

Pascal Mahon
Professeur, droit constitutionnel
Faculté de droit
Université de Neuchâtel

Federica Steffanini
Assistante-doctorante
Faculté de droit
Université de Neuchâtel

Validité de l'initiative constitutionnelle « contre l'ouverture d'un centre "Islam et société" à l'Université de Fribourg : non à une formation étatique d'imams »

Avis de droit

établi à la demande

de M. Jean-Pierre Siggen, Conseiller d'Etat et Directeur de l'instruction publique, de la culture et du sport
du Canton de Fribourg

Sommaire

I. Introduction : mandat, objet, contexte et plan de l'avis de droit.....	2
II. L'examen de la validité d'une initiative populaire cantonale au regard du droit fribourgeois en général..	4
A. L'initiative populaire cantonale : quelques généralités à titre de rappel.....	4
B. Les conditions de validité de l'initiative	6
1. Remarques liminaires	6
2. L'unité de la matière.....	6
3. L'unité de la forme	8
4. L'unité de rang	9
5. L'exécutabilité	13
6. La conformité au droit supérieur.....	14
III. Conformité de l'initiative au regard des principes de l'unité de la forme, de l'unité de la matière, de l'unité de rang et de l'exigence d'exécutabilité	15
A. Généralités	15
B. Validité de l'initiative sous l'angle de l'unité de la forme.....	17
C. Validité de l'initiative sous l'angle de l'unité de la matière	18
D. Validité de l'initiative sous l'angle de l'unité de rang	20
E. Validité de l'initiative sous l'angle de son exécutabilité	23
F. Conclusion intermédiaire.....	24
IV. Conformité de l'initiative au regard du droit supérieur.....	26
A. Généralités	26
B. L'autonomie des universités.....	26
C. L'interdiction des discriminations.....	28
D. Conclusion intermédiaire.....	33
V. Synthèse générale et résumé des conclusions.....	34

I. Introduction : mandat, objet, contexte et plan de l'avis de droit

1. Par courrier du 11 mai 2015, Monsieur Jean-Pierre Siggen, Conseiller d'Etat, Directeur de l'instruction publique, de la culture et du sport du Canton de Fribourg a sollicité le premier soussigné en vue de la rédaction d'un avis de droit concernant la validité de l'initiative constitutionnelle intitulée « Contre l'ouverture d'un centre "Islam et société" à l'Université de Fribourg : non à une formation étatique d'imams ».

La demande d'avis de droit concrétisait le mandat envisagé en indiquant « qu'il s'agirait de traiter en particulier les questions suivantes : 1. Unité de la forme. 2. Contournement de la non-existence d'un droit d'initiative pour une formulation générale. 3. Conformité au droit supérieur ». Il précisait cependant que le mandataire serait libre d'apprécier la pertinence de ces questions et de juger de l'opportunité d'en examiner d'autres.

2. Le premier soussigné a accepté le mandat par courrier adressé à Monsieur Jean-Pierre Siggen en date du 4 juin 2015. Il a été convenu que le présent avis serait délivré pour le début octobre 2015.
3. Le présent avis porte donc sur la question de la validité de l'initiative populaire constitutionnelle cantonale intitulée « Contre l'ouverture d'un centre "Islam et société" à l'Université de Fribourg : non à une formation étatique d'imams », dont le texte est le suivant :

Contre l'ouverture d'un centre « Islam et société » à l'Université de Fribourg : non à une formation étatique d'imams

Les citoyennes et citoyens fribourgeois soussignés ayant le droit de vote en matière cantonale demandent, en vertu de l'article 41 let. a de la Constitution du canton de Fribourg et des articles 102 let. b, 123 et 124 de la loi sur l'exercice des droits politiques, que la Constitution cantonale soit modifiée afin d'introduire une base légale n'autorisant pas la création d'un centre « islam et société » tel que projeté et empêchant ainsi qu'une quelconque formation étatique d'imams soit instaurée.

La demande d'initiative a été déposée à la Chancellerie d'Etat du Canton de Fribourg le 8 avril 2015 et elle a été publiée dans la Feuille officielle le 24 avril 2015. Le délai de nonante jours pour récolter les 6000 signatures nécessaires au sens de l'article 42 alinéa 2 de la Constitution du Canton de Fribourg du 16 mai 2004 (ci-après : Cst/FR) est arrivé à échéance le 23 juillet 2015. A cette date, le texte avait récolté un total de 9133 signatures. La Chancellerie d'Etat procède actuellement à la vérification et au décompte des signatures, en vue de la constatation de l'aboutissement de l'initiative. Si la récolte des signatures aboutit, le Conseil d'Etat aura trois mois pour transmettre au Grand Conseil la décision sur l'aboutissement de l'initiative et un message dans lequel il prend position sur la validité de cette initiative. Cette procédure est régie par la loi cantonale sur l'exercice des droits politiques, du 6 avril 2001 (LEDP).

4. S'agissant du contexte dans lequel s'inscrit l'initiative objet du présent avis, il y a lieu avant tout de préciser que contrairement à ce que laisse entendre le libellé de l'initiative, le *Centre suisse Islam et société* (CSIS) n'est plus seulement un projet, mais bel et bien une réalité. Créé d'après un mandat de la Confédération, plus précisément du Secrétariat d'Etat à la formation, à la recherche et à l'innovation (SEFRI) et rattaché provisoirement à la Faculté de théologie de l'Université de Fribourg, le CSIS a déjà été créé et il est opérationnel depuis le 1^{er} janvier 2015. La Direction de l'instruction publique, de la culture et du sport a fait savoir qu'il est prévu que ses statuts soient

adoptés début 2016 et qu'il prendra alors la forme juridique d'un institut interfacultaire des Facultés de théologie, de droit et des lettres.

Selon les informations fournies par la Confédération et par l'Université de Fribourg¹, le choix du groupe de travail nommé par le SEFRI avait porté sur Fribourg en raison de l'environnement plurilingue qui caractérise tant la ville que son Alma Mater, de l'expertise et de la tradition de cette Université en matière de théologie chrétienne et de droit canon ainsi que de l'approche interdisciplinaire que garantissent ses cinq facultés.

