



Date de dépôt : 6 juin 2023

Rapport

de la commission judiciaire et de la police chargée d'étudier le projet de loi de Céline Zuber-Roy, Christina Meissner, Marc Falquet, Murat-Julian Alder, Cyril Aellen, Véronique Kämpfen, Beatriz de Candolle, Jean-Pierre Pasquier, Raymond Wicky, Jacques Blondin, Patricia Bidaux, Sébastien Desfayes, Jean-Marc Guinchard, Gabriela Sonderegger modifiant la loi sur l'organisation judiciaire (LOJ) (E 2 05) (Pour une Cour constitutionnelle qui respecte le fédéralisme)

Rapport de Jean-Marc Guinchard (page 4)

Projet de loi (13077-A)

modifiant la loi sur l'organisation judiciaire (LOJ) (E 2 05) (Pour une Cour constitutionnelle qui respecte le fédéralisme)

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

Art. 1 Modifications

La loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010, est modifiée comme suit :

Art. 130B, al. 1, lettre a (nouvelle teneur)

¹ La chambre constitutionnelle connaît des recours :

- a) contre les actes normatifs cantonaux, communaux et des institutions de droit public;

Art. 2 Modifications à d'autres lois

¹ La loi sur l'administration des communes, du 13 avril 1984 (LAC – B 6 05), est modifiée comme suit :

Art. 100, alinéas 1 et 2 (nouvelle teneur)

¹ Lorsqu'une délibération d'un conseil municipal fait l'objet d'un recours à la chambre administrative ou à la chambre constitutionnelle de la Cour de justice, ce recours est communiqué au Conseil d'Etat, qui a accès au dossier de la cause.

² La chambre administrative ou la chambre constitutionnelle de la Cour de justice peut impartir un délai convenable au Conseil d'Etat pour décider s'il entend annuler la délibération attaquée en application de l'article 89 de la présente loi.

² La loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 (LPA – E 5 10), est modifiée comme suit :

Art. 57, lettre d (nouvelle teneur)

Sont susceptibles d'un recours :

- d) les actes normatifs cantonaux, communaux et des institutions de droit public.

Art. 60, al. 1, lettre b (nouvelle teneur)

¹ Ont qualité pour recourir :

- b) toute personne qui est touchée directement par un acte normatif cantonal, communal ou d'une institution de droit public et a un intérêt personnel digne de protection à ce que l'acte soit annulé ou modifié.

Art. 62, al. 1, lettre d, et al. 3 (nouvelle teneur)

¹ Le délai de recours est de :

- d) 30 jours s'il s'agit d'un acte normatif cantonal, communal ou d'une institution de droit public.

³ Le délai court dès le lendemain de la notification de la décision. En cas de recours contre une loi, il court dès le lendemain de sa promulgation. En cas de recours contre un règlement, il court dès le lendemain de sa publication.

Art. 65, al. 3 (nouvelle teneur)

³ En cas de recours contre un acte normatif cantonal, communal ou d'une institution de droit public, l'acte de recours contient un exposé détaillé des griefs du recourant.

Art. 66, al. 2 (nouvelle teneur)

² En cas de recours contre un acte normatif cantonal, communal ou d'une institution de droit public, le recours n'a pas effet suspensif.

Art. 3 Entrée en vigueur

La présente loi entre en vigueur le lendemain de sa promulgation dans la Feuille d'avis officielle.

Rapport de Jean-Marc Guinchard

La commission judiciaire et de la police a consacré tout ou partie de quatre de ses séances à l'étude de ce projet de loi, les 12 mai, 1^{er} et 8 décembre 2022, ainsi que le 6 avril 2023, sous les présidences successives de MM. les députés Marc Falquet et Sébastien Desfayes.

Les procès-verbaux ont été tenus avec précision par M^{mes} Mariama Laura Diallo, Alexia Ormen et M. Clément Magnenat.

Les commissaires ont été soutenus dans leurs travaux par MM. Jean-Luc Constant, secrétaire scientifique (SGGC), et Sébastien Grosdemange, secrétaire général adjoint (DDPS).

Que toutes et tous soient ici remercié-e-s et félicité-e-s pour leur appui et leurs compétences.

Séance du jeudi 12 mai 2022

Présentation de M^{me} Céline Zuber-Roy, première signataire

M^{me} Zuber-Roy explique que ce projet de loi a pour objectif de retirer à la Cour constitutionnelle la compétence de contrôler les modifications constitutionnelles pour revenir au système prévu par le droit fédéral. Les constitutions cantonales sont garanties par le parlement fédéral. Il revient au parlement fédéral de vérifier la conformité au droit supérieur des constitutions cantonales. La Chambre constitutionnelle a été créée dans le cadre de la nouvelle constitution et la loi d'application a été votée par la commission judiciaire et de la police, puis en plénière, en avril 2014. Elle a lu attentivement l'excellent rapport de la commission et il était très intéressant de noter que dans ses travaux, le Conseil d'Etat avait proposé de prévoir ce contrôle des modifications constitutionnelles par la Cour constitutionnelle. Lors des auditions, la commission avait auditionné les professeurs Hottelier et Tanquerel qui avaient relevé que c'était un aspect particulièrement inhabituel puisque la Cour constitutionnelle a pour but de s'assurer du respect de la constitution qui doit être la référence de la Cour pour le contrôle mais ne doit pas être l'objet du contrôle.

M^{me} Zuber-Roy précise que Genève est le seul canton qui prévoit dans la législation ce contrôle des modifications constitutionnelles par la Cour constitutionnelle. Les autres cantons ne prévoient pas de contrôle au niveau cantonal, car c'est le peuple qui doit voter une modification constitutionnelle puis le parlement fédéral se prononce sur la conformité avec le droit fédéral. Ce projet de loi revient sur la décision que la commission avait prise en 2014.

En lisant ce rapport, il lui semble qu'une information erronée avait été transmise à l'époque. La première question posée à la suite du dépôt de ce projet de loi était de savoir si les possibilités ultérieures d'accès au Tribunal fédéral seraient maintenues avec la création de la Cour constitutionnelle et il a été répondu que la « Chambre constitutionnelle ne sera qu'une antichambre du Tribunal fédéral ». Ensuite, cette question-là n'a plus été traitée durant les travaux. Malheureusement, cette réponse est inexacte. Si la Cour constitutionnelle confirme une loi ou une modification constitutionnelle, il y a la possibilité de recourir par la suite mais si la Cour constitutionnelle déclare que la modification qui lui est proposée est non conforme au droit supérieur, le processus s'arrête là et il n'y a pas de possibilité de recourir. On l'a connu dernièrement dans le cas de la loi sur la laïcité. La Cour constitutionnelle a déclaré certains alinéas non conformes ; le texte soumis au peuple a donc été modifié. Il n'y a aucune possibilité de s'opposer au Tribunal fédéral. Dernièrement, l'UDC a déposé un projet de loi pour revenir sur cette question sur le port du voile dans les parlements. Même si on met cette question dans la constitution et que le peuple confirme sa volonté, la Cour constitutionnelle a de fortes chances de redire la même chose et l'Assemblée fédérale n'aura même pas la possibilité de se prononcer pour dire que c'est conforme ou non au droit fédéral, alors que c'est prévu par la Constitution fédérale. Il n'y a jamais eu de recours contre une révision de la Constitution.

M^{me} Zuber-Roy indique que les décisions de la Cour constitutionnelle sont en principe ouvertes au recours du Tribunal fédéral, mais le Tribunal fédéral refuse les recours contre les modifications constitutionnelles car c'est une compétence de l'Assemblée fédérale et il respecte le principe de la séparation des pouvoirs. Le jour où cela se produit, il y aura un conflit de compétences entre le Tribunal fédéral et l'Assemblée fédérale. Pour ces raisons, M^{me} Zuber-Roy propose de revenir à un système plus conforme au droit suisse qui dit que la Cour constitutionnelle est là pour s'assurer que l'ordre juridique genevois respecte la constitution genevoise et le droit fédéral. Concrètement, sa proposition de modification porte sur l'article 130B, alinéa 1, lettre a LOJ qui énumère les compétences de la Chambre constitutionnelle. Ce qui est plus long sont les modifications à une autre loi et c'est purement une adaptation formelle.

Un député PLR relève que la Chambre constitutionnelle connaît des recours abstraits, ce à quoi M^{me} Zuber Roy acquiesce, et il demande ce que dit actuellement l'article 130B, alinéa 1, lettre a LOJ.

M^{me} Zuber-Roy précise que l'article 130B, alinéa 1, lettre a LOJ prévoit que « la chambre constitutionnelle connaît des recours : a) contre les lois

constitutionnelles, les lois et les règlements du Conseil d'Etat ». Dans le projet de loi, elle a retiré les termes « lois constitutionnelles ».

M^{me} Zuber-Roy note que c'est un choix de compétences. Une loi, juridiquement, est une norme légale adoptée par le parlement.

Une députée (Ve) demande ce que M^{me} Zuber-Roy reproche à la Cour constitutionnelle. Elle comprend qu'elle préfère enlever l'outil qui permet de contrôler la conformité des lois constitutionnelles avec le droit supérieur.

M^{me} Zuber-Roy ne reproche rien à la Cour constitutionnelle, mais au parlement qui lui a donné une compétence qu'elle ne devrait pas avoir. Le terme « constitution » est là, car elle est là pour être la garante de la constitution cantonale. Le problème, c'est que le Grand Conseil lui dit qu'elle va vérifier que la constitution est conforme au droit supérieur. Or, c'est l'Assemblée fédérale qui est compétente pour cette vérification. L'Assemblée fédérale ne pourra peut-être pas se prononcer parce que la Cour constitutionnelle passera d'abord et mettra peut-être son veto sur une conformité au droit supérieur.

La même députée (Ve) indique que le fait que le droit supérieur soit contrôlé à Genève ne l'étonne pas car tout le monde doit pouvoir l'appliquer dans la Suisse. La conséquence de ce projet de loi, c'est d'enlever une compétence à une Cour constitutionnelle qui ne fait que ce que doit faire n'importe quelle Cour qui est de vérifier que le droit suisse est appliqué correctement et respecté. Du fait de l'exposé des motifs cité et notamment de la mention de la loi sur la laïcité, au niveau de la Cour constitutionnelle, le fait qu'il y ait un contrôle du droit supérieur doit se faire de toute manière. Ce contrôle préventif au niveau cantonal ne l'étonne pas et elle trouve plutôt sain que cela se fasse au niveau du territoire genevois étant donné que l'interprétation qui en est faite est largement basée sur une jurisprudence fédérale. On doit vérifier au niveau cantonal si le droit supérieur est appliqué correctement avant de modifier la Constitution cantonale. La conformité du droit constitutionnel au niveau cantonal se fait en se basant sur des développements qui ne se basent pas sur un territoire limité comme Genève. Elle est mitigée et presque étonnée. En ce qui concerne le titre de ce projet de loi, elle n'est pas sûre que l'on puisse de manière générale violer le fédéralisme. La théorie énoncée par M^{me} Zuber-Roy est un phénomène qui n'a jamais eu lieu et ce sont des suppositions sur quelque chose qui n'est pas négatif et qu'elle remet en question.

