



Kubski Grégoire

Entrée en vigueur et applicabilité de l'article constitutionnel 139a Cst-FR sur la transparence

Cosignataires : 0

Date de dépôt :

11.10.19

DIAF

Dépôt

En date du 4 mars 2018, plus de 68 % de la population fribourgeoise acceptait l'introduction de l'art. 139a Cst-FR, par le biais de l'initiative constitutionnelle cantonale intitulée « Transparence du financement de la politique ». Puis, par Arrêté fédéral du 22 mars 2019, l'Assemblée fédérale a donné son approbation à la modification constitutionnelle (Arrêté fédéral du 22 mars 2019 ; [FF 2019 2821](#)). A la suite de cet Arrêté fédéral, le Conseil d'Etat a promulgué cette modification en précisant simultanément qu'elle entrerait en vigueur « à la même date que la loi qui réglera son application » (publication dans le ROF, [livraison n° 50 du 14 décembre 2018](#)). Le projet de loi d'application a été mis en consultation, ce qui est par ailleurs satisfaisant. Cependant, la manière dont le Conseil d'Etat a repoussé l'entrée en vigueur de l'art. 139a Cst.-FR à la suite de l'approbation de l'initiative cantonale précitée interpelle pour les raisons détaillées ci-après.

Au préalable, il faut rappeler que l'octroi de la garantie fédérale n'a en principe qu'une valeur déclarative ; les dispositions constitutionnelles cantonales peuvent donc entrer en vigueur avant d'avoir été garanties par l'Assemblée fédérale (Arun Bolkensteyn, *Le contrôle des normes, spécialement par les cours constitutionnelles cantonales*, Berne 2014, p. 100).

En l'occurrence, il doit être constaté qu'à ce jour le nouvel art. 139a Cst-FR apparaît sur le Recueil systématique en ligne de la confédération ([RS 131.219](#)), mais pas sur le Recueil systématique du canton ([RSF 10.1](#)). Après vérification auprès du Service de législation et de la DIAF, dont les chefs de service ont répondu de manière claire et transparente, il apparaît qu'à la suite de l'approbation fédérale, le Conseil d'Etat, en l'absence de règle légale concernant l'entrée en vigueur de modifications constitutionnelles, s'est fondé par analogie sur l'art. 19 al. 2 LPAL et sur une disposition transitoire (art. 147 al. 2 Cst-FR) qui régit l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution à la suite de la fin des travaux de la Constituante, pour repousser l'entrée en vigueur de l'art. 139a Cst-FR.

Toutefois, ni une interprétation historique, ni une interprétation littérale, ni une interprétation systématique, ni une interprétation téléologique des dispositions légales sur lesquelles se base le Conseil d'Etat pour repousser l'entrée en vigueur litigieuse ne permettent d'admettre qu'elles peuvent s'appliquer à une modification constitutionnelle nouvelle. C'est donc à la suite d'une interprétation des dispositions précitées à tout le moins extensive, donc pas envisageable juridiquement, et véritablement contraire à l'esprit du système de l'initiative populaire cantonale, que le Conseil d'Etat s'est arrogé le droit de repousser l'entrée en vigueur de ladite norme. Une telle interprétation va à l'encontre du principe fondamental de la légalité, qui protège les citoyens en disposant que le droit est la base et la limite de l'activité de l'Etat (art. 5 al. 1 Cst).

