

5 février 2019

## Recours en matière de votations et élections

*pour*

**ENSEMBLE A GAUCHE**, domicilié p.a. Solidarités, 25 rue des Gares, 1201 Genève, représentée par Me Pierre BAYENET, avocat, Chemin de la Gravière 6, Case postale 71, 1211 Genève 8

Et

**Pierre BAYENET**, agissant en personne, 6 chemin de la Gravière, Case postale 71, 1211 Genève 8

**RECOURANTS**

*contre*

**LE CONSEIL D'ETAT**

**INTIME**

*Acte attaqué :*

Arrêté du Conseil d'Etat du 1<sup>er</sup> février 2019 (pièce 1)

## I : EN FAIT

1. Le 14 décembre 2018, le Grand Conseil a adopté deux lois incompatibles entre elles, soit la L 12228 (Loi modifiant la loi instituant la Caisse de prévoyance de l'Etat de Genève, LCPEG) et la L 12404 (Loi modifiant la loi instituant la Caisse de prévoyance de l'Etat de Genève).  
**Preuve : pièces 2 et 3**
2. La contradiction repose sur les principes incompatibles de chacun de ses projets (primauté des prestations vs. primauté des cotisations).  
**Preuve : pièces 2 et 3**
3. Malgré le caractère apparent de cette incompatibilité, le Conseil d'Etat n'a pris aucune mesure pour éviter cette situation. Relevons qu'il aurait pu retirer son projet de loi après l'adoption par le Grand Conseil de la première loi, renoncer à demander le troisième débat (art. 134 LRGC) ou encore sursoir à promulguer la loi en application de l'art. 109 al. 5 de la Constitution, puis présenter un amendement général dans un délai de six mois.
4. Les deux lois ont été promulguées par publication dans la feuille d'avis officielle le 21 décembre 2019.  
**Preuve : pièces 4 et 5**
5. Le parti Libéral-radical de Genève a lancé un référendum cantonal contre la loi 12228.  
**Preuve : pièce 6**
6. Le cartel intersyndical du personnel de l'Etat et du secteur subventionné a lancé un référendum cantonal contre la loi 12404.  
**Preuve : pièce 7**
7. L'échéance du délai de récolte de signature est au 11 février 2019.  
**Preuve : pièces 6 et 7**

8. Le 16 janvier 2019, le Conseil d'Etat a présenté au Grand Conseil le projet de loi PL 12424, dont la teneur était la suivante :

*Le GRAND CONSEIL de la République et canton de Genève décrète ce qui suit :*

**Art. 1 Modifications**

*La loi sur l'exercice des droits politiques, du 15 octobre 1982, est modifiée comme suit :*

**Art. 57, al. 2 (nouveau, les al. 2 et 3 anciens devenant les al. 3 et 4)**

*2 Lorsque deux lois de contenu incompatible modifiant la même loi sont votées par le Grand Conseil lors de la même session, qu'elles font toutes deux l'objet d'un référendum et qu'elles sont soumises en votation lors de la même opération électorale, l'électeur doit au surplus indiquer sa préférence pour l'une ou l'autre des deux lois en répondant à la question subsidiaire. Pour ce faire, il doit cocher, sur le bulletin ou le bulletin électronique, la case correspondant à la loi qu'il choisit.*

**Art. 94, al. 2 (nouveau, les al. 2 et 3 anciens devenant les al. 3 et 4)**

*2 Dans le cas d'une votation où deux lois de contenu incompatible modifiant la même loi au sens de l'article 57, alinéa 2, obtiennent la majorité absolue des suffrages, la loi qui a obtenu le plus grand nombre de suffrages à la question subsidiaire est acceptée. En cas d'égalité à la question subsidiaire, la loi qui a obtenu le plus grand nombre de suffrages est acceptée.*

