

Les limites imposées au gouvernement en matière de publicité politique

Andreas Auer

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève

I. Introduction

Le sujet de cette contribution porte sur les limites imposées au gouvernement en matière de publicité politique. Pour un juriste, ces limites découlent principalement de la Constitution fédérale et plus précisément de certains droits et principes que celle-ci consacre (II), ainsi que des procédures qui permettent de les mettre en œuvre (III). Notre attention se portera ensuite sur un certain nombre de problèmes actuels qui n'ont pas trouvé, nous semble-t-il, de solution satisfaisante dans la pratique: la distinction entre les moyens licites et les moyens illicites de publicité politique des autorités, la particularité des recommandations officielles contradictoires, celle entre les campagnes dites thématiques et les campagnes précédant un scrutin, l'intervention des autorités dans la phase de récolte de signatures et, enfin, la promotion de l'égalité hommes/femmes dans les campagnes électorales (IV).

II. Les droits et les principes constitutionnels

1. La liberté de vote

L'art. 34 Cst. codifie la liberté de vote que le Tribunal fédéral avait érigée en droit constitutionnel non écrit sous l'ancienne Constitution¹. L'art. 34 al. 2 Cst. dispose que «la garantie des droits politiques protège la libre formation de l'opinion des

citoyens et des citoyennes et l'expression fidèle et sûre de leur volonté».

Selon une jurisprudence déjà ancienne du Tribunal fédéral, le droit de vote en matière politique confère à l'électeur le droit notamment de s'exprimer en pleine liberté, c'est-à-dire non seulement de voter dans le secret et à l'abri de toute influence extérieure, mais aussi de remplir son bulletin de manière conforme à sa volonté réelle².

Selon la formule jurisprudentielle désormais classique, la liberté de vote reconnaît à tout citoyen «la faculté d'exiger que le résultat d'une votation ou d'une élection ne soit reconnu que s'il est l'expression fidèle et sûre d'une volonté librement exprimée par le corps électoral. La validité du scrutin suppose en outre la libre formation de cette volonté; cela implique que chaque électeur puisse se déterminer dans le cadre d'un processus d'élaboration de l'opinion publique comportant une discussion et une confrontation des points de vue les plus libres et les plus ouvertes possibles³».

Cette formule a été concrétisée à travers l'affirmation de plusieurs principes qui composent ainsi la liberté de vote. En font partie notamment le principe de l'unité de la matière, le droit à la composition exacte du corps électoral, le droit au respect des conditions d'éligibilité et des incompatibilités⁴, le droit au secret de vote, le droit au respect des règles de procédure, le droit à la constatation exacte du résultat du scrutin, etc.⁵.

En ce qui concerne les votations populaires, la jurisprudence et la doctrine ont dégagé de la liberté de vote deux principes qui se complètent et se limitent réciproquement. D'un côté, le citoyen a le droit

Zusammenfassung: Die Behörden sind bei der Herausgabe von Broschüren oder Plakaten durch die Wahl- und Abstimmungsfreiheit eingeschränkt. Leider können die Bundesbehörden nicht zur Rechenschaft gezogen werden, wenn dieses Prinzip verletzt wird. Und auf kantonaler Ebene lässt das Bundesgericht die nötige Härte vermissen. Es beanstandet keine Kampagnen zu Themen, welche einmal zu einer Volksabstimmung gebracht werden könnten. Es erlaubt den Kantonen sogar, Dritte vom Unterschriftensammeln abzuhalten. Glücklicherweise hat es der Ständerat im Juni 2002 abgelehnt, dass offiziell dazu aufgefordert wird, Frauen zu wählen. Das hätte die Wahl- und Abstimmungsfreiheit wie auch die Meinungsfreiheit verletzt. Seit kurzer Zeit wird anerkannt, dass die Information Sache des Staates sei, damit sich eine allgemeine Meinung bilden könne. Dieses Prinzip, wenn es sich zu einem Dogma entwickeln sollte, kann eine ernsthafte Bedrohung für die Zukunft der politischen Freiheit werden.

1 FF 1997 I 192.
2 ATF 90 I 69, 73, X.
3 ATF 121 I 252, 255, Alliance de gauche ; 121 I 138, 141, Willi Rohner.
4 ATF 128 I 34, 37, Rudolf Hausherr.
5 AUER A./MALINVERNI G./HOTTELIER M., Droit constitutionnel suisse, vol. I, L'Etat, Berne 2000, n° 846-861.

Résumé: *Les autorités, lorsqu'elles éditent des brochures ou des affiches, sont limitées par la liberté de vote.*

Malheureusement, personne ne peut sanctionner les autorités fédérales lorsqu'elles violent ce principe. Quant aux cantons, le Tribunal fédéral manque de sévérité. Il les laisse mener des campagnes thématiques sur des sujets qui, un jour sans doute, seront soumis à intervention pour décourager les récoltes de signatures. Par bonheur, en juin 2002, les Chambres fédérales ont renoncé à prévoir un encouragement officiel à élire des femmes; cela aurait heurté la liberté de vote et la liberté d'opinion. Depuis peu, on admet qu'il est du devoir de l'Etat d'informer pour permettre à la volonté générale de se constituer. Mais ce principe, s'il est érigé en dogme, peut constituer une menace sérieuse pour l'avenir de la liberté politique.

d'être informé sur les objets et les enjeux des scrutins. Dans la mesure où il appartient à l'Etat d'organiser ces derniers, cette information incombe elle aussi principalement à l'Etat⁶. On peut voir ici un aspect positif de la liberté d'information (art. 16 Cst.)⁷. D'autre part, la jurisprudence protège traditionnellement l'électeur contre les informations étatiques qui sont susceptibles d'exercer une influence illicite sur le résultat du scrutin. Il peut s'agir de messages explicatifs qui donnent une image subjective ou inexacte du but et de la portée de ce dernier, d'une formulation inexacte ou suggestive de la question posée aux électeurs, ou d'une propagande excessive et unilatérale financée par des fonds publics. Le traitement constitutionnel de l'intervention des autorités dans le domaine des droits politiques «oscille ainsi entre deux pôles: l'obligation d'informer des autorités et le droit à l'information des particuliers, d'un côté, le devoir d'abstention et de retenue des autorités, ou le droit au respect de la libre formation de la volonté des citoyennes et des citoyens, de l'autre»⁸.

