



Article scientifique

Article

2017

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La clarté : un nouveau principe constitutionnel ?

Flückiger, Alexandre; Grodecki, Stéphane

How to cite

FLÜCKIGER, Alexandre, GRODECKI, Stéphane. La clarté : un nouveau principe constitutionnel ? In: Zeitschrift für schweizerisches Recht, 2017, vol. 136. Halbbd. I, p. 31–62.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:92928>

La clarté: un nouveau principe constitutionnel?

ALEXANDRE FLÜCKIGER*/STÉPHANE GRODECKI**

«*Il faut qu'une Constitution soit courte et obscure*»

Citation attribuée parfois à Napoléon ou à Talleyrand¹

Mots-clés: légalité, rédaction législative, légistique, clarté, clarté linguistique, clarté normative et droits politiques

A. Introduction

Cet article est né de la rencontre de deux interrogations que chacun des coauteurs de la présente contribution a soulevées de son côté. La première est relative à la nature paradoxalement peu claire de la clarté législative². La seconde a trait à la difficulté de sa réception dans le domaine des initiatives populaires³. Les contours de la clarté, bien que celle-ci soit régulièrement citée par la doctrine ou la jurisprudence, n'ont en effet encore que peu été examinés. Nous avons tenté de fondre deux plumes en une seule pour tenter d'y voir ... plus clair!

Pour ce faire, nous distinguerons les deux faces de la clarté (chap. B) – son côté linguistique (chap. C) et son côté normatif (chap. D) – avant d'évoquer plus spécialement le domaine des droits politiques (chap. E) puis de conclure (chap. F).

* Professeur à l'Université de Genève.

** Chargé de cours à l'Université de Genève, Premier procureur à Genève, Docteur en droit.

1 Voir OLIVIER BIGLER, *La révision totale de la Constitution fédérale du 19 mai 1874: entre droit, politique et histoire, les enjeux de l'écriture constitutionnelle*, Neuchâtel, 2014, p. 321.

2 ALEXANDRE FLÜCKIGER, *Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal*, *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel* 2006, n° 21, p. 74 ss.

3 STÉPHANE GRODECKI, *L'initiative populaire cantonale et municipale à Genève*, Genève 2008, p. 84 ainsi que p. 300 ss.

B. La double face de la clarté législative

I. La clarté linguistique et la clarté normative

La clarté législative présente une double face : la clarté comme qualité du texte de loi à être facilement compris d'un point de vue linguistique par ses destinataires et la clarté comme propriété du texte à communiquer à sa simple lecture le contenu de la norme dans une situation concrète⁴. Ce double aspect met en évidence une distinction essentielle qui aide à comprendre la différence : celle entre le *texte* de loi et la *norme* qu'on en fait découler⁵.

Les droits fondamentaux sont ainsi souvent très clairs sous le premier aspect, mais non sous le second. Par exemple, l'énoncé selon lequel «la liberté de conscience et de croyance est garantie» (art. 15 I Cst.) est un texte parfaitement clair linguistiquement ; il est en revanche absolument incapable, à sa simple lecture, de communiquer au directeur d'une école publique le contenu de la norme à suivre quand celui-ci devra décider s'il peut contraindre ou non une fillette musulmane de participer aux cours de natation avec les garçons. Le *texte* ne prédétermine pas la *norme* exacte dans ce cas concret. Il faudra attendre que les autorités tranchent en fondant leur détermination sur d'autres arguments que la seule lecture du texte ; motivation susceptible d'évoluer au cours du temps, ce qui explique pourquoi le juge peut décider sur la base de la même disposition d'exempter une fillette des cours de natation mixtes et de l'y contraindre quelques années plus tard⁶. On rappellera que la critique des droits humains sous l'angle de leur indétermination remonte à l'origine même de ceux-ci⁷.

Les notions quantifiées (âge, nombre, durée, surface, volume, pourcentage) sont au contraire plus précises, ne laissant d'ordinaire qu'une marge restreinte à l'interprète⁸. L'énoncé selon lequel «le Conseil national se compose de 200 dé-

4 FLÜCKIGER (note 4), p. 74 ss. Sur les contours indécis de la clarté, cf. Pierre ALBERTINI, *La crise de la loi : déclin ou mutation ?*, Paris 2015, p. 261 ss ; Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013, p. 213. Le Guide de législation de la Confédération exprime cette dualité de la manière suivante : «Le langage législatif doit obéir à deux principes qui peuvent paraître contradictoires. D'une part, il doit être aussi compréhensible que possible par les personnes auxquelles il s'adresse. D'autre part, il doit être suffisamment précis pour ne pas créer d'incertitudes, au risque de devenir un jargon scientifique.» (OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide pour l'élaboration de la législation fédérale*, 3^e éd., Berne 2007, N 916, p. 375).

5 Sur cette distinction, cf. FRIEDRICH MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, Paris 1996, p. 168 et 348 ss ; PIERRE MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris 2005, p. 64 et 165 ss.

6 ATF 135 I 79, qui renverse ATF 119 Ia 178.

7 Voir JEREMY BENTHAM, *Traité de la législation civile et pénale*, Paris 1802, critiquant la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* française sous l'angle de l'imprécision des formulations (réf. citée in VÉRONIQUE CHAMPEIL DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris 2014, p. 259 ss).

8 PIERRE MOOR/ALEXANDRE FLÜCKIGER/VINCENT MARTENET, *Droit administratif – Vol. I: Les fondements généraux*, Berne 2012, p. 138.

putés du peuple» (art. 149 I Cst.) par exemple exclut d'en ajouter un deux-cent-unième. Il est pour le surplus également très clair sous l'angle linguistique.

On qualifiera dès lors de *clarté linguistique* la propriété d'un texte de loi d'être formulé de manière compréhensible pour ses destinataires et de *clarté normative* celle d'un texte de loi d'être formulé de sorte à y lire – et comprendre – directement et facilement la norme à suivre dans un cas concret⁹. Un énoncé indéterminé, imprévisible, vague, flou, imprécis, ouvert, ambigu, incertain, indéfini (antonymes de la clarté normative) n'est dès lors pas forcément incompréhensible, inintelligible, illisible, obscur, abscons, confus, incohérent ou compliqué (antonymes de la clarté linguistique) comme l'exemple de la liberté religieuse le montre. Pareillement, un énoncé peu clair linguistiquement n'est pas forcément peu clair normativement dans la mesure où la notion de compréhensibilité varie selon les destinataires du texte.

L'exemple de l'annexe I de l'accord entre la Confédération suisse et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord concernant la coopération en matière de fiscalité¹⁰ pour déterminer la manière de calculer le paiement unique sur les avoirs de la personne concernée n'est probablement pas compréhensible pour le juriste moyen (*judex non calculat* ...) mais permet à un conseiller fiscal de calculer commodément un montant fort prévisible en appliquant la formule suivante:

Annexe I

Calcul du montant du paiement unique selon l'art. 9, al. 2

$$P = \max \left\{ f \cdot \left[\frac{2}{3} \cdot \left(C_d - \frac{n}{8} \cdot C \right) + \frac{1}{3} \left(\frac{n}{10} \cdot C_d + \frac{2}{10} \cdot \left(\frac{C_9 + C_{10}}{2} \right) \right) \right] \right. \\ \left. f_{\min} \cdot C_d \right\}$$

où

$$C_9 = C_d + C_d \cdot r$$

$$C_{10} = C_d + C_d \cdot 2 \cdot r$$

$$C_d = \begin{cases} C_9 & \text{si } C_{10} < C_9 \\ C_{10} & \text{si } C_9 \leq C_{10} \leq 1.2 \cdot C_9 \\ \max \left\{ C_9 + \frac{10}{100} \text{ plus-values} + \frac{1}{25} \text{ reversements} \right\} & \text{si } C_{10} > 1.2 \cdot C_9 \end{cases}$$

La règle suivante vise à éviter que l'application de la formule pour l'élément de capital ne débouche sur une valeur négative:

$$\text{Si } C_d - \frac{n}{8} \cdot C < 0, \text{ cette valeur est fixée à zéro.}$$

9 D'où le terme de concrétisabilité que nous avons utilisé pour exposer ce second sens in: FLÜCKIGER (note 4). Cf. ég. les notions de clarté de la langue vs clarté du droit in: MARC DEBONO, Langue et droit, Approche sociolinguistique, historique et épistémologique, Bruxelles 2013, première partie, chapitre 2, ch. 1.3.3.

10 RS 0.672.936.74.

P	Paiement unique
t	Taux d'imposition (34 %)
C _d	Capital déterminant
n	Nombre d'années de la relation bancaire avant le 31.12.2010, 0 ≤ n ≤ 8
C	Montant du capital à la fin de l'année d'ouverture de la relation bancaire. Pour les relations bancaires ouvertes avant le 01.01.2003, le montant du capital au 31.12.2002 est déterminant.
i	Année i, 1 ≤ i ≤ 10, l'année 1 débutant le 01.01.2003
C _i	Montant du capital à la fin de l'année i
C ₈	Montant du capital à la fin de la 8e année (31.12.2010)
C ₁₀	Montant du capital à la fin de la 10e année (31.12.2012)
C ₉ , C ₁₀ '	Capital fictif à la fin de la 9e année (31.12.2011) ou de la 10e année (31.12.2012)
r	Rendement (3 %)
t _{min}	Taux d'imposition minimum (19 %)
Reversements	Entrées de capitaux des années 9 et 10 qui compensent les sorties des années 1 à 8

II. La clarté normative et la doctrine du sens clair

Selon la doctrine classique, la clarté normative fait écho à la doctrine, aujourd'hui dépassée, dite du «sens clair» (*plain meaning rule*; *Eindeutigkeitsregel*) selon laquelle la formulation claire (*klarer Wortlaut*) d'un texte de loi interdirait à l'interprète de rechercher le sens selon d'autres techniques d'interprétation que la méthode littérale¹¹. Juger qu'un texte est clair est déjà une interprétation en soi:

«Un texte *prend* un sens clair lorsque le juge le considère comme tel: c'est une décision qu'il prend de ne pas faire d'autre effort de lecture, décision qui relève *déjà* de l'interprétation.»¹²

Toutefois même si la formulation est claire, le juge peut s'en écarter à condition de justifier par des motifs «sérieux» que le texte ne reflète pas le «sens véritable» de la norme¹³.

L'interprète juge librement si la formulation du texte est claire ou non. S'il conclut que celle-ci ne l'est pas, il est libre de rechercher le sens de la norme par d'autres techniques d'interprétation. S'il conclut que le texte est clair, il n'est alors plus libre de s'en écarter sans devoir apporter une motivation plus «sérieuse» pour convaincre que le texte de loi ne reflète pas la norme telle que voulue par le législateur.

La clarté normative peut donc être comprise, du point de vue de l'interprète, comme le degré de difficulté que celui-ci rencontrera s'il compte renoncer à

11 SUSAN EMMENEGGER/AXEL TSCHENTSCHER, ZGB, Art. 1, Berner Kommentar, Berne 2012, N 225; CHAMPEIL-DESPLATS (note 9), p. 379 ss; ERIC MILLARD, Les limites des guides de législation: l'exemple français, in: Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer: le rôle des guides de légistique, Genève 2008, p. 125.