**Art. 2 Clause d'urgence**

*L'urgence est déclarée.*

**Preuve : pièce 8**

9. L'exposé des motifs dudit projet de loi indiquait :

*Mesdames et  
Messieurs les Députés,*

*Lors de sa session des 13 et 14 décembre 2018, le Grand Conseil de la République et canton de Genève a voté deux lois modifiant la loi instituant la Caisse de prévoyance de l'Etat de Genève (B 5 22; LCPEG) (lois 12228 et 12404). Les deux lois ont un contenu incompatible.*

*La question s'est alors posée de déterminer comment, en cas de référendum contre ces deux lois, il conviendrait de gérer la possibilité qu'elles soient toutes les deux acceptées. La législation genevoise ne contient pas de réponse à cette question. Il convenait dès lors de prévoir, en s'inspirant de la solution existant en matière d'initiative dotée d'un contreprojet, une question subsidiaire à poser aux électeurs afin de pouvoir départager les deux lois.*

*C'est ainsi qu'est proposée une modification de la loi sur l'exercice des droits politiques (A 5 05; LEDP) prévoyant l'introduction d'une telle question subsidiaire dans un cas d'espèce de ce genre. La présente loi est par ailleurs munie d'une clause d'urgence, dès lors qu'elle doit impérativement être en vigueur au moment de la votation faisant suite aux référendums lancés contre les deux lois modifiant la LCPEG.*

### **Commentaires article par article**

#### **Art. 57, al. 2 (nouveau, les al. 2 et 3 anciens devenant les al. 3 et 4)**

*Il s'agit ici d'expliquer à l'électeur qu'il doit, en cas de votation sur deux lois de contenu incompatible votées par le Grand Conseil lors de la même session, répondre à une question subsidiaire permettant de les départager.*

*Pour ce faire, il lui suffit de cocher une (et une seule) des cases correspondant à la loi qui a sa préférence, que ce soit sur le bulletin papier ou sur le bulletin électronique.*

#### **Art. 94, al. 2 (nouveau, les al. 2 et 3 anciens devenant les al. 3 et 4)**

*Dans le cas de l'article 57, alinéa 2, il est expliqué ici laquelle des lois est acceptée : il s'agit de celle qui obtient le plus grand nombre de suffrages à la question subsidiaire. Si par ailleurs il y avait égalité des voix à ladite question, ce serait alors la loi qui a obtenu le plus grand nombre de suffrages qui serait acceptée.*

#### **Art. 2 Clause d'urgence**

*Il convient à titre exceptionnel de munir la présente loi d'une clause d'urgence au sens de l'article 70 de la constitution de la République et canton de Genève (A 2 00; Cst-GE), dès lors qu'il est nécessaire qu'elle soit entrée en vigueur au moment de la votation sur les deux lois modifiant la LCPEG.*

### **Preuve : pièce 8**

10. Le 24 janvier 2019, le Grand Conseil a voté le traitement en urgence du PL12424.
11. Le 25 janvier 2019, le Grand Conseil a accepté l'initiative populaire 168, qui prévoyait une troisième alternative à la révision de la CPEG, plus proche de la L12228, mais néanmoins distincte et incompatible avec celle-ci.
12. L'IN 168 a été publiée dans la Feuille d'avis officielle le 1<sup>er</sup> février 2019. A l'heure qu'il est, aucun référendum n'a été lancé contre son acceptation par le Grand Conseil.
13. 31 janvier 2019, le Grand Conseil a adopté la L12424 lors d'un débat de catégorie II qui a duré 30 minutes. Le projet n'a pas suivi le processus législatif usuel qui implique un passage en commission et l'audition d'experts.

14. Trois députés, soit MM. VANEK, DANDRES et BAERTSCHI, ont proposé un amendement qui était en réalité une autre manière de régler l'inconvénient lié à la coexistence de deux lois incompatibles : il proposait l'abrogation par le Grand Conseil d'une de deux lois, soit la L 12404. Cet amendement a été refusé par le Grand Conseil.