La formule jurisprudentielle classique résume ainsi cette double exigence découlant de la liberté de vote: «en matière de votations, il est admis que l'autorité compétente recommande au peuple d'accepter le projet qu'elle lui soumet et qu'elle lui adresse un message explicatif, tandis qu'une intervention plus importante dans le débat ne se justifie qu'exceptionnellement et doit répondre à des motifs pertinents. L'autorité doit se borner à une information objective – mais elle n'est pas tenue à la neutralité⁹ – et s'abstenir de toute assertion fallacieuse sur le but et la portée du projet. Elle attende au droit de vote si elle s'écarte de ses devoirs de retenue et d'objectivité, si elle intervient en violation de prescriptions destinées à garantir la liberté des électeurs ou si elle influence l'opinion par d'autres procédés condamnables. En particulier, son intervention est contraire au droit de vote lorsqu'elle s'accomplit de façon occulte ou que les fonds dépensés pour elle sont disproportionnés ou engagés irrégulièrement»¹⁰.

2. Les principes

La frontière entre le devoir des autorités d'informer les électeurs sur l'objet et les

enjeux des scrutins et l'interdiction d'influencer le résultat de ces derniers par des moyens illicites est difficile à tracer. Lorsqu'elles n'en font pas assez et lorsqu'elles en font trop, les autorités violent la liberté de vote. Savoir où se situe ce fameux juste milieu qui seul satisfait les exigences constitutionnelles est un exercice délicat. Les principes de la légalité, de la transparence et de la proportionnalité, notamment, servent de points de repère aux autorités et aux juges pour tracer de cas en cas cette frontière.

A. La légalité

Le principe de la légalité veut que l'ensemble de l'activité étatique trouve quelque fondement dans la loi, afin que soient sauvegardés l'interdiction de l'arbitraire, la séparation des pouvoirs, l'égalité de traitement, le principe démocratique et l'impératif de la sécurité du droit¹¹. Il s'applique notamment à tout ce qui concerne l'organisation de l'Etat et en particulier aux rapports que ce dernier entretient avec les particuliers. Du moment que la liberté de vote impose aux autorités une obligation d'informer, les moyens avec lesquels l'administration s'acquitte de cette obligation doivent être, en principe, prévus par la loi.

Or, en cette matière, il s'avère que le principe de la légalité est finalement de peu d'utilité. Selon la doctrine et la jurisprudence, les moyens les plus usuels et élémentaires de l'information politique des autorités, à savoir les recommandations de vote, les rapports explicatifs et les avis rectificatifs, n'ont pas besoin d'être prévus expressément dans la loi, parce qu'ils sont indispensables à la formation de la volonté

6 MÜLLER G., Die Behörden im Abstimmungskampf: Vom Neutralitätsgebot zur Teilnahmepflicht, in: AUER A./ZEN-RUFFINEN P. (éd.), De la Constitution, Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert, Neuchâtel 1996, pp. 255, 257.

7 BARRELET D., L'Etat entre le devoir d'informer et le désir de cultiver ses relations publiques, in: AUER/ZEN-RUFFINEN (n. 6), pp. 303-319.

8 MAHON P., L'information par les autorités, RDS 1999 II 199, 232.

9 ATF 117 Ia 41, 46, Aebi.

10 ATF 121 I 252, 255/56, Alliance de gauche.

11 ATF 123 I 1, 3, X.

politique et découlent directement du droit de vote¹². Quant aux autres moyens, ils ne sont admissibles qu'à titre exceptionnel, ce qui semble exclure que le législateur les définit en détail. On se trouve donc dans un domaine où la loi est relativement inopérante, sinon impuissante, laissant à l'administration une liberté d'appréciation dont l'usage est contrôlé par le juge post festum.

Si les moyens et les modalités de l'intervention des autorités dans les campagnes référendaires ne sont guère précisés par la loi, le principe de la légalité exige au moins que les dépenses y relatives se fondent sur un arrêté spécifique adopté par le parlement, détenteur du pouvoir financier¹³.

B. La transparence

Lorsque l'autorité décide d'ouvrir une campagne thématique ou d'intervenir dans une campagne précédant un scrutin, elle doit le faire ouvertement et officiellement. Cela signifie que le citoyen a le droit de savoir non seulement qu'une telle intervention a eu lieu, mais aussi de quel service elle émane¹⁴. Le Tribunal fédéral a annulé en 1988 une votation populaire parce qu'il s'est avéré que le gouvernement avait commandé et financé secrètement une campagne de publicité politique excessive¹⁵. L'impératif de la transparence commande également que l'autorité rende public le montant des dépenses effectuées à cette fin.

La transparence exige en principe que l'autorité assume elle-même la tâche et la responsabilité d'une intervention dans la campagne référendaire. Il est vrai que la jurisprudence et certains auteurs admettent qu'elle puisse mandater et financer un comité d'action privé pour mener campagne¹⁶. Mais cette conclusion est contestable¹⁷. Même si le mandat est rendu public, le citoyen n'est pas prêt à admettre sans autre que l'intervention d'un comité privé, même composé de membres d'autorités, reflète l'opinion de l'Etat et s'effectue dans l'intérêt public, qui seul peut la justifier.

