

**Message  
concernant la garantie des constitutions révisées  
des cantons d'Unterwald-le-Bas, de Fribourg, de Thurgovie,  
de Neuchâtel et de Genève**

du 31 août 1992

---

Monsieur le Président, Madame la Présidente, Mesdames et Messieurs,

Nous vous soumettons un projet d'arrêté fédéral concernant la garantie des constitutions révisées des cantons d'Unterwald-le-Bas, de Fribourg, de Thurgovie, de Neuchâtel et de Genève et vous proposons de l'adopter.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Président, Madame la Présidente, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

31 août 1992

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Felber

Le chancelier de la Confédération, Couchepin

---

## Condensé

*En vertu de l'article 6, 1<sup>er</sup> alinéa, de la constitution fédérale, les cantons sont tenus de demander à la Confédération la garantie de leur constitution. Selon le 2<sup>e</sup> alinéa de ce même article, la Confédération accorde la garantie, pour autant que ces constitutions soient conformes à la constitution fédérale et à l'ensemble du droit fédéral, qu'elles assurent l'exercice des droits politiques selon des formes républicaines, qu'elles aient été acceptées par le peuple et qu'elles puissent être revisées lorsque la majorité absolue des citoyens le demande. Si une disposition constitutionnelle cantonale remplit toutes ces conditions, la garantie fédérale doit lui être accordée; sinon, elle lui est refusée.*

*En l'espèce, les modifications constitutionnelles ont pour objet:*

- dans le canton d'Unterwald-le-Bas:  
la compétence d'approuver l'octroi de concessions pour l'utilisation du sous-sol;*
- dans le canton de Fribourg:  
l'inscription de l'autonomie communale dans la constitution;*
- dans le canton de Thurgovie:  
des réglementations relatives à l'organisation de la juridiction pénale;*
- dans le canton de Neuchâtel:  
la modification de dispositions relatives au référendum financier;*
- dans le canton de Genève:  
– le droit au logement et  
– l'organisation du Ministère public.*

*Toutes ces modifications sont conformes à l'article 6, 2<sup>e</sup> alinéa, de la constitution fédérale. Aussi la garantie fédérale doit-elle leur être accordée.*

# Message

## 1        Les différentes révisions

### 11        Constitution du canton d'Unterwald-le-Bas

Lors de la landsgemeinde du 29 avril 1990, le corps électoral du canton d'Unterwald-le-Bas a accepté d'ajouter l'article 52, 3<sup>e</sup> alinéa, chiffre 6, à la constitution cantonale et de modifier l'article 65, 2<sup>e</sup> alinéa, chiffre 8, de celle-ci. Par lettre du 26 juin 1990, la Chancellerie d'Etat du canton d'Unterwald-le-Bas a demandé la garantie fédérale. Le 26 juin 1991, le Tribunal administratif du canton d'Unterwald-le-Bas a rejeté un recours formé contre la révision constitutionnelle. Par arrêt en date du 14 avril 1992, le Tribunal fédéral a décidé de ne pas entrer en matière sur un recours introduit contre ce jugement.

### 111        Utilisation du sous-sol

L'ancien et le nouveau textes ont la teneur suivante:

#### Ancien texte

*Art. 65, 2<sup>e</sup> al., ch. 8*

Il (le Conseil d'Etat) a notamment la compétence et la tâche:

- ...  
8. d'accorder les concessions et autorisations cantonales, dans la mesure où la loi ne transfère pas à une autre autorité la compétence de les délivrer;

#### Nouveau texte

*Art. 52, 3<sup>e</sup> al., ch. 6*

Il appartient en outre à la landsgemeinde:

- ...  
6. d'approuver les concessions accordées pour l'utilisation du sous-sol à des fins d'exploitation, de production et d'entreposage, ainsi que pour les mesures préparatoires prises en vue de cette utilisation, sauf pour l'exploitation des eaux souterraines et de l'énergie géothermique.

*Art. 65, 2<sup>e</sup> al., ch. 8*

Il (le Conseil d'Etat) a notamment la compétence et la tâche:

- ...  
8. d'accorder les concessions et autorisations cantonales, dans la mesure où la loi ne transfère pas à une autre autorité la compétence de les délivrer; l'article 52, 3<sup>e</sup> alinéa, chiffre 6, est réservé.