Selon la doctrine, si le droit cantonal et l'initiative ne prévoient aucune disposition transitoire applicable, le droit constitutionnel adopté par voie d'initiative entre immédiatement en vigueur (Corina Fuhrer, *Die Umsetzung kantonaler Volksinitiativen*, Zurich / St-Gall 2019, p. 133 s.). Quand bien même une autorité aurait la compétence de fixer la date d'entrée en vigueur, elle ne peut pas retarder ce moment, en particulier pas dans l'attente de l'adoption de la loi d'exécution (Fuhrer, *op. cit.*, p. 133 s.). La doctrine estime clairement que l'entrée en vigueur d'une révision acceptée par le peuple ne peut être retardée outre mesure, au risque sinon de contredire le principe démocratique et celui de la sécurité du droit (Milena Pirek, *L'application du droit public dans le temps: la question du changement de loi*, Genève / Bâle / Zurich 2018, N 324). S'agissant d'une norme constitutionnelle, qui chapeaute l'ensemble de l'ordre juridique et qui a été acceptée par la population en votation populaire, un exécutif, du fait du principe de la séparation des pouvoirs, se doit d'élaborer le projet de loi d'application, ainsi qu'il l'a fait. Mais il ne peut en aucun cas différer son entrée en vigueur sans base légale formelle l'y autorisant expressément, sans violation des principes précités. En l'espèce, en refusant de reconnaître formellement la volonté populaire clairement établie, le Conseil d'État a perdu de vue que la population constitue le Législateur dans le cadre d'une telle votation.

Reconnaître l'entrée en vigueur d'un article constitutionnel adopté à l'urne est d'autant plus important que, dans l'hypothèse où le Conseil d'Etat ne souhaiterait pas faire appliquer ledit article, comme cela se passe actuellement dans le canton de Schwyz sur un projet semblable, il pourrait suspendre *ad aeternam* l'entrée en vigueur de la norme constitutionnelle et le législatif, souvent issu de la même majorité politique que le gouvernement, pourrait bloquer toute application envisageable. En effet, l'obligation de mettre en œuvre la nouvelle disposition constitutionnelle par le biais d'une loi d'application naît directement du fait de l'existence de ladite disposition constitutionnelle. Si la disposition constitutionnelle ne fait pas partie de l'ordre juridique, on ne peut pas déduire du principe de la légalité une obligation d'adopter la loi de mise en œuvre. En conséquence, comme le confirme la doctrine unanime précitée, la manière de faire du Conseil d'Etat fribourgeois va clairement à l'encontre du principe démocratique et de la sécurité du droit.

Enfin, la question de l'entrée en vigueur de la norme constitutionnelle doit être distinguée de la question de l'applicabilité directe de ladite norme constitutionnelle, soit de savoir si elle est applicable sans loi de mise en œuvre. Ni le Conseil d'Etat, ni le Grand Conseil n'ont l'autorité pour décider de l'applicabilité directe ou non d'une disposition constitutionnelle. L'appréciation définitive sur l'applicabilité directe relève des autorités judiciaires. Ce n'est pas parce que la disposition prévoit qu'une loi de mise en œuvre doit être adoptée qu'elle ne peut pas contenir des éléments directement applicables. Par analogie, nous pouvons comparer le cas d'espèce avec l'art. 75b Cst. sur les résidences secondaires, pour lequel le Tribunal fédéral a jugé que le noyau dur de l'article était directement applicable, soit que les permis de construire de « lits froids » devaient être refusés (ATF 139 II 243, RDAF 2014 I 351). En refusant de reconnaître que l'article est en vigueur, le Conseil d'Etat met en danger le respect de l'article dans les composantes de celui-ci qui pourraient être directement applicables, en particulier pour l'élection au Conseil des Etats du 20 octobre 2019.

Compte tenu de ce qui précède, le soussigné adresse au Conseil d'Etat les questions suivantes :

1. Le Conseil d'Etat admet-il que l'art. 139a Cst-FR est entré en vigueur à tout le moins au jour de l'octroi de la garantie par l'Assemblée fédérale ?

2. Le Conseil d'Etat reconnaît-il que la manière de procéder choisie, en repoussant l'entrée en vigueur d'un article constitutionnel accepté par le peuple et approuvé par l'Assemblée fédérale entraîne une restriction en soi problématique du principe démocratique et de la sécurité du droit ?
 3. Le Conseil d'Etat admet-il qu'il revient aux instances judiciaires, dans l'hypothèse où elles sont saisies, de déterminer l'applicabilité directe d'une norme constitutionnelle nouvellement votée ?
 4. Le Conseil d'Etat envisage-t-il de proposer l'adoption d'une modification constitutionnelle pour préciser les suites à donner à l'acceptation d'une initiative populaire cantonale pour combler la lacune actuelle ?
-