On peut considérer à certains égards que la transparence supplée en quelque sorte à l'absence de base légale. Si le législateur dé-

mocratique est peu à même de régler les interventions des autorités dans les campagnes référendaires, ces interventions doivent être effectuées au nom et sous la responsabilité de l'organe qui en a pris la décision. Certes, le contrôle démocratique n'est qu'indirect, mais c'est un contrôle, car les abus pourront donner lieu à des sanctions.

C. La proportionnalité

Le principe constitutionnel de la proportionnalité joue un rôle décisif, qu'on le veuille ou non. Pour déterminer où passe la limite entre le devoir d'information des autorités et l'indispensable liberté du processus de formation de la volonté, il n'y a guère d'autre méthode que d'évaluer les moyens choisis en fonction, d'une part, du but poursuivi et, d'autre part, en rapport avec les moyens dont disposent les partis et les groupements privés. Seul l'examen de l'aptitude et de la nécessité, complété par la balance des intérêts en présence, permet de déterminer concrètement ce qu'exige et ce qu'interdit la liberté de vote. Plus que la légalité et mieux que la transparence, les trois composantes du principe de la proportionnalité paraissent pouvoir servir de guide aux autorités et aux juges dans leur difficile tâche de concilier la liberté avec la nécessité.

Vraiment? Rien n'est moins sûr. Car force est de constater que, confrontées aux contraintes matérielles et temporelles présentées par les circonstances dont elles ne sont pas toujours maîtres, les autorités disposent finalement de peu de repères pour

12 MÜLLER (n. 6), p. 264 ; HANGARTNER Y./KLEY A., Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zurich 2000, n° 2596 ; arrêt de la 1^e Cour de droit public du 4 septembre 2001, 1P.377/2001 consid. 4f.

13 ATF 114 la 445, Aebi ; AUER A., L'intervention des collectivités publiques dans les campagnes référendaires, RDAF 1985, p. 208.

14 Rapport du groupe de travail de la Conférence des services d'information élargie, L'engagement du Conseil fédéral et de l'administration dans les campagnes précédant les votations fédérales, Berne 2001, p. 26 ; <http://www.admin.ch/ch/f/pore/pdf/Eng>.

15 ATF 114 la 427, Aebi.

16 Rapport (n. 14), p. 27 ; ATF 116 la 466, 470, Association contre l'aérodrome d'Etagnières ; JAB 1984 97, p. 102, Reist ; JAB 1983, p. 6, Pfenninger.

17 HANGARTNER/KLEY (n. 12), n° 2597 ; MÜLLER J. P., RSJB 1992, p. 468 ; AUER (n. 13), pp. 202/203.

déterminer ce qui est licite et ce qui ne l'est pas. Malgré le nombre et la qualité des contributions que la doctrine consacre à la question, il règne dans la pratique politique une grande insécurité¹⁸. Car le principe de la proportionnalité est typiquement un instrument servant à évaluer après coup si les moyens choisis sont adaptés au but visé. C'est bien plus le juge que l'acteur politique qui est donc susceptible de s'en servir. La doctrine ne peut guère que résumer la jurisprudence, et la commenter, sans être en mesure de fournir une aide concrète à l'autorité concernée. Celle-ci en est donc réduite à procéder au coup par coup et à s'en remettre à ses talents d'improvisation et à son courage politique, nécessairement variés.

II. Les procédures

Les droits que la liberté de vote confère aux électeurs et les obligations qu'elle impose aux autorités doivent être protégés par des voies de droit, sous peine de rester lettre morte. Or force est de constater, d'une part, que ces voies de droit sont unilatéralement dirigées contre des interventions dans les campagnes qui sont le fait des autorités cantonales et communales et que, d'autre part, elles s'avèrent être d'une efficacité relative s'agissant des violations de la liberté de vote qu'elles permettent de constater.

Le recours pour violation des droits politiques prévu à l'art. 85 let. a OJ est ouvert contre les interventions des autorités cantonales et communales dans les campagnes référendaires et électorales cantonales et communales. La richesse de la jurisprudence témoigne sans doute de l'utilité théorique de cette voie de droit, qui est souvent mise à contribution par les citoyens et les partis concernés. Reste à savoir quelle est son utilité pratique.

On sait en effet que, dans une jurisprudence déjà ancienne¹⁹, le Tribunal fédéral considère que les irrégularités de procédure et les interventions illicites des autorités dans les campagnes précédant le scrutin ne conduisent à l'annulation de ce dernier que s'il paraît vraisemblable qu'elles ont pu en influencer de manière décisive le résultat²⁰. Sans exiger du recourant qu'il fournisse la preuve que cette influence ait effectivement eu lieu, il en évalue la probabilité en fonction de deux critères, à savoir la gravité de l'irrégularité constatée et la différence de voix lors du scrutin en cause. Lorsque la différence des voix est faible, une irrégularité même légère peut conduire à l'annulation; en revanche, seule une très grave irrégularité peut conduire à l'annulation en cas d'une différence de voix importante.

Justifiée sans doute par la gravité de la sanction, qui annule d'un trait les suffrages émis par des milliers de citoyens et qui prive de portée un acte censé jouir de la légitimité populaire, cette jurisprudence affaiblit considérablement l'efficacité du recours prévu à l'art. 85 let. a OJ lorsqu'il est dirigé contre de telles interventions. Sans doute exerce-t-elle un certain effet préventif, car l'autorité dont l'intervention a été jugée illicite doit supporter les conséquences politiques de cette violation des droits politiques. Mais cet effet préventif est à son tour affaibli par la quasi-absence de toute sanction juridique, qui renforce la liberté d'action de l'autorité. Quoi qu'il en soit, les cas où le juge annule un scrutin pour le motif d'une intervention illicite ont toujours été fort rares et le sont encore.