Le CSIS, soutenu financièrement par la Confédération et la Fondation Mercator Suisse, est conçu comme une plateforme interdisciplinaire destinée à favoriser le dialogue avec et sur l'Islam et à s'interroger sur les questions de société inhérentes à la présence des communautés musulmanes dans notre pays. Toujours selon l'Université de Fribourg, « le rôle de l'Islam dans la société est une thématique aussi émotionnelle qu'actuelle »². Le cadre académique confère une approche scientifique et rationnelle au débat et favorise l'échange interreligieux et la transmission de connaissances objectives en vue d'une meilleure compréhension mutuelle et, en définitive, d'une intégration réussie dans l'environnement culturel et social.

Les activités du CSIS se concentrent autour de trois axes : la recherche, l'enseignement et la formation continue. Au vu des objectifs de réciprocité poursuivis, l'offre de formation du nouvel institut s'adresse à un vaste public. Elle vise en égale mesure les personnes de confession musulmane qui souhaitent approfondir leurs connaissances sur la société, les lois et la politique suisses (par exemple les personnes chargées de l'encadrement religieux, appelées de ce fait à exercer une fonction d'interlocuteurs au sein de leur communauté) et les non-musulmans désireux d'en apprendre davantage sur la théologie musulmane (par exemple les personnes en contact avec des musulmans dans le cadre de leur travail). A ce propos, il a été rappelé à plusieurs reprises que « [l']Université de Fribourg ne s'apprête pas à installer des imams, pas plus qu'elle ne consacre de prêtres ou nomme des curés »³.

5. Sur le plan juridique, la possibilité de formuler la modification constitutionnelle demandée, à savoir l'introduction dans la Constitution cantonale d'une disposition interdisant la création d'un pareil centre, a suscité d'emblée des perplexités. Autrement dit, s'est d'emblée posée la question de la validité juridique de l'initiative. Comme spécifié dans le mandat, le présent avis doit servir de base pour la prise de position du Conseil d'Etat au sujet de la validité de l'initiative déposée. Concrètement, il a donc pour but et pour objet de vérifier la conformité de l'initiative déposée avec le droit constitutionnel cantonal et fédéral. Dans cette perspective, il s'agira d'analyser les exigences de validité d'une initiative populaire telles que définies par la Constitution fribourgeoise et de déterminer si ces exigences sont respectées. En cas de conclusion négative ou de doute sur ce point, il y aura lieu, en dernière analyse, de faire une proposition concrète au Conseil d'Etat concernant la validité ou, au contraire, l'invalidité, totale ou partielle, de l'initiative.

Ainsi qu'on l'a indiqué, le mandat précise « qu'il s'agirait de traiter en particulier les questions suivantes : 1. Unité de la forme. 2. Contournement de la non-existence d'un droit d'initiative pour une formulation générale. 3. Conformité au droit supérieur », tout

¹ Les considérations relatives aux objectifs et aux activités du CSIS se réfèrent à une série d'écrits parus dans les médias et reprennent le contenu du site internet du Centre (www.unifr.ch/szig). Concernant les informations publiées dans la presse, voir, en particulier, les articles du quotidien *La Liberté* des 29 janvier 2015, 3 février 2015 et 9 avril 2015 ainsi que l'article publié par *Swissinfo* (www.swissinfo.ch) le 10 mars 2014.

² Communiqué de presse de l'Université de Fribourg, *Centre suisse islam et société : le dialogue scientifique est, plus que jamais, nécessaire*, du 28 janvier 2015.

³ *Vers un Centre suisse islam et société. De l'idée à la réalisation*, News SEFRI, avril 2014, p. 11 s.

en laissant au mandataire la liberté d'en apprécier la pertinence et de juger de l'opportunité d'examiner d'autres questions. On peut d'ores et déjà anticiper à ce propos que même si la demande d'avis ne mentionne que certaines des exigences de validité prévues par la Constitution et la législation cantonales, nous avons jugé opportun, nécessaire même, compte tenu de la complexité de la thématique et par souci d'exhaustivité, d'examiner la question de la validité de l'initiative dans son ensemble, à l'aune de l'ensemble des conditions de validité existantes, en approfondissant au fur et à mesure les aspects qui pourraient être jugés problématiques.

6. Pour ce qui est du plan, dans une deuxième partie, générale et théorique, qui suivra cette introduction, l'avis présentera de manière abstraite, en se référant principalement à la jurisprudence du Tribunal fédéral et à la doctrine, les règles qui régissent de manière générale la validité – ou l'invalidité – des initiatives populaires en droit constitutionnel cantonal (ch. II). Par la suite, il s'attachera à répondre à ces mêmes questions dans le cas concret, par l'appréciation de l'initiative en cause à l'aune des règles générales ainsi identifiées, afin de déterminer si celle-ci respecte ces principes ou, au contraire, si elle les enfreint. A cet effet, l'avis évaluera, d'une part, le respect des exigences relatives à l'unité de la forme, l'unité de la matière, l'unité de rang et l'exécutabilité de l'initiative (ch. III) et, d'autre part, la compatibilité de cette dernière avec le droit supérieur (ch. IV), en proposant une conclusion intermédiaire au terme de chacun de ces deux chapitres. Il s'achèvera sur une brève synthèse générale, résumant les conclusions essentielles (ch. V).
7. S'agissant enfin de la démarche, d'un point de vue plus strictement méthodologique, le présent avis de droit se fonde sur les sources habituelles et généralement disponibles de la réglementation en vigueur – qu'elle soit constitutionnelle ou législative –, de la jurisprudence et de la doctrine juridique. L'analyse fera appel à des sources aussi bien fédérales que cantonales. En effet, comme on le verra, si la demande d'avis porte sur la situation dans le Canton de Fribourg, l'examen des solutions existant dans d'autres ordres juridiques, notamment dans les autres cantons et au plan fédéral, peut mettre en exergue certains traits fondamentaux de l'institution et de la question étudiées.