**Preuve : pièce 9**

15. Par arrêté du 1<sup>er</sup> février 2019, le Conseil d'Etat a indiqué :

*Le Conseil d'Etat (...) arrête :*

*La votation cantonale sur :*

- *la loi modifiant la loi instituant la Caisse de prévoyance de l'Etat de Genève (LCPEG) (Financement de la CPEG) (B 5 22 – 12228), du 14 décembre 2018 (loi 1) ;*
- *la loi modifiant la loi instituant la Caisse de prévoyance de l'Etat de Genève (LCPEG) (B 5 22 – 12404), du 14 décembre 2018 (loi 2) ;*

- *la question subsidiaire :*

*si la loi 1 : loi modifiant la loi instituant la Caisse de prévoyance de l'Etat de Genève (LCPEG) (Financement de la CPEG) (B 5 22 – 12228), du 14 décembre 2018 et*

*la loi 2 : loi modifiant la loi instituant la Caisse de prévoyance de l'Etat de Genève (LCPEG) (B 5 22 – 12404), du 14 décembre 2018 sont acceptées, laquelle des deux a-t-elle votre préférence, loi 1 ou loi 2 ?*

*(...)*

*Est fixée au dimanche 19 mai 2019, sous réserve de l'aboutissement des référendums lancés contre les lois 12228 et 12404 (...)*

*Le présent arrêté est exécutoire nonobstant recours*

*(...)*

**Preuve : pièce 10**

16. Le (), le Conseil d'Etat a promulgué la L 12424 par publication dans la Feuille d'avis officielle.

**Preuve : pièce 11**

## II : EN DROIT

### A : RECEVABILITE

A teneur de l'article 124 lit. b de la Constitution genevoise, la Cour constitutionnelle traite les litiges relatifs à l'exercice des droits politiques en matière cantonale et communale.

La loi d'organisation judiciaire a limité la portée de l'article 124 de la Constitution puisqu'il a réduit la Cour constitutionnelle à une simple Chambre constitutionnelle de la Cour de justice. A teneur de l'art. 130B al. 1 lit. b LOJ, la Chambre constitutionnelle connaît des recours en matière de votations et d'élections.

La qualité pour recourir devant la Chambre constitutionnelle est comprise de façon substantiellement similaire à celle qui prévaut devant le Tribunal fédéral pour le recours en matière de droit public, compte tenu du fait que les juridictions cantonales ne sauraient adopter, en matière de qualité pour recourir comme d'ailleurs de griefs invocables, des définitions plus restrictives que celles que retiennent la loi fédérale sur le Tribunal fédéral et la jurisprudence du Tribunal fédéral (ACST/22/2018 du 31 octobre 2010 consid. 1c).

Or, en matière de droits politiques, l'art. 89 al. 3 LTF reconnaît la qualité pour recourir à quiconque a le droit de vote dans l'affaire en cause.

Le deuxième recourant ayant le droit de vote à Genève, il a la qualité pour recourir.

Ensemble à Gauche étant un parti politique siégeant au Grand Conseil, reconnu par la Loi sur l'exercice des droits politiques, notamment habilité à déposer des prises de positions par l'art. 22 al. 1 de ladite loi concernant toute votation cantonale ou fédérale, a un intérêt digne de protection à ce que les opérations électorales se déroulent de manière conforme au droit.

La Cour constitutionnelle est la juridiction compétente pour traiter le présent recours ; elle a été saisie dans le délai de six jours prévu à l'article 62 al. 1 lit. c LPA.

Le présent recours est recevable.

## **B : LA VIOLATION DU PRINCIPE DE NON RETROACTIVITE DE LA LOI**

Le premier grief que font valoir les recourants est la violation, par le Conseil d'Etat, du principe de non rétroactivité de la loi.

Ce principe est incarné, à Genève, dans l'article unique de la Loi sur les effets et l'application des lois du 14 ventôse XI, qui prévoit :

*La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif.*

L'interdiction de la rétroactivité des lois découlait déjà, selon le Tribunal fédéral, de l'article 4 de l'ancienne constitution fédérale (ATF 119 la 254 consid. 3a). Pour une partie de la doctrine, et dans quelques arrêts du Tribunal fédéral, ce principe découle, même en droit public, de l'article 1 titre final du Code civil (Les effets juridiques de faits antérieurs à l'entrée en vigueur du code civil continuent à être régis par les dispositions du droit fédéral ou cantonal sous l'empire duquel ces faits se sont passés.) (Pirek Milena, *L'application du droit public dans le temps: la question du changement de loi*, 2018, p. 32). Aujourd'hui, Le principe de non-rétroactivité des lois est en effet déduit de l'art. 5 al. 1 Cst. féd.