12 Pierre MOOR, Dynamique du système juridique: une théorie générale du droit, Zurich 2010, p. 253.

13 ATF 139 I 257, 260.

l'interprétation littérale au profit d'autres techniques interprétatives, notamment celles axées sur les finalités de l'acte, c'est-à-dire son esprit plutôt que sa lettre:

«Die Wortlautgrenze ist das methodische Instrument, mit dem man erhöhte Begründungsanforderungen an die Rechtsanwender stellt [...] Im praktischen Ergebnis bedeutet dies, dass starke teleologische Argumente gefordert sind, wenn man eine fehlende Unterstützung durch den Gesetzestext ausgleichen will.»¹⁴

Cette jurisprudence implique que le rédacteur, lorsqu'il rédige une formulation claire sous l'angle normatif, doit veiller à bien communiquer le sens véritable de la norme telle que voulue par le législateur. Le législateur est visiblement conscient de cet enjeu puisqu'il charge la Commission de rédaction de l'Assemblée fédérale de «s'assure[r que les textes] sont conformes à la volonté de l'Assemblée fédérale.» (art. 57 II LParl¹⁵). S'ils ne devaient pas l'être, la commission a la compétence de les faire corriger après le vote final s'ils ne sont pas conformes aux résultats des délibérations parlementaires (art. 58 I LParl).

La Commission de rédaction précise ce qu'elle entend par l'expression «formulations non conformes aux délibérations parlementaires: les erreurs de traduction ou une version non définitive, car modifiée ultérieurement lors de l'élimination des divergences.» (art. 6 I let. b ordonnance de l'Assemblée fédérale sur la Commission de rédaction¹⁶).

La commission peut également ordonner la correction d'erreurs après qu'un acte de l'Assemblée fédérale a été publié dans le Recueil officiel des lois fédérales pour autant que celles-ci soient «manifestes» (art. 58 II LParl), à l'exemple des «erreurs qui, à la lumière des travaux préparatoires, apparaissent à l'évidence comme non conformes aux décisions des conseils» et des «erreurs de simple forme» à l'instar des «erreurs qui consistent en un remplacement ou une abrogation non intentionnels d'une ou plusieurs dispositions législatives.» (art. 7 I let. a et b ordonnance de l'Assemblée fédérale sur la Commission de rédaction¹⁷).

Quant aux actes édictés par le Conseil fédéral, ses départements et ses offices, la Chancellerie fédérale est compétente pour corriger dans le recueil officiel «les formulations qui ne correspondent pas aux décisions prises par l'autorité qui a édicté l'acte considéré» (art. 10 I LPubl¹⁸).

L'Office fédéral de la justice examine quant à lui l'«exactitude quant au fond» de l'ensemble des projets d'actes législatifs (art. 7 III Org DFJP¹⁹).

14 EMMENEGGER/TSCHENTSCHER (note 13), N 229.

15 RS 171.10.

16 RS 171.105.

17 *Ibid.*

18 RS 170.512.

19 RS 172.213.1.

C. La clarté linguistique

I. Introduction

La *clarté linguistique*, c'est-à-dire la propriété d'un texte de loi d'être formulé de manière compréhensible pour ses destinataires, est considérée par certains comme un mythe:

«Il est remarquable de constater que ce mythe de la *clarté linguistique* est largement répandu au sein d'une communauté juridique pour qui la recherche de la *clarté juridique* constitue un objectif primordial.»²⁰

Dans tous les cas, la notion peut – et doit – être opérationnalisée à l'aide d'indicateurs. Le *Guide pour l'élaboration de la législation fédérale* oppose l'art poétique au style législatif pour mettre en évidence les spécificités de ce dernier:

«Le langage législatif, à la différence par exemple du langage poétique, se doit d'être le plus clair, le moins approximatif et le plus direct possible. Il possède donc les spécificités suivantes: La nécessité d'une bonne conception préalable de la matière normative; La cohérence; La clarté; La concision; Le respect d'un éventuel cadre terminologique préexistant.»²¹

On retiendra pour notre part les indicateurs suivants: la lisibilité, la cohésion, la cohérence, l'intelligibilité et la compréhensibilité.

L'exigence de clarté linguistique est mise en œuvre dans le monde anglo-saxon sous l'étiquette du «*plain language*»:

«A communication is in plain language if the language, structure, and design are so clear that the intended audience can easily find what they need, understand what they find, and use that information.»²²

Aux Etats-Unis, le *Plain Writing Act* du 13 octobre 2010 exige que les agences fédérales utilisent une «*clear Government communication that the public can understand and use.*» Un memorandum de Cass Sunstein, en son ancienne fonction d'administrateur de l'*Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA) dépendant de l'*Office of Management and Budget* (OMB) a précisé la loi de 2010 en les termes suivants: «*As defined in the Act, plain writing is writing that is clear, concise, well-organized, and consistent with other best practices appropriate to the subject or field and intended audience. Such writing avoids jargon, redundancy, ambiguity, and obscurity.*»²³

20 DEBONO (note 11), première partie, chapitre 2, ch. 1.2.2.

21 OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (note 6), N 919, p. 375.

22 International Plain Language Federation (<<http://plainlanguagenetwork.org/plain-language/what-is-plain-language/>> [consulté le 15 août 2016]).

23 <<https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/memoranda/2011/m11-15.pdf>> [consulté le 19 août 2016].

II. Les indicateurs

1. La lisibilité

a. Définition

La lisibilité peut être définie comme la «représentation quantitative de la facilité de lecture du texte, évaluant, entre autres facteurs connus, la longueur des mots, la familiarité du vocabulaire, une ponctuation simple, la répartition entre mots concrets et abstraits, la complexité et la forme des phrases.»²⁴

Pour illustrer l'aspect quantitatif de l'évaluation, on peut se référer aux formules proposées dans le monde anglo-américain dès la fin du XIX^e siècle²⁵. Ces méthodes ont été popularisées après-guerre. Pour mesurer la lisibilité d'un texte écrit, Rudolph Flesch proposait ainsi de calculer les éléments suivants : la longueur moyenne des phrases en mots ; la longueur moyenne des mots en syllabes ; le pourcentage moyen de «mots personnels» ; le pourcentage moyen de phrases personnelles.²⁶ Robert Gunning suggérait de calculer un «indice de brume» (*fog index*) en combinant la longueur moyenne des phrases avec le pourcentage de mots comportant trois syllabes ou plus²⁷.

Cette quantification ne permet pas à elle seule d'exprimer la clarté d'un texte. Elle est certainement pertinente, mais réductrice. Si des textes simples et concis produisent des textes lisibles, le problème reste ouvert chaque fois qu'il s'agit de transmettre des règles complexes :

«les formules de lisibilité sont jugées pertinentes mais incomplètes pour rendre compte, à elles seules, de la clarté. Elles introduisent un biais favorable à l'égard d'une langue plutôt répétitive et sans relief, qui a pour avantage d'être lue avec facilité, mais qui agit ce faisant au détriment de la complexité des contenus.»²⁸

Si la *concision* et la *simplicité* forment les deux composantes classiques de la lisibilité, l'exigence de *précision* peut également s'y rajouter à condition de ne pas la confondre avec la nécessité de préciser une notion juridique indéterminée dans le contexte de la qualité normative²⁹.

Sous l'angle de la qualité linguistique, un texte de loi est par exemple imprécis si le rédacteur utilise le même mot pour signifier différentes notions ou des mots différents pour une même notion. Répéter les mots sans recourir à des synonymes augmente ainsi la précision du texte et confère au droit ce style si particulier, étranger aux textes littéraires. La précision peut aussi être exigée dans les références et les renvois.

-
- 24 CÉLINE BEAUDET, Clarté, lisibilité, intelligibilité des textes : un état de la question et une proposition pédagogique, *Recherches en rédaction professionnelle* 2001, Vol. 1, n° 1, p. 4.
- 25 On se reportera à la réédition des textes pertinents in : WILLIAM H. DUBAY (éd.), *The Classic Readability Studies*, Costa Mesa 2006 : par exemple L.A. SHERMAN (1893), E. L. THORNDIKE (1921), B.A LIVELY et S.L. PRESSEY, 1923 et M. VOGEL et C. WASHBURNE (1928) pour les précurseurs.
- 26 RUDOLPH FLESCH, A new Readability Yardstick, *Journal of Applied Psychology* 1948, n° 32, p. 221 ss.
- 27 ROBERT GUNNING, *The technique of clear writing*, New York 1952.
- 28 BEAUDET (note 26), p. 5.
- 29 MÖLLER/UHLMANN (note 6), p. 214.

La précision s'impose dans les *traductions* afin d'assurer une concordance entre les différentes versions linguistiques.

Le respect des *règles d'orthographe, de grammaire et de ponctuation* contribue également à la lisibilité des textes³⁰.

Enfin, *illustrer* un texte par des graphiques, des formules, des cartes ou des tableaux permet d'éviter des formulations compliquées.

b. Sources

aa. Lois fédérales

La Commission de rédaction de l'Assemblée fédérale «veille à ce que les textes soient [...] concis.» (art. 57 II LParl), «vérifie [la] concordance [des textes] dans les trois langues officielles» (art. 57 II LParl) et peut corriger des erreurs de forme constatées après le vote final de la loi (art. 58 LParl).

L'ordre juridique peut imposer des qualités de lisibilité à d'autres types de documents que les textes normatifs, par exemple les étiquettes de médicament³¹, les produits chimiques³², l'indication des prix³³, les avertissements sur les jouets pour enfants³⁴, les mémoires de recours au TF³⁵, les avis d'interdiction de fumer relatives aux substances explosible³⁶, etc.

S'agissant des actes édictés par le Conseil fédéral, ses départements et ses offices, la Chancellerie est compétente pour corriger tant les erreurs qui entraînent un changement de sens (art. 10 LPubl) que celles qui n'en entraînent pas (art. 12 I LPubl) et pour adapter les dénominations des unités administratives, les renvois, les références et les abréviations (art. 12 II LPubl).

bb. Ordonnances législatives

Le Conseil fédéral a précisé que les erreurs qui entraînent un changement de sens selon l'art. 10 al. 1 LPubl sont notamment (a) les erreurs de grammaire, d'orthographe ou de présentation qui ont une incidence sur le contenu; (b) les erreurs de forme comme les renvois erronés, les erreurs relevant de la technique législative ou la dispersion terminologique; (c) les erreurs de traduction (art. 7 II OPubl³⁷).

30 Pour une critique des textes de loi en Suisse sous cet angle, cf. par exemple HERIBERT RAUSCH, *Du Gesetzgeber, du nicht sprechen Deutsch gut?, Vom Wert einer guten Gesetzgebung*, Berne 2014, p. 107 ss.

31 Par exemple Annexe 1, ch. 2^{bis} al. 3 de l'ordonnance sur les exigences relatives aux médicaments (RS 812.212.22).

32 Par exemple Annexe 1.3 ch. 3 al. 2 de l'ordonnance sur la réduction des risques liés aux produits chimiques (ORRChim – RS 814.81).