Les dispositions révisées transfèrent à la landsgemeinde la compétence d'approuver l'octroi de concessions pour l'utilisation du sous-sol.

## 112 Conformité au droit fédéral

### 112.1 Situation initiale

La révision constitutionnelle acceptée lors de la landsgemeinde du 29 avril 1990 doit être examinée en relation avec deux autres initiatives acceptées lors de la même landsgemeinde.

L'une des deux initiatives concerne une modification de la loi portant introduction du code civil suisse (ci-après: LICCS). Selon cette loi, le droit de disposer du sous-sol appartient exclusivement au canton; l'utilisation des terres sans maître ou du sous-sol par des tiers est soumise à concession. Les activités soumises à concession sont définies de manière plus détaillées; entrent dans ce cadre notamment «le percement et l'exploitation de galeries ou de cavernes en vue de préparer l'aménagement d'installations atomiques, en particulier de lieux d'entreposage pour des déchets radioactifs» (art. 83c, ch. 1, LICCS).

Une autre initiative porte sur un complément à la loi sur la régale des mines. Selon celui-ci, l'exploitation d'installations atomiques, en particulier de lieux d'entreposage pour des déchets radioactifs dans des galeries et des cavernes, est soumise à concession lorsque de telles installations limitent la découverte et la production de minéraux.

Les trois initiatives ont un lien entre elles dans la mesure où elles introduisent un régime de concession pour des types déterminés d'exploitation du sous-sol. Toutefois, la procédure de garantie a pour seul objet la révision de la constitution cantonale. La réglementation au niveau légal a toutefois un lien étroit avec la disposition constitutionnelle. C'est la raison pour laquelle l'examen qui suit portera aussi sur la question de savoir si elle est admissible juridiquement.

### 112.2 Principe

Une disposition constitutionnelle cantonale est garantie par l'Assemblée fédérale si son libellé permet une interprétation conforme au droit fédéral. La garantie fédérale n'est refusée à une norme constitutionnelle cantonale que si elle n'est susceptible d'aucune interprétation conforme au droit fédéral (FF 1988 I 238).

### 112.21 Répartition des compétences

La question se pose d'abord de savoir dans quelle mesure la répartition des compétences au sein de l'Etat fédératif permet aux cantons d'édicter des dispositions dans les domaines de l'énergie atomique ainsi que de l'élimination des déchets radioactifs.

Selon l'article 24<sup>quinquies</sup>, 1<sup>er</sup> alinéa, de la constitution fédérale, la législation sur l'énergie atomique est du domaine de la Confédération. Sur la base de cette disposition ont été édictés la loi sur l'énergie atomique (LEA; RS 732.0), l'arrêté fédéral concernant la loi sur l'énergie atomique (RS 732.01), de même que deux ordonnances d'exécution: l'ordonnance réglant la procédure s'appliquant à l'autorisation générale d'installations atomiques au bénéfice d'une autorisation de site

(RS 732.011) et l'ordonnance sur les mesures préparatoires (RS 732.012). Les installations atomiques, dont font aussi partie les dépôts finals de déchets radioactifs (art. 1<sup>er</sup>, 2<sup>e</sup> al., LEA), nécessitent une autorisation de la Confédération (art. 4, 1<sup>er</sup> al., let. a, LEA). Les conditions pour l'octroi de l'autorisation sont définies à l'article 5, LEA. Selon l'article 4, 3<sup>e</sup> alinéa, LEA, les attributions de police de la Confédération et des cantons, «en particulier en ce qui concerne les constructions, le feu et les eaux», sont réservées. L'article 10, 2<sup>e</sup> alinéa, de l'arrêté fédéral concernant la loi sur l'énergie atomique et l'article 2, 1<sup>er</sup> alinéa, de l'ordonnance sur les mesures préparatoires, exigent également une autorisation du Conseil fédéral pour procéder à des mesures préparatoires en vue de l'aménagement d'un dépôt final de déchets radioactifs. L'exécution par les cantons de la loi fédérale sur la protection des eaux (RS 814.20) ainsi que de la loi fédérale sur la protection de l'environnement (RS 814.01) demeure toutefois réservée (art. 3, 2<sup>e</sup> al., de l'ordonnance sur les mesures préparatoires).