M^{me} Zuber-Roy explique que tous les tribunaux vérifient l'application du droit fédéral, mais la différence de la Cour constitutionnelle est qu'il n'y a pas de recours possible au Tribunal fédéral si elle annule une disposition. Elle prend l'exemple d'une condamnation pénale. Si la Cour genevoise décide

qu'une personne n'est pas condamnée, on ne fait pas comme s'il n'y avait jamais eu de condamnation et qu'on ne peut pas remonter au Tribunal fédéral. Le Ministère public peut faire recours en disant qu'il y a des éléments et il peut aller au Tribunal fédéral, qui peut se prononcer et dire si le code pénal a été bien appliqué ou pas. Au niveau d'une loi constitutionnelle, si la Cour dit que c'est non conforme, la loi n'existe plus et il n'y a plus aucun moyen d'aller vérifier. Elle estime qu'il y a là une vraie distinction avec le reste du droit. En ce qui concerne la loi sur la laïcité, ce projet de loi ne vise pas du tout à retirer le contrôle des lois adoptées par le Grand Conseil. Pour la loi sur la laïcité, son projet de loi n'a aucun effet. Il y a un recours sur la loi sur laïcité. Si la Cour constitutionnelle considère qu'effectivement, c'est contraire au droit fédéral, la loi n'existera plus et il n'y aura pas de recours au Tribunal fédéral. C'est un choix qui a été fait et c'est ainsi. Son projet de loi porte sur les modifications de la Constitution. En ce qui concerne les propos de de la députée (Ve), elle précise qu'il n'y pas de jurisprudence car il n'y a aucun tribunal qui se prononce sur des modifications constitutionnelles parce que le système suisse prévoit que les modifications constitutionnelles cantonales sont garanties par le parlement fédéral. Un vrai contrôle est effectué par le parlement fédéral donc il n'y a pas de jurisprudence.

Cette même députée (Ve) précise que ce n'est pas tant au niveau de la jurisprudence de l'Assemblée fédérale sur le contrôle. Quand la Cour constitutionnelle examine si la loi sur la laïcité est conforme au droit supérieur, elle se base sur des principes clairement établis en droit suisse. Quand elle entend qu'il n'y a pas de jurisprudence, ce n'est pas vrai car la Cour constitutionnelle examine concrètement les lois constitutionnelles. Elle se base typiquement sur la jurisprudence sur les droits humains et sur tous les éléments qui font qu'une loi ne serait pas conforme au droit supérieur.

M^{me} Zuber-Roy est heureuse d'apprendre que sa collègue (Ve) considère qu'une seule instance est nécessaire et qu'il n'y a pas besoin de recours parce qu'un tribunal ne se trompe jamais.

Une députée (S) comprend que ce qui dérange M^{me} Zuber-Roy est qu'il n'y ait pas de voie de recours.

M^{me} Zuber-Roy explique que le Tribunal fédéral considère qu'une loi cantonale, si une Cour cantonale l'invalide, n'existe plus et il n'y a pas de recours. Elle précise que son projet de loi ne vise que les lois constitutionnelles. Sur la question de la laïcité, elle pense que la Cour devrait se prononcer avant le peuple car le peuple devrait avoir le dernier mot et pas la Cour. Elle anticipe effectivement un problème qui n'a pas encore eu lieu, mais le jour où une modification de la constitution est votée par le peuple et que la Cour constitutionnelle décide de l'invalider derrière sans possibilité de s'adresser au

parlement fédéral, il y aura un vrai déni démocratique et elle pense que c'est au parlement fédéral de dire le droit fédéral et ce n'est pas à la Cour constitutionnelle de le faire. Elle estime qu'au cours des travaux de la commission, la réponse qui a été donnée de dire que ça ne limite pas les voies de recours était une mauvaise information et elle revient vers la commission avec ces nouveaux éléments pour voir si ça change son avis.

La même députée (Ve) demande s'il y a un gap après ce qu'il s'est passé à la suite de la votation populaire et ce qu'aurait pu approuver l'Assemblée fédérale.

M^{me} Zuber-Roy note que le texte sur la laïcité est une loi et l'Assemblée fédérale ne se prononce pas sur une loi. L'Assemblée fédérale ne se prononce que sur des modifications constitutionnelles. Dans l'ordre juridique, il y a la constitution au sommet, puis les lois adoptées par le parlement et enfin les règlements adoptés par le Conseil d'Etat. La loi sur la laïcité se trouve au niveau de la loi et M^{me} Zuber-Roy propose, avec son projet de loi, de viser le niveau de la constitution. Si les lois sont adoptées à Genève et que'on n'est pas invalidé par la Cour constitutionnelle, il y a une possibilité de recours au Tribunal fédéral. Si l'interdiction du port de signes religieux n'avait pas été invalidée par la Cour constitutionnelle et comme il y a une autre disposition sur les fonctionnaires, il y a eu un recours au Tribunal fédéral qui n'a pas encore été tranché. Donc ce qui n'est pas invalidé au niveau cantonal peut monter au niveau fédéral et ce qui est invalidé au niveau cantonal ne peut pas monter donc le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé. Ce projet de loi ne changerait pas cette situation. Le Tribunal fédéral considère qu'une loi invalidée par une Cour constitutionnelle n'existe pas alors qu'il considère qu'une condamnation pénale invalidée existe.

Un député (MCG) relève qu'il est indiqué à l'article 66, alinéa 2 qu'" en cas de recours contre une loi ou un règlement du Conseil d'Etat, le recours n'a pas effet suspensif ". Il demande si c'est normal et si on ne retire pas une prérogative au niveau du tribunal.

M^{me} Zuber-Roy précise que la modification porte sur l'article 130B, alinéa 1, lettre a. Pour toutes les autres modifications, la seule chose est qu'elle a fait est de retirer les « lois constitutionnelles ». La modification à la LPA vise uniquement à enlever les termes « lois constitutionnelles ».

Le même député (MCG) demande s'il ne serait pas judicieux également de préciser que le recours n'a pas effet suspensif et de laisser le choix au tribunal de se déterminer sur cette question.

M^{me} Zuber-Roy note qu'un recours a en principe un effet suspensif. Elle pense qu'il ne faut pas changer cela. Par contre, il serait pertinent que la Cour

constitutionnelle se prononce avant le peuple. Le peuple est souverain et il doit avoir le dernier mot. Au niveau cantonal, il ne faudrait pas qu'une Cour puisse passer derrière le peuple.

Un député (PLR) comprend que les modifications des lois constitutionnelles relèvent de la compétence du peuple.

M^{me} Zuber-Roy indique que cela peut être par exemple une initiative populaire ou une loi constitutionnelle voté par le parlement avec référendum obligatoire. Toute modification cantonale doit être votée par le peuple.

Le même député (PLR) comprend qu'il n'y a qu'un parlement qui peut bloquer une loi populaire alors qu'aujourd'hui, on instaure la possibilité à quelques magistrats de bloquer la volonté populaire.

M^{me} Zuber-Roy répond par l'affirmative.

Un député (S) trouve effectivement que l'on devrait se prononcer avant que la loi passe devant le peuple.

M^{me} Zuber-Roy précise que c'est un autre sujet.

Une députée (Ve) n'est pas contre l'idée d'avoir un contrôle des lois constitutionnelles avant que le peuple ne se prononce, mais si ce contrôle a lieu et que ce qui est problématique est annulé avant et qu'après le peuple se prononce, il n'y a pas d'obstruction par rapport à un contrôle par l'Assemblée fédérale a posteriori.

M^{me} Zuber-Roy rappelle que la base de la Cour constitutionnelle se trouve dans la constitution. Le parlement genevois pourrait vouloir supprimer la Cour constitutionnelle et la Cour constitutionnelle pourrait dire que ce n'est pas conforme au droit fédéral. La Cour constitutionnelle est là pour assurer le respect de la constitution et on dit que la Cour constitutionnelle peut elle-même définir ce qui est dans la constitution. Un tribunal peut dire qu'une initiative est non conforme, mais on peut aller au Tribunal fédéral. Ce ne sont pas les Genevois qui doivent définir ce qu'est le droit fédéral surtout quand on parle de la charte fédérale.

Cette même députée (Ve) souligne que M^{me} Zuber-Roy n'a pas répondu à la solution proposée qui est d'avoir un contrôle d'une votation avant le peuple ce qui fait que le jour où il y aurait une annulation, cela se ferait avant le vote et cela passerait devant l'Assemblée fédérale. Ainsi, la problématique exposée par M^{me} Zuber-Roy serait résolue.

M^{me} Zuber-Roy souligne que le peuple ne pourrait par exemple même pas se prononcer sur la suppression de la Cour constitutionnelle. Le parlement pourrait dire qu'il veut supprimer la Cour constitutionnelle et, avant que le

peuple ne se prononce, la Cour constitutionnelle pourrait dire que ce n'est pas conforme et qu'il n'y a plus de discussion.

M^{me} Zuber-Roy estime qu'il n'y a pas toujours une vérité juste et absolue. Il faut des jurisprudences et elle peut évoluer avec le temps. Sur le port de signes religieux dans les parlements par exemple, c'est loin d'être aussi évident que cela. On n'a pas pris la possibilité d'aller au Tribunal fédéral. C'est un choix qu'elle regrette et elle n'aimerait pas que cela se produise pour des objets qui sont importants au point de vouloir les inscrire dans la constitution. Si le parlement adopte une telle disposition et que la Cour se prononce avant le peuple, en estimant qu'elle n'est pas conforme, le peuple ne pourra alors pas se prononcer. Elle ne comprend pas que l'on imagine une instance qui a tous les pouvoirs et un dernier mot alors que sur tous les autres domaines, il y a toujours des voies de recours au niveau fédéral. Elle pense qu'on doit avoir l'avis du niveau fédéral pour dire si le droit fédéral est respecté ou pas. En ce qui concerne la récolte des signatures au niveau fédéral, c'est en conformité avec la Constitution fédérale et il y a eu très peu d'invalidations de textes fédéraux. Des textes ont même été adoptés alors que l'on sait très bien qu'il y a des problèmes au niveau des droits fondamentaux, car le Tribunal fédéral fait preuve de réserve puisqu'il se situe au niveau de l'organe qui fait la modification.

La même députée (Ve) comprend que M^{me} Zuber-Roy ne reproche pas tant la fonction de la Cour constitutionnelle, mais le fait qu'elle prenne une liberté sur certaines choses.

M^{me} Zuber-Roy constate que pour la constitution cantonale, au lieu d'avoir la chance d'avoir l'analyse du Parlement fédéral, qui a la légitimité démocratique et qui dispose de la vision fédérale pour l'application du droit fédéral, on se limite à dire qu'une Cour du bout du lac se prononce pour savoir si le texte est conforme au droit fédéral. On s'arrête là sans aucune voie de recours. Elle ne reproche pas à la Cour de faire ce que le parlement lui a demandé de faire, mais elle pense que le parlement cantonal n'aurait pas dû lui demander de faire cela concernant les lois constitutionnelles.

M. Grosdemange demande si ce que M^{me} Zuber-Roy préconise est un examen politique au lieu d'un examen judiciaire. L'examen de la Cour constitutionnelle est judiciaire. Autrement dit, elle substitue au contrôle judiciaire de professionnels du droit un examen politique. Il demande si sa compréhension est exacte.

M^{me} Zuber-Roy répond par l'affirmative. Elle propose que l'on fasse ce qui est prévu par la Constitution fédérale qui s'applique aux 25 autres cantons. Le Conseil fédéral donne un avis à l'Assemblée fédérale et quand les décisions

sont prises, on est loin d'avoir un texte de miliciens qui ne connaissent rien au droit.

M. Grosdemange relève que M^{me} Zuber-Roy a exclu la modification du droit fédéral pour que le Tribunal fédéral puisse connaître les recours. Elle a décrété que le Tribunal fédéral ne connaît pas les recours contre les arrêts de la Chambre constitutionnelle. Si l'on donnait cette possibilité au Tribunal fédéral, il demande si ça ne résoudrait pas la question que pose M^{me} Zuber-Roy.

M^{me} Zuber-Roy rappelle qu'elle est élue au parlement cantonal et elle ne peut pas proposer de modification du droit fédéral. Elle fait avec les moyens dont elle dispose. La possibilité évoquée par son préopinant résoudrait la question posée pour les lois cantonales mais cela ne résoudrait pas le problème posé pour les lois constitutionnelles parce que pour ces lois, il n'y a pas de recours au Tribunal fédéral. En effet, le Tribunal fédéral estime que la Constitution fédérale considère que c'est le Parlement fédéral qui doit effectuer ce contrôle.