33 Par exemple art. 7 al. 2 et 8 de l'ordonnance du 11 décembre 1978 sur l'indication des prix (OIP – RS 942.211).

34 Art. 5 al. 3 de l'ordonnance sur les jouets (OSJo – RS 817.023.11).

35 Art. 42 al. 6 LTF.

36 Cf. par exemple art. 89 al. 5 de l'ordonnance sur les explosifs (OExpl – RS 941.411).

37 RS 170.512.1. Cf. ég. art. 16 OPubl pour les corrections sans procédure formelle.

Au niveau des actes parlementaires, l'Assemblée fédérale entend par erreurs de forme au sens de l'art. 58 I LParl «les références erronées, les erreurs de technique législative ou la dispersion terminologique interne» (art. 6 I let. a ordonnance de l'Assemblée fédérale sur la Commission de rédaction³⁸). L'Assemblée fédérale autorise par ailleurs la Chancellerie fédérale à corriger en tout temps «les erreurs de grammaire, d'orthographe ou de présentation ne touchant absolument pas au fond» (art. 8 ordonnance de l'Assemblée fédérale sur la Commission de rédaction³⁹). La Commission de rédaction de l'Assemblée fédérale peut transmettre des propositions à la commission chargée de l'examen préalable d'un projet qui contiendrait des «imprécisions» qu'elle aurait constatées (art. 5 I ordonnance de l'Assemblée fédérale sur la Commission de rédaction⁴⁰) et de s'assurer de la «concordance des versions française, allemande et italienne et de leur conformité aux règles de la rédaction et de la technique législatives» (art. 3 I de l'ordonnance de l'Assemblée fédérale sur la Commission de rédaction⁴¹).

cc. Ordonnances administratives

La Confédération reste, en théorie, attachée à produire un texte lisible en se référant aux maximes de lisibilité que le rédacteur du Code civil suisse, Eugène Huber, s'était données afin de composer une législation «populaire» (*volkstümlich*)⁴². Le *Guide pour l'élaboration de la législation fédérale* les reprend à destination des rédacteurs fédéraux :

«Article et alinéa – L'article ne devrait pas comprendre plus de trois alinéas; L'alinéa doit former une unité conceptuelle; Une phrase par alinéa; si énumération, subdivision en lettres; Dans la mesure du possible, pas plus de quinze mots par phrase.»⁴³

En plus de ce guide, les *Directives de la Confédération sur la technique législative* (DTL)⁴⁴ et le *Guide linguistique des lois et ordonnances de la Confédération* (GLLOC)⁴⁵ exigent simplicité, concision ainsi que l'usage d'un langage courant notamment⁴⁶.

38 RS 171.105.

39 *Ibid.*

40 *Ibid.*

41 *Ibid.*

42 EUGEN HUBER, Code civil suisse: exposé des motifs, Berne 1901, p. 10 ss.

43 OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (note 6), ch. 8247, p. 363.

44 CHANCELLERIE DE LA CONFÉDÉRATION SUISSE, Directives de la Confédération sur la technique législative (DTL), Berne 2013.

45 www.bk.admin.ch > Documentation > Langues > Documents en français (consulté le 19 août 2016).

46 OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE 2007 (note 6), N 938, p. 380 ss; Guide linguistique des lois et ordonnances de la Confédération (note 47), entrée «temps grammatical»; OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (note 6), N 931, p. 377 s. et N 936, p. 380; CHANCELLERIE DE LA CONFÉDÉRATION SUISSE (note 46), N 31, p. 23.

Le règlement de la Commission interne de rédaction⁴⁷ charge cet organe de veiller «à une formulation simple et concise, claire» (art. 2 I), à la «correction linguistique» (art. 2 I let. e) et «à la correspondance des versions allemande et française du texte» (art. 2 I let. d).

2. *La cohésion*

a. *Définition*

La notion de cohésion textuelle complète celle de lisibilité⁴⁸ en ce sens qu'elle peut être comprise comme «la lisibilité de l'emboîtement des parties constitutives d'un texte»⁴⁹. Cette cohésion peut être atteinte par l'utilisation de marqueurs linguistiques (d'une part, d'autre part, en premier lieu, en deuxième lieu, d'abord, ensuite, enfin, etc.)⁵⁰.

Il faut ajouter à ces marqueurs tous les procédés visant à informer l'interprète sur la structure d'ensemble du texte, ses parties et ses liens, tels que les intitulés, la numérotation, la division en alinéas et paragraphes, les sommaires, les tables des matières, etc.⁵¹

b. *Sources*

La cohésion trouve principalement ses sources dans des ordonnances administratives.

Le guide de législation préconise ainsi de recourir aux marqueurs de cohésion (comme, quand, d'une part, d'autre part, etc.)⁵².

Il précise par ailleurs que les règles de lisibilité d'Eugène Huber visent aussi la structure des subdivisions de l'article en alinéas :

«Clarté dans les subdivisions – Les subdivisions (alinéa, article, section [...]) ne devraient être ni trop courtes, ni trop longues. Il convient, pour cette raison, de se souvenir de la règle formulée par Eugen Huber [...], soit: 1. trois alinéas par article au maximum; 2. une phrase par alinéa; 3. une idée par phrase.»⁵³

Le guide de législation comprend l'exigence de cohésion sous l'étiquette de la «systématique externe» (structure formelle d'un acte, soit la division de la matière normative en parties, titres, chapitres, sections et articles)⁵⁴. Il en reconnaît l'importance comme contribution; d'une part, à l'intelligibilité du texte de loi et, d'autre part, à la lisibilité des textes. Le fait de placer certaines disposi-

47 Règlement de la Commission interne de rédaction (CIR) du 1^{er} novembre 2007.

48 BEAUDET 2001 (note 26), p. 6.

49 *Ibid.*

50 CÉLINE BEAUDET, Le rédacteur et la fabrication du sens d'un texte persuasif, Communication 2003, Vol. 22/2, n° 1, p. 44 ss.

51 BEAUDET 2003 (note 52), N 12.

52 OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE 2007 (note 6), N 938, p. 381.

53 OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE 2007 (note 6), N 880, p. 359.

54 OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE 2007 (note 6), N 870, p. 353 ss.

tions en *annexe* l'illustre, si l'objet de la réglementation s'insère mal dans la structure de l'acte, découpé en articles, ou si l'on doit avoir recours à des représentations graphiques pour en assurer l'application correcte, tant selon le guide de législation que les directives sur la technique législative⁵⁵.

Les directives sur la technique législative contribuent très efficacement à la cohésion des actes en leur imposant une structure standardisée (titre, préambule et corps de l'acte composé d'une partie introductive, d'une partie principale et de dispositions finales, le cas échéant complété par des annexes)⁵⁶ et une subdivision formelle unifiée (section, chapitre, titre, partie, article, alinéa, lettre, chiffre, tiret, phrase)⁵⁷.

Enfin, la Commission interne de rédaction doit veiller «à une structure logique, rationnelle et compréhensible» (art. 2 I let. a du règlement de la Commission interne de rédaction).

3. *La cohérence*

a. *Définition*

La cohésion (propriété du texte d'être constitué de parties reliées entre elles de manière logique et reconnaissable), que nous venons d'examiner, est une propriété linguistique qui facilite la cohérence. La cohérence s'examine quant à elle en fonction du sens du texte⁵⁸:

«un texte cohérent traite d'un sujet reconnaissable et circonscrit sur lequel des renseignements s'accumulent et font sens. La cohésion et la cohérence sont souvent vues comme le recto et le verso d'une feuille de papier»⁵⁹.

b. *Sources*

aa. *Constitution*

L'exigence de cohérence repose directement sur des racines constitutionnelles: l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.). L'ordre juridique ne saurait en effet tolérer des lois au contenu contradictoire⁶⁰. L'incohérence devra être manifeste pour être arbitraire⁶¹. Le juge pourra toujours tenter de réconcilier de simples incohérences soit par pesée d'intérêts s'il s'agit d'une collision d'objectifs, soit

55 CHANCELLERIE DE LA CONFÉDÉRATION SUISSE 2013 (note 46), N 65 et 69, p. 33; OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE 2007 (note 6), N 870, p. 353 ss.

56 CHANCELLERIE DE LA CONFÉDÉRATION SUISSE 2013 (note 46), p. 17 ss.

57 CHANCELLERIE DE LA CONFÉDÉRATION SUISSE 2013 (note 46), p. 34 ss.

58 «La notion de cohérence nous rapproche des concepts de compréhensibilité et d'intelligibilité, en ce sens qu'elle prend en compte le sens global du texte» (BEAUDET 2001 [note 26], p. 7).

59 BEAUDET 2003 (note 52), N 10.

60 Sur les contradictions entre les actes eux-mêmes, cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET 2012 (note 10), p. 900 ss. Cf. ég. une décision dont le dispositif obscur a créé une situation juridique incertaine (ATF 103 Ia 182, 189).

61 Pour un exemple: ATF 133 I 145.

par d'autres techniques d'interprétation non littérales, en particulier systématique.

Pour le surplus, une loi incohérente peut être sanctionnée de manière analogue aux textes inintelligibles et incompréhensibles sur la base des autres fondements constitutionnels que nous évoquerons plus loin⁶².

bb. Ordonnances

L'exigence de cohérence est précisée au niveau des ordonnances législatives et administratives. Le guide de législation demande ainsi de rédiger des lois cohérentes en prescrivant une «bonne systématique interne», exempte de contradictions (contradictions d'objectifs, de principes, de normes ou terminologiques)⁶³.

La Commission de rédaction de l'Assemblée fédérale doit transmettre ses propositions à la commission chargée de l'examen préalable lorsqu'elle constate des lacunes ou des contradictions de fond (art. 5 I ordonnance de l'Assemblée fédérale sur la Commission de rédaction⁶⁴). La Commission interne de rédaction doit quant à elle veiller à éliminer les contradictions et les lacunes dans les textes et à «une formulation [...] cohérente» (art. 2 I let. b et c du règlement de la Commission interne de rédaction).

La Chancellerie fédérale est chargée pour sa part «d'assurer dans les langues officielles, en collaboration avec l'Office fédéral de la justice, [...] leur cohérence» (art. 4 I let. b Org ChF⁶⁵), et l'Office fédéral de la justice d'«élaborer des normes adéquates (*zweckmässig*) de droit fédéral [et] cohérentes» (art. 6 I let. c Org DFJP).

4. La compréhensibilité

a. Définition

La lisibilité d'un texte, ainsi que de ses parties (cohésion), en favorise la cohérence; ce qui participe à sa compréhensibilité⁶⁶. On définit la compréhensibilité (ou intelligibilité) comme la facilité d'un texte à être compris par un destinataire moyen.

Nous n'opérons pas de différence entre la compréhensibilité et l'intelligibilité. La distinction semble en effet plus refléter un point de vue qu'une divergence de fond; l'intelligibilité dans la perspective du texte et la compréhensibilité dans la tête de son lecteur:

62 Cf. ci-dessous ch. C.II.4.b.

63 OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE 2007 (note 6), N 872, p. 354.

64 RS 171.105.

65 172.210.10.

66 «Lorsqu'elles sont vues sous l'angle de leur dimension interactionnelle, nous préférons englober les notions de cohésion et de cohérence dans le concept d'intelligibilité» (BEAUDET 2003 [note 52], N 17).

«Il m'apparaît que les notions d'intelligibilité et de compréhensibilité sont très proches, mais que la première semble conçue en examinant prioritairement la relation texte-lecteur tandis que la deuxième traduit davantage le point de vue lecteur-texte. Cette divergence de points de vue vient sans doute de ce que les chercheurs en intelligibilité proviennent des sciences du langage et les chercheurs en compréhensibilité, des sciences de l'éducation et de la psychologie cognitive.»⁶⁷

Le degré de compréhensibilité est difficile à mesurer, car il dépend des capacités de lecture, de la formation et des connaissances des lecteurs. La prétention à rédiger des lois «populaires», c'est-à-dire compréhensibles par tous, est totalement illusoire⁶⁸. On ne peut au mieux qu'exiger des textes que leurs destinataires moyens (voire les intermédiaires chargés de leur concrétisation) puissent aisément les comprendre⁶⁹.