Le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral ont déduit de cette réglementation que la question de la sécurité d'une installation atomique doit être examinée de manière exhaustive par la Confédération dans le cadre de l'octroi des autorisations qu'elle est appelée à délivrer; en revanche, les questions de police des constructions et d'aménagement du territoire relèvent des cantons (cf. JAAC 1981, n° 40; ATF 111 Ia 306 c. 5; 103 Ia 341, c. 3; voir aussi Hansjörg Seiler, *Das Recht der nuklearen Entsorgung in der Schweiz*, Berne, 1986, p. 263 ss, et les nombreuses références citées).

Il résulte d'une part de ce qui précède que le canton d'Unterwald-le-Bas ne pourrait pas, sur la base de l'article 52, 3<sup>e</sup> alinéa, chiffre 6, de sa constitution, refuser pour des raisons de sécurité une concession pour l'utilisation du sous-sol en vue du stockage définitif de déchets nucléaires. D'autre part, le refus d'une concession pour d'autres raisons en relation avec des compétences cantonales, notamment pour des motifs relevant de la police des constructions ou de l'aménagement du territoire, n'est pas exclu (Seiler, op. cit., p. 281). La situation n'est pas différente s'agissant des mesures préparatoires pour lesquelles la répartition des compétences est identique à celle qui concerne l'aménagement définitif d'un dépôt de déchets nucléaires (cf. ATF 111 Ia 309, c. 5c; voir également Seiler, op. cit., p. 326 ss).

## 112.22 Concession

La compétence de principe du canton de légiférer dans le cadre de l'élimination des déchets radioactifs étant admise, il faut encore examiner si l'introduction du régime de la concession par le canton d'Unterwald-le-Bas est compatible avec le droit fédéral.

L'octroi d'une concession est l'attribution à un particulier du droit d'exercer une activité de monopole, de faire un usage particulier du domaine public ou d'exercer des prérogatives appartenant à l'administration (Häfelin/Müller, *Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, Zurich, 1990, ch. 2008). Selon Gygi (*Verwaltungsrecht*, Berne, 1986, p. 195 ss), la dernière catégorie mentionnée ne constitue pas véritablement une concession, mais on peut cependant encore admettre

l'existence de concessions dans d'autres domaines. Selon lui, le critère général caractérisant la concession est que «l'activité en question ne découle pas d'une liberté constitutionnelle, mais soit une prérogative accordée par l'Etat en vertu d'une régale, d'un monopole, de son pouvoir d'octroyer des concessions ou de ses droits sur le domaine public» (Gygi, op. cit., p. 198, traduction).

Dans le cas d'espèce, il s'agit ainsi d'examiner si le canton d'Unterwald-le-Bas jouit de la maîtrise du sous-sol dont il souhaite soumettre l'utilisation à concession. La réponse à cette question est donnée à l'article 667 du code civil suisse (ci-après: CCS) en relation avec l'article 664.

Selon l'article 667, 1<sup>er</sup> alinéa, CCS, la propriété du sol emporte celle du dessus et du dessous, dans toute la hauteur et la profondeur utiles à son exercice (Paul-Henri Steinauer, *Les droits réels*, vol. II, Berne, 1990, ch. 1616 ss). Si une telle utilité fait défaut, on se trouve en présence d'une chose sans maître ou d'un bien du domaine public qui, selon l'article 664, 1<sup>er</sup> alinéa, CCS, sont soumis à la haute police de l'Etat sur le territoire duquel ils se trouvent (Seiler, op. cit., p. 309 ss, et les références citées). Ni la doctrine, ni la jurisprudence ne sont à ce jour parvenues à donner une réponse claire à la question posée ici qui est de savoir quelle partie du sous-sol l'utilisation soumise à concession affectera. On peut toutefois partir du principe que les dépôts finals de déchets nucléaires seront dans une mesure importante situés dans une partie du sous-sol non comprise dans la propriété privée et régie par les dispositions relatives aux biens du domaine public (Seiler, op. cit., p. 317).

