



## Réponse du Conseil d'Etat à un instrument parlementaire

Question Kubski Grégoire

2019-CE-207

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

#### I. Question

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'Etat 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 ?

11 octobre 2019

## II. Réponse du Conseil d'Etat

L'essentiel du raisonnement du député Kubski se fonde sur la jurisprudence et la doctrine publiées en lien avec l'art. 195 de la Constitution fédérale, qui prévoit que « *la Constitution révisée totalement ou partiellement entre en vigueur dès que le peuple et les cantons l'ont acceptée* ». Le Conseil d'Etat y adhère globalement, et n'y reviendra donc pas.

Il est vrai que la Constitution cantonale de 2004 ne contient, elle, aucune disposition relative à l'entrée en vigueur des révisions constitutionnelles subséquentes à la révision totale de 2004. Le seul article de la Constitution de 2004 susceptible de donner une indication sur la volonté de l'Assemblée constituante en ce qui concerne l'entrée en vigueur de nouvelles dispositions constitutionnelles qui ne seraient pas directement applicables est l'art. 147 al. 2 Cst. Il prévoit que « *dans les domaines où les règles de la présente constitution nécessitent des dispositions d'application, le droit actuel reste en vigueur jusqu'à l'adoption de ces dispositions* ».

En l'occurrence, en date du 14 décembre 2018 (cf. ROF n° 50), le Conseil d'Etat a promulgué la nouvelle disposition constitutionnelle. Ce faisant, il a fait application de l'article 19 LPAL et de l'article 136h de la loi du 6 avril 2001 sur l'exercice des droits politiques (LEDP ; RSF 115.1). Pour mémoire, en procédant à une promulgation, le Conseil d'Etat constate que sous l'angle des droits populaires, rien ou plus rien ne s'oppose à l'entrée en vigueur d'un acte.

Il ressort d'une mention apportée au pied de l'acte de promulgation que l'article 139a Cst. entrera en vigueur à la même date que la loi qui règlera son application. Il s'agit là d'une application par analogie non seulement de la formule prévue en 2004 par la Constituante pour l'entrée en vigueur des dispositions constitutionnelles issues de la révision totale, qui n'étaient pas directement applicables, mais aussi de l'article 19 al. 2 de la loi 16 octobre 2010 sur la publication des actes législatifs (LPAL) qui prévoit qu'il appartient au Conseil d'Etat de fixer l'entrée en vigueur des actes.

L'application analogique des articles précités a été nécessaire car, comme le relève le député Kubski, la nouvelle constitution cantonale ne contient pas de règle relative à l'entrée en vigueur d'articles constitutionnels introduits dans le cadre d'une révision partielle. La solution choisie permet une approche pragmatique et donne le temps, lorsque cela est nécessaire, d'élaborer des dispositions d'application en faisant une analyse sérieuse de la situation.

En l'occurrence, le Conseil d'Etat estime qu'il serait fort problématique de faire entrer en vigueur l'art. 139a Cst. sans le compléter d'abord avec des dispositions légales d'application. Cet article n'est en effet pas suffisamment précis, respectivement « dense » pour être d'applicabilité directe. En substance, pour qu'une norme soit suffisamment « dense », ou d'applicabilité directe, elle doit être prévisible, à savoir définir à quelles conditions elle s'applique, par rapport à qui, et quelles conséquences juridiques elle déploie. A défaut, son application s'avérerait à l'évidence hasardeuse, *notamment* sous l'angle des principes de l'égalité et de la sécurité du droit.

A première vue l'article 139a Cst. règle partiellement les obligations de transparence relatives au financement des organisations politiques (publication de leurs comptes), à celui des campagnes électorales et de votations (publication des budgets de campagne), ainsi que par rapport aux revenus que tirent les élu-e-s cantonaux de leur mandat et des activités en lien avec celui-ci. Toutefois, de très nombreuses questions se posent concrètement si l'on veut déterminer les obligations qui découlent de l'art. 139a Cst de manière prévisible et égalitaire.

