"³⁴. Cette

²⁹ Commentaire de l'Assemblée constituante, mai 2002, ad art. 165, p. 38.

³⁰ Message précité, p. 8.

³¹ Voir la lettre du 8 septembre 2003 du vice-directeur de l'Office fédéral de la justice au secrétariat de la Commission du Conseil national.

³² Voir No 38 ci-dessous.

³³ J.-F. LEUBA, *op. cit.*, p. 325.

³⁴ Bulletin No 49, du 26 avril 2002, p. 21.

phrase ne signifie pas qu'en cas de vote **simultané**, le peuple serait privé du droit de choisir le statu quo. De surcroît, au cours de la séance précédente, où se discutait une autre version du futur article 165, un député a souligné avec force que le peuple "doit en tout cas pouvoir opter pour le statu quo, c'est-à-dire rejeter l'ensemble des propositions qui lui sont soumises", faute de quoi le Tribunal fédéral annulerait la votation; il ajoutait: "La procédure qui s'applique aux initiatives et au contre-projet garantit tout à fait cela ... or dans le mécanisme qui est proposé, l'électeur ne peut pas choisir le statu quo et cela viole fondamentalement son droit de vote. La question est tellement claire que le Tribunal fédéral n'a jamais eu à se prononcer, à ma connaissance, en tout cas je n'ai pas trouvé d'arrêt spécifique sur cette question car ... aucune votation n'a été organisée selon ces modalités bizarres. Il est certain qu'au premier recours, le Tribunal fédéral invaliderait une votation qui aurait été organisée selon ces modalités ..."35. Or il n'a été contredit sur ce point par aucun membre de l'Assemblée, ni ce jour-là ni plus tard. La Constituante était donc consciente du problème juridique posé par l'interdiction du double non36. A-t-elle voulu passer outre et adopter un mécanisme qu'elle savait pour le moins douteux? Tout bien pesé, c'est bien possible, voire probable, et le recours à la méthode historique conduit à la conclusion vraisemblable, sinon absolument sûre, que l'intention de la majorité de l'Assemblée était effectivement d'empêcher le peuple d'opter pour le statu quo. Mais cette volonté des auteurs du projet n'est de toute manière pas absolument déterminante, puisque le Message adressé au peuple n'en parle pas. En outre, on se souvient que, peu avant le scrutin de septembre 2002, l'électorat vaudois avait refusé un mécanisme de frein à l'endettement; est-il plausible qu'il ait accepté sciemment, quelque temps plus tard, un système encore plus contraignant qui, en réalité, le forcerait à accepter de nouvelles charges fiscales?

- c. Selon l'interprétation systématique, notamment au regard de l'article 34 Cst.
37. Dans le système de vote proposé par le Conseil d'Etat, le peuple devrait faire un choix entre deux propositions législatives du Grand Conseil, mais il ne saurait les rejeter toutes les deux. Il s'agirait ainsi d'un référendum obligatoire, en ce sens que le vote ne serait pas provoqué par une demande des citoyens, mais il aurait ceci de

35 Bulletin No 41, séance du 25 janvier 2002, p. 12, M. Nordmann.

36 Voir Nos 39 sq. ci-dessous.

particulier que le peuple ne pourrait opter que pour l'un des changements résolus par le Parlement, et non pour le statu quo. Cette manière de faire aurait pour objectif de créer un type de référendum dit "constructif" et pour but d'occulter le référendum facultatif sur les lois, lequel, portant sur chaque objet séparément, permettrait nécessairement au corps électoral de les repousser l'un et l'autre. On sait que l'article 165, alinéa 2, ne dicte pas expressément le mécanisme proposé. Celui-ci serait-il compatible avec la liberté de vote garantie par l'article 34 Cst. et avec la souveraineté du peuple proclamée à l'article premier Cstc.?