Si le sous-sol est soumis à la haute police du canton, il est ainsi en principe de la compétence de ce dernier d'en régler le mode d'utilisation. Sur la base de ses prérogatives sur les biens du domaine public, le canton dispose de ce qu'il est convenu d'appeler un monopole de fait pour l'exercice d'activités économiques. Si des particuliers souhaitent faire de ce sous-sol un usage déterminé excluant d'autres activités, le canton peut subordonner cet usage à l'octroi d'une concession (André Grisel, *Droit administratif suisse*, Neuchâtel, 1984, p. 564; Etienne Grisel, *Les monopoles d'Etat*, in: *Mélanges André Grisel*, Neuchâtel, 1983, p. 414; Michel Hanhardt, *La concession de service public*, Etude de droit fédéral et de droit vaudois, Lausanne, 1977, p. 30). La création d'un dépôt final de déchets nucléaires constitue un usage particulier puisqu'elle exclut toute autre utilisation du sous-sol à l'endroit concerné, qu'elle ne correspond pas à la destination du sous-sol et, indice supplémentaire, qu'elle implique la mise en place d'installations fixes (Häfelin/Müller, op. cit., ch. 1890 ss). Le canton d'Unterwald-le-Bas a donc, quant au principe, la compétence d'introduire un régime de concession pour l'utilisation du sous-sol en vue de la création d'un dépôt final de déchets nucléaires.

Pour l'octroi d'une concession, le canton n'est toutefois pas entièrement libre. La doctrine récente tend en effet à ne pas exclure, dans le domaine des monopoles de fait et pour l'octroi de concessions d'usage particulier, la référence aux droits fondamentaux et en particulier à la liberté du commerce et de l'industrie (Tobias Jaag, *Gemeingebräuch und Sondernutzung öffentlicher Sachen*, Zbl 93/1992, p. 159; Häfelin/Müller, op. cit., ch. 1896; Rhinow, *Commentaire de la Constitution fédérale*, ad art. 31, ch. 88). Dans la mesure où une concession ne peut être attribuée qu'à un seul requérant, il faut être particulièrement attentif au respect

du principe de l'égalité de traitement. Cette question ne prendra toutefois de l'importance qu'au moment de l'examen d'une demande concrète et ne mérite pas d'être étudiée plus à fond dans le cadre de la garantie de la constitution cantonale par l'Assemblée fédérale.

### **112.23 Réserve de l'article 24<sup>quinquies</sup> de la constitution fédérale et de la législation d'exécution**

Selon l'argumentation développée ci-dessus, la révision de la constitution du canton d'Unterwald-le-Bas peut être interprétée d'une manière conforme au droit fédéral dans la mesure où l'octroi d'une concession n'est pas refusé pour des motifs de sécurité nucléaire. La question se pose toutefois de savoir s'il ne conviendrait pas d'assortir la garantie d'une réserve (voir à ce sujet FF 1990 II 447 ss), à l'instar de ce qui a été fait pour le paragraphe 115 de la constitution du canton de Bâle-Campagne (FF 1986 II 699) et pour l'article 160 C de la constitution du canton de Genève (FF 1988 II 1127). En effet, ces deux dispositions ont été garanties sous réserve de l'article 24<sup>quinquies</sup> de la constitution fédérale et de la législation y relative. La disposition de la constitution du canton d'Unterwald-le-Bas pour laquelle la garantie est demandée se distingue toutefois des réglementations des constitutions des cantons de Genève et de Bâle-Campagne puisque, contrairement à ces dernières, elle ne contient pas d'obligation pour les autorités cantonales de s'opposer à des installations atomiques. Dans leur libellé, les dispositions constitutionnelles révisées ne donnent pas d'orientation politique aux autorités et laissent ouverte la question de savoir de quelle manière les autorités cantonales et le corps électoral vont exercer leurs compétences. Ce sont toutefois les mesures préparatoires prises au Wellenberg en vue de l'aménagement d'un dépôt final qui sont à l'origine de la révision constitutionnelle. La possibilité théorique qu'un canton puisse agir d'une manière contraire au droit fédéral ne justifie pas encore la formulation d'une réserve et créerait un nouveau précédent, peu souhaitable, pour la garantie d'autres constitutions cantonales. Le principe fédéraliste caractérisant la Suisse repose sur le fait que les cantons respectent le droit fédéral. Tant qu'on ne dispose d'aucun élément indiquant clairement une volonté contraire, il y a lieu, lors de la garantie des constitutions cantonales, de partir de l'idée que les organes des cantons s'en tiennent à ce principe politique. Le Conseil fédéral attend par conséquent du canton d'Unterwald-le-Bas qu'il n'empêtre pas sur les compétences fédérales dans le domaine de la législation sur l'énergie nucléaire, mais se borne à examiner les aspects qui relèvent de la compétence du canton.