II. L'examen de la validité d'une initiative populaire cantonale au regard du droit fribourgeois en général

A. L'initiative populaire cantonale : quelques généralités à titre de rappel

8. Elément caractéristique de la Suisse moderne, le système de démocratie directe ou semi-directe fait du peuple un organe de l'Etat, le premier organe même. En cette qualité, le peuple est appelé à participer à l'exercice du pouvoir étatique et à prendre lui-même certaines décisions, voire les principales décisions qui regardent la collectivité. En raison de la structure fédérale du pays, c'est le corps électoral fédéral, le corps électoral cantonal et le corps électoral communal qui assument ce rôle, chacun au sein de sa propre collectivité. A cet effet, afin que le corps électoral concerné puisse disposer des compétences et des droits nécessaires à l'exercice de

cette fonction, « il appartient au droit public, essentiellement à la Constitution d'arrêter l'exercice des droits populaires »⁴.

9. Conformément à l'article 39 alinéa 1^{er} de la Constitution fédérale (Cst.), le contenu et l'exercice de ces droits au niveau cantonal est réglé par les cantons eux-mêmes. La Constitution fédérale leur impose néanmoins quelques obligations. L'art. 51 al. 2 Cst. postule que les constitutions cantonales « doivent être garanties par la Confédération » ; concrètement, l'Assemblée fédérale doit donc contrôler leur conformité au droit fédéral. Or, l'octroi de la garantie (et donc de la protection) fédérale « est subordonné à diverses conditions, qui visent notamment les droits populaires »⁵. Conformément à l'art. 51 al. 1^{er}, *in fine*, Cst., parmi ces conditions figure la faculté pour la majorité du corps électoral de demander une révision de la constitution cantonale. L'instrument de l'initiative populaire en matière de révision constitutionnelle, qui « confère à une fraction du corps électoral le droit de déclencher la procédure qui conduit à l'adoption, à la révision ou à l'abrogation d'un acte étatique »⁶, en l'occurrence de la constitution cantonale, est donc imposé par la Constitution fédérale, laquelle a toutefois posé une exigence très « basse », puisqu'elle n'impose l'initiative populaire que si une *majorité* du corps électoral – soit plus de 50% des citoyennes et citoyens – le demande ; comme on le sait, tous les cantons sont allés bien au-delà de cette exigence, en accordant le droit d'initiative à des fractions sensiblement plus petites de leur corps électoral⁷. La Constitution fédérale impose donc aux cantons de prévoir un droit d'initiative *en matière constitutionnelle*, c'est-à-dire le droit de demander la révision de la constitution cantonale. Mais là aussi, « le droit fédéral définit des *minima* »⁸ et les cantons peuvent aller au-delà du minimum prescrit et reconnaître ce droit de proposition pour d'autres actes juridiques. C'est ce que tous ont fait puisque, à ce jour, dans tous les cantons, une initiative peut porter également sur une loi et parfois même sur des normes de rang inférieur, voire, dans des cas plus rares, sur des actes administratifs⁹.
10. A Fribourg, le droit d'initiative est régi par les articles 41 et suivants de la Constitution cantonale. Au sens de l'art. 41, en matière cantonale, une initiative populaire peut avoir pour objet une révision, partielle ou totale, de la Constitution ou l'adoption, la modification ou l'abrogation d'une loi. Le Canton de Fribourg limite donc le droit d'initiative à l'initiative *constitutionnelle* et à l'initiative *législative*. L'initiative en matière administrative – portant sur une décision, acte individuel et concret –¹⁰ n'est en revanche pas prévue.

⁴ ETIENNE GRISEL, *Initiative et référendum populaires : traité de la démocratie semi-directe en droit suisse*, Berne 2004, n° 4.

⁵ GRISEL, *Initiative et référendum populaires*, précité (note 4), n° 25.

⁶ ANDREAS AUER – GIORGIO MALINVERNI – MICHEL HOTTELLIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I : L'Etat, 3^e éd., Berne, 2013, n° 633. L'initiative populaire se définit également comme le droit, reconnu à un certain nombre de personnes, de soumettre une proposition à l'organe de suffrage ; cf. GRISEL, *Initiative et référendum populaires*, précité (note 4), n°s 95 et 388.

⁷ ALEXANDER RUCH, Art. 51 BV, in : BERNHARD EHRENZELLER et al. (éd.), *Die Schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 3^e éd., Zurich 2014, p. 1065 ss, n° 13.

⁸ GRISEL, *Initiative et référendum populaires*, précité (note 4), n° 25.

⁹ ETIENNE GRISEL, Les droits populaires au niveau cantonal, in : DANIEL THÜRER – JEAN-FRANÇOIS AUBERT – JÖRG PAUL MÜLLER (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, § 25, n°s 1 et 8.

¹⁰ STÉPHANE GRODECKI, *L'initiative populaire cantonale et municipale à Genève*, Zurich 2008, n° 393, souligne que l'initiative administrative se différencie de l'initiative constitutionnelle ou législative par le fait qu'elle « ne propose pas l'adoption, la modification ou l'abrogation d'une norme générale et abstraite, mais d'un acte infralégal, individuel ou concret ».

B. Les conditions de validité de l'initiative

1. Remarques liminaires

11. Avant qu'elle soit soumise au vote populaire, l'initiative cantonale ayant formellement abouti est soumise à un examen qui concerne sa validité juridique. Conduit par le Grand Conseil, cet examen vise à s'assurer que l'initiative n'est pas entachée d'un vice qui conduirait à son invalidation. Car, « une initiative déclarée non valide ne peut pas, en principe, être soumise au peuple »¹¹.
12. La validité d'une initiative cantonale est subordonnée à des conditions de nature formelle et matérielle. Dans le Canton de Fribourg, l'art. 117 LEDP précise que le Grand Conseil est appelé à statuer aussi bien sur la validité formelle que sur la validité matérielle de l'initiative. Pour qu'elle soit déclarée valide, l'initiative doit satisfaire cinq conditions : le respect des principes ou des exigences de l'unité de la matière, de l'unité de la forme et de l'unité de rang, l'exigence de l'exécutabilité et celle de la conformité au droit supérieur. Ces exigences et principes sont tous explicitement mentionnés par la législation fribourgeoise (art. 43 et 145 al. 2 Cst/FR, ainsi qu'art. 117 al. 1bis LEDP¹²) ; ceci dit, ils seraient applicables même sans base légale expresse¹³ puisqu'ils découlent du droit fédéral¹⁴.