Ce qui est plus grave en revanche, c'est qu'il n'existe pas de contrôle judiciaire des interventions du Conseil fédéral dans les campagnes précédant les votations fédérales. Le recours au gouvernement cantonal et au Conseil fédéral prévu aux art. 77 al. 1 let. b et 81 LDP permet surtout de sanctionner les irrégularités affectant les votations fédérales qui sont le fait d'autorités cantonales ou communales. Savoir si des irrégularités commises par des autorités fédérales autres que le Conseil fédéral sont susceptibles de faire l'objet d'un tel recours est tout sauf certain²¹. Ce qui est certain en revanche, c'est que les explications fournies par le Conseil fédéral en application

18 BOLZ B., Droits politiques, in : KÄLIN W./BOLZ B. (éd.), Manuel de droit constitutionnel bernois, Berne 1995, p. 126.

19 ATF 42 I 47, Wiedmüller.

20 Arrêt de la 1^{re} Cour de droit public du 4 septembre 2001, Parti socialiste fribourgeois ; ATF 121 I 1, 12, Schweizerische Volkspartei des Kantons Luzern ; 117 la 41, 48, Aebi ; HANGARTNER/KLEY (n. 12), n° 2592.

21 STEINMANN G., Interventionen des Gemeinwesens im Wahl- und Abstimmungskampf, PJA 1996 255, pp. 258/259, l'affirme sans toutefois donner d'exemple ; voir aussi MÜLLER J. P., RSJB 1995 780.

de l'art. 11 LDP ne sont susceptibles d'aucun recours, ni d'un recours de droit administratif²², ni d'un recours au Conseil fédéral²³. Le projet de loi fédérale sur le Tribunal fédéral ne prévoit pas de modifier cette situation: l'art. 189 al. 4 Cst dans la version de la réforme de la justice l'exclut d'ailleurs formellement.

Autrement dit, la liberté de vote telle que définie par la jurisprudence du Tribunal fédéral dans le cadre du recours prévu à l'art. 85 let. a OJ lie toutes les autorités, y compris les autorités fédérales, et même le Conseil fédéral (art. 35 al. 1 Cst.). Mais les violations de cette liberté non seulement ne sont pas sanctionnées; elles ne peuvent même pas être portées devant le juge.

Cette situation n'est pas satisfaisante. Car on sait l'importance qu'ont pris les explications du Conseil fédéral en matière de votations populaires: pas moins de 60% des électeurs les prennent en considération et, de l'avis d'observateurs avisés, elles constituent l'un des facteurs qui exercent le plus d'influence sur le résultat du scrutin²⁴. Peut-on vraiment encore soutenir que le message explicatif est un acte de gouvernement²⁵? Peut-on vraiment encore soutenir que le gouvernement a l'obligation d'informer les électeurs avant les scrutins, que ces électeurs ont droit à cette prestation, mais que celle-ci est soustraite à tout contrôle juridique? Peut-on soutenir que les messages explicatifs cantonaux sont contrôlables alors que les explications du Conseil fédéral ne le sont pas? L'Etat de droit, en cette matière comme dans d'autres, ne doit pas s'arrêter aux portes du Palais fédéral.

IV. Problèmes choisis

1. Les moyens licites et les autres

Doctrine et jurisprudence s'accordent pour admettre que les recommandations de vote ainsi que les rapports explicatifs comptent parmi les moyens d'intervention en principe admissibles, sinon requis, des autorités dans les campagnes référendaires. S'agissant des premières, la pratique semble admettre ce qui naguère paraissait inadmissible²⁶, à savoir que le gouvernement d'un canton émette une recommandation de vote pour un scrutin fédéral²⁷. Quant aux seconds, ils sont devenus un instrument ir-

remplaçable de la démocratie directe helvétique, ce qui n'empêche pas qu'ils soient de temps à autre contestés et parfois critiqués tant sur le fond que sur la forme. Mais il ne semble pas y avoir d'exemple où un rapport explicatif tendancieux ou lacunaire ait à lui seul conduit à l'annulation d'un scrutin.

L'admissibilité des avis rectificatifs ne semble pas non plus contestée: lorsque la liberté de vote risque d'être faussée par une information erronée ou tendancieuse, publiée durant la campagne référendaire, l'autorité est en droit d'y répondre par des moyens appropriés pour corriger les erreurs et tenter de rétablir une certaine objectivité du débat politique²⁸. Elle peut aussi fournir des informations supplémentaires lorsque les circonstances de droit ou de fait ont évolué de façon significative entre le moment où l'acte a été adopté et celui où il est soumis au peuple.

Pour le surplus, et malgré les déclarations plus ou moins tonitruantes de la doctrine sur le changement d'optique qu'il conviendrait enfin d'opérer s'agissant du rôle des autorités dans les campagnes référendaires, les moyens sont limités, sinon inexistantes. Ainsi, il ne sied pas aux autorités, sauf exception, de lancer une campagne par voie d'affiches ou d'annonces publicitaires, de distribuer un tout ménage, d'organiser des tables rondes ou de fournir des argumentaires officiels, sur papier ou sur le web, pour soutenir ou combattre une proposition donnée. Il n'est pas non plus admissible que le gouvernement mandate et finance un comité privé pour mener, pour

22 Arrêt de la 1^e Cour de droit public du 16 février 2001, Verein gegen Tierfabriken.

23 ZBl. 1992 308/309.

24 KRISI H., Akteure – Medien – Publikum : Die Herausforderung direkter Demokratie durch die Transformation der Öffentlichkeit, in : NEIDHART F. (éd.), Öffentlichkeit, Öffentliche Meinung, Soziale Bewegungen, Opladen 1994, pp. 234-260 ; TRECHSEL A. H./SCIARINI P., Direct Democracy in Switzerland : Do Elites Matter?, European Journal of Political Research, 33 (1) 1998, pp. 99-124 ; TRECHSEL A. H., Volksabstimmungen, in : KLÖTI U. (éd.), Handbuch Politisches System der Schweiz, Zurich 1999, 557-588.