Le principe de non-rétroactivité interdit d'attacher des conséquences juridiques nouvelles à des faits passés (Pirek Milena, *L'application du droit public dans le temps: la question du changement de loi*, 2018, p. 212).

Selon le Tribunal fédéral, (ATF 122 II 113, consid. 3b dd = JdT 1998 I 570, p. 579) « le principe de non-rétroactivité fait en principe obstacle à l'application d'une règle de droit qui attache des effets juridiques à des faits antérieurs à sa mise en vigueur ».

Pour la Cour de justice, « L'interdiction de la rétroactivité (proprement dite) fait obstacle à l'application d'une norme à des faits entièrement révolus avant son entrée en vigueur, car les personnes concernées ne pouvaient, au moment où ces faits se sont déroulés, connaître les conséquences juridiques découlant de ces faits et se déterminer en connaissance de cause » (ATA/1349/2017 du 03.10.2017 cons. 12)

Il est certes possible de déroger au principe de la non-rétroactivité, la première condition étant toutefois que cette rétroactivité soit expressément prévue par la loi (ATF 119 la 254 consid. 3a et b). En l'espèce, nulle dérogation expresse n'a été prévue.

En matière spécifiquement de droit populaire, Etienne GRISEL indique (Grisel, *traité de la démocratie semi-directe en Droit Suisse*, chiffre 42) :

*Ces révisions font toutefois naître une question importante et parfois délicate: comment faut-il régler l'application des règles dans le temps? Le constituant devrait naturellement dicter lui-même la réponse, par des dispositions transitoires appropriées; si elles sont suffisamment explicites, elles doivent être respectées, cela va sans dire. En cas de lacune, il convient d'observer le principe qui prévaut en droit public: ce dernier n'a pas d'effet rétroactif, de sorte que, par exemple, une initiative populaire déposée sous l'empire de l'ancien droit y reste soumise; toute autre solution exposerait les droits populaires au hasard.*

La règle selon laquelle le droit applicable au traitement d'une initiative ou d'un référendum est le droit qui était en vigueur au jour de son annonce doit donc s'imposer *a minima*.

C'est la solution qu'a choisie le Constituant vaudois à l'art. 180 du texte en vigueur aujourd'hui :

*L'ancien droit demeure en vigueur pour les initiatives et les référendums annoncés avant l'entrée en vigueur la présente Constitution*

Les cantons de Lucerne et des Grisons ont adopté une règle comparable (§ 84 Cst-LU, art. 106 Cst-GR)

Il est toutefois plus logique, le référendum étant un processus dont la possibilité s'ouvre par l'adoption d'un acte législatif, que ce soit la date de l'adoption de l'acte législatif visé par référendum qui détermine le droit applicable. C'est précisément cette solution que le Constituant genevois a choisie à l'art. l'art. 230 al. 1 de la Constitution:

*l'ancien droit s'applique aux demandes de référendum portant sur les actes adoptés avant l'entrée en vigueur de la présente constitution*

Ont adopté la même solution que Genève, les Cantons de Berne (art. 134 Cst-BE), Zürich (art. 139 al. 1 Cst-ZH), Tessin (art. 94 Cst-TI), St-Gall (art. 122 al. 3 Cst-SG), Schaffhouse (art. 122 al. 1 Cst-SH), Schwyz (§ 90 Cst-SZ).

Il y a lieu de retenir que la règle fixée à l'art. 230 al. 1 de la Constitution genevoise doit s'appliquer par analogie à toute modification des règles relatives aux référendums.