Le rapport entre lisibilité et compréhensibilité est plus complexe qu'il n'y paraît de prime abord. Si la lisibilité concourt à la compréhensibilité, elle n'y conduit pas forcément. Certains textes seront lisibles mais pas nécessairement compréhensibles⁷⁰. Singulièrement, améliorer la compréhensibilité d'un texte peut conduire à en diminuer la lisibilité lorsqu'une telle opération exige d'expliquer de manière plus détaillée certaines notions. Les textes deviennent plus longs et plus complexes⁷¹.

La disposition suivante illustre parfaitement ce paradoxe. Particulièrement peu intelligible, même pour des spécialistes⁷², elle obtient pourtant un assez bon score de lisibilité⁷³:

«La surface maximale de zone à bâtir utilisée par habitant et par emploi en équivalent plein-temps qu'un canton peut comptabiliser dans l'évaluation de ses zones d'habitation, zones mixtes et zones centrales au sens de l'art. 15, al. 1 et 2, LAT correspond à la valeur obtenue pour les communes du canton. Si, pour une commune, cette valeur est

67 BEAUDET 2001 (note 26), p. 11.

68 «La mesure de l'intelligibilité demeure une vue de l'esprit» pour CLÉMENCE PRÉFONTAINE/JACQUES LECAVALIER, Analyse de l'intelligibilité de textes prescriptifs, Revue québécoise de linguistique 1996, Vol. 25, n° 1, p. 99 ss (p. 122).

69 MÜLLER/UHLMANN 2013 (note 6), p. 200 ss.

70 «L'idée que la lisibilité des textes puisse s'obtenir en dehors de leur intelligibilité a été exprimée par BEACCO (1992), qui a déjà noté que certains textes très lisibles (respect des consignes de langage clair et simple, prolifération des indicateurs de cohésion, etc.) ne sont pas intelligibles parce qu'à l'origine, ils sont pensés ainsi; le manque d'explications, de descriptions, de définitions, d'exemples, d'information contextuelle, bref de planification des développements thématiques, fait en sorte que le texte n'a pas de sens ou que ce sens n'est pas perceptible par la plupart des lecteurs.» (BEAUDET 2003 [note 52], N 23).

71 «Il est donc possible de compliquer une composante de l'intelligibilité lorsqu'on en améliore une autre» (PRÉFONTAINE/LECAVALIER 1996 [note 70], p. 120 ss).

72 RAUSCH 2014 (note 32), p. 113; ALAIN GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht in a nutshell, Zurich/St-Gall 2014, p. 46.

73 Niveau école secondaire selon Scolarius (score de 97 points sur une échelle comprise entre 50 pour les textes les plus lisibles et 190 et plus pour les moins lisibles - <<http://www.scolarius.com>>); Score moyen selon l'indice Gulpease (<<http://labs.translated.net/lisibilite-texte>>) [consulté le 19 août 2016].

supérieure à la valeur atteinte par la moitié des entités territoriales comparables, le calcul doit utiliser cette dernière valeur.» (art. 30a OAT⁷⁴).

Le terme même de compréhensibilité ou d'intelligibilité doit être précisé. Le texte de loi n'est-il pas compris parce qu'il n'est pas adapté au niveau de connaissance de son lecteur ou parce que l'interprète n'y trouve pas à sa simple lecture la norme applicable à son cas d'espèce? Sous l'angle de la clarté linguistique, on exclura de concevoir la compréhensibilité dans le second sens puisque l'on réserve cette signification à l'hypothèse de la clarté normative. Cette observation montre la situation particulière du droit: l'indétermination de nombreux énoncés juridiques rend ces derniers par définition abstraits – parfois même trop pour être facilement compris.

«Die Rechtsnormen selbst enthalten also oft nur einen Teil der Informationen, welche Grundlage für die Entscheidungen der Adressaten bilden; die Normen können erst zusammen mit den sie näher bestimmenden Verwaltungsakten und Gerichtsurteilen richtig verstanden werden.»⁷⁵

Tenter d'améliorer l'intelligibilité du texte de loi pour mieux en expliquer la norme est une opération de clarification normative à confier aux interprètes autorisés dans ce cas (juges et autres autorités chargées de concrétiser et d'appliquer la loi) et non à d'éventuels conseillers en communication si le texte de loi a volontairement été laissé indéterminé:

«la volonté de rendre un texte plus intelligible nous a confrontés aux limites des types de discours. Expliquer dans un dépliant court les obligations des bénéficiaires de l'aide sociale à l'égard du recouvrement des pensions alimentaires représente un défi. Comme linguistes, nous voulons simplifier le contenu, mais nous nous heurtons aux spécialistes de la loi sur l'aide sociale, qui désirent éviter que le dépliant confère aux bénéficiaires des droits non reconnus dans la loi.»⁷⁶

Le rôle des conseillers en communication aurait en revanche toute sa place si l'on prenait acte du degré de complexité inéluctable des textes de loi. On cesserait alors de se bercer de l'illusion d'une loi simple et concise⁷⁷, et l'on travaillerait sérieusement à en promouvoir la vulgarisation et la communication auprès des destinataires par d'autres canaux plus adaptés⁷⁸:

«Au fond, il vaudrait sans doute mieux rédiger deux types de discours, l'un prescriptif et légal, l'autre informatif et vulgarisé. Ce dernier pourrait, sans prétendre à une valeur légale, [en] résumer les principaux aspects.»⁷⁹

74 RS 700.1.

75 MÜLLER/UHLMANN 2013 (note 6), p. 204.

76 PRÉFONTAINE/LECAVALIER 1996 (note 70), p. 120 ss.

77 Sur la nostalgie d'une illusoire perfection des lois, cf. Christine GUY-ECABERT/Alexandre FLÜCKIGER, La bonne loi ou le paradis perdu?, *LeGes: Législation & évaluation* 2015, n° 1, p. 21 ss (p. 41 ss).

78 MÜLLER/UHLMANN 2013 (note 6), p. 204 ss.

79 PRÉFONTAINE/LECAVALIER 1996 (note 70), p. 120 ss.

Une telle conception serait certainement plus réaliste. Abandonner la fiction de la législation populaire s'impose même dans le régime de la démocratie directe helvétique et de ses parlements de milice; fiction qu'un tel régime favorise pourtant plus particulièrement⁸⁰. Les citoyens qui adoptent une loi en référendum ne forment que très rarement leur opinion à la lecture du texte de loi, mais par un ensemble de discours collatéraux tenus tant par des particuliers que des autorités destinés à vulgariser et à faire comprendre la loi en votation⁸¹. Ce constat montre, en passant, les limites de la légitimité d'une interprétation purement littérale, comme fréquemment revendiquée.

La Confédération vient de publier une version radicalement simplifiée de la législation sur les personnes handicapées réécrite en «langue facile à lire» pour la rendre plus facile à comprendre par les personnes atteintes d'un handicap mental ou d'un trouble cognitif⁸². L'exercice, aussi louable soit-il, atteint pourtant ses limites chaque fois qu'un article de loi contient des notions juridiques indéterminées: sans travail rédactionnel sur la qualité normative dans ces cas, la disposition restera trop abstraite pour être vraiment comprise et assimilée sans explications complémentaires. L'exemple suivant l'illustre:

La disposition selon laquelle «ne sont pas contraires à l'art. 8, al. 1, Cst. les mesures appropriées visant à compenser les inégalités qui frappent les personnes handicapées.» (art. 5 II Loi sur l'égalité pour les handicapés, LHand⁸³) a été réécrite de la manière suivante:

«Il faut traiter tout le monde de la même façon.

Mais parfois on traite les personnes avec handicap autrement pour arrêter des inégalités.

Dans ce cas, c'est permis.

On peut traiter quelqu'un autrement pour arrêter une inégalité.»

Cette disposition, assurément moins élégante, est-elle vraiment plus compréhensible? Peut-être de manière abstraite; pour être véritablement comprise, il faudrait étoffer la notion, rajouter des exemples et préciser le contexte en se détachant de l'abstraction, voulue et justifiée, du texte de loi. Reste l'écueil d'une norme générale et abstraite: il est dans sa nature même de ne pas contenir des exemples, d'où la difficulté pour un profane d'en comprendre toute la portée. Pour une personne souffrant d'un handicap mental, la difficulté est redoublée. La réécriture de certains articles échappe en partie à cette critique, chaque fois que les notions vagues ont été développées (exemples de la «fourniture de

80 ALEXANDRE FLÜCKIGER, *La démocratie directe: un facteur de qualité de la loi en Suisse?*, in: *La qualité de la loi – Expériences française et européenne*, Paris 2016, p. 81 ss (p. 83 ss).

81 GEORG MÜLLER, *Rechtskenntnis und Gesetzessprache*, in: *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel*, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Bâle/Francfort 1982, p. 549 ss (p. 554 s.); MÜLLER/UHLMANN 2013 (note 6), p. 204 ss.

82 www.admin.ch > Conseil fédéral > Droit fédéral > Recherche et nouveautés > Droits des personnes handicapées dans des formats accessibles (consulté le 19 août 2016).

83 RS 151.3.

prestations au public» [art. 6 LHand] ou de la clause référendaire), mais, ce faisant, le texte s'est allongé sans que le message n'en devienne beaucoup plus compréhensible.

Par ailleurs, lorsque les termes dans la version de base deviennent trop complexes, l'exercice atteint ses limites. L'art. 10 al. 3 LHand prévoyant que «pour la procédure devant le Tribunal fédéral, les frais judiciaires sont régis par la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral» n'a ainsi tout simplement pas été traduit⁸⁴.

En vérité, l'exercice vise plus à informer qu'à normer. Les rédacteurs en langue facile à lire ont été conscients de telles limites puisqu'ils avertissent leurs lecteurs que «pour que les lois fonctionnent, elles peuvent seulement être en langue difficile»:

«Les lois ne peuvent pas être en facile à lire.

Elles ont des règles spéciales.

– On dit: des exigences juridiques.

Pour que les lois fonctionnent, elles peuvent seulement être en langue difficile.

En langue difficile, la loi s'appelle:

Loi sur l'égalité pour les handicapés.»⁸⁵

On peut dès lors légitimement se poser la question de savoir si se calquer sur la structure et la forme de la loi est un choix pertinent puisque les lois ne «fonctionnent pas» lorsqu'elles sont rédigées en «langue facile à lire». Ces exemples montrent plutôt qu'un commentaire simplifié du texte de loi visant la clarté normative, éventuellement par le recours à des illustrations, serait préférable à la réécriture du texte législatif clarifié linguistiquement seulement⁸⁶.

b. Sources

aa. Constitution

Tout comme l'exigence de cohérence, celle de compréhensibilité peut reposer sur la *prohibition de l'arbitraire* (art. 9 Cst.). Selon le Tribunal fédéral, une norme est en effet arbitraire lorsqu'elle est «dépourvue de sens»⁸⁷. Plus profondément encore, elle repose sur un principe plus fondamental, celui de la sécurité du droit, dont la violation est précisément constitutive d'arbitraire⁸⁸. Un énoncé manifestement inintelligible sera donc arbitraire.