M. Grosdemange précise que si l'on ouvre la voie au Tribunal fédéral contre un arrêt de la Cour constitutionnelle cantonale, cela peut se discuter.

M^{me} Zuber-Roy demande s'il aurait le soutien de tous les conseillers nationaux et des conseillers aux Etats pour voter cette modification.

M. Grosdemange se demandait simplement si la voie du recours au Tribunal fédéral contre les arrêts constitutionnels pouvait être une réponse satisfaisante. La Cour européenne des droits de l'homme a le dernier mot. C'est une instance judiciaire qui se prononce sur les principes fondamentaux de notre ordre juridique.

M^{me} Zuber-Roy ne se prononce pas sur les modifications constitutionnelles par exemple et ses jugements ne sont pas immédiatement applicables.

M. Grosdemange précise que certains jugements sont d'application directe. Finalement, la loi constitutionnelle n'est qu'un mot. Une loi cantonale est votée, il y a un référendum et le peuple se prononce par rapport à une loi constitutionnelle. Il demande ce qui change au niveau de la démocratie. C'est juste que l'un a été catalogué dans le droit constitutionnel et l'autre, dans les lois. Pour les lois normales qui ont été portées devant le peuple et pour la légitimité démocratique, on institue une différence dans ces cas-là qui n'est fondée que sur la classification.

M^{me} Zuber-Roy considère qu'il y a une différence fondamentale entre les lois constitutionnelles et les lois cantonales. La constitution est l'acte fondateur et elle bénéficie de la garantie fédérale qui est reconnue au niveau des autres cantons, ce qui n'est pas du tout le cas des autres lois cantonales. Dans le cadre

des recours au Tribunal fédéral, on ne peut le faire qu'à propos de droits constitutionnels et on ne peut pas invoquer le droit cantonal.

M. Grosdemange explique que s'il avait envie de donner à la mendicité une connotation constitutionnelle, il faudrait qu'il fasse le nécessaire pour que cela passe dans la constitution, ainsi la Cour constitutionnelle genevoise ne pourrait rien dire.

M^{me} Zuber-Roy note que si le peuple décide d'inscrire cela dans la constitution, l'Assemblée fédérale devra se prononcer et devra dire si c'est conforme ou non au droit fédéral. Elle a toute confiance en l'Assemblée fédérale qui effectue ce travail. Et c'est aussi le cas dans tous les autres cantons.

M. Grosdemange précise que si le peuple cantonal inscrit la punissabilité de la mendicité dans sa constitution et que c'est porté au niveau de l'Assemblée fédérale pour obtenir la garantie fédérale, comme c'est l'organe politique qui tranche, si la majorité de l'Assemblée fédérale dit qu'elle ne veut pas de punissabilité de la mendicité, elle ne donnerait pas la garantie et cette disposition votée par le peuple genevois serait donc annulée.

M^{me} Zuber-Roy demande s'il pense que l'Assemblée fédérale voterait l'ensemble des textes de toutes les constitutions cantonales sur le fond. Il sous-entend que l'Assemblée fédérale n'effectue pas un vrai contrôle juridique, mais qu'elle fait un contrôle politique.

M. Grosdemange demandait simplement si ce genre de contradiction pourrait se poser.

M^{me} Zuber-Roy répond par la négative. Si une cour cantonale devait dire que l'interdiction de la mendicité est légale dans le cadre de la constitution, le parlement fédéral pourrait dire qu'il est contre et invalider cette décision, selon les propos de M. Grosdemange. Or, cette situation pourrait déjà se produire maintenant, mais cela fait plus de 150 ans qu'il y a cette garantie fédérale et l'Assemblée fédérale ne s'est jamais amusée à cela.

Le président remercie M^{me} Zuber-Roy pour son audition.

M^{me} Zuber-Roy précise rester au sein de la commission dans la mesure où elle remplace M. Alder jusqu'à 20h00.

Un député (PLR) pense qu'il faut auditionner les professeurs Hottelier et Tanquerel.

Une députée (PLR) signale que M^{me} Arun Bolkensteyn a rédigé une thèse sur les cours constitutionnelles en partenariat entre l'UNIGE et l'UNIL. Elle suggère son audition.

Une députée (Ve) propose d'auditionner dans un premier temps les professeurs Hottelier et Tanquerel, puis de décider de l'audition de M^{me} Arun Bolkensteyn dans un second temps.

Le président confirme l'audition des professeurs Hottelier et Tanquerel et prend note de la suggestion d'audition de sa collègue (PLR).

Séance du jeudi 1^{er} décembre 2022

Audition de M^{me} Arun Bolkensteyn, docteure en droit

M^{me} Bolkensteyn a prévu une brève présentation en introduction, puis répond volontiers aux éventuelles questions. Elle se présente en déclinant son identité et en présentant son parcours : elle est docteure en droit et a rédigé une thèse sur « Le contrôle des normes, spécialement par les cours constitutionnelles cantonales », publiée en 2014. Au niveau professionnel, elle a été assistante au département de droit public à l'Université de Droit (UNIGE), principalement pour le professeur Tanquerel, ainsi que greffière-juriste au Tribunal administratif fédéral à Saint-Gall pendant 5 ans. Actuellement, elle termine son stage dans une Etude d'avocats en vue de passer l'examen final du brevet d'avocat. Elle précise être conseillère communale à Bussigny Villars-Ste-Croix, et vice-présidente du Conseil communal.

M^{me} Bolkensteyn commence ensuite sa présentation en rappelant que les cantons ne sont pas tenus d'instaurer une Cour constitutionnelle, comme cela est le cas à Genève ; ce choix avait été fait par l'Assemblée constituante, l'une des nouveautés de la constitution de la République et canton de Genève (Cst-GE) du 14 octobre 2012. Hormis Genève, quelques autres cantons ont instauré une Cour constitutionnelle, notamment le canton de Nidwald qui avait été pionnier en la matière, le canton du Jura qui avait suivi peu après, et, plus récemment, les cantons de Vaud et des Grisons. D'autres cantons connaissent un contrôle abstrait, mais limité à certaines normes, par exemple pour les normes communales.

M^{me} Bolkensteyn précise que ce projet de loi soulève des questions d'ordre technique : dans le cadre du contrôle abstrait, un objet de recours est la norme elle-même, la loi est donc directement attaquée, sans devoir attendre une décision d'application, comme c'est le cas dans le cadre du contrôle concret. Elle en profite pour rappeler que l'Assemblée fédérale doit accorder sa garantie à toute modification d'une constitution cantonale. Autrement dit, les lois constitutionnelles font d'office l'objet d'un contrôle abstrait effectué par l'Assemblée fédérale. Concernant les autres normes cantonales, par exemple les lois cantonales ordinaires, elles peuvent faire l'objet d'un contrôle abstrait par le Tribunal fédéral mais uniquement sur recours. Plus spécifiquement sur

la question du contrôle abstrait des lois constitutionnelles, elle souligne qu'actuellement le canton de Genève est le seul qui a prévu un contrôle abstrait qui s'étend aux lois constitutionnelles. A ce jour, il n'y a pas eu, à sa connaissance, de cas d'application où un tel contrôle abstrait a été sollicité. Dans le canton de Nidwald, il existe également un contrôle abstrait des lois constitutionnelles, mais la différence avec Genève réside dans le fait que, à Nidwald, il n'y a pas de base légale expresse ; cela découle de la jurisprudence d'un arrêt rendu par la Cour constitutionnelle nidwaldienne au début des années 1990. Elle souligne aussi que, dans le cadre des travaux de l'Assemblée constituante, cette question a été longuement débattue mais il n'avait jamais été envisagé que le contrôle abstrait des normes par la Cour constitutionnelle s'étende aux normes constitutionnelles. Elle précise que l'Assemblée constituante voulait plutôt instaurer un contrôle de la constitutionnalité des autres normes cantonales afin de garantir la validité de la nouvelle constitution cantonale.

M^{me} Bolkensteyn, dans le cadre de sa thèse de doctorat, a eu l'occasion de relever qu'il existait, d'une part, déjà un contrôle abstrait qui était effectué par l'Assemblée fédérale et que, d'autre part, le contrôle abstrait des lois constitutionnelles ne pose, par définition, pas de question de conformité par rapport au droit cantonal mais par rapport au droit supérieur (fédéral ou international). En ce sens, elle est parvenue à la conclusion qu'il n'était pas envisageable de se plaindre d'un contrôle abstrait des normes constitutionnelles au niveau cantonal. Si un canton décide d'instaurer un tel contrôle d'une loi constitutionnelle, cela devrait être également prévu dans la constitution. Il faudrait idéalement une base constitutionnelle ou, à tout le moins, que la question soit débattue par l'Assemblée constituante (s'il y en a une). Elle note que d'autres auteurs de doctrine se sont montrés critiques sur le contrôle abstrait des lois constitutionnelles au niveau cantonal et rappelle que la position des professeurs Hottelier et Tanquerel est mentionnée dans l'exposé des motifs. Elle ajoute une thèse similaire à la sienne, parue en allemand en 2019, qui se montre sceptique sur le principe du contrôle abstrait des lois constitutionnelles. En conclusion, le *statu quo* n'est pas forcément satisfaisant selon elle ; idéalement, d'un point de vue juridique, elle estime que si on veut maintenir un contrôle abstrait des lois constitutionnelles, il faudrait créer une base constitutionnelle expresse (elle rappelle que cette option n'avait pas été envisagée par l'Assemblée constituante). Selon elle, il n'existe pas vraiment de plus-value à ce contrôle abstrait des lois constitutionnelles au niveau cantonal et qu'il est également possible d'aller dans le sens de ce projet de loi, en renonçant à ce contrôle abstrait au niveau de la Cour constitutionnelle.

Le président remercie l'auditionnée pour sa présentation. Il tente de résumer les propos de M^{me} Bolkensteyn, à savoir qu'il ne serait, à son sens, pas opportun d'avoir un contrôle abstrait, par la Cour constitutionnelle, d'une loi constitutionnelle cantonale.

M^{me} Bolkensteyn acquiesce, car il existe déjà une procédure de garantie qui se fait par l'Assemblée fédérale et que la constitution cantonale est la norme suprême dans l'ordre juridique cantonal.

Le président demande si, selon elle, c'est la seule raison pour laquelle les autres cantons suisses, qui ont une Cour constitutionnelle, ne connaissent pas le contrôle abstrait des lois constitutionnelles, ou s'il en existe d'autres.

M^{me} Bolkensteyn précise que, dans le cas nidwaldien, cela n'avait pas été envisagé dans le cadre des travaux qui ont conduit à la révision totale de la constitution nidwaldienne ; il s'agissait davantage d'une décision jurisprudentielle, où la Cour constitutionnelle nidwaldienne s'était déclarée compétente pour effectuer ce contrôle abstrait. Dans les autres cantons – en particulier les cantons de Vaud et des Grisons – cette question n'a pas non plus été abordée dans le cadre de l'Assemblée constituante (il ne s'agissait pas d'un cas de figure forcément envisagé).

Le président demande comment cette idée du contrôle abstrait des lois constitutionnelles a été abordée, compte tenu du fait que l'idée n'émane pas des constituants eux-mêmes. Autrement dit, il souhaiterait connaître les circonstances dans lesquelles cet objet a été voté, sans véritablement avoir été discuté.

M^{me} Bolkensteyn croit que cela avait été prévu tel quel dans le projet de loi qui avait été déposé par le Conseil d'Etat.

Le président souhaiterait avoir davantage de détails sur comment le vote a eu lieu et quelles ont été, le cas échéant, les discussions.