2. L'unité de la matière

13. A l'instar des exigences de l'unité de forme et de rang¹⁵, le principe de l'unité de la matière « est une conséquence directe de la liberté de vote »¹⁶. Protégée par l'article 34 al. 2 de la Constitution fédérale, la liberté de vote offre une garantie minimale qui touche au fonctionnement de la démocratie, que ce soit au niveau fédéral ou cantonal : elle garantit que, là où ils existent, les droits politiques puissent s'exercer de manière libre et régulière¹⁷. Selon la formule traditionnelle du Tribunal fédéral, la liberté de vote garantit à toute personne qui jouit des droits politiques « la faculté d'exiger qu'aucun résultat de votation ou d'élection ne soit reconnu s'il ne traduit pas de manière fidèle et sûre la volonté librement exprimée du corps électoral »¹⁸. Ce droit fondamental « exige

¹¹ AUER – MALINVERNI – HOTTELIER, précités (note 6), n° 855. GRISEL, *Les droits populaires*, précité (note 9), n° 21, précise qu'il y a lieu, dans tous les cas, d'appliquer le principe de proportionnalité en fonction de la gravité du vice.

¹² Il faut noter que l'art. 117 al. 1bis LEDP est une disposition légale relativement récente. Elle a été introduite, après l'adoption et l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2005, de la nouvelle Constitution cantonale, du 16 mai 2004, par la loi du 11 février 2009 concernant une révision partielle de la loi sur l'exercice des droits politiques et de la loi sur les communes (ROF 2009_018), afin de « rappeler dans la loi les cinq conditions posées par la jurisprudence » dont l'examen incombe au Grand Conseil (voir le Message n° 110, du 18 novembre 2008, du Conseil d'Etat au Grand Conseil accompagnant le projet de loi portant révision partielle de la loi sur l'exercice des droits politiques et de la loi sur les communes). Alors que les dispositions constitutionnelles pertinentes (les art. 43 et 145 al. 2 Cst/FR) ne mentionnent que quatre de ces conditions, la nouvelle disposition légale les mentionne toutes les cinq, ajoutant celle de l'unité de rang.

¹³ GRISEL, *Les droits populaires*, précité (note 9), n° 20.

¹⁴ D'une manière générale, les règles étudiées ici ont le même sens qu'en droit fédéral.

¹⁵ A ce propos, voir, respectivement, les n°s 17 ss et 22 ss ci-après.

¹⁶ AUER – MALINVERNI – HOTTELIER, précités (note 6), n° 857.

¹⁷ Voir notamment JÖRG PAUL MÜLLER – MARKUS SCHEFER, *Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK*, 4^e éd., Berne 1999, p. 611 ss ; PASCAL MAHON, in : JEAN-FRANÇOIS AUBERT – PASCAL MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève 2003, ad art. 34, n° 2.

¹⁸ ATF 123 I 63, consid. 4b, p. 71. Pour d'autres références, cf. MAHON, précité (note 17), ad art. 34, n° 3, note 4.

que les votations et élections soient organisées de telle manière que la volonté des électeurs puisse s'exprimer librement, notamment sans pression ni influence extérieure [...]. Cela implique en particulier une formulation simple, claire et objective des questions soumises au vote ; 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 conséquence [...] »¹⁹.

14. La règle de l'unité de la matière « interdit en principe qu'une proposition soumise au vote soit constituée de deux ou plusieurs éléments sans lien étroit, réel et objectif entre eux, dont la réunion artificielle place donc le citoyen devant un dilemme, en l'empêchant de choisir librement l'un ou l'autre de ces éléments »²⁰.

Dans une formule consacrée, le Tribunal fédéral définit cette exigence comme suit : il est « interdit de mêler, dans un même objet soumis au vote du peuple, plusieurs propositions de nature ou de buts différents, qui forceraient ainsi le citoyen à une approbation ou à une opposition globales, alors qu'il pourrait n'être d'accord qu'avec une partie des propositions qui lui sont soumises. Il doit ainsi exister, entre les diverses parties d'un objet soumis au peuple, un rapport intrinsèque ainsi qu'une unité de but, c'est-à-dire un rapport de connexité qui fasse apparaître comme objectivement justifiée la réunion de plusieurs propositions en une seule question soumise au vote »²¹.

Il ressort de ces définitions que pour respecter le principe de l'unité de la matière, une initiative ne doit viser qu'un seul objet ou alors des objets connexes. En cas de propositions plurielles, on exige un « rapport intrinsèque » ainsi qu'une « unité de but » entre les différents aspects de la demande. Dans certains arrêts, le Tribunal fédéral ajoute que le lien objectif entre ceux-ci ne doit pas être « simplement artificiel, subjectif ou purement politique »²².

15. L'idée du rapport intrinsèque « est commune au droit constitutionnel fédéral (art. 75 al. 2 LDP) et au droit cantonal et doit s'interpréter de la même manière »²³. En droit fribourgeois, l'art. 123 al. 2 LEDP, qui définit le principe de l'unité de la matière ancré à l'art. 43 de la Constitution cantonale, reprend d'ailleurs presque mot pour mot la disposition fédérale correspondante.