### **112.24 Conclusion**

Comme la nouvelle réglementation n'est contraire ni aux dispositions de la constitution fédérale, ni à d'autres dispositions du droit fédéral, il convient de lui accorder la garantie sans réserve.

## 12 Constitution du canton de Fribourg

Lors de la votation populaire du 16 février 1992, le corps électoral du canton de Fribourg a accepté, par 37 168 oui contre 10 070 non, le nouvel article 75<sup>bis</sup> et la révision de l'article 77, 2<sup>e</sup> alinéa, de la constitution cantonale. Par lettre du 17 mars 1992, le Conseil d'Etat a requis la garantie fédérale.

### 121 Garantie de l'autonomie communale

L'ancien et le nouveau textes ont la teneur suivante:

#### Ancien texte

*Art. 77, 2<sup>e</sup> al.*

<sup>2</sup> Elles (les communes) ont, sous ce contrôle, la libre administration de leurs biens, placés d'ailleurs sous la garantie de l'article 12 de la présente constitution.

#### Nouveau texte

*Art. 75<sup>bis</sup>*

Les communes sont autonomes dans les limites de la constitution et de la loi.

*Art. 77, 2<sup>e</sup> al.*

*Abrogé*

La nouvelle disposition inscrit expressément la garantie de l'autonomie communale dans la constitution. La mention particulière de l'autonomie dans le domaine des finances est en revanche supprimée, l'autonomie financière étant comprise dans la garantie générale de l'autonomie communale.

## 122 Conformité au droit fédéral

L'organisation interne de l'Etat, en particulier la réglementation de la sphère communale, est du ressort des cantons. La nouvelle disposition constitutionnelle entre entièrement dans le cadre de la compétence cantonale en matière d'organisation. Comme elle n'est contraire ni aux dispositions de la constitution fédérale, ni à d'autres dispositions du droit fédéral, il convient de lui accorder la garantie fédérale.

## 13 Constitution du canton de Thurgovie

Lors de la votation populaire du 16 février 1992, le corps électoral du canton de Thurgovie a accepté la modification du paragraphe 53, 1<sup>er</sup> alinéa, de la constitution cantonale, par 37 831 oui contre 9190 non. Le chancelier du canton de Thurgovie a demandé la garantie fédérale par lettre du 19 novembre 1991.

## 131      **Organisation de la juridiction pénale**

L'ancien et le nouveau textes ont la teneur suivante:

### **Ancien texte**

§ 53, 1<sup>er</sup> al.

<sup>1</sup> La juridiction pénale est exercée par:

1. la Cour de cassation;
2. la Cour criminelle et la Chambre criminelle;
3. la Cour suprême et la Commission de recours de la Cour suprême;
4. les tribunaux de district et les commissions des tribunaux de district;
5. les avocats des mineurs;
6. les préfectures.

### **Nouveau texte**

§ 53, 1<sup>er</sup> al.

<sup>1</sup> La juridiction pénale est exercée par:

1. la Cour suprême et la Commission de recours de la Cour suprême;
2. les tribunaux de district et les commissions des tribunaux de district;
3. les avocats des mineurs;
4. les préfectures.

Le paragraphe 53, 1<sup>er</sup> alinéa, ainsi modifié, ne mentionne plus la Cour de cassation, la Cour criminelle et la Chambre criminelle parmi les organes de la juridiction pénale cantonale. Cette modification constitutionnelle est en relation avec la révision du code de procédure pénale cantonal, qui institue une réglementation uniforme des compétences et ne fait plus dépendre la compétence juridictionnelle de la gravité des sanctions pénales encourues.