M^{me} Bolkensteyn précise qu'il y a eu un débat général aussi par rapport à la question des normes communales afin de savoir si ces normes sont comprises comme étant des normes soumises au contrôle abstrait de la Cour constitutionnelle, ce qui avait été exclu. Elle ajoute un certain nombre de débats qui ont eu lieu au sein de la commission judiciaire et de la police, qui s'était davantage focalisée sur la question des normes communales car plusieurs amendements traitent de ce sujet.

Le président comprend que cela n'avait pas vraiment été discuté (mais rejeté par l'Assemblée constituante et très peu abordé par cette commission).

M^{me} Bolkensteyn précise que cela n'avait pas été rejeté par l'Assemblée constituante, mais pas été envisagé. Elle rappelle l'audition conjointe des

professeurs Hottelier et Tanquerel dans le cadre de ces travaux, qui s'étaient montrés critiques. En revanche, elle ne se souvient pas d'un réel combat au niveau politique.

Le président comprend que les professeurs Hottelier et Tanquerel ont la même position que M^{me} Bolkensteyn, à savoir que l'acte de référence du contrôle ne doit pas être lui-même soumis à un contrôle abstrait.

M^{me} Bolkensteyn acquiesce, ou alors il faudrait le prévoir explicitement.

Le président propose un raisonnement en se faisant « l'avocat du diable ». En Suisse, on prévoit généralement un double degré de juridiction ; avoir le contrôle de la Chambre constitutionnelle au niveau cantonal assure ce double degré de juridiction.

M^{me} Bolkensteyn fait l'hypothèse que la Chambre constitutionnelle annule une loi constitutionnelle et rappelle que, dans ce cas, il n'existe plus d'objet de recours, la décision ne fait donc pas l'objet d'un double contrôle assuré par le double degré de juridiction.

Le président note que le double degré de juridiction n'interviendrait que si le recours est rejeté en première instance par la Chambre constitutionnelle, ce qui ouvre le recours à l'Assemblée fédérale.

M^{me} Bolkensteyn explique que, si la Chambre constitutionnelle rejette un recours dirigé contre une loi constitutionnelle, cela implique d'office un deuxième contrôle par l'Assemblée fédérale.

Le président constate que ce double degré de juridiction n'existe pas si la loi constitutionnelle est cassée par la Chambre constitutionnelle.

M^{me} Bolkensteyn confirme qu'il s'agit de la jurisprudence du Tribunal fédéral par rapport aux lois cantonales. A sa connaissance, un tel cas ne s'est pas encore posé de manière concrète devant l'Assemblée fédérale. Néanmoins, si la Chambre constitutionnelle annule une loi constitutionnelle, elle voit mal l'Assemblée fédérale s'écarter de cette jurisprudence du Tribunal fédéral.

Le président demande ce qu'il faudrait faire pour assurer ce double degré de juridiction, même en cas d'admission du recours par la Chambre constitutionnelle. Il demande si un changement de la législation cantonale pourrait remédier à ce problème, ou si c'est un problème fédéral.

M^{me} Bolkensteyn répond que ce problème se situe au niveau fédéral car dépend d'une jurisprudence du Tribunal fédéral. Elle voit difficilement comment le modifier au niveau cantonal pour forcer ce double degré de juridiction.

Le président signale que cette loi parle du « contrôle abstrait » et souhaite s'assurer que le « contrôle concret » est toujours possible à tous les niveaux,

ce que M^{me} Bolkensteyn confirme. Le président s'assure qu'il n'y a pas d'autre question, la remercie de sa venue et la libère.

Discussion interne

Un député (S) trouve le sujet particulièrement complexe et se tourne vers le président, qui semble avoir compris clairement l'audition, afin qu'il en propose un résumé.

Le président explique, qu'actuellement, dans le cadre d'un recours abstrait, lorsqu'une loi constitutionnelle est votée, celle-ci peut être contestée devant la Chambre constitutionnelle, pratique unique en Suisse. Si le recours est rejeté, il y a un contrôle abstrait qui peut se faire devant l'Assemblée fédérale. En revanche, si le recours est admis et que la loi constitutionnelle est cassée, le recours à l'Assemblée fédérale est fermé. Il n'est pas possible, au niveau cantonal, de changer cet état de fait, car il touche également le droit fédéral. Ce que dit l'auteur du projet de loi, et ce que confirme M^{me} Bolkensteyn, est que ce contrôle abstrait est problématique car on ne contrôle pas ce qui est l'objet du contrôle. Autrement dit, l'acte de référence du contrôle est la constitution, qui n'est en principe pas l'objet du contrôle. Ce projet de loi vise à ce qu'il n'y ait plus de contrôle abstrait sur le plan genevois d'une loi constitutionnelle.

Un député (PLR) précise ne pas être spécialiste de cette matière, mais a eu une lecture un peu différente. Sauf erreur de sa part, le contrôle de la loi constitutionnelle n'est pas l'objet d'un recours ; il s'agit d'un contrôle qui est fait à chaque vote d'une loi constitutionnelle par le Grand Conseil. En revanche, la Chambre constitutionnelle, instaurée par la constituante, si elle casse une loi constitutionnelle, celle-ci n'est pas soumise au contrôle de l'Assemblée fédérale, car elle a été cassée au niveau cantonal. A l'inverse, si cette loi constitutionnelle est validée par la Chambre constitutionnelle, celle-ci doit faire l'objet d'un contrôle automatique auprès de l'Assemblée fédérale. La question était de savoir si la Cour constitutionnelle ne doit pas rester à son travail d'origine, à savoir de contrôler si les lois sont conformes à la constitution cantonale. Il se permet de prendre des précautions concernant la validité de ses propos.

Le même député (PLR) précise avoir eu une discussion en relation avec cette problématique dans le cadre des travaux sur l'IN 184 « Pour un congé parental maintenant ! » au sein de la commission des affaires sociales.

Le président croit que le contrôle est sur recours, ce qui figure à l'article 130B de la LOJ. Il précise que l'audition conjointe des professeurs

Tanquerel et Hottelier est prévue la semaine suivante, et qu'ils pourront apporter certains éclaircissements.

Un député demande si, lorsqu'ils ont voté la constitution genevoise, celle-ci a été soumise à la Confédération qui a accordé sa garantie, ce que le président confirme.

Un député (PLR) cite l'article 130B de la LOJ, indiquant que «¹ la chambre constitutionnelle connaît des recours : a) contre les lois constitutionnelles, les lois et les règlements du Conseil d'Etat ; b) en matière de votations et d'élections ; c) en matière de validité des initiatives populaires.² Elle connaît en outre en instance cantonale unique des actions portant sur un conflit de compétence entre autorités. Les dispositions de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985, en matière de recours s'appliquent par analogie à ces actions ». Il ne lui semble pas que ce soit cette disposition légale qui statue sur le fait que le contrôle de l'autorité fédérale par l'Assemblée fédérale est automatique ou sur recours.

Le président croit que la Chambre constitutionnelle ne vérifie pas systématiquement la conformité des lois constitutionnelles.

Le même député (PLR) relève une incompréhension entre le président et lui. Il lui semblait qu'il existait un contrôle automatique au niveau de l'Assemblée fédérale.

Le président n'est pas en mesure de lui répondre.

Ce même député (PLR) pense que, chaque fois qu'il existe une modification de la constitution, l'Assemblée fédérale doit vérifier si celle-ci est compatible avec le droit fédéral. Autrement dit, ce contrôle se fait systématiquement par l'Assemblée fédérale, sauf à Genève où, s'il y a un recours contre la loi constitutionnelle auprès de la Chambre constitutionnelle et que cette dernière casse la loi (auquel cas la modification n'a pas lieu et, dès lors, la loi n'a pas besoin d'être contrôlée par l'Assemblée fédérale). S'il comprend correctement, ce projet de loi propose que, dans tous les cas, ce contrôle abstrait soit effectué par l'Assemblée fédérale (de façon automatique).

Un député (MCG) tient à relever un contresens dans le titre. Il précise que la notion de « fédéralisme », en Suisse, implique de donner davantage de pouvoir aux cantons. Il semble que ce projet de loi propose l'inverse, à savoir renforcer le pouvoir de la Confédération.

Un député (S) rappelle qu'il existe une différence entre la « fédération » et la « Confédération ».

Le même député (MCG) signale que les milieux fédéralistes, en Suisse, défendent davantage de pouvoir pour les cantons.

Le même député (S) précise que le fédéralisme, à l'époque, tendait à donner le pouvoir à la Confédération, alors que la nouvelle Confédération tend à attribuer davantage de pouvoir aux cantons. Il pense, qu'aujourd'hui, la Suisse est plus une « Confédération ».

Séance du jeudi 8 décembre 2022

Audition de MM. Thierry Tanquerel, professeur honoraire UNIGE, et Michel Hottelier, professeur UNIGE

M. Tanquerel entreprend la présentation en abordant les points pertinents que présente ce projet de loi et signale que M. Hottelier poursuivra la présentation en soulevant quelques points qui auraient mérité d'y figurer. Il indique que le contenu du projet de loi correspond à ce que les professeurs ont préconisé dans un article conjoint publié en 2014, à la Semaine Judiciaire, avis qui a été confirmé dans une publication de 2020 et qui n'a pas évolué (raison pour laquelle ils sont tous deux cités dans l'exposé des motifs de ce projet de loi).

Il rappelle que « la Cour constitutionnelle : a) contrôle sur requête la conformité des normes cantonales au droit supérieur ; la loi définit la qualité pour agir ». Il précise que cet article ne parle pas de « normes constitutionnelles » mais de « normes cantonales ». Selon lui, l'interprétation historique pointe clairement vers une interprétation excluant, ou ne permettant pas de penser, que par « normes cantonales » le constituant cantonal visait également la constitution cantonale. A leur avis, cela concerne toutes les normes inférieures à celle-ci adoptées dans le canton de Genève. Autrement dit, la formulation « normes cantonales » utilisée à l'art. 124, let. a Cst-GE doit être interprétée dans le même sens que les « actes normatifs cantonaux » inscrits à l'article 82, lettre b de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF). Il déclare que cet argument plaide pour enlever de la LOJ la possibilité d'attaquer, devant la Cour constitutionnelle, des dispositions constitutionnelles genevoises. Cela plaide aussi pour les rajouter un certain nombre d'éléments qui devraient s'y trouver. Si certaines sont claires et découlent de la jurisprudence du Tribunal fédéral, d'autres sont plutôt dans l'esprit de la Constitution. Le second point qu'il souhaite soulever est la non-conformité avec l'esprit de l'article 51, alinéa 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, stipulant que « les constitutions cantonales doivent être garanties par la Confédération. Cette garantie est accordée si elles ne sont pas contraires au droit fédéral ». En vertu de cette disposition, l'Assemblée fédérale est compétente pour apprécier la conformité au droit supérieur d'une disposition de la norme cantonale suprême. En lisant à la lettre cette disposition, il est possible d'admettre que les cantons

puissent essayer de s'y soustraire, mais ce n'est pas très « confédéral » dans l'esprit. En ce sens, le titre du projet de loi lui paraît tout à fait bienvenu et correspond à l'argument développé.