Il est intéressant de relever que, pour juger de l'existence du rapport intrinsèque exigé, et donc du respect ou de la violation de l'exigence de l'unité de la matière, le point de vue à adopter n'est pas – contrairement à ce qui vaut pour l'examen de l'unité de la forme²⁴ – celui des intentions des auteurs de l'initiative, mais celui de la manière dont le citoyen éclairé, « qui se tient informé ou s'intéresse à la politique »²⁵, peut comprendre la question soumise au vote. En d'autres termes, l'initiative doit poser une question qui apparaisse, au moment du vote, « claire » pour le citoyen averti moyen²⁶. A contrario, « si [les électeurs] sont fondés à se faire des convictions divergentes sur

¹⁹ ATF 137 I 200, consid. 2.1, p. 203. Voir aussi ATF 131 I 126, consid. 5.1, p. 132.

²⁰ MAHON, précité (note 17), ad art. 34, n° 6.

²¹ Arrêt du TF 1C_306/2012 du 25 février 2013, consid. 2.1, avec les références.

²² ATF 129 I 366, consid. 2.3, p. 371, JdT 2005 I 235 (trad.). Cf. aussi l'arrêt du TF 1C_103/2010, du 26 août 2010, consid. 3.1.

²³ AUER – MALINVERNI – HOTTELIER, précités (note 6), n° 859.

²⁴ Voir notamment le n° 20 ci-après.

²⁵ ATF 129 I 366, consid. 2.3, p. 372-373, JdT 2005 I 236 (trad.).

²⁶ *Ibidem*.

les questions variées que soulève le texte, ils ne doivent pas être contraints à donner une seule réponse »²⁷.

16. Le fait que le rapport intrinsèque entre les différentes parties d'un projet ne puisse pas être décrit abstraitement montre à quel point « l'unité de la matière est une notion relative qui doit être appréciée en fonction des circonstances concrètes »²⁸. Dans le même sens, il est aussi admis que l'interprétation doit être plus stricte en cas de révision partielle de la Constitution que s'il s'agit d'un projet de loi. Car « il découle de la nature même de l'initiative législative, par laquelle on peut proposer une loi entière, que celle-ci soit plus hétérogène que les révisions constitutionnelles partielles »²⁹. De plus, l'appréciation sera plus rigoureuse pour les initiatives rédigées de toutes pièces. Dans le cas des propositions générales, qui nécessitent encore d'être concrétisées par le législateur, « il est plus difficile à ses auteurs de s'en tenir strictement à un seul objet, et d'ailleurs le Parlement pourra encore corriger le vice en façonnant les dispositions voulues »³⁰.

3. L'unité de la forme

17. La Constitution fribourgeoise indique, à son art. 42 al. 1^{er}, que « l'initiative populaire peut prendre la forme d'un projet rédigé de toutes pièces ou être conçue en termes généraux ». Dans les cantons qui, comme Fribourg – et comme le droit fédéral –, reconnaissent ces deux formes d'initiatives, les auteurs d'une initiative doivent opter pour l'une ou l'autre d'entre elles et ne sauraient les mélanger. En d'autres termes, les deux formes s'excluent mutuellement.
18. Il est important de ne pas mélanger ces deux formes d'initiatives avant tout pour des considérations d'ordre procédural. Dans le cas de l'initiative non formulée, le parlement cantonal sera en principe appelé à concrétiser le vœu des auteurs de l'initiative, tandis que le projet rédigé est un texte normatif déjà prêt à être soumis au peuple. En outre, le Tribunal fédéral déduit le principe de l'unité de la forme, à l'instar de celui de l'unité de la matière, de la liberté de vote³¹ : « [s]i le principe de l'unité de la forme est violé, l'initiative est dépourvue de la clarté et de la précision nécessaires ; les citoyens ne savent pas ce qu'il va advenir, en cas d'admission de la partie formulée, de l'autre partie non formulée »³². La liberté des auteurs de l'initiative est donc limitée afin de permettre au citoyen de mesurer la portée et les conséquences de son vote.
19. D'une manière générale, on retiendra que l'initiative conçue en termes généraux est définie, comme en droit fédéral, selon deux critères principaux. L'un, positif, veut que le texte désigne les normes dont il demande l'adoption (Constitution, loi) et indique d'une manière suffisamment claire les objectifs des promoteurs ; l'autre, négatif, exclut que

²⁷ GRISEL, *Initiative et référendum populaires*, précité (note 4), n° 642.

²⁸ ATF 137 I 200, consid. 2.2, p. 203. Cf. aussi ATF 130 I 185, consid. 3.2, p. 196 ; 129 I 381, consid. 2.3, p. 385 ; 129 I 366, consid. 2.3, p. 372, JdT 2005 I 236 (trad.) ; 125 I 227, consid. 3b, p. 230 ; 123 I 63, consid. 4d, p. 73.

²⁹ AUER – MALINVERNI – HOTTELIER, précités (note 6), n° 861.

³⁰ GRISEL, *Initiative et référendum populaires*, précité (note 4), n° 690. Au sujet de l'appréciation nuancée du concept d'unité de la matière en fonction de l'objet et de la forme de l'initiative, cf. également ATF 130 I 185, consid. 3.1, p. 195, avec les références.

³¹ Sur la liberté de vote, voir le n° 13 ci-dessus.

³² ATF 114 la 413, consid. 3c, p. 416, JdT 1990 I 228 (trad.).

l'initiative contienne des dispositions précises et détaillées³³. Le projet rédigé de toutes pièces se présente; en revanche, comme un texte normatif prêt à entrer en vigueur en l'état et donc susceptible d'être voté directement³⁴. Il s'en suit que ce n'est pas la précision de la demande en termes de contenu qui est déterminante pour juger de la forme de l'initiative, mais plutôt le besoin de concrétisation par le législateur pour que le texte puisse, le cas échéant, être intégré dans la Constitution³⁵.