25 Rapport (note 14), p. 34 ; GRISEL E., Initiative et référendum populaires, 2^e éd., Lausanne 1997, p. 101 ; STEINMANN (n. 21), p. 259 ; JAAC 44 n° 2.

26 AUER (n. 13), pp. 193, 194.

27 Ainsi, le Conseil d'Etat valaisan a recommandé officiellement de voter non à la solution des délais acceptée par le peuple suisse le 2 juin 2002.

28 ZBl. 1992 212, HANGARTNER/KLEY (n. 12), n° 2594.

l'Etat mais en son nom propre, une véritable campagne référendaire²⁹. Si elle veut vraiment aider la pratique, la jurisprudence devrait le préciser: à chaque fois – ou presque – qu'elle a constaté l'irrégularité d'une intervention de l'Etat dans les campagnes référendaires, celle-ci s'effectuait par l'intermédiaire ou sous le couvert d'un comité plus ou moins privé³⁰. Si l'Etat se met à agir comme les partis politiques et autres groupes de pression, il se mêle de ce qui certes le regarde, mais dont il n'est pas en droit de s'occuper, précisément parce qu'il est l'Etat.

2. Les recommandations contradictoires

Si le principe des recommandations de vote adressées par l'Etat aux électeurs n'est remis en question par personne, ses modalités peuvent poser problème. En particulier, l'Etat forme-t-il une unité face aux citoyens ou est-il admissible, voire nécessaire, que chaque organe y aille de sa propre recommandation? Le gouvernement doit-il suivre l'avis de la majorité parlementaire? Et quid lorsque cette majorité parlementaire change? La réponse ne peut venir probablement que du législateur.

En droit fédéral, la réponse paraît claire et la pratique l'est également. L'art. 11 al. 2 LDP parle, pour les textes soumis à votation populaire, des explications du Conseil fédéral. En matière d'initiatives populaires, il appartient cependant à l'Assemblée fédérale de recommander le rejet ou l'acceptation (art. 26 et 27 LRC); seule l'initiative tendant à la révision totale doit être soumise aux électeurs sans recommandation (art. 25 al. 1 LRC). Pour ce qui est des élections, l'art. 34 LDP charge la Chancellerie fédérale d'établir une brève notice explicative. Dès lors, il ne peut pas y avoir conflit entre les avis de ces trois autorités. Lorsque l'Assemblée fédérale émet une recomman-

dation à propos d'une initiative populaire, le Conseil fédéral ne peut pas en émettre une autre. Lorsqu'il s'agit d'un acte soumis au référendum obligatoire ou facultatif, le parlement n'a pas à donner son avis, puisqu'il est l'auteur de l'acte: il appartient donc au Conseil fédéral de l'élaborer, dans le sens voulu par l'Assemblée fédérale.

A Genève, si la loi paraît claire, la pratique l'est beaucoup moins. Aux termes de l'art. 53 al. 1 de la loi sur l'exercice des droits politiques du 15 octobre 1982 (LDP/GE), les électeurs «reçoivent de l'Etat des explications qui comportent, s'il y a lieu, un commentaire des autorités d'une part et des auteurs du référendum ou de l'initiative d'autre part». La jurisprudence a interprété cette disposition dans le sens qu'en présence d'une divergence d'opinion entre le Conseil d'Etat et le Grand Conseil, la notice explicative doit mentionner l'avis de l'un et de l'autre, en indiquant, pour l'avis du Grand Conseil, à quelle majorité il a été pris³¹. Les électeurs genevois ont ainsi dû, bon gré mal gré, s'accommoder de recevoir des recommandations divergentes, parfois même avec deux avis contradictoires émanant de deux majorités différentes du Grand Conseil³². Il n'est pas certain que cette pratique soit conforme à la liberté de vote, qui repose sur l'idée que les recommandations des autorités apportent non pas plus de confusion, mais plus de clarté. On peut penser que le Conseil d'Etat devrait plutôt se ranger à l'opinion du Grand Conseil, auteur des actes soumis au référendum et destinataire direct des initiatives populaires³³.

3. Les campagnes thématiques et les campagnes référendaires

Du moment que l'on admet, d'une part, que le gouvernement a le droit et l'obligation d'informer le public sur l'activité de l'Etat³⁴ et qu'on lui reconnaît, d'autre part, le droit d'intervenir avec certains moyens, mais pas avec tous, dans les campagnes précédant les votations, il importe de définir le moment où s'achève la première phase et où commence la seconde. Cette question n'est pas clairement résolue à l'heure actuelle.

Certains auteurs estiment que la campagne référendaire commence dès le moment où

29 AUER (n. 13), p. 204.

30 ATF 119 la 271, 277, A.

31 ATF du 27 février 1985, Vodoz.

32 Ainsi par exemple lors de la votation du 2 juin 2002, où les avis de l'ancienne et de la nouvelle majorité au Grand Conseil ont été communiqués aux électeurs, en plus de celui du Conseil d'Etat.

33 AUER (n. 13), p. 201 ; à noter aussi que le règlement du Grand Conseil (RS/GE B 1 01) ne dit mot sur les recommandations des autorités en vue des votations populaires.