## 132      **Conformité au droit fédéral**

Selon l'article 64<sup>bis</sup>, 2<sup>e</sup> alinéa, de la constitution fédérale, l'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice en matière pénale sont de la compétence des cantons. La disposition modifiée s'inscrit pleinement dans le cadre de cette compétence cantonale. Comme elle n'est contraire ni aux dispositions de la constitution fédérale, ni à d'autres dispositions du droit fédéral, il convient de lui accorder la garantie fédérale.

## 14      **Constitution du canton de Neuchâtel**

Lors de la votation populaire du 8 décembre 1991, le corps électoral du canton de Neuchâtel a accepté, par 6654 oui contre 5818 non, la modification de l'article 39, 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> alinéas, de la constitution cantonale. Par lettre du 12 février 1992, le Conseil d'Etat a requis la garantie fédérale.

## 141 Référendum financier

L'ancien et le nouveau textes ont la teneur suivante:

### Ancien texte

*Art. 39, 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> al.*

<sup>2</sup> Les lois sont soumises à l'adoption ou au rejet du peuple, si la demande en est faite par 6000 électeurs. Il en est de même des décrets qui sont d'une portée générale et qui n'ont pas un caractère d'urgence.

<sup>3</sup> Les lois et décrets entraînant une dépense non renouvelable supérieure à 3 millions de francs ou une dépense renouvelable supérieure à 300 000 francs par an, sont soumis obligatoirement au vote du peuple.

### Nouveau texte

*Art. 39, 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> al.*

<sup>2</sup> Les lois, les décrets de portée générale qui n'ont pas un caractère d'urgence et les décrets simples entraînant une dépense nouvelle pour l'Etat sont soumis au vote du peuple, si la demande en est faite par 6000 électeurs.

<sup>3</sup> Les lois et décrets entraînant une dépense non renouvelable supérieure à 1,5 pour cent du montant total des revenus destinés à couvrir les charges de fonctionnement de l'Etat, selon les comptes du dernier exercice, ou une dépense renouvelable supérieure à 1,5 pour mille par an de ce même montant, sont soumis obligatoirement au vote du peuple.

Les nouvelles dispositions modifient la réglementation du référendum financier. Le montant des dépenses déterminant le référendum financier obligatoire n'est plus exprimé en nombres absolus, mais en proportion des charges de fonctionnement de l'Etat. La révision introduit en outre un référendum facultatif pour les décisions portant sur une dépense dont le montant n'atteint pas le seuil requis pour le référendum obligatoire.

## 142 Conformité au droit fédéral

L'introduction et la réglementation concrète du référendum en matière financière relèvent de la compétence des cantons en matière d'organisation. L'article 6, 2<sup>e</sup> alinéa, lettres b et c, de la constitution fédérale, exige simplement que soit assuré «l'exercice des droits politiques d'après des formes républicaines – représentatives ou démocratiques», et que les constitutions cantonales «puissent être revisées lorsque la majorité absolue des citoyens le demande». La modification apportée ici demeure dans ce cadre. Comme elle n'est contraire ni aux dispositions de la constitution fédérale, ni à d'autres dispositions du droit fédéral, il convient de lui accorder la garantie fédérale.

## 15 Constitution du canton de Genève

Lors de la votation populaire du 29 septembre 1991, le corps électoral du canton de Genève a accepté, par 46 776 oui contre 6533 non, la modification des articles

133 et 136 de la constitution cantonale; il a en outre approuvé, lors de la votation du 16 février 1992, l'introduction dans la constitution d'un nouvel article 10A, par 46 030 oui contre 31 418 non. Par lettre du 1<sup>er</sup> avril 1992, le Conseil d'Etat a demandé la garantie fédérale des dispositions modifiées.

## 151 Ministère public

L'ancien et le nouveau textes ont la teneur suivante:

### Ancien texte

#### Art. 133

Les fonctions de juge, de procureur général et de substitut du procureur général sont incompatibles avec toute fonction administrative salariée.

#### Art. 136

<sup>1</sup> Les fonctions du ministère public sont exercées par un procureur général et ses substituts.

<sup>2</sup> La loi règle leurs attributions.

<sup>3</sup> En cas de maladie grave ou d'empêchement prolongé du procureur général, ou d'impossibilité de procéder à son remplacement immédiat en application de la loi organique sur l'élection des magistrats de l'ordre judiciaire, il est remplacé par un des magistrats de cet ordre. Ce remplaçant est choisi d'un commun accord entre le procureur général et le président de la Cour de justice. A défaut d'accord, il est désigné par les juges de la Cour.