M. Tanquerel soulève le troisième point, à savoir un conflit plus spécifique avec la procédure de garantie fédérale, argument qui se trouve un peu réduit dans l'exposé des motifs de ce projet de loi. Compte tenu de l'existence de la garantie fédérale, le Tribunal fédéral refuse d'entrer en matière sur des recours concernant des dispositions constitutionnelles cantonales, partant du principe que le rôle de l'Assemblée fédérale n'est pas celui du Tribunal fédéral. Il en résulte que, contrairement à ce qui est indiqué dans l'exposé des motifs, quel que soit le jugement rendu par la Cour constitutionnelle sur un recours concernant une disposition constitutionnelle cantonale – qu'elle rejette le recours ou qu'elle confirme –, dans les deux cas le Tribunal fédéral refusera d'entrer en matière ; or, l'exposé des motifs semble dire que c'est uniquement en cas de rejet du recours. Il précise que ce que dit l'exposé des motifs est correct pour les lois cantonales et pour les autres actes normatifs cantonaux : si la Cour constitutionnelle confirme, un recours est encore possible au Tribunal fédéral, si elle annule, le Tribunal fédéral considère qu'il n'y a plus d'acte cantonal, il n'y aura donc plus d'objet de recours. En revanche, pour la constitution, la situation est différente car le Tribunal fédéral, par principe, refuse d'entrer en matière sur des recours contre des dispositions constitutionnelles cantonales. Selon lui, cela peut conduire à des situations incongrues, par exemple, si la Cour constitutionnelle met du temps à statuer et que la garantie est demandée entre-temps, et octroyée, il voit mal la Cour constitutionnelle statuer dans le sens contraire. Si elle valide une disposition qui n'a pas obtenue la garantie, son arrêt n'aura aucun effet – la doctrine est unanime à penser que la disposition constitutionnelle cantonale est nulle, il est donc très peu probable que la Cour constitutionnelle la déclare valable. Si elle annule un article ayant obtenu la garantie, elle défie tout de même l'Assemblée fédérale ; probablement, dans un recours ultérieur, cette décision pourrait être contestée par voie de recours, dans un contrôle concret, en argumentant que l'annulation de la Cour constitutionnelle n'aurait aucun effet car la disposition a été garantie. Il est possible d'imaginer que l'Assemblée fédérale attendra l'issue d'une procédure devant la Cour constitutionnelle ; si la Cour constitutionnelle annule la disposition, il n'y aura plus de demande de garantie. Si elle confirme, il existe toujours le risque que l'Assemblée fédérale n'accorde pas la garantie alors que la Cour constitutionnelle aurait jugé la disposition valable.

M. Tanquerel ne voit pas en quoi l'Assemblée fédérale se sentirait liée par une décision de la Cour constitutionnelle, mais il constate que cela pose problème, car le canton s'exposerait à avoir une décision, par hypothèse, entrée

en force de sa plus haute instance judiciaire qui serait écartée par l'Assemblée fédérale. Du point de vue de la logique juridique, cet argument est recevable, mais du point de vue de l'esprit du fonctionnement des institutions, il trouverait mieux d'éviter ce type de situation. Selon lui, l'argumentation en faveur du PL aurait mérité d'être un peu plus large que l'angle limité utilisé ici. En outre, il relève un élément de l'argumentaire du projet de loi qui lui paraît erroné. Il cite l'extrait suivant de l'exposé des motifs : « Ce choix serait de plus en adéquation avec la décision de la commission judiciaire de ne pas soumettre les normes communales au contrôle de la Chambre constitutionnelle au motif que ce contrôle est déjà effectué par le Conseil d'Etat (PL 11311, p. 12, et PL 11311-A, p. 5) ». Il pense que cette comparaison ne tient pas car, sur le principe, il ne serait pas envisageable de comparer la procédure constitutionnelle de garantie des constitutions fédérales en vertu de l'art. 51, al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse avec la surveillance du Conseil d'Etat sur les communes, car l'Assemblée fédérale n'exerce pas de surveillance des cantons ; il s'agit uniquement d'une compétence constitutionnelle donnée par la Constitution fédérale. Dans la pratique, la procédure de garantie des constitutions cantonales par l'Assemblée fédérale exclut le recours au Tribunal fédéral. A Genève, la surveillance exercée par le Conseil d'Etat n'exclut en rien le recours à la Chambre administrative de la Cour de justice. Il ajoute que le fait de ne pas soumettre au contrôle de la Cour constitutionnelle des normes communales complique encore la procédure car l'administré qui devrait recourir contre une norme communale doit le faire au Tribunal fédéral. En revanche, si le Conseil d'Etat annule le règlement, la commune doit recourir à la Chambre administrative de la Cour de justice. En d'autres termes, il existe deux procédures parallèles : une procédure initiée par un administré auprès du Tribunal fédéral et une autre procédure initiée, le cas échéant, par la commune auprès de la Chambre administrative de la Cour de justice, dont la décision pourra elle-même être attaquée devant le Tribunal fédéral. En résumé, les auditionnés approuvent le contenu du projet de loi, sans pour autant partager entièrement l'exposé des motifs. Il cède la parole à M. Hottelier pour la suite de la présentation.

M. Hottelier remercie les commissaires de leur accueil et partage son plaisir de comparaître devant cette commission en présentiel. Il déclare partager intégralement la démonstration de M. Tanquerel et le rejoint également à propos de l'intérêt de ce projet de loi, qu'il estime excellent. Il tient à relever deux points principaux. Sur le premier point, le but de ce projet de loi est d'éviter un conflit positif de compétence entre deux types d'organes qui pourraient exercer la même fonction. L'idée est d'éviter d'entrer en collision avec le travail de garantie qu'exerce automatiquement l'Assemblée fédérale. Il

précise également ne pas avoir changé d'avis depuis leur audition au mois de janvier 2014 et ajoute qu'il n'y a pas eu d'évolution, ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence, à propos de la problématique du contrôle par l'Assemblée fédérale des normes constitutionnelles cantonales. Au contraire, cette jurisprudence a été confirmée et il évoque, à ce titre, un arrêt du TF (ATF 143 I 403 – TF, 21.07.2017) sur l'introduction du salaire minimum dans le canton de Neuchâtel qui rappelle que le Tribunal fédéral n'examine pas la conformité au droit fédéral des dispositions constitutionnelles cantonales en raison de la procédure de garantie qui incombe à l'Assemblée fédérale. Selon lui, ce projet de loi est opportun et s'inscrit dans la ligne de la jurisprudence. Il rappelle que ce projet de loi propose la modification de l'art. 130B, al. 1, let. a de la LOJ ainsi que cinq autres dispositions de la loi sur la procédure administrative (LPA) et, de ce point de vue formel, ce projet est complet et correct. Il se permet de relever une petite imprécision dans l'exposé des motifs (cf. p. 3, § 3), à savoir qu'il est fait référence au PL 11511, or il s'agit du PL 11311 ; il faudra penser à rectifier cet élément. Il en vient au deuxième point, qui rejoint la conclusion de M. Tanquerel, concernant le champ opératoire de l'art. 130B, al. 1, let. a. Il évoque cette conclusion, à savoir qu'en soustrayant la compétence de la Chambre constitutionnelle, le projet veut confirmer le contrôle limité qu'exerce la Chambre constitutionnelle uniquement aux actes normatifs cantonaux, aux actes normatifs des lois du Grand Conseil et des lois du Conseil d'Etat. Selon lui, cette restriction contrevient à l'art. 124, lettre a de la Cst-GE qui parle de façon globale de « normes » cantonales ».

M. Hottelier rappelle que la norme constitutionnelle englobe l'ensemble des actes normatifs adoptés dans le canton de Genève ; il précise que c'est une norme adoptée par la constituante en s'inspirant du système cantonal vaudois, à savoir l'article 136 de la Constitution du canton de Vaud, qui ménage un contrôle large, qui porte aussi sur les actes normatifs des communes (« 1 La Cour constitutionnelle est une section du Tribunal cantonal. 2 Elle : a. contrôle, sur requête déposée dans les vingt jours dès leur publication, la conformité des normes cantonales au droit supérieur ; la loi définit la qualité pour agir ; b. juge, sur recours et en dernière instance cantonale, les litiges relatifs à l'exercice des droits politiques en matière cantonale et communale ; c. tranche les conflits de compétence entre autorités. 3 Ses décisions sont publiées »). Cela a été confirmé dans un arrêt du Tribunal fédéral publié le jour-même (2C_177/2022 du 17 novembre 2022) sur un contrôle abstrait d'un règlement communal vaudois concernant l'attribution de parcelles agricoles communales, qui a été attaqué abstraitement devant la Cour constitutionnelle vaudoise, qui l'a confirmée, et qui a ensuite fait l'objet d'un recours devant le

Tribunal fédéral, qui a confirmé l'arrêt de la Chambre cantonale. Sur ce premier point, il lui semble évident que les actes normatifs autres que les actes cantonaux stricto sensu font partie du champ opératoire de la Chambre constitutionnelle. Le deuxième argument concerne l'architecture l'art. 124, lettre a de la Cst-GE qui parle des actes normatifs cantonaux poursuit une vision large et enveloppante, conformément à la terminologie que la constituante a adopté via sa commission de rédaction ; il fait l'analogie avec la notion « d'Etat » employée dans la Constitution genevoise, qui ne parle pas seulement du canton, mais de l'ensemble des acteurs institutionnels qui exercent la puissance publique, en vertu de l'art. 2, al. 1 Cst-GE (« Les structures et l'autorité de l'Etat sont fondées sur le principe de la séparation des pouvoirs »). En ce sens, il invite à comprendre cette notion dans un sens large qui inclus, globalement, l'entier de l'activité normative exercée au niveau local, à savoir cantonal, communal mais aussi les directives et règlements qui peuvent être adoptées par les institutions de droit public. Il se réfère un arrêt du TF (ATF 2C_613/2015) concernant une directive institutionnelle du 12 février 2015 de l'Hôpital neuchâtelois relative à la prise en charge des patients refusant toute transfusion de sang et de dérivés sanguins, qui dit que « la notion d'acte normatif cantonal comprend toutes les lois et ordonnances édictées par les autorités cantonales ou communales, à savoir des règles générales et abstraites destinées à s'appliquer à un nombre indéterminé de personnes qui rentreront ultérieurement dans leur champ d'application (ATF 122 I 44 consid. 2a p. 45) ». Il évoque un autre arrêt du Tribunal fédéral prononcé le 21 novembre 2022 (ATF 1C_240/2022) concernant un recours contre l'arrêt de la Chambre constitutionnelle de la Cour de justice de la République et canton de Genève et cite le considérant 2.3 : « Le constituant genevois a ainsi entendu instituer un contrôle abstrait de l'ensemble des actes normatifs cantonaux, le législateur ayant pour sa part exclu de ce contrôle les normes communales (Hottelier/Tanquerel, La Constitution genevoise du 14 octobre 2012, SJ 2014 II 341, 380) ». Le Tribunal fédéral n'avait pas à prendre spécifiquement position sur la question débattue lors de la présente commission, mais il évoque la question du périmètre à la portée large et enveloppante prévue par l'art. 124 Cst-GE en confirmant que les actes communaux font partie du contrôle de la Cour constitutionnelle. En outre, il soulève l'intérêt du titre de ce projet de loi car, si l'un des arguments consisterait à dire qu'il ne serait pas fédéraliste de soustraire la compétence de la Chambre constitutionnelle le contrôle de normes qui ne lui appartiennent pas, en même temps il est difficile, selon lui, de justifier qu'on lui enlève toute une série de contrôles au niveau communal et au niveau des institutions publiques. Il estime que si l'on veut respecter l'esprit de ce projet de loi, il faut aussi avoir cette vision large et enveloppante en disant que les actes

communaux et les actes normatifs des institutions publiques (HUG, TPG, Hospice général, etc.) font partie du contrôle de la constitutionnalité qu'exerce la Chambre constitutionnelle. Il répète la question du conflit positif de compétence qu'il pourrait y avoir avec l'exercice de la surveillance du Conseil d'Etat pratique sur les communes.

Une députée (Ve) partage une crainte, à titre personnel, concernant ce projet de loi, à savoir que les normes constitutionnelles cantonales ne feraient, le cas échéant, plus l'objet d'un contrôle par un tribunal. Autrement dit, elle craint le fait de ne plus avoir de contrôle abstrait de ces normes de ces normes constitutionnelles cantonales par un juge, car ce contrôle ne se ferait plus que par l'Assemblée fédérale, qui risque d'effectuer un contrôle juridique stricto sensu. Si elle comprend les arguments avancés par les auditionnés, elle ne peut pas s'empêcher de craindre le fait d'ôter cette compétence à la Cour constitutionnelle, même si elle convient que cette anomalie n'aurait pas dû avoir lieu. Elle souhaiterait entendre les auditionnés à ce sujet et, idéalement, qu'ils parviennent à la rassurer à ce titre.