34 Art. 180 al. 2 Cst et art. 10 al. 1 LOGA.

le projet destiné à être soumis aux électeurs est définitivement adopté par l'autorité compétente³⁵. D'autres optent plutôt pour la convocation officielle des électeurs, avec l'envoi du matériel de vote et des explications des autorités³⁶. D'autres encore s'en tiennent à un critère plus vague, à savoir l'existence d'un projet concret dont l'adoption relève du peuple³⁷. Le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte³⁸.

Etant donné que la marge de manœuvre des autorités semble être plus large dans les campagnes thématiques que dans les campagnes référendaires, la frontière entre les deux doit être définie en termes précis, afin d'indiquer clairement aux autorités à partir de quel moment elles doivent s'imposer la retenue et le respect de l'objectivité qu'impose la liberté de vote. Comme l'envoi du matériel officiel n'a lieu que deux ou trois semaines avant le scrutin, ce critère est trop tardif et laisse trop de liberté aux autorités. Il ne peut donc s'agir que du moment où l'autorité compétente a définitivement adopté l'acte soumis au vote du peuple: vote d'un article constitutionnel, d'une loi ou d'un arrêté par le parlement; dépôt d'une initiative populaire. L'arrêt Alliance de gauche³⁹ paraît critiquable dans cette perspective: non seulement une initiative populaire avait été lancée; mais celle-ci avait été acceptée par le peuple, à charge pour les autorités de la concrétiser. La campagne de presse litigieuse avait donc bien pour but et pour effet d'influencer la future votation populaire sur le sujet. On sait que ce but n'a pas été atteint, et de loin⁴⁰, cependant l'argument retenu par le Tribunal fédéral ne paraît pas convainquant.

Mais cette distinction est-elle vraiment justifiée? Peut-on admettre que, dans les campagnes thématiques, une publicité politique proprement dite, sous la forme par exemple d'affichage, d'envoi d'un tout ménage, d'annonces publicitaires, d'un site Internet, etc., est justifiée, alors qu'elle ne l'est pas dans les campagnes référendaires? Ne doit-on pas exiger le respect des mêmes conditions de retenue, d'objectivité et de concision dans les deux cas? Car le plus souvent, les campagnes thématiques visent à favoriser l'adoption d'actes qui ont de bonnes chances de devoir être soumis un jour, d'office ou sur demande, au vote du peuple. Et puis, là aussi, l'Etat forme un

tout dont l'action, et les moyens d'informer le public sur celle-ci, doivent être cohérents, y compris dans le temps: comment soutenir que l'excès d'hier est admissible et que celui d'aujourd'hui ne l'est pas?

4. La récolte de signatures

L'intervention des autorités se justifie dans la phase qui précède les votations populaires. Elle est en revanche exclue dans la phase qui précède l'aboutissement d'une demande de référendum ou d'une initiative populaire. Les citoyens ont le droit constitutionnel de tout mettre en œuvre pour faire aboutir ces demandes avec les moyens qu'ils jugent utiles, y compris la récolte de signatures sur le domaine public⁴¹. Il n'appartient pas à l'autorité de tenter d'influencer cette récolte, ni négativement, ni positivement.

On sait que le Tribunal fédéral en a jugé autrement dans une affaire où une commune avait financé un comité privé pour inciter les électeurs par des annonces et des tracts à ne pas signer une demande de référendum qui était en cours⁴². Les juges ont estimé que «la garantie que la Constitution fédérale donne au droit de vote n'est pas substantiellement différente selon que le citoyen s'exprime dans une votation ou à l'occasion d'une initiative ou d'une demande de référendum»⁴³. A tort: à la différence du premier cas où l'autorité peut faire valoir un intérêt public important pour justifier son intervention, à savoir celui d'informer les électeurs sur la portée du scrutin et celui de corriger le cas échéant des informations tendancieuses émanant de personnes privées, un tel intérêt n'existe pas dans le second cas. Au contraire: le respect des droits d'initiative et de référen-

35 DECURTINS G.-A., Die rechtliche Stellung der Behörden im Abstimmungskampf, Fribourg 1992, p. 113 ; RAMSEYER J., Zur Problematik der behördlichen Informationen im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen, Bâle 1992, p. 22.

36 GRISEL (n. 25), p. 111.

37 HANGARTNER/KLEY (n. 12), n° 2599.

38 ATF 121 I 252, 258, Alliance de gauche.

39 ATF 121 I 252, Alliance de gauche.

40 Le 9 juin 1996, les électeurs ont massivement rejeté et la proposition de traversée par pont et la proposition de traversée par tunnel.

41 ATF 97 I 893, Küpfer ; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER (n. 5), n° 818-820.

42 ATF 116 la 466, Association contre l'aérodrome d'Etagnières.

43 Ibid., p. 471.

dum commande que l'Etat s'abstienne de toute intervention dans cette phase importante de la formation de la volonté politique.

Mais le Tribunal fédéral n'est malheureusement pas la seule autorité qui a méconnu cette règle. Suite au lancement de l'initiative populaire «pour l'adhésion de la Suisse à l'ONU»⁴⁴ et constatant que la récolte des signatures ne progressait que lentement, le Conseil fédéral a crû bon d'inciter publiquement les citoyens à la signer. Ce faisant, il a porté atteinte aux droits politiques des citoyens. Faute d'une voie de recours, cette violation n'a pas pu être constatée par une autorité judiciaire. Le résultat positif de la votation populaire du 3 mars 2002⁴⁵ ne change rien à ce regrettable coup de canif à la Constitution.