20. Il n'en demeure pas moins que la distinction entre les deux formes n'est pas toujours aisée. Dans les cas peu clairs, l'autorité recherchera avant tout l'intention des auteurs de l'initiative; l'analyse du texte n'interviendra que lorsque celle-ci ne peut être déterminée avec certitude³⁶.
21. Selon une partie de la doctrine, le principe de l'« unité normative » (*normative Einheit*) d'une initiative découle du respect de l'unité de la forme³⁷. Ainsi, une initiative doit revêtir la forme d'une initiative constitutionnelle, d'une initiative législative ou d'une initiative administrative et ne saurait mélanger les différents genres d'initiatives (on parle aussi d'« unité de genre », *Einheit der Initiativart*). L'exigence du respect de l'unité normative ou de l'unité de genre correspond toutefois au principe de l'unité de rang; il se justifie partant de la traiter de manière plus approfondie sous ce volet et surtout comme une condition de validité à part entière. Cela vaut d'autant plus qu'en droit fribourgeois ce principe est énoncé en toutes lettres, séparément de celui de l'unité de la forme.

4. L'unité de rang

22. Souvent implicite, comme par exemple en droit fédéral, le principe de l'unité de rang se dégage d'une vision systématique de l'ensemble de l'ordre juridique et plus particulièrement du principe de la hiérarchie des normes, suivant lequel un acte de rang inférieur doit respecter (formellement et matériellement) les actes de rang supérieur³⁸. En droit fribourgeois, depuis 2009, l'exigence de l'unité de rang est explicitement mentionnée à l'art. 117 al. 1bis LEDP, sans toutefois être posée expressément dans la Constitution cantonale, contrairement aux autres conditions de validité³⁹.
23. La doctrine et la jurisprudence définissent généralement l'exigence de l'unité de rang (également appelée, on l'a dit, « unité normative » ou « unité de genre ») comme l'interdiction, pour une initiative populaire, de « tendre simultanément à l'adoption de normes qui appartiennent à des rangs différents »⁴⁰. « [L']ordre juridique implique une

³³ GRISEL, *Initiative et référendum populaires*, précité (note 4), n^{os} 587 ss, et *Les droits populaires*, précité (note 9), n^o 17.

³⁴ GRISEL, *Les droits populaires*, précité (note 9), n^o 19.

³⁵ BERNHARD EHRENZELLER – ROGER NOBS, Art. 139 BV, in : BERNHARD EHRENZELLER et al. (éd.), précités (note 7), p. 2461 ss, n^o 33. Dans le même sens, RENÉ RHINOW – MARKUS SCHEFER, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 2e éd., Bâle 2009, n^o 2170 s.

³⁶ GRISEL, *Initiative et référendum populaires*, précité (note 4), n^{os} 629 ss et 678 s.

³⁷ Voir notamment ATF 114 Ia 413, consid. 3fb, p. 419, JdT 1990 I 229 (trad.), ainsi que ALFRED KÖLZ, *Die kantonale Volksinitiative in der Rechtsprechung des Bundesgerichts: Darstellung und kritische Betrachtung*, ZBl 1982, p. 17; STEPHAN DILLIER, *Die politischen Rechte*, RFJ Numéro spécial 2005, p. 187-188.

³⁸ MAHON, précité (note 17), ad art. 5, n^o 8.

³⁹ Voir la note 12 ci-dessus.

⁴⁰ GRISEL, *Initiative et référendum populaires*, précité (note 4), n^o 674.

hiérarchie [des normes] et soumet chaque échelon à un contrôle démocratique distinct »⁴¹, il serait dès lors abusif de lancer une initiative qui propose à la fois une modification de la Constitution et l'adoption d'une loi, par exemple. Ce principe découle également de la liberté de vote⁴², en ce sens que « le citoyen doit savoir s'il se prononce sur une modification constitutionnelle ou simplement législative, et doit avoir le droit, le cas échéant, de se prononcer séparément sur les deux questions »⁴³.

24. Affirmer qu'une initiative doit contenir des propositions relevant d'une seule catégorie d'actes, « [c]'est dire que, sauf exception, son objet se confond [...] avec le rang que son texte occupera dans l'ordre juridique, s'il est accepté par le peuple »⁴⁴. Ainsi, les problèmes du rang et de l'objet de l'initiative « sont du moins si étroitement liés qu'ils ne se prêteraient guère à être étudiés séparément »⁴⁵. Il convient par conséquent d'envisager l'obligation d'observer l'unité de rang aussi sous un autre angle, à savoir celui du champ d'application – ou de l'objet – des différents « genres » d'initiatives autorisés par le droit cantonal.

25. Selon les cantons, une initiative peut viser la Constitution, la loi, voire même un acte administratif. Elle ne saurait d'ailleurs avoir pour objet immédiat la modification d'un acte relevant d'une catégorie autre que celles reconnues par le droit cantonal. Par conséquent, dans les cantons qui connaissent uniquement l'initiative en matière constitutionnelle et l'initiative en matière législative, comme le canton de Fribourg⁴⁶, toute initiative portant formellement sur des actes de nature administrative doit en principe être considérée comme contraire au droit constitutionnel cantonal⁴⁷.

Il reste cependant à savoir si l'*objet* du droit d'initiative doit s'entendre dans un sens formel ou dans un sens matériel. Car une initiative pourrait demander de porter au rang constitutionnel un certain nombre de dispositions, tout en modifiant matériellement des normes de rang inférieur ; elle pourrait par exemple être formellement législative, mais matériellement administrative. En clair, est-ce qu'il suffit qu'une initiative vise formellement la révision de certaines catégories d'actes ou faut-il aussi que la modification qu'elle opère relève matériellement de ces mêmes catégories d'actes ? Autrement dit, une initiative constitutionnelle ou une initiative législative doivent-elles nécessairement comporter des normes respectivement de rang constitutionnel ou de rang législatif ? Au surplus, doivent-elles nécessairement proposer des règles de droit à proprement parler, c'est-à-dire des règles générales et abstraites ?

26. Cette question de la délimitation de l'objet des initiatives populaires est délicate et elle appelle des réponses diversifiées, ne serait-ce qu'en raison des controverses qu'elle suscite. Doctrine et jurisprudence ne vont en effet pas toujours dans la même direction. Premièrement, le problème ne semble pas se poser dans les mêmes termes selon qu'il s'agit d'une initiative *législative* ou d'une initiative *constitutionnelle*. En outre, les actes matériellement adoptés ou modifiés par la voie de l'initiative ne sauraient aller à l'encontre du principe de la séparation des pouvoirs. Nous aborderons ces deux questions dans les paragraphes qui suivent.