Or, en posant une question subsidiaire, le Conseil d'Etat fait application de la loi 12404, qui n'était en vigueur ni au moment de l'adoption des actes législatifs visés par le référendum, ni au moment de l'annonce des référendums, ni même au moment de l'adoption de l'arrêté querellé.

Rappelons qu'à Genève, une loi est exécutoire dès le lendemain de la publication de l'arrêté de publication. En cas de clause d'extrême urgence décidée par le Grand Conseil, un acte peut être rendu exécutoire dès l'instant de la publication de l'arrêté de promulgation (art. 14 de la Loi sur la forme, la publication et la promulgation des actes officiels, LFPP). En l'espèce, une clause d'extrême urgence avec entrée en vigueur dès la publication de l'arrêté de promulgation n'ayant pas été décidée par le Grand Conseil, la Loi 12424 n'entrera en vigueur qu'au lendemain de la publication de sa promulgation.

Le Conseil d'Etat, en posant une question subsidiaire, a donc fait application d'une loi qui n'est pas entrée en vigueur, et l'a fait de façon rétroactive. Il conviendra dès lors d'annuler ladite question subsidiaire.

### **C : LA VIOLATION DE L'ARTICLE 51 DE LA CONSTITUTION FEDERALE, DU PRINCIPE DU PARALLELISME DES FORMES, DES ARTICLES 44 à 79 DE LA CONSTITUTION CANTONALE (VIOLATION DES DROITS POLITIQUES)**

Le deuxième grief a trait au fait que la loi 12424 viole les droits politiques, et que, de manière incidente, la Chambre constitutionnelle de la Cour de justice devra rejeter son application.

La Constitution fédérale prévoit, à son article 51, que les constitutions cantonales doivent être dotées de constitutions démocratiques.

Les articles 44 à 79 de la Constitution genevoise règlent de manière complète et précise l'exercice des droits populaires. Ainsi par exemple sont prévus aux articles 56 à 64 de la Constitution les différentes initiatives possibles, les clauses de retraits, les processus d'examen de validité par le Conseil d'Etat, la possibilité pour le Grand Conseil de proposer un contreprojet à une initiative, les délais maxima pour le traitement des initiatives, la soumission de l'initiative et du contre-projet avec la question subsidiaire. Sont prévus aux articles 65 à 70 les règles relatives aux diverses formes de référendum : référendum obligatoire, référendum en manière d'assainissement financier avec choix alternatif obligatoire, référendum facultatif général et référendum facultatif facilité ; sont également prévus à ces articles les délais de récolte, la clause d'urgence, et l'exclusion du référendum sur le budget.

Les articles 85 à 94 de la Loi sur l'exercice des droits politiques précisent des détails de mise en œuvre des droits populaires prévus par la Constitution : modalité de publication des actes soumis au référendum, possibilité d'attaquer des parties de lois, obligation d'annonce de l'ouverture de la récolte de signature, obligation de désigner une mandataire ou un mandataire, détermination de la forme du formulaire de signature, modalités de contrôle des signatures, modalités de l'examen de la validité de l'initiative, modalités de l'exercice de la clause du retrait.

Selon Etienne GRISEL (traité de la démocratie semi-directe en Droit Suisse, chiffre 42),

*[La Constitution] doit, pour obéir à l'article 51 Cst., renfermer les principes relatifs au droit de vote, au référendum et à l'initiative en matière constitutionnelle. Mais elle a généralement un contenu plus large et garantit en réalité l'ensemble des droits populaires. Ceux-ci ne peuvent donc être renforcés ou restreints que par une révision constitutionnelle, conformément à l'adage de l'actus contrarius, ou du parallélisme des formes. Il en va ainsi, par exemple, à Neuchâtel; le Tribunal fédéral en a déduit que «seule une initiative constitutionnelle peut proposer la modification des droits populaires»; certes, «cela ne signifie (...) pas qu'une extension de ces droits par la voie de l'initiative législative soit absolument exclue»; en droit neuchâtelois, cependant, le référendum obligatoire ne peut pas être élargi aux préavis sur l'implantation d'une usine atomique, sans que la Constitution soit remaniée.*