5. La promotion de l'égalité entre femmes et hommes dans les campagnes électorales

Lors des élections au Conseil national de 1999, le Conseil fédéral avait approuvé, quoique non sans réserves, une campagne d'information et de sensibilisation du Département fédéral de l'intérieur tendant à inciter les électeurs à faire usage de leur droit de vote et à attirer leur attention sur la sous-représentation des femmes au Conseil national⁴⁶. Mais la Commission

des finances avait refusé d'accorder un crédit pour une campagne d'affichage⁴⁷.

Le message concernant une modification de la loi fédérale sur les droits politiques, du 30 novembre 2001⁴⁸, proposait de conférer une base légale à cette pratique par l'adjonction d'un article 86a, qui habilitait la Confédération à «lancer des campagnes d'information et de sensibilisation des électeurs, notamment dans le but d'accroître leur participation au vote, d'encourager les candidatures féminines et d'assurer une représentation plus équilibrée des femmes au Parlement». La proposition a été discutée devant les Chambres au printemps et en été 2002⁴⁹. Si elle a finalement été abandonnée⁵⁰, le problème constitutionnel qu'elle soulève mérite néanmoins d'être évoqué.

Cette intervention des autorités dans les campagnes électorales – car c'est bien de cela qu'il s'agit – peut s'appuyer sur le mandat constitutionnel de pourvoir à l'égalité de droit et de fait entre les sexes (art. 8 al. 3 Cst.). L'absence d'égalité matérielle entre les femmes et les hommes dans leur représentation parlementaire réciproque justifierait que l'Etat déclenche une campagne de soutien, d'encouragement et de promotion des femmes candidates et des femmes élues, voire même les obligerait à s'y engager. Elle suscite cependant de sérieuses réserves au regard de la liberté de vote et de la liberté d'opinion.

A. Une violation de la liberté de vote

En premier lieu, il faut rappeler que la jurisprudence⁵¹ et la doctrine⁵² sont unanimes à proscrire toute intervention directe des autorités dans la campagne électorale et toute restriction étatique du processus de libre formation de la volonté. Elles doivent s'abstenir, en principe, de toute participation à la campagne, que ce soit sous forme d'informations ou sous une autre forme qui pourrait favoriser, même indirectement, «des intérêts partisans»⁵³. Les seules exceptions qui sont admises par la jurisprudence concernent les avis rectificatifs⁵⁴, les informations sur les aptitudes professionnelles de candidats à la magistrature⁵⁵ ou au corps enseignant⁵⁶ et les mesures d'organisation, d'aide et de soutien

44 FF 2000 2346.

45 FF 2002 3450.

46 Arrêté du Conseil fédéral du 31 mars 1999.

47 Rapport (n. 14), p. 48.

48 FF 2001 6051.

49 Le Conseil national a adopté la proposition le 19 mars 2002 (BO 2002 N 342) ; le Conseil des Etats l'a rejetée de justesse le 5 juin 2002 (BO 2002 E 341) ; le Conseil national a maintenu son point de vue le 11 juin (BO 2002 N 866), tout comme le Conseil des Etats le 17 juin (BO 2002 E 443). Après une nouvelle navette, la conférence de conciliation a donné la préférence, à une courte majorité, au point de vue du Conseil des Etats, qui a fini par être accepté par le Conseil national.

50 FF 2002 4080.

51 ATF 124 I 5, 57, EVP Freiburg ; 118 la 259, 262, Sch. ; 117 la 452, 457, K. ; 113 la 291, 296, Dora Geissberger ; ZBl. 1996, 223, et 1995, 469.

52 HANGARTNER/KLEY (n. 12), n° 2604 ss ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (n. 5), n° 859 ; MAHON (n. 8), p. 236 ; STEINMANN (n. 21), p. 265 ; BARRELET (n. 7), p. 312.

53 ATF 124 I 55, 58, EVP Freiburg.

54 ATF 118 la 259, 262, Sch. ; ZBl. 1996, 223.

55 ATF 117 la 452, 458, K.

56 Arrêt du Tribunal fédéral du 5 juillet 1996, publié in ZBl. 1996, 222 ; STEINMANN (n. 21), pp. 266-267.

qui peuvent s'avérer indispensables pour que les élections puissent être organisées⁵⁷.

Or, force est de constater qu'une campagne visant à améliorer la représentation des femmes au Conseil national n'entre dans aucune de ces trois catégories d'exceptions. Son but avoué est, du moins indirectement, d'influencer les électeurs et les électrices afin qu'ils améliorent le taux de représentation des femmes. Cela ne peut se faire qu'à travers un choix électoral qui donne la préférence aux listes femmes et aux candidates femmes. Il s'agit donc d'une intervention qui se situe en plein dans le seul domaine dont la jurisprudence et la doctrine s'entendent pour l'exclure, dans l'intérêt de la libre formation et de la libre expression de la volonté des électeurs, condition même du caractère démocratique de l'opération électorale.

Certes, on pourrait tenter d'objecter que la campagne proposée n'a pas de caractère partisan, qu'elle est neutre et qu'elle n'enlève point la possibilité de se former librement une opinion. Formellement, il est vrai qu'elle ne demande pas aux électeurs de choisir un parti plutôt qu'un autre ou de donner la préférence à telle candidate plutôt qu'à tel autre candidat. Elle ne favorise directement aucune tendance politique et n'est pas «partisane» au sens premier du terme.

A la réflexion, cette objection doit cependant être réfutée. Encourager de façon active les électeurs et les électrices à améliorer la représentation féminine au Conseil national revient, en effet, à leur demander plus ou moins directement de «voter femme». On peut favoriser les femmes de différentes manières: donner sa voix aux candidates femmes figurant sur la liste préférée; cumuler les candidates femmes; biffer les candidats hommes sur la liste; faire un panchage entièrement féminin; choisir la liste qui présente le plus grand nombre de femmes candidates; donner sa préférence à une liste femme que les partis ont pris l'habitude de présenter, etc. Dans chaque cas, si le mot d'ordre est suivi avec quelque consistance, ce choix s'effectue au détriment des hommes candidats, au détriment des listes présentant plus d'hommes que de femmes et au détriment des partis qui ne connaissent pas de liste femmes.