### Nouveau texte

#### Art. 133

Les fonctions de juge, de procureur général, de procureur et de substitut sont incompatibles avec toute fonction administrative salariée.

#### Art. 136

<sup>1</sup> Les fonctions du Ministère public sont exercées par un procureur général, deux procureurs et des substituts.

<sup>2</sup> La loi règle l'organisation du Ministère public.

<sup>3</sup> *Abrogé*

Cette modification de la constitution cantonale concerne la juridiction pénale. Elle prévoit une extension du Ministère public afin de permettre une poursuite plus efficace du crime organisé et de la criminalité économique.

## 152 Conformité au droit fédéral

Selon l'article 64<sup>bis</sup>, 2<sup>e</sup> alinéa, de la constitution fédérale, l'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice en matière pénale sont de la compétence des cantons. La révision en question demeure pleinement dans le cadre de cette compétence cantonale. Comme elle n'est contraire ni aux dispositions de la constitution fédérale, ni à d'autres dispositions du droit fédéral, il convient de lui accorder la garantie fédérale.

## 153 Droit au logement

Le nouveau texte a la teneur suivante:

### Nouveau texte

#### *Art. 10 A*

<sup>1</sup> Le droit au logement est garanti.

<sup>2</sup> L'Etat et les communes encouragent par des mesures appropriées la réalisation de logements – en location ou en propriété – répondant aux besoins reconnus de la population.

L'alinéa premier de cette nouvelle disposition inscrit dans la constitution un droit au logement. Le second prévoit des mesures d'encouragement à la construction de logements.

## 154 Conformité au droit fédéral

Selon la doctrine et la jurisprudence, les droits fondamentaux garantis par les constitutions cantonales ont une portée autonome en tant qu'ils accordent une protection qui va plus loin que celle qui résulte du droit fédéral (ATF 107 Ia 229 s; 104 Ia 435; FF 1989 III 711 et 839). La constitution fédérale ne contient aucun droit fondamental qui garantisse un droit au logement (Ch.-A. Junod, in *Commentaire de la Constitution fédérale*, ad art. 34<sup>sexies</sup>, ch. 37). Cela n'empêche toutefois pas les cantons de prévoir un tel droit, pour autant que, ce faisant, ils ne contreviennent ni aux dispositions de la constitution fédérale, ni à d'autres dispositions du droit fédéral.

Le droit fondamental inscrit au 1<sup>er</sup> alinéa de la disposition examinée est un droit social. Les droits sociaux n'impliquent cependant des préentions subjectives, déductibles en justice, que si la prestation qu'ils ont pour objet est suffisamment déterminée et précise, de façon à pouvoir être reconnue et accordée par un juge (J. P. Müller, in *Commentaire de la Constitution fédérale*, *Introduction aux droits fondamentaux*, ch. 18 ss). Ce caractère justiciable fait défaut au droit au logement tel qu'il est formulé dans la constitution genevoise, aucune instance judiciaire ne pouvant attribuer un logement aux personnes qui en recherchent. La signification du 1<sup>er</sup> alinéa est donc celle d'une disposition-programme, fixant un but à l'Etat. Conformément au 2<sup>e</sup> alinéa, l'Etat et les communes doivent prendre les mesures nécessaires à la réalisation de cet objectif.

La Confédération a la compétence, aux termes de l'article 34<sup>sexies</sup> de la constitution fédérale, d'encourager la construction de logements. La compétence fédérale n'est toutefois pas exclusive et les cantons sont eux aussi habilités à prendre, parallèlement, des mesures d'encouragement en matière de construction de logements (Ch.-A. Junod, in *Commentaire de la Constitution fédérale*, ad art. 34<sup>sexies</sup>, ch. 30 ss). Le droit fédéral laisse donc place à des mesures d'encouragement à la construction de logements telles qu'elles sont prévues par le 2<sup>e</sup> alinéa de la disposition constitutionnelle genevoise.