S'il ne devait s'agir que de définir quelles autorités sont compétentes pour organiser la collecte des données, respectivement leur contrôle, le Conseil d'Etat pourrait vraisemblablement passer par la voie règlementaire. Tel n'est toutefois pas le cas. Ainsi qu'il l'a déjà relevé dans sa réponse à la question « Initiative constitutionnelle « Transparence et financement de la politique » - calendrier de mise en œuvre (2018-CE-238), il est nécessaire de résoudre *notamment* les importantes questions listées ci-dessous si l'on entend assurer une application prévisible et donc égalitaire, de l'art. 139a Cst :

- > La notion d'organisation politique (Qu'est-ce qu'une organisation politique ? Comment par exemple une organisation politique éphémère, à savoir un comité de campagne créé pour une seule campagne pourrait-elle présenter des comptes annuels ? Les personnes qui mènent une campagne personnelle pourraient-elles être concernées ?) ;
- > La notion de campagne (Est-ce que le fait d'insérer une seule annonce consiste à mener une campagne ? Que faut-il faire pour être considéré comme menant une campagne ?) ;
- > La notion d'élu cantonal (Est-ce que les personnes élues « indirectement » » par une autorité cantonale comme par le Grand Conseil, par exemple le ou la Procureur-e général-e, sont des élus au sens de l'art. 139a al. 2 Cst, ou les initiants visaient-ils par-là les seules élections « directes » populaires ?) ;
- > Que peuvent être les revenus tirés du mandat électif ou en lien avec celui-ci ?
- > Qui contrôle les données fournies, et comment ?
- > Que doivent faire les organisations politiques avec les dons anonymes ?
- > Qu'est-ce qu'un don (argent, donations mixtes, prestations en nature) ?
- > Qu'en est-il du bénévolat ?
- > Qui publie les données, lesquelles, comment, et pour combien de temps ?
- > Quels sont les scrutins concernés (par exemple : les scrutins communaux sont-ils concernés ?) ;
- > Quels sont les moments auxquels la documentation en lien avec le financement doit être portée à la connaissance des citoyennes et des citoyens (avant les scrutins, mais combien de temps avant ? Une publication avant le scrutin suffit-elle ou faut-il prévoir une vérification après le scrutin ?)
- > Comment respecter le secret professionnel dans le cadre ainsi donné ?
- > Quelles sont les sanctions à prévoir lorsqu'une organisation politique ou un élu n'appliquerait pas l'article constitutionnel ?

Toutes ces questions doivent par ailleurs être réglées en protégeant autant que possible les données personnelles des personnes concernées. La problématique n'est pas simple lorsque l'on sait que la divulgation de certaines données aura simultanément pour effet de restreindre le secret du vote.

Eu égard à tout ce qui précède, comme il l'avait déjà relevé dans sa réponse à la question 2018-CE-238, le Conseil d'Etat estime que l'art. 139a Cst dans son entier n'est pas d'applicabilité directe. Dès lors que la mise en œuvre de l'art. 139a Cst. nécessite des dispositions d'exécution à l'échelon de la loi, le fait de renoncer temporairement à le faire entrer en vigueur est pleinement justifié, car cela évite de créer la confusion dans l'esprit de la population, auquel il serait difficile d'expliquer qu'une disposition, entrée en vigueur, n'est pas (encore) applicable. D'autre part, le Conseil d'Etat, soucieux d'une application du droit égalitaire, ne peut pas définir des règles provisoires sans faire une analyse complète de leurs conséquences, notamment aussi celles du droit à la protection des données des personnes morales comme des personnes physiques.

Le Conseil d'Etat n'entend toutefois pas différer l'entrée en vigueur de l'art. 139a Cst plus que nécessaire.