Puis, ibidem, ch. 44 :

*La constitution ne pouvant régler exhaustivement la matière, les modalités sont fixées à un échelon inférieur. Sauf exception, les cantons ont une loi sur les droits politiques, ou aussi sur les élections et les votations. Quelques-uns se contentent d'une simple ordonnance, directement fondée sur la constitution. Quelle que soit sa forme, le texte d'application doit respecter les principes énoncés par le constituant. Il ne saurait réduire ni augmenter les droits populaires. Il en arrête les détails, mais sans apporter d'innovations. Toutefois, des exceptions ne sont pas absolument exclues. Par exemple, la loi vaudoise sur l'utilisation des lacs et cours d'eau soumet au référendum facultatif l'octroi des concessions. Une telle manière de faire, pour critiquable qu'elle soit, ne transgresse pas forcément la constitution. Elle est valable, pourvu qu'elle concerne un domaine bien délimité et qu'elle ne contredise pas la volonté du constituant. C'est dire que le problème se pose différemment selon les cantons. Alors qu'à Neuchâtel, une révision constitutionnelle serait nécessaire, apparemment il n'en va pas de même en droit vaudois.*

A notre connaissance, la seule affaire dans laquelle le Tribunal fédéral s'est prononcé sur une modification de l'exercice des droits populaire par la voie législative est l'ATF 104 la 343, dans lequel il a indiqué (consid. 3b) :

*S'il est vrai que les droits populaires sont reconnus par la constitution, cela ne signifie cependant pas qu'une extension de ces droits par la voie de l'initiative législative soit absolument exclue (...) L'opinion défendue par le Grand Conseil et par les recourants et selon laquelle toute extension des droits populaires doit, d'après la systématique du droit constitutionnel cantonal être reconnue par des normes de rang constitutionnel, repose cependant sur de sérieux arguments et le Tribunal fédéral doit lui donner la préférence. C'est dès lors à juste titre que le Grand Conseil a admis in casu que les dispositions que l'initiative pour la sauvegarde des droits populaires dans le domaine de l'énergie atomique tend à faire adopter, sont de rang constitutionnel, et qu'il y a donc lieu d'agir par la voie de l'initiative constitutionnelle.*

Force est de constater qu'à Genève une norme modifiant les modalités d'exercice du droit de vote, et introduisant la possibilité d'opposer deux lois soumises au référendum et de laisser le peuple choisir le projet préférable par une question subsidiaire, doit être une norme de rang constitutionnel.

Ceci ressort d'abord de la systématique du texte constitutionnel genevois, qui décrit de manière très précises les différentes formes d'initiatives et de référendums, en indiquant chaque fois les réponses qui peuvent être, ou ne pas être données par le peuple (oui, non, question subsidiaire, double oui ou double non dans le cadre de l'assainissement financier). La précision du texte constitutionnel ne peut que mener à la conclusion que le constituant genevois s'est octroyer un monopole en matière de réglementation des droits populaires.

Les travaux préparatoires confortent cette conclusion. Il ressort du rapport de la commission 2 (droits politiques) de l'Assemblée constituante, rapport sectoriel 202, « *les instruments de la démocratie directe* » que la commission avait examiné et écarté nombre d'instruments de la démocratie directe: référendum constructif, référendum communal, référendum révocatoire, motion populaire. La commission a aussi examiné (et refusé) la possibilité d'autoriser le double oui ou le double non en cas de référendum financier. Même les questions relatives aux modalités d'expression du choix populaire ont fait l'objet de débats précis, ce qui montre l'importance que le constituant genevois a accordé à chacun de ces points.

Le constituant s'était penché sur la problématique de la liberté du vote et l'interprétation qui devait être fait de l'arrêt du Tribunal fédéral relatif à cette question. Les questions de la suppression du référendum obligatoire en matière de logement, de la suppression du référendum obligatoire en matière fiscale, de la suppression du référendum obligatoire en matière d'assainissement financier, avaient été longuement discutées, et tranchées par le Constituant. L'exclusion du référendum pour le budget avait été discutée, et tranchée.