La révision constitutionnelle en question n'est pas non plus contraire à la liberté du commerce et de l'industrie ou à la garantie de la propriété (voir sur ce point

Ch.-A. Junod, in *Commentaire de la Constitution fédérale*, ad art. 34<sup>sexies</sup>, ch. 40 ss). Certes, à l'article 31, la constitution fédérale consacre le principe fondamental d'un régime économique de libre concurrence. Selon la conception actuelle, cette disposition n'a toutefois pas une portée absolue. La liberté économique est intégrée à un ensemble d'autres normes constitutionnelles, fondées en particulier sur des motifs de politique sociale, qui peuvent elles aussi avoir des incidences de politique économique (cf. R. A. Rhinow, in *Commentaire de la Constitution fédérale*, ad art. 31, ch. 20 ss). Ainsi, la doctrine et la jurisprudence admettent les restrictions cantonales à la liberté du commerce et de l'industrie fondées sur des motifs de politique sociale (R. A. Rhinow, cité, ad art. 31, ch. 168 et 169; J. P. Müller, *Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung*, Berne, 1991, p. 369 ss). C'est dans cet esprit qu'il faut voir la modification de la constitution genevoise, laquelle institue, au titre de l'encouragement à la construction de logements, une tâche cantonale compatible avec la constitution fédérale.

On rencontre d'ailleurs une disposition analogue à celle dont la garantie est demandée ici dans la constitution du canton du Jura (art. 22), disposition à laquelle l'Assemblée fédérale a accordé sa garantie sans réserve (FF 1977 II 259 ss). La garantie doit également être accordée à la nouvelle disposition constitutionnelle genevoise puisqu'elle n'est contraire ni aux dispositions de la constitution fédérale, ni à d'autres prescriptions du droit fédéral.

## 2 Constitutionnalité

En vertu des articles 6 et 85, chiffre 7, de la constitution, l'Assemblée fédérale est compétente pour accorder la garantie fédérale aux constitutions cantonales.

# **Arrêté fédéral accordant la garantie fédérale aux constitutions révisées de certains cantons**

*Projet*

du

---

*L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,  
vu l'article 6 de la constitution;  
vu le message du Conseil fédéral du 31 août 1992<sup>1)</sup>,  
arrête:*

## **Article premier**

La garantie fédérale est accordée:

### **1. Unterwald-le-Bas**

Aux articles 52, 3<sup>e</sup> alinéa, chiffre 6, et 65, 2<sup>e</sup> alinéa, chiffre 8, de la constitution cantonale, acceptés lors de la landsgemeinde du 29 avril 1990;

### **2. Fribourg**

A l'article 75<sup>bis</sup> ainsi qu'à l'abrogation de l'article 77, 2<sup>e</sup> alinéa, de la constitution cantonale, acceptés en votation populaire du 16 février 1992;

### **3. Thurgovie**

Au paragraphe 53, 1<sup>er</sup> alinéa, de la constitution cantonale, accepté en votation populaire du 16 février 1992;

### **4. Neuchâtel**

A l'article 39, 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> alinéas, de la constitution cantonale, accepté en votation populaire du 30 septembre 1991;

### **5. Genève**

Aux articles 133 et 136, 1<sup>er</sup> et 2<sup>e</sup> alinéas, ainsi qu'à l'abrogation de l'article 136, 3<sup>e</sup> alinéa, de la constitution cantonale, acceptés en votation populaire du 29 septembre 1991, de même qu'à l'article 10A de la constitution cantonale, accepté en votation populaire du 16 février 1992.

## **Art. 2**

Le présent arrêté, qui n'est pas de portée générale, n'est pas sujet au référendum.

<sup>1)</sup> FF 1992 V 1157

**Message concernant la garantie des constitutions révisées des cantons d'Unterwald-le-Bas,  
de Fribourg, de Thurgovie, de Neuchâtel et de Genève du 31 août 1992**

In Bundesblatt

Dans Feuille fédérale

In Foglio federale

Jahr 1992

Année

Anno

Band 5

Volume

Volume

Heft 41

Cahier

Numero

Geschäftsnummer 92.073

Numéro d'affaire

Numero dell'oggetto

Datum 13.10.1992

Date

Data

Seite 1157-1170

Page

Pagina

Ref. No 10 107 127

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv digitalisiert.

Le document a été digitalisé par les. Archives Fédérales Suisse.

Il documento è stato digitalizzato dell'Archivio federale svizzero.