M. Tanquerel déclare son souci légitime et son argument parfaitement recevables. Il confirme qu'en renonçant au contrôle par la Cour constitutionnelle, il n'y aura pas de contrôle des dispositions constitutionnelles cantonales effectué par un tribunal. Néanmoins, il pense que le remède est pire que le mal et, selon lui, il a été tenté de répondre à un souci en instituant un « bricolage » cantonal qui engendre d'autres problèmes. Il pense, en suivant l'argument de l'intervenante, qu'il faudrait, dès lors, exiger que toutes les normes puissent être soumises au contrôle d'un tribunal quant à sa conformité au droit supérieur, auquel cas il faudrait changer l'art. 51, al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse et tient à rappeler qu'aucun autre canton Suisse ne prévoit une telle disposition. Il rappelle également qu'il n'existe pas non plus de contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales, ce qui est considéré comme une lacune par de nombreux juristes, même si la majorité n'était pas en faveur pour instaurer un contrôle constitutionnel des lois fédérales. S'il ne peut pas véritablement rassurer la députée, il répète qu'envisager le maintien du régime genevois comme solution à sa crainte, il pense que c'est un remède pire que le mal.

M. Hottelier informe que, deux semaines auparavant, l'Assemblée fédérale a reçu un message du Conseil fédéral concernant la garantie à la procédure de révocation des membres du Conseil d'Etat, ce qui avait été voté au mois de novembre 2021. Il a lu ce message et ne voit pas de problème constitutionnel avec cette disposition. Il ajoute que le TF accepte d'entrer en matière sur des recours concrets – qui mettent en cause des décisions d'application de la constitution d'un canton – à condition que le droit ait changé, au niveau fédéral,

depuis l'octroi de la garantie. Par exemple, c'est grâce à ce changement de jurisprudence qu'il a été possible d'introduire, au nom de l'égalité des droits entre hommes et femmes, le suffrage féminin dans le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures. Le contrôle existe, il n'est pas forcément parfait et il est possible de nourrir certains doutes à l'égard du travail effectué par l'Assemblée fédérale sur certaines questions d'ordre technique, mais globalement ce système fonctionne et il n'y a pas matière à être particulièrement inquiet avec ce genre de disposition.

M. Tanquerel informe qu'il existe un contrôle judiciaire pour les initiatives populaires constitutionnelles, car la validité de ces initiatives doit être examinée et donc contrôlée par la Cour constitutionnelle.

La même députée (Ve) demande si MM. Tanquerel et Hottelier ont des exemples où l'Assemblée fédérale n'a pas octroyée de garantie.

M. Tanquerel évoque un exemple genevois concernant une question d'éligibilité à la Cour des comptes.

M. Hottelier précise que la Cour des comptes, à l'origine, exigeait un principe de laïcité pour être éligible comme magistrat à la CdC. L'Assemblée fédérale a répondu que cette disposition n'était pas conforme par rapport à la jurisprudence du TF. Il ajoute un exemple plus ancien à propos du canton du Jura, qui encourageait les régions annexes à rejoindre le Jura. L'Assemblée fédérale a invoqué le principe de la fidélité confédérale. Il convient néanmoins qu'il existe peu d'exemples.

M. Tanquerel ajoute un exemple dans le canton de Schwytz concernant un cas de constitution cantonale les modalités d'élection proportionnelles jugées contradictoires, mais il confirme que les exemples sont rares.

Un député (PLR) a une question dans le prolongement de celle formulée par sa collègue Ve et qui a donné lieu à plusieurs discussions dans le cadre de cette commission. Il demande s'il possible d'imaginer que le pouvoir d'examen de l'Assemblée fédérale ne serait pas le même par rapport au contrôle de la Cour constitutionnelle (mailles du filet plus ou moins étroites). Il demande aux auditionnés si cette impression pourrait être fondée.

M. Tanquerel se trouve en difficulté pour répondre à cette question car il n'existe pas d'exemple de jugement de la Cour constitutionnelle sur des dispositions constitutionnelles cantonales, il n'est donc possible que de faire des suppositions. Il comprend que cette question sous-entend que la Cour constitutionnelle cantonale pourrait s'estimer plus fondée à avoir un pouvoir d'examen fort et intervenir davantage que l'Assemblée fédérale. Il pense qu'il pourrait y avoir des arguments autant dans un sens que dans un autre. Il pense que l'Assemblée fédérale fait preuve de retenue et il pense que, si une norme

est adoptée par les citoyens d'un canton, elle fera preuve de prudence avant d'octroyer, ou non, la garantie.

M. Hottelier partage l'avis de M. Tanquerel. Il relève une question préalable qui aurait dû être posée, c'est-à-dire savoir si la Chambre constitutionnelle est compétente pour se livrer à cet examen. Or, pour les raisons évoquées jusqu'à présent, l'instance cantonale n'a pas cette compétence à l'égard d'une norme constitutionnelle. Si elle se l'octroyait, il pense que ce serait un contrôle assez lâche.

Un député (PLR) a cru comprendre, à travers la présentation de M. Hottelier, qu'il souhaiterait qu'un alinéa soit ajouté à ce projet de loi pour prévoir le contrôle des dispositions communales.

M. Hottelier indique n'avoir pas mené une discussion plus approfondie sur cette question mais répond que, si tel est le cas, il faudrait modifier le texte de l'art. 130B, al. 1, let. a de la LOJ ainsi que les 5 autres dispositions de la LPA, en précisant que les actes normatifs cantonaux englobent cette vision large et enveloppante évoquée plus haut. Il estime qu'il est préférable d'être très clair dans la loi et suggère d'ajouter, en plus des actes normatifs cantonaux, les actes normatifs communaux, les actes adoptés au sein des institutions de droit public. Selon lui, la constitution doit être respectée partout à Genève, y compris dans le cadre des établissements publics (UNIGE, Aéroport de Genève, HUG, etc.).

Un autre député (PLR) demande si l'art. 130B, al. 1, let. a de la LOJ prévu par ce projet de loi pourrait être modifié ainsi : « La chambre constitutionnelle connaît des recours : a) contre les actes normatifs cantonaux, communaux et des institutions de droit public »

Un député (S) rappelle que ce projet de loi propose de modifier une loi qui a été votée par le peuple et trouve problématique de retirer une compétence à une institution cantonale que le peuple avait approuvée.

M. Tanquerel n'a pas fait de statistique précise du nombre d'arrêts rendus par la Cour constitutionnelle, mais parmi le nombre significatif de ces arrêts, pas un seul ne concernait la compétence que ce projet de loi veut abroger. Autrement dit, ce projet de loi prévoit de retirer une compétence qui n'a jamais eu l'occasion d'être exercée et qui a de fortes chances d'être rarement exercée ; il s'agit donc d'une compétence tout à fait marginale. A l'inverse, il est possible de dire que ce projet de loi ne va pas révolutionner la vie de la population, il s'agit d'un projet de loi de cohérence juridique. En outre, il n'a pas trouvé un seul arrêt du Tribunal fédéral sur les actes communaux. Sur les autres types d'actes normatifs, il reprend celui évoqué plus haut par M. Hottelier (ATF 1C_240/2022), qui indique, aux considérants 2.3 et 2.4,

que, pour les actes normatifs cantonaux, le Tribunal fédéral ne se limite pas au droit cantonal.

M. Hottelier partage quelques indications statistiques : au 7 octobre 2022, la Chambre constitutionnelle a rendu 153 arrêts en matière de contrôle de la constitutionnalité, y compris en droit politique. Sur ces 153 arrêts prononcés, 76 concernaient le contrôle abstrait, dont aucun sur des normes constitutionnelles cantonales attaquées directement.

Un député (S) comprend en partie certaines réticences des professeurs à ce que ce projet de loi supprime le contrôle abstrait.

M. Tanquerel précise que ce projet de loi ne propose pas de supprimer le contrôle abstrait et répète que la Chambre constitutionnelle n'a jamais eu l'occasion, jusqu'ici, d'exercer ce type de contrôle sur des normes constitutionnelles cantonales.

Le même député (S) se demande, dès lors, pourquoi certaines personnes formulent de telles réticences à voter ce projet de loi.

Le président a une question dans le prolongement de la proposition de son collègue (PLR) : il demande si une disposition transitoire serait, ou non, pertinente à intégrer à ce projet de loi.

M. Hottelier répond qu'une disposition transitoire sur ce type de compétence ne lui paraît pas indispensable. Il rappelle que le délai de recours est de 30 jours mais rappelle que si la disposition transitoire semble plus claire et rassure une partie de la commission, l'intégrer n'est pas non plus exclu.

M. Tanquerel partage cet avis et pense que les principes généraux de droit temporel suffisent.

Le président signale que le troisième pouvoir (Pouvoir judiciaire) a été entendu et, selon leur avis, une décision de la Chambre constitutionnelle sur une loi constitutionnelle pourrait être attaquée devant le Tribunal fédéral, que la Chambre constitutionnelle admette ou rejette le recours. Il demande aux auditionnés s'ils partagent l'avis du troisième pouvoir qui dit que la loi sur le Tribunal fédéral (LTF) permet ce recours et, peu importe ce que dit la constitution, le recours reste ouvert.

M. Tanquerel indique que l'argument serait juste si, désormais, le Tribunal fédéral décidait de modifier sa jurisprudence et de dire, qu'en principe, il n'entre pas en matière sur un recours dirigé contre une disposition constitutionnelle cantonale, mais il ne voit pas le Tribunal fédéral modifier sa jurisprudence sur un cas qui ne s'est encore jamais posé. Cela voudrait dire que le Tribunal fédéral n'entrerait en matière sur aucun recours dans toute la Suisse, sauf à Genève. S'il veut bien admettre que le canton de Genève est un

pourvoyeur de jurisprudences au Tribunal fédéral, notamment en matière d'initiatives populaires, il ne pense pas que le Tribunal fédéral modifierait sa jurisprudence pour aller dans ce sens.

M. Hottelier partage la vision de M. Tanquerel. Il se réfère aux considérants sur l'arrêt du Tribunal fédéral (ATF 143 I 403 – TF, 21.07.2017) sur l'introduction du salaire minimum dans le canton de Neuchâtel, dont la jurisprudence est claire, compte tenu du fait qu'il n'existe aucun précédent car Genève est le seul canton qui connaît cette singularité. Tout au plus, il pourrait être envisagé que le Tribunal fédéral entre en matière pour déclarer que le canton Genève n'a pas cette compétence, ce qui lui paraîtrait ubuesque.

Le président demande, dans l'état actuel, si la Chambre constitutionnelle vérifie la validité d'une loi constitutionnelle par rapport à la constitution genevoise ou si elle vérifie uniquement la conformité au droit supérieur.

M. Tanquerel précise que les normes constitutionnelles visent à modifier la constitution, elles ne sont donc, par définition, pas conformes à la constitution genevoise existante. Autrement dit, si les normes constitutionnelles devaient être conformes à la constitution existante, il ne serait plus possible de la modifier.

M. Hottelier soulève la pertinence de cette question et précise qu'il existe, dans la constitution, des contradictions entre dispositions adoptées à des moments différents : cela en demeure néanmoins insuffisant pour déclarer la constitution inconstitutionnelle. En revanche, il est possible qu'il soit demandé de rétablir la concordance pratique entre des normes constitutionnelles, apparemment contradictoires. Par exemple, l'initiative populaire fédérale « Pour le renvoi des étrangers criminels », adoptée par le peuple et les cantons le 28 novembre 2010 entrerait en conflit avec le principe de la proportionnalité et les garanties de la CEDH. Il s'agit de deux normes qui ont été adoptées mais qui sont contradictoires ; les juges essaient donc de les mettre en concordance en admettant que la Constitution fédérale prévoit le renvoi des personnes, mais pas de manière automatique.