Le Constituant a discuté de la possibilité d'adopter une clause d'urgence, qui permet l'entrée en vigueur de la loi nonobstant référendum, modifiant ainsi l'ancien art. 55 de la Constitution genevoise, qui permettait de soustraire complètement une loi au référendum. La Constituante a même examiné (et refusé) d'interdire l'utilisation de la clause d'urgence pour les lois qui prévoient des dépenses.

Il faut enfin souligner que la Commission 2 avait proposé d'introduire dans la Constitution un système de « référendum avec variante », pas très éloigné de la loi qui fait l'objet du présent recours, qui permettait au Grand Conseil de soumettre au référendum, en sus de son projet principal, une variante. (rapport pp. 27 et ss). Ce référendum avec variante avait été rejeté.

Il est évidemment inadmissible d'introduire par la voie législative une modalité d'exercice du droit de vote qui avait été rejetée par le Constituant.

Une comparaison avec les autres cantons mène à la même conclusion. A notre connaissance, les cantons de Berne et de Zürich sont les seuls qui connaissent un système proche de celui qui est aujourd'hui envisagé, à savoir une question subsidiaire entre deux propositions soumises au référendum. Or dans ces deux cantons, cette possibilité, et celle de la question subsidiaire, est prévue par la Constitution – l'article 63 de la Constitution bernoise, et les articles 34 et 35 de la Constitution zürichoise.

L'introduction de la question subsidiaire n'est pas neutre, puisqu'elle influence le résultat du vote. Ainsi, cette question subsidiaire permet au votant qui oppose un double non d'influer sur le choix entre les deux options, avec pour résultat que le projet qui obtient le plus de voix positive sera peut-être écarté en raison des votants qui ont rejeté les deux projets. L'introduction d'une question subsidiaire favorise l'acceptation d'au moins un des deux projets, puisque les votants qui veulent favoriser l'un des deux projets ne sont pas obligés de voter contre le projet qu'ils souhaitent défavoriser.

Ainsi par exemple, un votant qui a le choix entre un projet A et un projet B, et qui souhaite favoriser le projet B. En l'absence de question subsidiaire, il n'a d'autre choix, pour favoriser le B, que de rejeter le A. En revanche, avec la question subsidiaire, il peut favoriser le B tout en votant positivement pour le A et le B. L'introduction de la question subsidiaire a donc fondamentalement pour conséquence d'éliminer l'addition des votes négatifs issus des votants qui souhaitent favoriser l'un des projets au détriment de l'autre. On pourrait longuement discuter du caractère désirable ou non de ce nouveau système, mais ce qui est certain, c'est qu'il est constitutif d'une modification majeure du système d'expression de la volonté populaire.

Or, le constituant genevois a voulu régler de manière exhaustive les modalités d'expression de la volonté populaire.

De manière comparable, les cantons qui ont introduit le référendum avec alternative l'ont fait par la voie constitutionnelle. Il ne serait jamais venu à l'idée d'un législateur d'introduire une innovation de cet ordre par une modification législative, en-dehors de tout mandat ou de toute délégation expresse du Constituant.

On peut enfin relever ici que la présente affaire est tout à fait différente de celle qui avait fait l'objet de l'ATF 130 I 226, dans lequel le recourant se plaignait de la création d'un nouveau tribunal des assurances par la loi, alors qu'il estimait qu'il s'agissait d'une prérogative constitutionnelle. Le Tribunal avait simplement écarté le grief en relevant que la création du Tribunal des assurances trouvait un fondement direct dans le droit fédéral. Ici, il est impossible de soutenir que le principe de la question subsidiaire trouverait un fondement dans le droit fédéral.

#### **D : LA VIOLATION DE L'ART. 70 DE LA CONSTITUTION GENEVOISE (CLAUDE D'URGENCE)**

Le troisième grief à trait à l'inadmissibilité de la clause d'urgence.