38. A la suite d'un examen nécessairement abstrait et superficiel, la garantie fédérale a été octroyée, en dépit de quelques hésitations. Elle est fondée sur une argumentation fragmentaire, qui se résume ainsi: les cantons étant libres d'instituer ou non le référendum législatif, ils peuvent le "limiter", dans certains domaines. Ce raisonnement passe toutefois à côté de la vraie question, car il ne s'agit pas ici de savoir si le constituant pouvait soustraire telle ou telle matière à la sanction populaire, mais bien de déterminer si les autorités élues peuvent organiser des scrutins qui forcent le citoyen à choisir entre deux projets, sans pouvoir les refuser tous les deux.
39. Ce problème est assurément nouveau. Jamais, apparemment, aucun canton suisse ne s'est avisé d'instituer un référendum obligatoire sans possibilité de voter non. Or il y a là une contradiction interne, qui soulève incontestablement une difficulté: d'un côté, on consulte le peuple et même on l'oblige à se prononcer sans qu'il l'ait demandé; mais, d'un autre côté, on lui impose une contrainte, en l'empêchant d'opter pour le statu quo. Cette manière de faire est-elle admissible au regard des principes de la souveraineté populaire et de la liberté démocratique?
40. La doctrine et la jurisprudence n'ont évidemment pas eu à se prononcer, l'idée étant tellement originale qu'elle n'est encore venue à l'esprit de personne. La notion même de référendum constructif est généralement considérée comme appartenant uniquement au référendum facultatif et non au référendum obligatoire³⁷. Les auteurs, s'agissant de la votation elle-même, se contentent de souligner que les questions posées au peuple doivent être objectives et assez claires

³⁷ TH. SÄGESSER, *Das konstruktive Referendum*, Thèse Berne 2000, p. 264.

pour être immédiatement compréhensibles³⁸. L'un d'eux précise que les citoyens ont droit à un système ouvert, raisonnable, qui les autorise à jouer effectivement leur rôle actif dans le processus de décision³⁹. Tous soulignent, d'une façon plus ou moins explicite, tant cela paraît aller de soi, que les questions exposées au vote doivent être susceptibles d'une réponse par oui ou par non, qu'en principe le référendum est destiné à refuser un projet⁴⁰ et que les modalités de vote ne sauraient favoriser indûment une solution: le statu quo ou le changement⁴¹.

41. La jurisprudence a posé un principe général que sanctionne désormais l'article 34 Cst.: chaque citoyen a "la faculté d'exiger qu'aucun résultat de votation ou d'élection ne soit reconnu s'il ne traduit pas d'une manière fidèle et sûre la volonté librement exprimée du corps électoral"⁴². Faute de précédent, il est difficile de dire si la procédure envisagée serait jugée compatible avec les exigences jurisprudentielles. Il est certain que le Tribunal fédéral accepterait de contrôler la validité du système, comme il l'a déjà fait pour le vote sur les initiatives et les contre-projets⁴³. Il ne se contenterait donc pas, contrairement à l'Office de la justice, de relever que les cantons ne sont pas obligés d'instituer le référendum législatif et qu'ils en font ce qu'ils veulent. Si une votation populaire est organisée, elle doit l'être conformément aux règles élémentaires de la démocratie, les votants doivent jouir de la liberté nécessaire pour se prononcer à bon escient et selon leur volonté propre, faute de quoi une constitution prétendument démocratique se contredit.
42. Sous cet angle, les modalités litigieuses ne sont pas à l'abri de la critique. Elles ont ceci de gênant qu'elles forcent les citoyens à faire un choix dont les termes ont été fixés d'avance – et librement – par le Grand Conseil. Celui-ci est certes tenu par l'article 165, alinéa 1, de proposer des mesures d'assainissement, mais il s'agit d'une *lex imperfecta*, dont la violation n'est assortie d'aucune sanction. Par contre, une fois que le Parlement a arrêté ses propositions, le peuple

³⁸ S. WIDMER, *Wahl- und Abstimmungsfreiheit*, Thèse Zurich 1989, p. 90 sq.; E. GRISEL, *op. cit.*, Berne 2004, p. 116.

³⁹ P. TSCHANNEN, *Stimmrecht und politische Verständigung*, Bâle 1995, p. 144 sq.

⁴⁰ E. GRISEL, *op. cit.*, p. 60.

⁴¹ TSCHANNEN, *op. cit.*, p. 131.

⁴² ATF 123 I 71; 121 I 138; voir J.-F. AUBERT/P. MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale*, Zurich 2003, p. 304 sq., ad art. 34; Commentaire Saint-Gallois, *Die schweizerische Bundesverfassung*, Zurich 2002, p. 470 sq. ad art. 34.

⁴³ Voir E. GRISEL, *op. cit.*, p. 295.

ne pourrait plus se prononcer que sur une alternative très limitée. Ainsi interprété, l'article 165 opérerait ainsi un large transfert de compétence au profit du Grand Conseil, ce dernier étant seul habilité à décider si – et dans quelle mesure – des mesures d'assainissement s'imposent, et encore dans quel domaine. Bien entendu, une pareille délégation ne se présume pas, et on peut même douter qu'elle ait été voulue par un corps électoral qui venait de refuser un mécanisme de frein à l'endettement. Elle n'aurait d'ailleurs pas exactement la même portée, suivant le champ d'application que l'on accorde à l'article 165.