Le président demande comment régler le conflit positif de compétences s'agissant des normes communales, qui sont de la compétence du Conseil d'Etat.

M. Tanquerel répond que cette question est réglée dans la loi sur l'administration des communes (LAC), à l'article 100 « 1 Lorsqu'une délibération d'un conseil municipal fait l'objet d'un recours à la chambre administrative de la Cour de justice, ce recours est communiqué au Conseil d'Etat, qui a accès au dossier de la cause. 2 La chambre administrative de la Cour de justice peut impartir un délai convenable au Conseil d'Etat pour

décider s'il entend annuler la délibération attaquée en application de l'article 89 de la présente loi ». Selon lui, il suffirait de prévoir la même chose pour la Chambre constitutionnelle.

M. Hottelier ajoute l'art. 137 de la Cst-GE qui précise que « les communes sont soumises à la surveillance du Conseil d'Etat, qui veille à ce qu'elles exercent leurs compétences conformément à la loi ». Lorsque cette disposition a été adoptée, elle n'avait jamais été envisagée comme une norme spéciale excluant la compétence de la Cour constitutionnelle. Selon lui, les deux peuvent coexister dans le respect de la loi car la surveillance qu'exerce le Conseil d'Etat n'est pas de la compétence de la Chambre constitutionnelle qui, elle, a la compétence d'effectuer un contrôle.

M. Tanquerel précise que, si la commission décide de suivre les amendements proposés par M. Malek-ASHARG, il faudra penser à ajouter « la Cour constitutionnelle » à l'art. 100 LAC.

Un député (PLR) revient sur les différentes auditions qui, sauf erreur de sa part, reposent sur trois points principaux de divergence. La première concerne l'interprétation de l'art. 124 de la Cst-GE, dont le débat est de savoir si la notion de norme cantonale comprend, ou non, les normes constitutionnelles. La deuxième concerne la question des normes communales, question qui n'a jamais été tranchée de savoir si la Chambre constitutionnelle était compétente pour contrôler ces normes. La troisième concerne la crainte que, dans le cadre d'un contrôle abstrait par la Cour constitutionnelle, celle-ci statue sur un recours qui expose clairement des griefs, alors qu'un contrôle abstrait automatique par l'Assemblée fédérale ne statue pas sur des griefs et, par voie de conséquence, cela peut générer une appréciation différente. Il précise que sa question repose sur le deuxième point et aimerait avoir confirmation des auditionnés.

M. Tanquerel indique, à sa connaissance, que la question n'a jamais été jugée. Il s'interroge sur la raison pour laquelle cette question n'a jamais été posée et pense qu'il est probable que très peu de règlements communaux posent des problèmes juridiques attaquables ; si un règlement suscitait une opposition – autre que politique mais avec un angle d'attaque politique – un avocat pourrait essayer de recourir au TF, mais aussi à la Cour constitutionnelle, par exemple demander le contrôle concret de l'art. 130B, al. 1, let. a, ce qui permettrait de voir comment cette dernière réagirait face à cette demande.

M. Hottelier pense que cette question ne s'est pas posée car il n'y pas eu de règlement qui a pu donner l'occasion de saisir le Tribunal fédéral et, en parallèle la Cour constitutionnelle. Il informe que, dans le contexte de la

compétence de la Cour constitutionnelle de se prononcer sur les droits politiques, il y a eu un contentieux sur la démocratie directe : au niveau de la Ville de Genève, il y a eu le contrôle de validité d'une initiative populaire interdisant la publicité sur le domaine public. Il indique que la Chambre constitutionnelle a rendu un arrêt extrêmement intéressant, affaire qui est montée au Tribunal fédéral qui a confirmé la position de la Chambre constitutionnelle. Sur la compétence de l'Assemblée fédérale, il confirme que c'est un autre type de contrôle qui intervient d'office et cet examen porte sur le respect de l'ensemble du droit, mais les mailles du filet peuvent faire oublier certains éléments. Il considère que le travail de l'Assemblée fédérale est bien fait au niveau de l'instruction des dossiers. Il précise que les dossiers sont préparés en amont, mais il n'y a pas de garantie parfaite que ce travail soit bien fait.

Un autre député (PLR) rappelle que le Pouvoir judiciaire indiquait à la commission que la norme cantonale incluait la constitution cantonale, or les auditionnés semblent ne pas rejoindre cet avis et demande de préciser ces éléments.

M. Tanquerel répond que leur analyse porte sur le fait que, lorsque l'Assemblée constituante a adopté le texte en parlant de « normes cantonales », elle entendait cela dans le même sens que l'article 82, lettre b de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF).

M. Hottelier ajoute qu'il s'agit de vérifier, avec le rôle de la Chambre constitutionnelle, de voir si la constitution genevoise est respectée, et le travail de l'Assemblée fédérale est de vérifier qu'elle soit conforme au droit supérieur. Selon lui, les normes constitutionnelles cantonales ne sont pas intégrées à la notion d'actes normatifs cantonaux et ajoute que ces actes normatifs cantonaux prennent aussi en compte ce qui est « en-dessous » du canton.

Un autre député (PLR) souhaiterait entendre les auditionnés de manière un peu plus complète sur la question des institutions de droit public et des problématiques que l'on peut rencontrer en matière de constitutionnalité des règlements et des directives qui peuvent être décidés au sein de ces institutions. Ces institutions publiques ont, en effet, un pouvoir assez important compte tenu de leurs différentes activités sur le canton et l'impact que cela peut avoir sur les concitoyens. En outre, par hypothèse, en modifiant l'art. 130, al. 1, let. a, il faudrait également modifier l'art. 57, lettre d de manière identique, les dispositions suivantes et l'art. 100 de la LAC, ce que M. Hottelier confirme.

M. Tanquerel soulève deux éléments par rapport aux actes normatifs qui sont adoptés par les établissements publics – dites « prescriptions autonomes ». La première question est de savoir si ce sont, ou non, des actes normatifs, mais

il précise que ce sont les tribunaux qui tâcheront de déterminer cette question, au cas par cas (la jurisprudence s'en occupe). Si ce sont des actes normatifs, à son avis, la question n'est pas de savoir s'il est opportun de les inclure, ou non, mais si un acte normatif établi par un établissement de droit public cantonal n'est pas un acte normatif cantonal, il ne voit pas à quoi elle correspondrait d'un point de vue juridique. Selon lui, les décisions des établissements publics cantonaux sont des décisions cantonales. Une autre question à se poser est de savoir si ces actes que ces établissements adoptent, est-ce qu'il y en a qui pourraient avoir des problématiques constitutionnelles. S'il existe très peu de contentieux dans ce cadre, mais il pourrait potentiellement en avoir. Il propose d'envisager un règlement des SIG sur l'électricité qui introduirait des discriminations entre certains types de clients ou évoque les statuts du personnel de certains des établissements publics qui proposerait des dispositions sensibles en relation, par exemple, avec la laïcité. En résumé, la survenance de litige constitutionnel dans ce cadre n'est pas exclue.

M. Hottelier précise que les institutions de droit public statuent généralement par voie de directives, qui sont, en principe, inattaquables si elles ne déploient que des effets internes (à l'égard du personnel sans toucher le droit des usagers). Il est néanmoins possible d'imaginer que ce soit le cas. Il reprend l'exemple de l'arrêt du Tribunal fédéral (ATF 2C_613/2015) concernant une directive institutionnelle du 12 février 2015 de l'Hôpital neuchâtelois relative à la prise en charge des patients refusant toute transfusion de sang et de dérivés sanguins ; il s'agit d'un domaine dans lequel il serait possible d'imaginer que la directive soit attaquée car elle touche au droit des parents. Il évoque également l'art. 39A de la loi sur la santé qui introduit l'assistance au suicide au sein des HUG et des EMS genevois. Il serait possible d'imaginer une directive interne des établissements concernés qui choisirait qui est éligible et qui ne l'est pas. Il invite donc à avoir une vision large de la constitution, là où il y a de la normativité il devrait y avoir un contrôle abstrait, qu'il s'agisse de normes cantonales, communales ou d'institutions de droit public.

Discussion interne

Le président demande comment les commissaires souhaitent procéder concernant la suite des travaux sur ce projet de loi.

Un député (PLR) déclare être favorable au vote de ce projet de loi avec les amendements suggérés par le professeur Hottelier et formulés par M. Malek-Asghar.

Le président précise que ce n'est pas si simple au niveau législatif, car des modifications d'autres lois sont nécessaires ; il convient donc de n'en oublier aucune.

Le même député (PLR) confirme qu'il faut également modifier les 5 autres articles de la LPA mentionnés dans le projet de loi. Il suggère de voter l'entrée en matière et de prendre le temps ensuite de rédiger les amendements.

Le président ajoute qu'il faut également modifier l'art. 100 de la LAC, qui ne figure pas dans ce projet de loi.

Un député (S) partage l'avis de son collègue (PLR). Il déclare voter favorablement ce projet de loi, avec les amendements tels que proposés par M. Malek-Asghar, mais propose de se donner le temps de les réviser correctement.

M. Malek-Asghar propose les amendements suivants (*la formulation n'est pas définitive*) :

Art. 130B, al. 1, let. a (nouvelle teneur) (LOJ)

La chambre constitutionnelle connaît des recours :

a) contre les actes normatifs cantonaux, communaux et des institutions de droit public ;

Art. 57, lettre d (nouvelle teneur) (LPA)

Sont susceptibles d'un recours :

d) les actes normatifs cantonaux, communaux et des institutions de droit public.

Art. 60, al. 1, lettre b (nouvelle teneur) (LPA)

¹ Ont qualité pour recourir :

b) toute personne qui est touchée directement par un acte normatif cantonal, communal ou d'une institution de droit public et a un intérêt personnel digne de protection à ce que l'acte soit annulé ou modifié ;

Art. 62, al. 1, lettre d, et al. 3 (nouvelle teneur) (LPA)

¹ Le délai de recours est de :

d) 30 jours s'il s'agit d'un acte normatif cantonal, communal ou d'une institution de droit public.

³ Le délai court dès le lendemain de la notification de la décision. En cas de recours contre une loi, il court dès le lendemain de sa promulgation. En cas de recours contre un règlement, il court dès le lendemain de sa publication.

Art. 65, al. 3 (nouvelle teneur) (LPA)

³ En cas de recours contre un acte normatif cantonal, communal ou d'une

institution de droit public, l'acte de recours contient un exposé détaillé des griefs du recourant.

Art. 66 al. 2 (nouvelle teneur) (LPA)

² En cas de recours contre un acte normatif cantonal, communal ou d'une institution de droit public, le recours n'a pas effet suspensif.

Art. 100 (LAC)

¹ Lorsqu'une délibération d'un conseil municipal fait l'objet d'un recours à la chambre administrative de la Cour de justice ou à la Cour constitutionnelle, ce recours est communiqué au Conseil d'Etat, qui a accès au dossier de la cause.

² La chambre administrative de la Cour de justice ou la Cour constitutionnelle peut impartir un délai convenable au Conseil d'Etat pour décider s'il entend annuler la délibération attaquée en application de l'article 89 de la présente loi.