⁴¹ GRISEL, *Les droits populaires*, précité (note 9), n° 22.

⁴² Sur la liberté de vote, voir le n° 13 ci-dessus.

⁴³ ATF 130 I 185, consid. 2.1, p. 192.

⁴⁴ GRISEL, *Initiative et référendum populaires*, précité (note 4), n° 448.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Voir le n° 10 ci-dessus.

⁴⁷ Voir, par exemple, l'ATF 111 la 303, spéc. consid. 7, p. 313 ss, JdT 1987 I 268 (trad.).

27. En ce qui concerne le contenu matériel de l'initiative législative, qui n'existe pas au plan fédéral, mais seulement au plan cantonal, il a lieu de distinguer. Tout d'abord, l'initiative législative ne saurait « avoir un contenu qui est incompatible avec la Constitution cantonale ou qui touche un domaine qu'elle régit de façon exhaustive »⁴⁸ ; elle est donc matériellement limitée par le droit supérieur sur lequel elle ne peut porter ou empiéter, ce qui est parfaitement logique. La question de savoir si elle peut porter sur des règles de rang inférieur, voire des décisions d'espèce, est en revanche plus complexe, si bien qu'il faut procéder par étapes.

Lorsque le constituant n'a pas exprimé clairement, dans une disposition qui règle spécifiquement la question, ses intentions à ce sujet, il faut reconstituer sa volonté à partir de la définition qu'il donne de la loi. En effet, « [s]uivant la définition de la loi qu'il consacre, le droit cantonal peut limiter ou au contraire laisser une grande liberté à l'objet des initiatives »⁴⁹. Ainsi, si la constitution cantonale indique clairement⁵⁰ – ou si, d'après la jurisprudence, il ressort du texte constitutionnel⁵¹ – que la notion de « loi » doit être comprise dans un sens matériel, comme ensemble de normes, c'est-à-dire de règles générales et abstraites, l'initiative législative ne pourra tendre qu'à l'adoption, la modification ou l'abrogation de normes, c'est-à-dire de règles de droit, au caractère général et abstrait. Inversement, l'existence d'une définition simplement formelle de la « loi » laisserait entendre que l'initiative législative peut porter sur tout acte adopté par une autorité législative selon la procédure législative ordinaire⁵². Selon une partie de la doctrine, la même liberté devrait également être reconnue là où la constitution cantonale ne définit pas précisément le contenu de la loi⁵³. Dans ces cas, l'initiative législative pourra, en principe, porter également sur des actes individuels et concrets. Pour résumer, ce qui, d'après la constitution, ne peut pas faire l'objet d'une loi, n'entre pas dans le champ d'application – ou ne peut constituer l'objet – de l'initiative populaire législative⁵⁴ et vice-versa⁵⁵.

S'inspirant de la jurisprudence, GRISEL avance par ailleurs un deuxième critère applicable à la détermination de l'objet d'une initiative législative, considéré toutefois comme subsidiaire par rapport à celui de la définition constitutionnelle de la loi : « quand la Constitution n'étend pas l'initiative au domaine des arrêtés ou des actes individuels, on présumera que cette limite est obligatoire et que l'initiative législative ne saurait proposer que des normes de nature légale »⁵⁶.

Bien que, comme nous venons de le voir, une initiative formellement législative, mais matériellement administrative puisse être admise en vertu d'une définition large, purement formelle, de la loi, cela ne signifie pas encore qu'une initiative législative puisse « réclamer l'adoption, la modification ou l'abrogation de n'importe quel acte

⁴⁸ GRISEL, *Initiative et référendum populaires*, précité (note 4), n° 508. Selon l'auteur, ces considérations sont dictées par le souci de respecter le principe du parallélisme des formes et la systématique du droit cantonal (n° 500).

⁴⁹ BÉNÉDICTE TORNAY, *La démocratie directe saisie par le juge : l'empreinte de la jurisprudence sur les droits populaires en Suisse*, Genève 2008, p. 59.

⁵⁰ Cf., pour un exemple actuel, l'art. 60 al. 1 de la Constitution du canton de Nidwald du 10 octobre 1965.

⁵¹ Cf. par exemple l'arrêt du TF 1P.470/2005 du 23 décembre 2005, consid. 3.1.

⁵² Au sujet de la distinction entre loi au sens matériel et loi au sens formel, cf. par exemple AUER – MALINVERNI – HOTTELIER, précités (note 6), n°s 1507 ss, et YVO HANGARTNER – ANDREAS KLEY, *Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zurich 2000, n° 931.

⁵³ HANGARTNER – KLEY, précités (note 52), n° 2033.

⁵⁴ HANGARTNER – KLEY, précités (note 52), n° 2035.

⁵⁵ Pour la jurisprudence fédérale (entre 1990 et 2007) relative à la question de l'admissibilité d'une initiative législative portant sur un objet concret, voir TORNAY, précitée (note 49), p. 61 ss.

⁵⁶ GRISEL, *Initiative et référendum populaires*, précité (note 4), n° 509, avec référence à l'ATF 111 Ia 303, consid. 7, p. 315.

administratif ». En effet, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, « doctrine et jurisprudence excluent qu'une initiative puisse concerner une compétence de l'exécutif » : « le législateur ne saurait exercer lui-même une compétence attribuée par la Constitution cantonale au gouvernement »⁵⁷. Le principe d'égalité de traitement inscrit à l'art. 8 Cst., qui commande de traiter deux situations semblables de la même manière (dans le cas de deux initiatives du même rang formel, de les soumettre ou pas à un contrôle démocratique), et, avec lui, le principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst.), dont il constitue un des fondements, s'y opposent⁵⁸. Par conséquent, l'initiative législative prenant la forme d'une initiative administrative « doit impérativement concerner des compétences du parlement »⁵⁹.