43. Si celui-ci vise uniquement des mesures d'économie, le Parlement a certes le pouvoir de fixer la quantité de retranchements nécessaires et de désigner les domaines où ils auraient lieu (par exemple, routes, Eglises, écoles, etc.). Mais le citoyen peut encore décider s'il préfère une diminution de dépenses ou une augmentation des impôts. Par contre, si l'article 165 concernait également les accroissements d'impôts, opposés à l'élévation du coefficient, alors cela voudrait dire que le Constituant aurait donné au Grand Conseil un blanc seing pour augmenter les contributions publiques autant qu'il le voudrait (jusqu'à l'équilibre des comptes), et ceci pour un temps illimité, en réalité sans l'accord du peuple, puisque ce dernier ne pourrait choisir qu'entre un impôt et un autre impôt.
44. Alors que la première hypothèse serait à l'extrême rigueur concevable, si telle était vraiment la volonté du Constituant, la seconde serait manifestement inacceptable, car on ne peut pas partir de l'idée que le Constituant aurait, une fois pour toutes, donné au Parlement la compétence d'augmenter la charge fiscale à sa guise⁴⁴.
45. Au surplus, le procédé risquerait de toute manière de manquer son but, car il serait toujours loisible aux citoyens de lancer une initiative populaire pour rétablir le statu quo *ante*. Si le corps électoral s'était prononcé suivant la procédure litigieuse, rien n'empêcherait le dépôt d'une demande populaire tendant à annuler le résultat de ce vote; dans ce cas, le Grand Conseil pourrait peut-être opposer à l'initiative un contre-projet qui reprendrait la solution retenue dans le premier scrutin, et le peuple serait appelé à voter selon les modalités prévues pour l'initiative et le contre-projet (voir l'art. 27, ch. 1, de la Constitution du 1^{er} mars 1885, encore applicable aujourd'hui, tant que la loi prévue par l'article 81 n'est pas promulguée). On pourrait

⁴⁴ Voir No 36 ci-dessus.

soutenir que les droits démocratiques sont ainsi suffisamment préservés. Mais ne serait-il pas plus simple, plus rapide et plus raisonnable, d'adopter d'emblée, dans le cadre de l'article 165, une procédure de vote semblable à celle de l'initiative et du contre-projet et d'interpréter le texte constitutionnel dans ce sens? Il appartient au Grand Conseil de décider.

III. Les conséquences du mécanisme de l'article 165, alinéa 2, Cstc. sur le référendum facultatif applicable à la loi d'impôt

46. La solution de ce problème dépend de la réponse donnée aux questions précédentes. Si l'article 165, alinéa 2, a un champ d'application limité aux mesures d'économies et surtout si les citoyens sont autorisés à voter pour le statu quo, rien ne s'oppose à ce que, ultérieurement, les dispositions déjà acceptées ne soient plus soumises à un référendum facultatif. Si, par contre, les mesures d'assainissement assujetties au mécanisme de l'article 165, alinéa 2, comprennent des augmentations d'impôts opposées à des accroissements du coefficient, et surtout si les citoyens ne sont pas habilités à voter deux fois non, alors il va de soi que, par la suite, la loi d'impôt est encore assujettie au référendum législatif ordinaire.

CONCLUSIONS

1. Compte tenu de sa disposition transitoire et de son texte, il est douteux que l'article 165, alinéa 2, Cstc. soit *self executing* et puisse être appliqué sans loi d'application.
2. La garantie fédérale octroyée à la Constitution cantonale, notamment à l'article 165, ne préjuge pas son interprétation ni la validité de ses modalités d'exécution.
3. Un recours au Tribunal fédéral serait ouvert contre les décrets du Grand Conseil ordonnant une votation sur la base de l'article 165, alinéa 2.
4. Cette disposition s'applique uniquement aux mesures d'économies qui doivent être opposées à l'augmentation du taux d'impôt. Elle ne s'étend pas à l'accroissement d'une autre contribution, qui serait également opposée à l'élévation du coefficient de l'impôt ordinaire.
5. Un mécanisme de vote qui exclurait le maintien du statu quo et qui a probablement été voulu par l'Assemblée constituante ne se concilierait guère avec les principes démocratiques et risquerait d'être invalidé par le Tribunal fédéral.
6. Suivant les modalités retenues, la loi annuelle d'impôt serait – ou non – exposée au référendum législatif ordinaire.

Préverenges, le 6 août 2004

Etienne Grisel