A teneur de l'art. 70 al. 1 de la Constitution genevoise,

*Les lois dont l'entrée en vigueur ne souffre aucun retard peuvent être déclarées urgentes par décision du Grand Conseil à la majorité des deux tiers des voix exprimées, les abstentions n'étant pas prises en considération, mais au moins à la majorité de ses membres. Ces lois entrent en vigueur immédiatement.*

S'agissant d'une entrave très importante aux droits populaire, il convient que la clause d'urgence ne soit utilisée que lorsqu'il y a réellement urgence. Il convient d'interpréter restrictivement cette clause d'urgence, à défaut de quoi c'est l'ensemble des droits populaires qui sont mis en danger.

Le Tribunal fédéral a examiné, dans l'arrêt 130 I 226, consid. 3.2, l'application de la clause d'urgence de l'ancienne constitution genevoise – qui était fort différente puisqu'elle soustrayait complètement la loi visée au contrôle populaire. Le Tribunal fédéral avait indiqué :

*Les termes mêmes de cette disposition indiquent clairement qu'elle doit faire l'objet d'une interprétation restrictive. La délibération doit en effet avoir un caractère d'urgence exceptionnelle; sa mise en vigueur doit intervenir à très bref délai et ne peut souffrir le retard dû à la mise en œuvre d'une éventuelle procédure référendaire. On ne saurait donc considérer comme ayant une urgence exceptionnelle les décisions, même très importantes, dont la mise en application immédiate ne s'impose pas sans conteste. Les motifs invoqués à l'appui de la clause d'urgence doivent être suffisamment importants pour justifier la dérogation au principe selon lequel les délibérations du Grand Conseil sont soumises au référendum facultatif. Cette interprétation restrictive est la même que celle qui s'impose dans l'application de l'art. 165 Cst. Une mesure ne peut être urgente que si elle est considérée comme nécessaire et présente une certaine importance; mais à cet élément matériel doit toujours s'ajouter un élément de temps, à défaut de quoi on doit nier l'urgence.*

Il n'est pas contesté ici qu'il existe une certaine urgence à adopter un nouveau régime légal pour la CPEG. Toutefois, ceci est sans aucun lien avec l'urgence qu'il y aurait prétendument à adopter un nouveau système de votation populaire !

Il n'est pas nécessaire de modifier les modalités d'exercice des droits politiques à Genève pour modifier le régime légal de la CPEG. Plusieurs projets de lois ont été adoptés, contradictoires. Le peuple va être appelé à se prononcer sur deux d'entre eux au moins, probablement sur les trois.

Il est parfaitement possible pour le Grand Conseil d'adopter, après le scrutin, s'il y a un double, voire un triple oui dans les urnes, une ou deux lois abrogeant la ou les lois qui auront remporté le moins de voix mais néanmoins été acceptée par le peuple, et même, au besoin, d'assortir ces lois d'abrogation de la clause d'urgence.

Il est également possible pour le Grand Conseil d'adopter, après le scrutin, si aucun de projet de loi n'est accepté par le peuple, une nouvelle loi, assortie de la clause d'urgence si nécessaire.

Ces options permettent d'atteindre le but visé, sans introduire une modification de circonstance des droits populaire. Il n'y a ni urgence ni nécessité à modifier les droits populaires, la seule urgence est l'adoption d'une loi sur la CPEG, or l'adoption d'une loi sur la CPEG n'impose pas la modification de l'exercice des droits populaire. En conséquence il y a lieu d'annuler la clause d'urgence dont a été assortie la loi.

### III : CONCLUSIONS :

Par ces motifs, les recourants concluent à ce qu'il

#### PLAISE A LA CHAMBRE CONSTITUTIONNELLE DE LA COUR DE JUSTICE

- Recevoir le présent recours ;
  
- Annuler le chiffre 1, §3 de l'arrêté du Conseil d'Etat du 1<sup>er</sup> février 2019 en ce qu'il prévoit une question subsidiaire visant à départager les lois L 12228 et L 12404 en cas de double oui ;
  
- Condamner l'Etat en tous les dépens, lesquels comprendront une équitable indemnité au titre des frais supportés par les recourants

Pierre BAYENET