Une députée (Ve) indique que les craintes qu'elle a exprimées durant l'audition des professeurs Hottelier et Tanquerel sont toujours présentes, et d'ailleurs reconnues légitimes par ces derniers. Si elle a compris que ce projet de loi est une solution pour pallier une anomalie, elle partage toujours sa crainte que voir que ce contrôle abstrait ne sera pas fait par un tribunal, et d'octroyer cette compétence à des institutions politiques, en l'espèce l'Assemblée fédérale. Elle a conscience que cette crainte échappe au contrôle du Parlement genevois car la conséquence découle de la Constitution fédérale qui exclut le contrôle abstrait des constitutions cantonales par une instance cantonale. Elle espère une évolution dans le sens que ce contrôle soit dévolu à des tribunaux, et non pas à des instances politiques, pour aboutir un jour. Elle pense qu'un contrôle par des tribunaux serait plus prudent, mais elle comprend que ce n'est pas une possibilité, du moins actuellement, raison pour laquelle son collègue et elle voteront ce projet de loi avec les amendements proposés par M. Malek-Asghar.

Un député (PLR) dépose une suggestion formelle sur la procédure : il formule le souhait, si l'entrée en matière est votée ce soir, de se donner au moins une semaine pour avoir les amendements par écrit.

Cette proposition est approuvée par l'ensemble de la commission.

Votes

Entrée en matière :

Le président met aux voix l'entrée en matière du PL 13077 :

Oui : 12 (3 S, 2 Ve, 2 PDC, 4 PLR, 1 UDC)

Non : 0

Abstentions : 2 (2 MCG)

L'entrée en matière du PL 13077 est acceptée.

Le président indique que les amendements seront rédigés, contrôlés par le département et soumis à la commission lors d'une prochaine séance.

Séance du jeudi 6 avril 2023

Le président rappelle que la commission a procédé à toutes les auditions sollicitées sur ce projet de loi. Il propose par conséquent que la commission procède ce jour au vote de cet objet, étant rappelé que l'entrée en matière a déjà eu lieu.

Le président invite les groupes à faire part de leur prise de position.

Une députée (Ve) indique que le groupe des Verts a trouvé l'intervention des professeurs Thierry Tanquerel et Michel Hottelier très intéressante. Elle exprime la crainte des Verts quant à la mise en conformité. Les Verts ont mis en avant le risque de créer une « genevoiserie » en donnant de telles compétences à la Cour constitutionnelle. Le groupe des Verts soutiendra tout de même le projet de loi, en relevant que ces craintes restent fondées. Quant à la constitutionnalité de cette loi, elle tient à relever que si ce projet de loi est accepté, le contrôle de la constitutionnalité de la loi ne se ferait que par un organe élu.

Un député (MCG) explique que le groupe MCG va dans la même direction que le groupe des Verts, mais pour des raisons différentes. Pour le MCG, le contrôle de la constitution se fait déjà par le peuple, car chaque modification de la constitution passe devant le peuple. Le souverain effectue donc son travail de contrôle. Pour le MCG, la conformité avec le droit fédéral n'est pas le point essentiel. Toute loi doit être validée non pas par des juges, mais par le peuple, qui, selon le MCG, reste l'arbitre suprême. Le MCG votera ce projet de loi.

Un député (S) indique que son groupe est convaincu par ce projet de loi et le votera avec les amendements de M. Malek-Asghar.

Un député (PLR) indique que le groupe PLR votera le projet de loi avec les amendements proposés par M. Malek-Asghar. Il rappelle la problématique soulevée par M^{me} Céline Zuber-Roy lors du dépôt du projet de loi. L'exposé des motifs est particulièrement court, mais cela s'explique par le dépôt du PL 11311 par le Conseil d'Etat sous la dernière législature. Le contenu des travaux en lien avec ce projet de loi avait en effet déjà nourri la réflexion de

M^{me} Zuber-Roy sans qu'il y ait besoin de reproduire cela dans l'exposé des motifs. S'agissant des actes normatifs communaux, cette question a été soulevée par M. Malek-Asghar au travers de ses amendements, de même pour les actes normatifs adoptés par les institutions de droit public. M. ALDER invite donc la commission à voter les amendements qui ont selon lui pour effet de combler une lacune.

Il fait un mea culpa au nom de l'assemblée constituante, qui n'a probablement pas poussé ses travaux aussi loin qu'elle aurait dû le faire sur ces questions. L'innovation majeure en la matière à cette époque était la création de la Cour constitutionnelle, que la LOJ appelle chambre constitutionnelle. Cependant, l'on est clairement resté dans un système où le législateur vient améliorer le produit du constituant. Il se réjouit qu'une réforme de la constitution ne soit plus nécessaire pour procéder à un tel changement. Pour l'ensemble de ces raisons, le groupe PLR soutient le projet de loi avec les amendements proposés par M. Malek-Asghar.

Le président propose de passer au 2^e débat.

2^e débat

Titre et préambule

Pas d'opposition, adopté

Art. 1 Modifications

Pas d'opposition, adopté

Le président propose de procéder à un vote unique sur les amendements de M. Malek-Asghar.

Le président met aux voix les amendements de M. Malek-Asghar, modifiant les articles suivants : Art. 130B, al. 1, let. a LOJ ; art. 57, let. d, art. 60, al. 1 let. b, art. 62, al. 1, let. d et al. 3, art. 65, al. 3, art. 66, al. 2 LPA et art. 100 LAC.

« Art. 130B, al. 1, let. a (nouvelle teneur) (LOJ)

La chambre constitutionnelle connaît des recours :

a) contre les actes normatifs cantonaux, communaux et des institutions de droit public ;

Le président met aux voix l'amendement de M. Malek-Asghar à l'article 130B, alinéa 1, lettre a LOJ :

Oui : 13 (3 S, 2 Ve, 2 PDC, 3 PLR, 1 UDC, 2 MCG)
Non : 0
Abstention : 0

L'amendement de M. Malek-Asghar à l'article 130B, alinéa 1, lettre a LOJ est accepté.

Un député (Ve) propose que l'ensemble des amendements déposés par M. Malek-Asghar, soutenus par tous les groupes, soient adoptés sur la base de la formule « pas d'opposition, adopté ». Seul l'article 100 LAC nécessite à son sens une discussion.

Le président prend note de cette demande et procède comme proposé. Quant à l'article 100 LAC, il sera repris en troisième débat.

Art. 57, let. d (nouvelle teneur) (LPA)

Sont susceptibles d'un recours :

d) les actes normatifs cantonaux, communaux et des institutions de droit public.

Pas d'opposition, adopté.

Art. 60, al. 1, let. b (nouvelle teneur) (LPA)

¹ Ont qualité pour recourir :

b) toute personne qui est touchée directement par un acte normatif cantonal, communal ou d'une institution de droit public et a un intérêt personnel digne de protection à ce que l'acte soit annulé ou modifié ;

Pas d'opposition, adopté.

Art. 62, al. 1, let. d, et al. 3 (nouvelle teneur) (LPA)

¹ Le délai de recours est de :

d) 30 jours s'il s'agit d'un acte normatif cantonal, communal ou d'une institution de droit public.

³ Le délai court dès le lendemain de la notification de la décision. En cas de recours contre une loi, il court dès le lendemain de sa promulgation. En cas de recours contre un règlement, il court dès le lendemain de sa publication.

Pas d'opposition, adopté.

Art. 65, al. 3 (nouvelle teneur) (LPA)

³ **En cas de recours contre un acte normatif cantonal, communal ou d'une institution de droit public, l'acte de recours contient un exposé détaillé des griefs du recourant.**

Pas d'opposition, adopté.

Art. 66, al. 2 (nouvelle teneur) (LPA)

² **En cas de recours contre un acte normatif cantonal, communal ou d'une institution de droit public, le recours n'a pas effet suspensif.**

Pas d'opposition, adopté.

Art. 100 (LAC)

¹ **Lorsqu'une délibération d'un conseil municipal fait l'objet d'un recours à la chambre administrative de la Cour de justice ou à la Cour constitutionnelle, ce recours est communiqué au Conseil d'Etat, qui a accès au dossier de la cause.**

² **La chambre administrative de la Cour de justice ou la Cour constitutionnelle peut impartir un délai convenable au Conseil d'Etat pour décider s'il entend annuler la délibération attaquée en application de l'article 89 de la présente loi. »**

Pas d'opposition, adopté.

Le président passe au 3^e débat.

3^e débat

Un député (Ve) aimerait que le PLR explicite l'esprit de l'article 100 LAC, car ce dernier n'a pas été discuté lors des séances précédentes.

Un député (PLR) rappelle le libellé actuel de l'article 100 LAC :

Art. 100 Délibérations

¹ *Lorsqu'une délibération d'un conseil municipal fait l'objet d'un recours à la chambre administrative de la Cour de justice, ce recours est communiqué au Conseil d'Etat, qui a accès au dossier de la cause.*

² *La chambre administrative de la Cour de justice peut impartir un délai convenable au Conseil d'Etat pour décider s'il entend annuler la délibération attaquée en application de l'article 89 de la présente loi.*

Le même député (PLR) explique que la proposition de M. Malek-Asghar consiste à mentionner la Cour constitutionnelle. Mais il ajoute qu'elle n'est à son sens pas obligée de le faire.

Le président estime que la commission est obligée de le faire. En effet, l'article 130B, al. 1, let. a LOJ dispose que « La chambre constitutionnelle connaît des recours : a) contre les actes normatifs cantonaux, communaux et des institutions de droit public ». Par cohérence, il convient de mentionner la cour constitutionnelle à l'article 100 LAC.

Ce même député (PLR) propose un amendement à la proposition de M. Malek-Asghar :

Art. 100 (LAC)

¹ Lorsqu'une délibération d'un conseil municipal fait l'objet d'un recours à la chambre administrative ou à la chambre constitutionnelle de la Cour de justice, ce recours est communiqué au Conseil d'Etat, qui a accès au dossier de la cause.

² La chambre administrative ou la chambre constitutionnelle de la Cour de justice peut impartir un délai convenable au Conseil d'Etat pour décider s'il entend annuler la délibération attaquée en application de l'article 89 de la présente loi. »

Le même député (PLR) indique que dans la mesure où la LOJ fait référence à la chambre constitutionnelle de la Cour de justice, il convient de s'y référer aussi dans la LAC.

Le président met aux voix l'amendement proposé à l'art. 100 LAC.

Oui :	13 (3 S, 2 Ve, 2 PDC, 3 PLR, 1 UDC, 2 MCG)
Non :	0
Abstention :	0

L'amendement à l'article 100 LAC est accepté.

Le président procède au vote d'ensemble.

Le président met aux voix l'ensemble du **PL 13077** ainsi amendé :

Oui :	13 (3 S, 2 Ve, 2 PDC, 3 PLR, 1 UDC, 2 MCG)
Non :	0
Abstention :	0

Le PL 13077, tel qu'amendé, est accepté à l'unanimité.

Catégorie : III (Extraits)

Conclusions

Mesdames les députées, Messieurs les députés,

La Cour constitutionnelle contrôle sur requête la conformité des normes cantonales au droit supérieur ; le texte de loi parle bien de normes cantonales, et non de normes constitutionnelles. L'interprétation historique de cette disposition, notamment détaillée par le professeur Tanquerel lors de son audition, a clairement démontré que le Constituant d'alors visait également la Constitution elle-même.

Le présent projet de loi qui vous est soumis corrige ainsi une anomalie purement genevoise en supprimant dorénavant la possibilité d'attaquer, devant la Cour constitutionnelle, des dispositions constitutionnelles genevoises.

Ces dispositions constitutionnelles font d'ailleurs l'objet d'un examen par l'Assemblée fédérale. En cas de recours devant le Tribunal fédéral, ce dernier n'entrerait pas en matière dans la mesure où, s'agissant de respecter la séparation des pouvoirs, il refuserait de se prononcer sur une décision émanant du Parlement fédéral.

Même si certaines réticences ont été émises par le groupe des Verts, c'est à l'unanimité que cette modification a été adoptée en commission, en acceptant de surcroît une série d'amendements bienvenus.

C'est donc avec la même unanimité que nous vous recommandons, Mesdames les députées, Messieurs les députés, d'accepter le texte qui vous est soumis, tel que sorti de commission.