Elle se fonde également sur le *principe de légalité* (art. 5 I, 36 et 127 Cst.). Ce rattachement doit être distingué de l'exigence de précision propre à la clarté normative: un énoncé indéterminé et vague – mais compréhensible – ne viole

84 MARKUS NUSSBAUMER, Gesetze in «leichter Sprache»? LeGes 2016, n° 1, p. 99 ss (p. 105).

85 Loi sur l'égalité pour les handicapés en langue facile à lire, p. 2.

86 En ce sens, cf. la proposition convaincante de NUSSBAUMER 2016 (note 86), p. 106 ss.

87 ATF 136 I 241, 250-252; 136 V 24, 34; 129 V 267, 271. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET 2012 (note 10), p. 895 et 902.

88 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET 2012 (note 10), p. 897 s.

évidemment pas l'exigence de clarté linguistique. En revanche un texte de loi incompréhensible peut violer le principe de la légalité :

- Tel est le cas lorsque la légalité prescrit une densité normative minimale (principe de la base légale) comme en matière fiscale, pénale ou plus généralement en cas d'atteinte importante aux droits fondamentaux : un énoncé incompréhensible étant forcément indéterminé et imprécis, il violera le principe de légalité pour défaut de prévisibilité de la base légale⁸⁹.
- Dans les autres hypothèses, si le texte est difficilement compréhensible, l'interprète pourra toujours s'éloigner de la lettre en découvrant le sens par des techniques d'interprétation non littérales. Dans ce cas, le principe de légalité sera respecté.

Les exemples sont multiples. Dans un même arrêt concernant l'assainissement de sites pollués, le Tribunal fédéral a ainsi clarifié le sens de dispositions d'une ordonnance dont l'une n'était pas claire («unklar»)⁹⁰ et l'autre créait des malentendus («missverständlich»)⁹¹.

Le principe de légalité (sous son autre angle de la primauté du droit) peut être violé si une loi ou une ordonnance législative prévoit l'obligation de compréhensibilité. Les règles du droit fédéral laissent cependant une grande marge d'appréciation aux rédacteurs⁹².

Si un texte de loi est manifestement incompréhensible au point que l'interprète est incapable d'y trouver un sens quelconque, c'est comme s'il n'existait pas : il devient un texte de norme sans norme. Une telle carence est susceptible de violer *d'autres droits fondamentaux*. On peut songer à l'égalité de traitement (art. 8 Cst.), à la liberté économique ou à la primauté du droit fédéral (art. 49 Cst.) notamment :

Liberté économique – Le Tribunal fédéral a considéré que la disposition suivante était «peu claire et [...] difficilement compréhensible» : «Les commerces et les diverses catégories de magasins ouverts au public, au centre-ville (secteur A), conservent ou changent, selon, leur activité, afin d'améliorer et développer la diversité de l'offre, le commerce de proximité et l'animation au centre-ville» (art. 9 IV du règlement général relatif aux plans d'utilisation du sol de la Ville de Genève). Il l'a annulée pour violation de la liberté économique (art. 27 Cst.). Dans la motivation, il invoque pourtant également implicitement le principe de la légalité sous l'angle de la base légale (clarté normative) en démontrant que ce texte «difficilement compréhensible» rendait celui-ci si imprécis qu'il en devenait imprévisible pour ses destinataires : «Par ailleurs, à la

89 Cf. implicitement TF, arrêt 1C_253/2013 ci-dessous.

90 «Aus Art. 13 Abs. 1 a VASA bzw. a Art. 18 VASA geht hervor, dass die Kommission nur beratende Funktion hat; dagegen ist unklar, ob sie diese Funktion bei jedem Gesuch zwingend ausüben muss.» (TF, DEP 2014 265, 272).

91 «Allerdings handelt es sich hierbei – entgegen dem missverständlichen Wortlaut von Art. 3 lit. b 2. Halbsatz AltIV – nicht um eine Sanierung, sondern um eine durch die Bauarbeiten veranlasste vorzeitige Entfernung der (an sich nicht sanierungsbedürftigen) Belastung.» (TF, DEP 2014 265, 281).

92 Cf. ci-dessous ch. C.III.

première lecture, on ne saisit pas bien les modalités de son application, en particulier quelle est la marge de manœuvre des propriétaires concernés, le cadre imposé à l'autorité compétente et le moment où celle-ci doit intervenir. [...] l'imprécision du texte ne permet pas aux personnes concernées de prévoir, au moins dans les grandes lignes, la façon dont la disposition leur sera appliquée. Pour ce motif déjà, cette disposition ne peut pas être confirmée.» Pour le surcroît, le Tribunal a jugé cet article «difficilement applicable, voire inapplicable»: «on peut relever que cette mesure, difficilement applicable, voire inapplicable, n'est à l'évidence pas neutre sur le plan économique et intervient directement sur la libre concurrence.»⁹³

Primauté du droit fédéral – Une disposition cantonale provoquait la confusion en retenant schématiquement des valeurs mentionnées en droit fédéral pour reconnaître une surface boisée comme forêt. Les recourants invoquaient sa contrariété au droit fédéral. Le Tribunal ne les a pas suivis en jugeant que la disposition pouvait être appliquée d'une manière conforme à la Constitution et au droit fédéral⁹⁴. Le raisonnement du juge est à notre avis très difficilement justifiable puisque la Cour reconnaît que «la norme a un double sens (*doppeldeutig*) et qu'un lecteur non averti (*unbefangen*) [peut] effectivement l'interpréter dans le sens que redoutent les recourants»⁹⁵ et que l'«on peut douter qu'une simple référence au droit fédéral dans les travaux législatifs suffise à assurer une bonne interprétation de la norme»⁹⁶. Le Tribunal fédéral ne mâche pas ailleurs pas ses critiques à l'égard de la disposition querellée: il les accumule même au fil des considérants: «Le sens du § 2 de la loi zurichoise sur les forêts ne se dégage pas sans ambiguïté (*nicht zweifelsfrei*) de la lettre de la disposition»⁹⁷; «Bien que la norme ait un double sens»⁹⁸; «La disposition est toutefois incomplète (*unvollständig*): elle crée l'impression fautive que l'existence d'une forêt dépend uniquement de critères quantitatifs.»⁹⁹; «une disposition aussi incomplète et équivoque (*derart unvollständig und missverständlich*)»¹⁰⁰.

L'intérêt de cet arrêt réside pourtant dans l'évocation – inédite – de l'exigence de clarté qu'il rattache juridiquement à deux principes supérieurs. Ce double rattachement correspond très exactement à la distinction que nous opérons entre la clarté linguistique et la clarté normative: le premier est celui de la *sécurité juridique* – que l'on peut relier à l'interdiction de l'arbitraire, comme nous l'avons montré ci-dessus; le second est celui de la *prévisibilité* des actes étatiques: «Adopter une disposition aussi incomplète et équivoque» n'est pas sans risque, face à la nécessité de disposer d'une législation claire, transparente et compréhensible; elle crée un conflit potentiel avec le principe de la sécurité juridique et de la prévisibilité des actes étatiques.»¹⁰¹ Le Tribunal fédéral n'a pourtant pas qualifié cette exigence de «principe» mais seulement de «nécessité de disposer d'une législation claire, transparente et compréhensible» (*Anliegen einer klaren, transparenten und verständlichen Gesetzgebung*). On en déduit que le fonde-

93 TF, arrêts 1C_253/2013 et 1C_259/2013 du 1^{er} novembre 2013.

94 ATF 125 II 440, c. 3 (= JdT 2000 I 753).

95 c. 3b.

96 c. 3c.

97 c. 3a.

98 c. 3b.

99 *Ibid.*

100 c. 3c.

101 *Ibid.*

ment de base est ailleurs selon le Tribunal fédéral: il se trouve dans les principes que la Cour évoque (sécurité et prévisibilité¹⁰²).

Enfin, une initiative populaire visait à instaurer explicitement un *droit fondamental à des lois compréhensibles*. Intitulée «exécution non bureaucratique de la législation», elle aurait conféré à toute personne un droit notamment «à des lois compréhensibles et à leur application simple, non bureaucratique et efficiente»¹⁰³. Elle n'a toutefois pas abouti, faute d'un nombre de signatures suffisant¹⁰⁴. L'initiative parlementaire qui en reprenait la teneur a été liquidée par le refus du Conseil des Etats d'y donner suite¹⁰⁵.

bb. Lois fédérales

La loi sur les langues, sous l'intitulé «compréhensibilité», prescrit aux autorités fédérales de «s'efforce[r] d'utiliser un langage adéquat, clair et compréhensible» (art. 7 I LLC¹⁰⁶).

Plus spécifiquement au sein du Parlement, la Commission de rédaction de l'Assemblée fédérale «veille à ce que les textes soient intelligibles» (art. 57 II LParl).

cc. Ordonnances législatives et administratives

L'Office fédéral de la justice est chargé d'«élaborer des normes adéquates (*zweckmässig*) de droit fédéral [et] compréhensibles» (art. 6 I let. c Org DFJP). Il doit de plus «promouvoir la compréhension du droit» (*Verständniss für das Recht*) (art. 6 I let. e Org DFJP).

La Chancellerie fédérale est chargée de son côté d'«assurer dans les langues officielles, en collaboration avec l'Office fédéral de la justice, [...] leur adéquation par rapport aux contenus et aux destinataires (*sach- und adressatengerecht*) [...] et leur intelligibilité pour les citoyens» (art. 4 I let. b Org ChF¹⁰⁷). Il en va de même pour la Commission interne de rédaction qui «veille à ce que les actes législatifs de la Confédération soient intelligibles pour les citoyens. Elle veille en particulier à une structure logique, rationnelle et compréhensible» (art. 2 I introduction et let. a du règlement de la Commission interne de rédaction (CIR) du 1^{er} novembre 2007).

102 Cf. c. 3c.

103 FF 2010 6045.

104 FF 2012 7213.

105 Initiative parlementaire Zisyadis «Stop à la bureaucratie!» du 17 décembre 2010 (10.537; BO CE 2012 973 ss). En droit allemand, cf. KARIN M. EICHHOFF-CYRUS/GERD ANTOS (éd.), *Verständlichkeit als Bürgerrecht? Die Rechts- und Verwaltungssprache in der öffentlichen Diskussion*, Mannheim 2008.

106 RS 441.1.

107 172.210.10.

Le guide de législation nuance cependant la notion d'« intelligibilité pour les citoyens » en précisant le concept d'adéquation aux destinataires (« même si l'on admet que le langage juridique est un langage de spécialistes destiné à des spécialistes, il n'en demeure pas moins souhaitable de rendre les normes aussi compréhensibles que possible, même pour des spécialistes. »¹⁰⁸).

III. Les sources et la nature juridique de la clarté linguistique

L'ordre juridique suisse ne connaît pas à ce jour un principe constitutionnel de clarté linguistique autonome et indépendant. Le Tribunal fédéral a reconnu que « disposer d'une législation claire, transparente et compréhensible » n'était qu'une « nécessité » (« *Anliegen* ») qu'il a fait dériver notamment du principe fondamental de la sécurité juridique¹⁰⁹. Cette jurisprudence est toutefois restée isolée à ce jour.