C'est pourquoi le Conseil d'Etat n'a pas attendu la garantie de conformité de l'art. 139a Cst. au droit supérieur pour débiter les travaux en vue de le mettre en application. En date du 12 juin 2018, soit moins d'un mois après l'entrée en fonctions du nouveau Directeur des institutions, de l'agriculture et des forêts, en charge des droits politiques, il avait déjà adopté une organisation de projet à cet égard.

En l'état, la consultation sur l'avant-projet de loi d'application vient de se terminer. Suivant les résultats de cette dernière, le projet de loi devrait passer en Grand Conseil dans le courant de l'année 2020. L'objectif de disposer d'une loi d'application avant les prochaines élections cantonales de 2021 est donc tout à fait réaliste. Il dépendra toutefois, à ce stade, non plus du Conseil d'Etat, mais bien du Grand Conseil puis, le cas échéant, du peuple fribourgeois.

Au vu de ce qui précède, le Conseil d'Etat répond comme suit aux questions posées :

*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 ?*

Comme relevé ci-dessus, en l'absence de règles sur l'entrée en vigueur des dispositions constitutionnelles, le Conseil d'Etat est d'avis qu'il faut appliquer par analogie les principes posés aux art. 147 al. 2 Cst. et 19 al. 2 LPAL.

Comme l'art. 139a Cst nécessite des dispositions d'application, l'application conjointe des deux dispositions précitées conduit à ne pas modifier le droit actuellement en vigueur, ceci jusqu'à l'adoption des dispositions d'application nécessaires. Il incombe au Conseil d'Etat de fixer l'entrée en vigueur de ces dernières.

L'annonce de la volonté de mise en application de l'article constitutionnel pour les élections cantonales de l'automne 2021 n'a par ailleurs pas fait l'objet de remarque lors de sa publication.

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 ?*

Le Conseil d'Etat n'adhère pas à cette affirmation. De son point de vue, dans la mesure où la mise en œuvre de l'art. 139a Cst. nécessite des dispositions d'exécution à l'échelon de la loi, le fait de renoncer temporairement à le faire entrer en vigueur est totalement justifié, car cela évite de créer la confusion dans l'esprit de la population, auquel il serait difficile d'expliquer qu'une disposition, entrée en vigueur, n'est pas (encore) applicable.

Sur le plan fédéral, une telle explication peut se fonder sur le texte clair de l'art. 195 de la Constitution fédérale ; sur le plan cantonal, à défaut de disposition de ce type, l'explication serait difficilement comprise.

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 ?*

En l'occurrence, le Conseil d'Etat est pour sa part d'avis que l'art. 139a Cst., dans son ensemble, n'est pas d'application directe.

Pour le surplus, il n'entend pas s'exprimer en lieu et place du pouvoir judiciaire, qui ne serait de toute façon pas lié par sa réponse. Au demeurant, le Tribunal cantonal aura sans doute la possibilité de s'exprimer sur cette question dans le cadre de la décision en constatation demandée par le député Kubski, si un recours venait à être déposé.

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 ?*

La situation actuelle n'est effectivement pas limpide et une clarification pourrait s'avérer opportune.

Le Conseil d'Etat estime toutefois que la problématique soulevée par le député Kubski a d'abord une portée théorique. Dans le cas peu probable où le Conseil d'Etat faillirait à son obligation d'exécuter une disposition constitutionnelle, la population fribourgeoise, en direct ou par l'intermédiaire du Grand Conseil, disposerait de tous les moyens politiques nécessaires pour la lui rappeler. Dans ces circonstances, il examinera dans quelle mesure le comblement de cette lacune pourrait s'effectuer sans recours à une modification constitutionnelle ; pour mémoire, une telle modification impliquerait en effet la convocation du corps électoral pour un scrutin, ce qui paraît démesuré sachant que la pratique actuelle n'a jamais posé problème.

Il examinera ainsi prioritairement dans quelle mesure une disposition légale allant dans le sens discuté et confirmant la bonne pratique actuelle pourrait valablement être ajoutée dans la loi sur l'exercice des droits politiques.

7 janvier 2020