Certes, ce choix est parfaitement possible et légitime aussi longtemps qu'il est le résultat d'une décision libre de l'électeur, fût-elle influencée par les partis, les organisations et les diverses associations qui composent la société civile. Mais il ne faut pas que l'Etat s'en mêle. Pour les élections plus encore que pour les votations, les citoyennes et les citoyens doivent se former leur opinion avec les moyens qu'ils se créent eux-mêmes et/ou qui sont mis à leur disposition par la société civile. Ils peuvent n'obéir qu'à leur conscience, suivre le mot d'ordre d'un parti ou autre groupement, écouter l'avis du conjoint ou d'une amie, s'informer dans les médias. Peu importe s'ils votent, pourquoi ils votent et pour qui ils votent, pourvu qu'ils ne soient pas influencés dans leur choix par une autorité, par l'Etat. La principale, la seule mission qui incombe à celui-ci dans le cadre des élections politiques est d'être le chien de garde de la liberté de vote.

Dès lors, un encouragement officiel à voter femme, même vêtu d'un habit anti-abstentionniste, même ancré dans la loi, n'est pas compatible avec le devoir de retenue et de neutralité des autorités et viole, par conséquent, la liberté de vote garantie par la Constitution.

B. Une violation de la liberté d'opinion

Au-delà de l'influence illicite qu'elle risque d'exercer sur le processus de libre formation et de libre expression de la volonté du corps électoral, la campagne d'information et de sensibilisation porte atteinte à la liberté d'opinion. Utilisant les atouts redoutables de la technique des relations publiques qui transforme le message politique en marchandise et le citoyen en consommateur, elle n'affecte pas seulement ceux qui ont le droit de participer aux élections et ceux qui effectivement font usage de ce droit. Elle touche aussi les autres, et notamment tous ceux qui ne veulent pas ou qui ne peuvent pas voter, en leur assénant le message, à travers affiches et spots-tv, qu'une meilleure représentation des femmes dans les parlements est un objectif louable, nécessaire, moralement justifié et

⁵⁷ ATF 113 la 291, 295, Dora Geissberger; AB 2002 N 866/ BO 2002 N 866.

politiquement correct. Celui ou celle qui penserait autrement est doucement rappelé à l'ordre, au nom de la justice et de l'équité et, surtout, de l'égalité des sexes, considérée comme une aspiration universelle et irréversible.

Or, s'il est vrai que la liberté d'opinion vaut aussi pour les idées et les convictions qui «heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population»⁵⁸, il faut admettre que toute personne – électeur ou non électeur – a le droit de défendre et de propager des idées qui peuvent, mais qui ne doivent pas nécessairement aller dans le sens d'une plus grande égalité entre les hommes et les femmes. Lorsque donc l'Etat nous dit, plus ou moins discrètement, que seul l'objectif d'une représentation égale des femmes et des hommes est juste et nécessaire, il s'ingère dans le champ de protection de la liberté d'opinion.

Que cette ingérence figure dans une loi fédérale et se justifie par un motif légitime, à savoir la réalisation d'une égalité de droit et de fait entre femmes et hommes, ne suffit pas à la rendre conforme à la Constitution. Il est douteux qu'elle soit conforme au principe de la proportionnalité. Aussi important que soit ce motif justificateur, du moins selon les conceptions qui sont dominantes au sein de la classe politique, il ne couvre et ne légitime pas tous les moyens. Il n'oblige pas l'Etat à se transformer en instrument de propagande, à s'appuyer sur les sciences de la communication

pour transmettre avec une douce persuasion un message qui n'est pas neutre et qui ne peut l'être, pour revendiquer une vérité qui n'a rien d'absolu et pour vendre une opinion qui existe et qui se justifie certes au sein de la société civile, mais qui ne saurait être celle de l'Etat. «L'Etat nous rappelle BARRELET – n'est pas habilité à penser à la place des citoyens, à faire leur bonheur malgré eux, à imposer ses critères de sagesse. L'individu a le droit de ne pas être la cible de menées propagandistes mises au point par des bureaux officiels»⁵⁹.

V. Conclusion: la liberté et la nécessité

La liberté, disait Hegel, est la conscience de la nécessité. Cette litote classique se vérifie pleinement dans le domaine de la publicité politique de l'Etat. Pendant longtemps, la liberté de vote était interprétée comme empêchant ce dernier, sauf exception, d'intervenir dans le processus de formation de la volonté générale. Depuis peu, cette intervention est jugée nécessaire au point de devenir règle: pour permettre à la volonté générale de se constituer, et de se constituer correctement, l'Etat est appelé à informer, à corriger, sinon à diriger l'opinion publique.

Reste à savoir si la nécessité ainsi conçue ne risque pas à terme d'étouffer la liberté. Erigée en dogme, la conscience de la nécessité, n'en déplaise à Hegel, peut conduire à l'écrasement de la liberté. Il en va ainsi de la tendance à conférer à l'Etat non seulement le droit, mais une obligation en même temps qu'une plus grande liberté d'informer les citoyens avant les votations. Doucement et insidieusement, elle met le cap sur une espèce de «doux totalitarisme»⁶⁰, qui constitue une menace sérieuse pour l'avenir de la liberté politique. ■

58 Arrêt CEDH Handyside, du 7 décembre 1976, Série A n° 24 § 49; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER (n. 5), n° 514.

59 BARRELET (n. 7), p. 312.

60 Ibid., p. 311.