Pour faire respecter l'exigence de clarté linguistique (cohérence et compréhensibilité), le Tribunal fédéral s'appuie en réalité sur d'autres principes et droits constitutionnels, tels que l'interdiction de l'arbitraire, la légalité, la bonne foi ou d'autres droits fondamentaux¹¹⁰. S'agissant de la lisibilité et de la cohésion, l'intervention du juge est plus limitée. Il pourra par exemple décider – par l'interprétation – quelle version linguistique doit prévaloir en cas d'erreurs de traduction. En d'autres termes, la clarté linguistique n'est pas un principe constitutionnel mais une exigence découlant d'autres principes constitutionnels dont elle forme une composante.

Les lois et ordonnances posent un certain nombre de règles à suivre en matière de qualité linguistique que nous avons énumérées dans les sections précédentes. Les autorités doivent les respecter. Ces règles laissent cependant une grande marge d'indétermination, étant peu claires normativement...

Exemple: les autorités fédérales « s'efforcent d'utiliser un langage adéquat, clair et compréhensible » selon la loi sur les langues¹¹¹.

Elles sont par ailleurs pour la plupart d'entre elles précisées dans des actes quasi normatifs; textes qui ne contiennent pas des règles de droit:

Le *Guide pour l'élaboration de la législation fédérale* revêt juridiquement la nature d'une ordonnance administrative¹¹². Il a pour mission de synthétiser la pratique de la Confédération en matière légistique: il « constitue en quelque sorte la mémoire collective de la pratique législative dans l'administration fédérale et facilite la transmission de l'expérience acquise »¹¹³.

108 OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE 2007 (note 6), N 917, p. 375. Cf. ég. N 934, p. 379.

109 Cf. ATF 125 II 440, c. 3c cité ci-dessus.

110 Cf. ci-dessus ch. C.II.3.b.aa et C.II.4.b.aa.

111 Cf. art. 7 I LLC ci-dessus.

112 Sur ce type d'instrument en général, cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET 2012 (note 10).

113 OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE 2007 (note 6), p. III, préface.

Les *Directives de la Confédération sur la technique législative* «régissent la présentation des actes législatifs de la Confédération [...] et] ont pour but d'assurer l'uniformité des actes publiés dans la Feuille fédérale (FF), dans le Recueil officiel du droit fédéral (RO) et dans le Recueil systématique du droit fédéral (RS).»¹¹⁴ Ces directives s'adressent «à toutes les autorités fédérales (Assemblée fédérale, Conseil fédéral, administration fédérale et tribunaux fédéraux), la forme d'un acte publié ne dépendant pas de l'autorité qui l'a édicté. Les organisations ou personnes, de droit public ou de droit privé, qui ne font pas partie de l'administration fédérale mais à qui la Confédération a confié des tâches relevant du droit public sont aussi tenues de les appliquer.»¹¹⁵

Ces documents (en partie ordonnances administratives d'organisation, en partie interprétatives, art. 7 LLC, 57 LParl) s'imposent aux autorités comme toute autre ordonnance administrative. L'Office fédéral de la justice, la Chancellerie fédérale et le secrétariat de la Commission de rédaction des Chambres fédérales, en tant qu'auteurs, y sont liés par le principe de la bonne foi et les feront appliquer dans le cadre des rapports hiérarchiques.

Leur force obligatoire est renforcée par certaines clauses d'impérativité spécifiques. La disposition suivante étend ainsi indirectement la force obligatoire de ces guides à l'ensemble des auteurs de projets d'actes qui doivent être soumis à l'examen préalable de l'Office fédéral de la justice et de la Chancellerie fédérale, et non plus à leurs seuls auteurs:

«L'OFJ examine [...] l'exactitude quant au fond [de l'ensemble des projets d'actes législatifs] ainsi que, en collaboration avec la Chancellerie fédérale, leur pertinence (*Angemessenheit*) dans la perspective de la technique législative et de la rédaction.» (art. 7 III Org DFJP¹¹⁶).

«La Chancellerie fédérale veille à la qualité de la législation fédérale. Elle est notamment chargée de fixer les principes applicables à la mise en forme des actes législatifs et d'en assurer le respect (art. 4 I let. a Org ChF¹¹⁷); d'assurer dans les langues officielles, en collaboration avec l'Office fédéral de la justice, la conformité matérielle et formelle des actes législatifs fédéraux» (art. 4 I let. b Org ChF¹¹⁸).

La force obligatoire de ces directives et guides est étendue au Parlement lui-même par le biais du contrôle de sa commission de rédaction:

La Commission de rédaction s'assure de «la conformité [des textes] aux règles de la rédaction et de la technique législatives.» (art. 3 I de l'ordonnance de l'Assemblée fédérale sur la Commission de rédaction¹¹⁹).

114 CHANCELLERIE DE LA CONFÉDÉRATION SUISSE 2013 (note 46), p. 11.

115 *Ibid.*

116 RS 172.213.1.

117 172.210.10.

118 *Ibid.*

119 RS 171.105.

IV. La mise en œuvre de la clarté linguistique

Il convient de distinguer deux stades: celui de la genèse de la loi et celui de son application.

S'agissant du premier, la mise en œuvre de l'exigence de clarté linguistique repose essentiellement sur les épaules de l'administration¹²⁰. La Commission interne de rédaction joue à cet égard un rôle essentiel¹²¹. Lorsque la loi est au stade parlementaire, la Commission de rédaction de l'Assemblée fédérale (art. 56 ss LParl) reprend la fonction de contrôle. Elle n'a en revanche qu'un impact limité sur la qualité des textes du fait de son intervention nécessairement tardive dans le processus rédactionnel¹²².

S'agissant du second, lorsque la loi est en vigueur, le rôle de la doctrine est dans un premier temps essentiel pour aider à comprendre les textes peu intelligibles. Le juge les interprétera ensuite en privilégiant les techniques non littérales. Si le sens résiste, le juge les censurera dans la mesure de ses compétences, mais en se fondant sur d'autres principes constitutionnels comme nous l'avons vu (interdiction de l'arbitraire, légalité, autres droits fondamentaux)¹²³.

Les points mineurs de forme pourront toujours faire l'objet de corrections selon des procédures facilitées¹²⁴.

V. Synthèse

Les critiques à l'égard de la complexité des lois ne sont pas une caractéristique contemporaine. Elles sont immémoriales¹²⁵.

En pratique, la lecture comparée de la législation états-unienne, allemande, française ou de l'Union européenne nous montre pourtant, intuitivement, un style helvétique comparativement plutôt lisible¹²⁶. Une analyse en linguistique computationnelle resterait pourtant à faire pour démontrer scientifiquement ce point¹²⁷.

120 Sur un constat analogue visant la qualité législative plus généralement, cf. MÜLLER/UHLMANN 2013 (note 6), p. 57.

121 Markus NUSSBAUMER, «Der Verständlichkeit eine Anwältin! Die Redaktionskommission der schweizerischen Bundesverwaltung und ihre Arbeit an der Gesetzessprache», in: *Verständlichkeit als Bürgerrecht: die Rechts- und Verwaltungssprache in der öffentlichen Diskussion*, Mannheim 2008, p. 302 ss.

122 MÜLLER/UHLMANN 2013 (note 6), p. 74.

123 Cf. ci-dessus ch. C.II.4.b.aa et C.II.3.b.aa.

124 Cf. ci-dessus ch. C.II.1.b.ab.

125 Cf. ci-dessus GUY-ECABERT/FLÜCKIGER 2016 (note 79), p. 22 ss; SCHOTT 1983 in MÜLLER/UHLMANN 2013 (note 6), p. 207.

126 GUY-ECABERT/FLÜCKIGER 2016 (note 79), p. 40.

127 Pour une proposition dans ce sens, cf. FELIX UHLMANN, *Qualität der Gesetzgebung: Wünsche an die Empirie*, in: *Vom Wert einer guten Gesetzgebung*, Zurich 2014, p. 173 ss.

La clarté linguistique n'est pas un principe constitutionnel mais une exigence découlant d'autres principes constitutionnels dont elle forme une composante.

Instaurer un principe ou un droit constitutionnel écrit ou non écrit à des textes de loi compréhensibles ne s'impose pas nécessairement, car d'autres principes peuvent prendre le relais. La faiblesse d'une telle proposition réside dans l'impossibilité de censurer les lois fédérales (art. 190 Cst.).

D. La clarté normative

I. Introduction

Un texte de loi clair du point de vue linguistique n'est pas encore un texte clair normativement parlant. En d'autres termes, la clarté linguistique n'est pas une condition suffisante pour faire émerger la clarté normative. La doctrine relève ainsi que «pour donner au principe de la légalité tout son sens, la norme doit être précise: définir à quelles conditions elle s'applique et quelles conséquences juridiques elle déploie (*«Bestimmtheitserfordernis»*). Sa validité se mesure donc à sa densité (*«Normdichte»*); elle doit avoir un contenu suffisamment défini pour que son application puisse être prévisible, que l'égalité de traitement soit garantie et qu'aucune place ne soit laissée à l'arbitraire»¹²⁸.

II. Les caractéristiques

La *clarté normative* est la propriété d'un texte de loi d'être formulé de sorte à y lire – et comprendre – directement et facilement la norme à suivre dans un cas concret. Le Tribunal fédéral pose l'exigence de clarté dans le cadre du principe de la légalité, tout en indiquant qu'il y a des limites¹²⁹.

La jurisprudence refuse toutefois de donner une définition de la clarté normative, relevant que l'examen doit être effectué en fonction de la gravité de l'atteinte à une liberté, des destinataires de la norme et de la concrétisation effective dans une base légale des éléments¹³⁰.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est tout à fait similaire:

«La loi doit ainsi être suffisamment accessible et prévisible, c'est-à-dire énoncée avec assez de précision pour permettre à l'individu – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – de régler sa conduite.»¹³¹.

128 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET 2012 (note 10), p. 675.

129 TF, arrêt 2C_858/2014 du 17 février 2015, c. 2.1. Voir aussi ATF 139 I 280, c. 5.1.

130 ATF 139 I 280, c. 5.1 et les nombreuses références citées.

131 Cf. par exemple ACEDH *G.S.B c. Suisse* du 22 décembre 2015, requête n° 28601/11 par. 68 et 69 Cf., en dernier lieu, ACEDH *Vukota-Bojic c. Suisse* du 18 octobre 2016, requête n° 61838/10 par. 66.

En définitive, il ressort de la jurisprudence que la clarté normative va dépendre des circonstances. Le texte doit contenir un minimum de précision, exigence variable en fonction des domaines. Il faut ainsi établir de cas en cas ce qui doit, juridiquement, être mis dans une norme. La Cour européenne des droits de l'homme a, par exemple, récemment jugé que la législation fédérale en matière de procédure administrative et d'assurances sociales ne dispose pas d'une normativité suffisante pour pouvoir justifier une atteinte à la vie privée, par une surveillance par un détective privé¹³².

En revanche, tel qu'il est défini par la jurisprudence, le principe de clarté normative n'interdit nullement la précision excessive d'un texte, quand bien même cela pourrait porter atteinte à la clarté linguistique que nous avons examinée précédemment.

III. Les sources et la nature juridique de la clarté normative

De manière générale, la clarté normative est rattachée au principe de la légalité, en particulier en matière de restriction aux droits fondamentaux (art. 36 Cst.)¹³³. Elle l'est aussi aux principes de la sécurité du droit et de l'égalité devant la loi¹³⁴. La clarté normative n'est donc pas, à l'instar de la clarté linguistique¹³⁵, en soi un principe constitutionnel autonome et indépendant, mais une exigence découlant de ces derniers dont elle forme une composante.

Le principe de la légalité interdit les normes insuffisamment précises dans les domaines portant atteinte aux droits fondamentaux. Il n'est toutefois pas possible de fournir une définition de la clarté normative dans ce contexte. Celle-ci va en effet dépendre de plusieurs facteurs, comme le cercle des personnes visées et, surtout, la gravité de l'atteinte à un droit fondamental: plus l'atteinte est grave, plus le degré de clarté normative devra être élevé¹³⁶. Les énoncés indéterminés sont donc proscrits en cas d'atteinte aux droits fondamentaux. Le législateur dispose néanmoins d'un certain choix quant au degré de détermination d'un texte de loi¹³⁷.

Paradoxalement, le principe de la proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.) impose certaines imprécisions dans le texte, afin de laisser à l'administration ou au juge un minimum de pouvoir d'appréciation. En effet, seule la prise en compte de l'ensemble des circonstances permet de prendre une décision adéquate. Or, des textes à normativité trop élevée ne permettent pas une telle pesée des inté-

132 ACEDH *Vukota-Bojic c. Suisse* du 18 octobre 2016, requête n° 61838/10.

133 ATF 139 I 280, c. 5.1 et les nombreuses références citées. Cf. aussi ACEDH *Vukota-Bojic c. Suisse* du 18 octobre 2016, requête n° 61838/10 par. 66.

134 Réf. cit. ci-dessus sous note 131.

135 Cf. ci-dessus ch. 3.5.

136 ATF 139 I 280, c. 5.1; ACEDH *G.S.B c. Suisse* du 22 décembre 2015, requête n° 28601/11 par. 68 et 69.

137 MÜLLER/UHLMANN 2013 (note 6), p. 165 ss.

rêts¹³⁸. La jurisprudence l'admet d'ailleurs, dans les domaines qui sont imprévisibles¹³⁹.

E. La clarté en matière de droits politiques

I. Introduction

A ce jour, on ne recense qu'un seul domaine où le Tribunal fédéral a commencé à développer une exigence constitutionnelle de clarté explicite pour les textes normatifs: les droits politiques (art. 34 Cst.). La Haute Cour le formule cependant parfois sous forme de «principe»¹⁴⁰, parfois sous forme de simple «exigence»¹⁴¹:

«Selon l'art. 34 al. 2 Cst., la garantie des droits politiques protège la libre formation de l'opinion des citoyens et des citoyennes et l'expression fidèle et sûre de leur volonté. Les votations et élections doivent être organisées de telle manière que la volonté des électeurs puisse s'exercer librement. Cela implique en particulier une formulation adéquate des questions soumises au vote. Celles-ci ne doivent pas être rédigées dans des termes propres à induire en erreur le citoyen. Ainsi, l'exigence de la clarté du texte de l'initiative découle de la liberté de vote garantie à l'art. 34 al. 2 Cst. et plus particulièrement de l'exigence d'une formulation claire de la question soumise au vote. Les électeurs appelés à s'exprimer sur le texte de l'initiative doivent être à même d'en apprécier la portée, ce qui n'est pas possible si le texte est équivoque ou imprécis.»¹⁴²

Curieusement, cette exigence n'a été que peu théorisée. Or elle a une portée non négligeable. En effet, en trouvant son fondement à l'art. 34 Cst., elle ne se limite nullement aux initiatives populaires. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs clairement précisé que la clarté n'était pas incluse dans le principe de l'unité de la matière¹⁴³. L'art. 34 Cst. protège la libre formation de l'opinion des citoyens et des citoyennes et l'expression fidèle et sûre de leur volonté. Les votations et élections doivent être organisées de telle manière que la volonté des électeurs et électrices puisse s'exercer librement, notamment sans pression ni influence extérieure. Cette exigence s'applique donc aussi bien pour les textes issus d'une initiative populaire que ceux, des autorités, soumis au référendum obligatoire ou facultatif.

Tous les textes susceptibles d'être soumis au vote populaire sont donc assujettis à l'exigence de clarté, fondée sur l'art. 34 Cst.

138 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET 2012 (note 10), p. 682.

139 ATF 138 I 6; ATF 136 I 187.

140 ATF 123 I 63, c. 4e.

141 «Erfordernis» (ATF 129 I 392, c. 2.2).

142 TF, arrêt 1C_659/2012 du 24 septembre 2013, c. 5.1.

143 ATF 123 I 63, c. 4.e.

II. La jurisprudence fédérale

Il existe dans la jurisprudence en matière de droits politiques en réalité trois domaines :

- Premièrement, les *questions* soumises au vote doivent être claires. Celles-ci ne doivent pas induire en erreur, ni être rédigées dans des termes propres à influencer sur la décision du citoyen. Chaque électeur doit pouvoir se former son opinion de la façon la plus libre possible, et exprimer son choix en conséquence¹⁴⁴, ce qui interdit par exemple les doubles négations.
- Deuxièmement, la loi (art. 69 al. 2 LDP) et la jurisprudence interdisent les *titres*, d'initiative ou de référendum, trompeurs¹⁴⁵.
- Troisièmement, et c'est le seul point pertinent pour la présente contribution, le *texte* lui-même doit être clair¹⁴⁶. Avec cette exigence, le Tribunal fédéral va plus loin que l'examen de la simple question soumise au vote: il exige un examen du fond du texte de l'initiative.

Cela fait plusieurs années que le Tribunal fédéral a commencé à développer cette dernière exigence en matière d'initiative, sans pour autant qu'elle ait véritablement été reprise par la doctrine¹⁴⁷. Elle a pourtant été élaborée dès 1950 par le Tribunal fédéral, qui avait confirmé l'invalidation d'une initiative rédigée en termes généraux, car son objectif même n'était pas mentionné avec suffisamment de clarté¹⁴⁸, tout en rappelant, dans une autre affaire, que cela ne concernait que les éléments centraux et les secondaires, lesquels peuvent être précisés lors de la concrétisation de l'initiative¹⁴⁹. La jurisprudence exige que le texte de l'initiative ait un contenu déterminable (« *genügend bestimmt* ») afin que l'électeur puisse en comprendre la portée, et que le Parlement puisse adopter les modifications constitutionnelles ou législatives nécessaires¹⁵⁰. Ce principe vaut pour les initiatives formulées ou rédigées en termes généraux, même si pour les secondes, certaines imprécisions, voire des contradictions sur des points mineurs, sont tolérables¹⁵¹:

«Der Text einer Initiative muss genügend bestimmt sein. Es muss hinreichend klar sein, worauf die Initiative gerichtet ist, so dass eine Volksabstimmung durchgeführt werden kann, ohne dass sich die Stimmberechtigten der Gefahr eines Irrtums über wesentliche Punkte ausgesetzt sehen. Das Erfordernis der hinlänglichen Klarheit gilt sowohl bei einem ausgearbeiteten Entwurf als auch bei einer allgemeinen Anregung.

144 ATF 141 II 297, c. 5.2; ATF 140 I 394, c. 8.2; ATF 131 I 126, c. 5.1.

145 SJ 1989 90, c. 2.

146 TF, arrêt 1C_659/2012 du 24 septembre 2013, c. 5.1.

147 Voir toutefois GRODECKI 2008 (note 5), p. 300; BÉNÉDICT TORNAY, La démocratie directe saisie par le juge, Genève, 2008, p. 115.

148 ZBI 1951 22.

149 ZBI 1975 387; ATF 111 Ia 115.

150 ATF 129 I 392, c. 2.2; ZBL 1951 22, c. 4. Voir également ATF 123 I 63, c. 4.e; ATF 114 Ia 413, c. 3.c.

151 ATF 129 I 392, c. 2.2; ATF 111 Ia 115, c. 3a.

Bei letzterer sind an die Formulierung allerdings keine hohen Ansprüche zu stellen, da gewisse Unklarheiten, ja vielleicht sogar Widersprüche, bei der Ausarbeitung des Gesetzes- oder Beschlusstextes im Parlament noch behoben werden können.»¹⁵²

Le Tribunal fédéral a également demandé que le texte ne soit ni équivoque ni imprécis afin de permettre à l'électeur ou l'électrice d'en apprécier la portée:

«Les électeurs appelés à s'exprimer sur le texte de l'initiative doivent être à même d'en apprécier la portée, ce qui n'est pas possible si le texte est équivoque ou imprécis»¹⁵³.

Doit-on déduire de cette jurisprudence une exigence de clarté *normative*? Le Tribunal fédéral demande en effet que le texte soit suffisamment «*bestimmt*» et qu'il ne soit ni imprécis ni équivoque. Toutefois, ces arrêts ne doivent pas être interprétés à la lettre. Il ressort à notre avis du contexte des affaires jugées que la Cour veut s'assurer que le peuple comprenne le sens général de l'objet en votation, plutôt que d'interdire les notions juridiques indéterminées et de faire ainsi double emploi avec l'exigence de précision normative découlant du principe de la légalité. Cette observation est d'autant plus pertinente en présence d'une initiative populaire constitutionnelle. Le Tribunal fédéral reconnaît lui-même, à juste titre, qu'il ne faut pas se montrer aussi exigeant en matière de précision que pour une norme de niveau législatif:

«le simple fait que la norme constitutionnelle doive faire l'objet d'une législation d'exécution ne saurait justifier une invalidation totale en raison de sa prétendue imprécision»¹⁵⁴.

Au niveau de la loi, le Tribunal fédéral admet que «le seul fait que la norme doive être interprétée n'autorise pas encore à l'invalidier, dans le cadre d'un contrôle abstrait, en raison de sa prétendue imprécision»; cela d'autant plus que l'atteinte aux droits fondamentaux n'est pas grave:

«Il est vrai que la disposition prête à interprétation, en particulier quant à la portée à attribuer au terme d'«affichage». Cela n'a toutefois rien d'exceptionnel. Bien au contraire, le législateur, qui doit régler un nombre indéfini et abstrait de situations, est en effet obligé d'utiliser une terminologie, dont la portée doit être précisée par les autorités chargées de l'application de la loi.»¹⁵⁵

Cependant, c'est à tort, et de manière contradictoire à notre sens, que le Tribunal fédéral a laissé entendre, dans un arrêt heureusement isolé à ce jour, que la clarté prise sous son aspect normatif serait également protégée dans le cas d'une initiative constitutionnelle par l'art. 34 Cst.:

«En outre, les électeurs appelés à s'exprimer sur le texte de l'initiative ne seraient pas à même d'en apprécier la portée, faute de savoir si les notions auxquelles la disposition

152 ATF 129 I 392, c. 2.2.

153 TF, arrêt 1C_659/2012 du 24 septembre 2013, c. 5.1.

154 ATF 133 I 110, c. 6.2.

155 ATF 128 I 295, c. 5b/aa.

constitutionnelle fait référence doivent ou non faire l'objet d'une interprétation extensive. Ainsi, la liste des services publics visés à l'art. 53B Cst./GE n'est qu'exemplative; toutefois, la longueur de l'énumération paraît tendre à l'exhaustivité, tout en omettant des entités telles que les établissements médico-sociaux ou les musées par exemple. Il en découle d'importantes incertitudes quant au champ d'application de la disposition. Les recourants admettent d'ailleurs cette insuffisance de précision puisqu'ils évoquent la possibilité d'y remédier dans le cadre d'une loi d'exécution. Le texte de l'IN 136 n'est donc pas suffisamment clair pour permettre aux citoyens de se prononcer en connaissance de cause, comme l'exige l'art. 34 al. 2 Cst.»¹⁵⁶

En résumé, on retiendra que l'exigence de clarté déduite de l'art. 34 Cst. ne doit être comprise selon nous que sous son angle *linguistique*. Si l'initiative devait être de niveau législatif et porter une atteinte grave aux droits fondamentaux, elle violerait le principe de légalité, et non la liberté de vote garantie à l'art. 34 Cst. Les citoyens et citoyennes peuvent en effet former librement leur opinion et voir leur volonté fidèlement et sûrement exprimée autour d'un concept juridique (trop) indéterminé au regard du principe de la légalité. Dans ce cas, l'initiative législative cantonale pourra être invalidée pour non-conformité au principe de légalité. Si l'initiative populaire est de niveau constitutionnel, la question ne se posera que si le texte devait être directement applicable; ce qui ne devrait normalement pas être le cas en présence d'une disposition vague ou imprécise. S'il n'est pas directement applicable, et que l'atteinte aux droits fondamentaux semble importante, il reviendra au législateur de créer la base légale satisfaisant au principe de légalité.

III. La pratique genevoise

1. Introduction

Dans le canton de Genève, depuis quelques années, les autorités ont introduit une pratique qui consiste à examiner la clarté *normative* des initiatives populaires constitutionnelles, soit leur degré de normativité, examinant ainsi si les termes utilisés sont suffisamment clairs sous l'angle normatif, par exemple savoir s'il est suffisant de demander «une traversée du lac permettant l'achèvement du contournement de Genève»¹⁵⁷.

Parallèlement, du point de vue de la clarté linguistique, les autorités censurent parfois des détails de type purement rédactionnel, s'attelant à examiner

¹⁵⁶ TF, arrêt 1P.52/2007 du 4 septembre 2007, c. 3.3.

¹⁵⁷ Arrêté du Conseil d'Etat genevois du 27 mai 2015 relatif à la validité de l'initiative populaire cantonale 157 «OUI à la grande traversée du lac!», Feuille d'avis officielle n°42 du 29 mai 2015. Voir aussi de la même manière: Arrêté du Conseil d'Etat genevois du 25 juin 2014 relatif à la validité de l'initiative populaire cantonale 155 «Touche pas à mes dimanches!», Feuille d'avis officielle n°50 du 27 juin 2014. Arrêté du Conseil d'Etat genevois du 14 mai 2014 relatif à la validité de l'initiative populaire cantonale 154 «Pour des transports publics plus rapides!», Feuille d'avis officielle n°38 du 16 mai 2014.

le respect de la grammaire ou de l'abréviation des autres normes du droit cantonal¹⁵⁸.

2. L'examen de la clarté normative

A titre d'exemple, le Conseil d'Etat genevois, en examinant la validité d'une initiative populaire constitutionnelle, s'est récemment prononcé en procédant à une analyse du degré de clarté *normative* de l'initiative, alors qu'elle n'a pas lieu d'être comme nous l'avons montré¹⁵⁹. Le Conseil d'Etat cite d'ailleurs lui-même de la jurisprudence, qui relève qu'on «*ne saurait se montrer aussi exigeant en matière de précision que pour une norme de niveau législatif: en tant que norme fondamentale, la constitution a pour fonction notamment de définir l'organisation et la structure de l'Etat, de répartir des compétences et de poser des principes; elle n'a pas à réglementer toute matière de manière exhaustive*»¹⁶⁰. Le Tribunal fédéral confirme pourtant que le degré de précision normative n'est pas un motif d'invalidation d'une initiative populaire constitutionnelle¹⁶¹.

«Il est par ailleurs vrai que le texte d'une initiative constitutionnelle porte par nature sur des principes devant être concrétisés par la loi, comme le retient la jurisprudence (ATF 133 I 110, consid.6.2): <la constitution a pour fonction notamment de définir l'organisation et la structure de l'Etat, de répartir des compétences et de poser des principes; elle n'a pas à réglementer toute matière de manière exhaustive>. De ce fait, les termes utilisés par l'IN 157 sont suffisamment clairs pour que les citoyens genevois puissent en inférer les conséquences de l'acceptation du nouvel article 192A, alinéa 1 Cst-GE.

L'article 192A, alinéa 2 Cst-GE est également conforme au principe de clarté, car le <partenariat avec le secteur privé> qui y est mentionné se réfère à la notion générale de partenariat public-privé, soit la collaboration entre une autorité et un prestataire privé, qui réalisent ensemble une tâche publique, fournissant chacun des prestations et recevant des contreprestations, et qui en partagent les risques [...].

Enfin, les mesures d'accompagnement mentionnées à l'article 192A, alinéa 3 Cst-GE, déjà examinées plus haut pour ce qui est de leur connexité avec la traversée du Lac, sont suffisamment précises pour une norme de niveau constitutionnel et devront encore être concrétisées par la loi. Partant, le principe de clarté est respecté»¹⁶².

158 Arrêté du Conseil d'Etat genevois du 4 février 2015 relatif à la validité de l'initiative populaire cantonale 156 «Halte aux magouilles immobilières, OUI à la loi Longchamp!», Feuille d'avis officielle n° 11 du 6 février 2015.

159 Cf. ci-dessus ch. II.

160 ATF 133 I 110, c. 6.2.

161 ATF 133 I 110, c. 6.

162 Arrêté du Conseil d'Etat du 27 mai 2015 genevois relatif à la validité de l'initiative populaire cantonale 157 «OUI à la grande traversée du lac!», Feuille d'avis officielle n°42 du 29 mai 2015.

L'approche du Conseil d'Etat est problématique, car l'exigence de clarté découlant de l'art. 34 Cst. doit se limiter aux aspects *linguistiques* du texte comme nous l'avons montré, en interdisant des formulations incohérentes, incompréhensibles ou contradictoires susceptibles de distordre la libre formation de l'opinion des citoyens et des citoyennes et l'expression fidèle et sûre de leur volonté¹⁶³.

3. *L'examen de la clarté linguistique*

Si le Conseil d'Etat a la compétence de vérifier la clarté linguistique d'une initiative populaire dans le cadre de l'art. 34 Cst., il ne saurait en invalider une pour de simples erreurs de légistique formelle. Le principe de proportionnalité l'en empêche. De telles erreurs doivent au demeurant être corrigées selon le mécanisme prévu aux art. 7A ss de la *loi sur la forme, la publication et la promulgation des actes officiels*¹⁶⁴. Il s'agit d'une compétence revenant à la chancellerie et au secrétariat du Grand Conseil et non au Conseil d'Etat dans le cadre du contrôle de la validité d'une initiative populaire.

IV. Synthèse

L'exigence de clarté en matière de droits politiques n'a pas une portée si étendue qu'une première approche pourrait le laisser supposer. Limitée à l'interdiction des seuls textes incohérents, incompréhensibles ou contradictoires susceptibles de distordre la libre formation de l'opinion des citoyens et des citoyennes et l'expression fidèle et sûre de leur volonté, sa portée ne semble dès lors pas si étendue que cela. L'art. 34 Cst. pose ainsi une exigence de clarté *linguistique*, uniquement en cas de texte manifestement incohérent ou incompréhensible. La clarté linguistique n'a donc ni rang de droit ou de principe: elle est simplement une composante parmi d'autres de la garantie des droits politiques.

La pratique genevoise démontre les risques découlant d'une jurisprudence fédérale encore peu claire¹⁶⁵. Il serait souhaitable que cette dernière en distingue clairement les trois aspects, qu'elle traite pour l'instant de manière conjointe, à savoir la question soumise au vote, le titre et le contenu du texte.

163 GRODECKI 2008 (note 5), p. 302.

164 LFPP/GE; RS/GE B 2 05.

165 Le Conseil d'Etat, se fondant sur cette jurisprudence, a commencé à examiner le texte des initiatives pour déterminer, sous l'étiquette du principe de clarté, le caractère possiblement trompeur non seulement de son contenu, mais également de son exposé des motifs et de son texte explicatif (Arrêté du Conseil d'Etat du 22 juin 2016 relatif à la validité de l'initiative populaire cantonale 158 «Pour la valorisation et l'agrandissement de la Maison Internationale des Associations», Feuille d'avis officielle n°49 du 24 juin 2016). Or clarté et tromperie sont deux notions indépendantes: un texte peut être clair et parfaitement trompeur, alors qu'un texte peu clair n'est absolument pas nécessairement trompeur.

En cas d'initiative populaire cantonale ou communale, portant atteinte à un droit fondamental, sa précision justifiant l'atteinte (art. 36 al. 1 Cst.) doit être examinée au regard des exigences sur la limitation des droits fondamentaux¹⁶⁶. En cas d'initiative insuffisamment précise, sur le plan normatif, la sanction sera l'invalidation, pour violation non pas de l'art. 34 Cst., mais du droit fondamental touché, en lien avec l'art. 36 Cst.

En revanche, en cas d'initiative constitutionnelle fédérale insuffisamment précise du même type, la sanction sera normalement une absence d'application directe¹⁶⁷.

F. Conclusion

La clarté législative se décline en une double composante linguistique et normative. Force est de constater qu'elle transparait, directement ou indirectement, dans de nombreux principes constitutionnels sans pour autant former en soi un véritable principe constitutionnel indépendant.

La *clarté linguistique* est ainsi une exigence découlant d'autres principes constitutionnels tels que l'interdiction de l'arbitraire, la légalité, la bonne foi voire d'autres droits fondamentaux.

S'agissant de la *clarté normative*, le Tribunal fédéral, se fondant essentiellement sur le principe de la légalité, censure déjà les textes insuffisamment précis.

En matière de garantie des *droits politiques*, la clarté n'est considérée comme une exigence spécifique que sous son angle linguistique. Elle ne concerne pas l'aspect normatif qui relève du principe de la légalité. La jurisprudence du Tribunal fédéral est toutefois imprécise sur ce point et mériterait une clarification.

La consécration d'un *droit* ou d'un *principe* constitutionnel de clarté autonome et indépendant n'est dans ce contexte pas indispensable, car il existe en réalité déjà dans l'ordre constitutionnel suisse.

Résumé

Les auteurs examinent les deux faces du principe de clarté, à savoir la clarté linguistique et la clarté normative, avant de détailler la clarté en matière de droits politiques. Ils constatent que l'ordre constitutionnel suisse contient déjà une telle exigence et qu'il n'est ainsi pas besoin de développer un nouveau principe

166 ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELLIER, *Droit constitutionnel suisse*, Berne 2013, 3^e éd., Vol. II, p. 618 ss.

167 Comparez l'ATF 139 I 16 (pas d'application directe) et l'ATF 139 II 263, c. 3.

constitutionnel indépendant. En revanche, en matière de droits politiques, ils relèvent que la jurisprudence du Tribunal fédéral est imprécise et qu'elle mériterait une clarification.

Zusammenfassung

Die Autoren prüfen die beiden Aspekte des Klarheitsgebots, die Klarheit des sprachlichen Ausdrucks und die normative Klarheit, und gehen danach ausführlicher auf die Klarheit im Zusammenhang mit den politischen Rechten ein. Sie stellen fest, dass die verfassungsmässige Ordnung der Schweiz bereits ein entsprechendes Erfordernis enthält und dass es somit nicht nötig ist, einen neuen, unabhängigen verfassungsmässigen Grundsatz zu erarbeiten. Sie bemerken hingegen, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung über die politischen Rechten nicht präzise ist und dass in diesem Umfeld eine Klärung angebracht wäre.