28. S'agissant du contenu de l'initiative *constitutionnelle*, il faut avant tout relever qu'en règle générale les constitutions cantonales, comme d'ailleurs le droit fédéral, ne contiennent aucune définition matérielle des règles constitutionnelles⁶⁰. Pour une partie de la doctrine⁶¹, l'absence d'une limite inférieure à la révision d'une constitution cantonale laisserait entendre qu'« une initiative constitutionnelle peut [...] proposer non seulement des normes de rang constitutionnel, mais aussi des règles déjà contenues dans une loi, voire un décret ou un plan »⁶², et donc concerner n'importe quelle catégorie d'actes. Cela signifie que, « [a] priori, l'initiative constitutionnelle devrait permettre de passer outre les limitations qui s'imposent aux initiatives législatives »⁶³ discutées plus haut. C'est d'ailleurs l'opinion que semble partager le Tribunal fédéral, lorsqu'il affirme qu'« [i]l n'est pas rare qu'une initiative constitutionnelle implique, en cas d'acceptation, une révision d'actes de rang inférieur, sans pour autant que l'unité du genre ne soit violée »⁶⁴.

D'autres auteurs nient en revanche la possibilité qu'une initiative constitutionnelle puisse porter sur une décision d'espèce. D'une part, on fait valoir le fait que la restriction selon laquelle l'existence en droit cantonal d'une définition matérielle de la loi exclut la possibilité qu'une initiative puisse porter sur une décision d'espèce, admise par le Tribunal fédéral en ce qui concerne les initiatives *législatives*, vaut ou doit valoir « également », sinon « à plus forte raison », pour l'initiative *constitutionnelle*⁶⁵. D'autre part, on préconise l'application stricte du principe de la réserve de la loi, qui empêche de faire figurer une décision concrète dans la Constitution⁶⁶.

29. Quoi qu'il en soit, et bien que le Tribunal fédéral n'ait pas eu l'occasion de se prononcer sur l'application de cette limitation aux initiatives constitutionnelles de nature

⁵⁷ GRODECKI, précité (note 10), n^{os} 395 ss, et les arrêts cités. Dans le même sens, GRISEL, *Les droits populaires*, précité (note 9), n^o 11.

⁵⁸ Cfr. GRODECKI, précité (note 10), n^o 397 s. ; HANGARTNER – KLEY, précités (note 52), n^o 2196.

⁵⁹ GRODECKI, précité (note 10), n^o 399.

⁶⁰ GRISEL, *Initiative et référendum populaires*, précité (note 4), n^o 498 ; HANGARTNER – KLEY, précités (note 52), n^o 2009 ; TORNAY, précitée (note 49), p. 59. Seule exception : le canton du Valais qui, à l'art. 100 al. 3 ch. 4 de sa Constitution, précise que « [l]e Grand Conseil constate la nullité de l'initiative qui n'entre pas dans le domaine de la Constitution ».

⁶¹ GRODECKI, précité (note 10), n^{os} 402 ss, spéc. n^o 405 ; HANGARTNER – KLEY, précités (note 52), n^o 2009 s. ; THIERRY TANQUEREL, *La participation de la population à l'aménagement du territoire*, Lausanne 1988, spéc. p. 210-211.

⁶² TORNAY, précitée (note 49), p. 59.

⁶³ GRODECKI, précité (note 10), n^o 402.

⁶⁴ ATF 130 I 185, consid. 2.3 et 2.4, p. 193 s.

⁶⁵ GRISEL, *Initiative et référendum populaires*, précité (note 4), n^o 499 ; KÖLZ, précité (note 37), p. 26.

⁶⁶ CHARLES-ALBERT MORAND, La crise du droit vue à travers la participation aux décisions concrètes, in : *Staatsorganisation und Staatsfunktionen : Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag*, Bâle 1982, p. 423 ss, spéc. p. 432-433.

administrative, celles-ci seraient de toute manière soumises à d'autres restrictions ou réserves⁶⁷. Cela nous ramène à la question, déjà traitée, de la compétence dont relève l'acte matériellement adopté ou modifié et donc au principe de la séparation des pouvoirs. A ce sujet, nous pouvons renvoyer essentiellement à ce qui a été dit à propos de l'initiative législative⁶⁸. En parlant du droit fondamental à l'égalité de traitement au sens de l'art. 8 Cst., GRODECKI considère d'ailleurs ce principe comme « la restriction essentielle aux initiatives constitutionnelles »⁶⁹. Dans ce cadre, il opère néanmoins une distinction significative : le principe d'égalité de traitement limite l'initiative constitutionnelle uniquement dans les cas où des intérêts de particuliers sont mis en cause. « Par contre, une initiative constitutionnelle administrative qui porte sur un projet public [...] est généralement conforme au principe d'égalité de traitement »⁷⁰.

5. L'exécutabilité

30. L'initiative populaire doit, en cas d'acceptation par le peuple, également pouvoir être exécutée, c'est-à-dire produire les effets voulus par une modification effective du droit positif⁷¹. Le but du droit d'initiative étant celui de permettre de prendre des décisions, il n'aurait aucun sens de demander au peuple de se prononcer sur un projet qui ne peut pas être concrètement réalisé, et donc organiser une votation qui, finalement, serait dépourvue d'objet⁷².
31. En tant que règle générale, « inhérente au système »⁷³, la condition de l'exécutabilité de l'initiative ne dépend pas, elle non plus, de l'existence d'une base légale. En droit fribourgeois, elle est néanmoins explicitement posée aux articles 43 et 145 al. 2 de la Constitution cantonale, ainsi qu'à l'art. 117 al. 1bis LEDP.
32. D'après la doctrine et la jurisprudence, cette exigence doit être appréciée dans un sens étroit, si bien que l'inexécutabilité ne doit être retenue que « dans les cas les plus évidents »⁷⁴, comme *ultima ratio*⁷⁵.

D'après le Tribunal fédéral⁷⁶, il faut que trois conditions soient réunies. Premièrement, l'obstacle à la réalisation doit être insurmontable : une difficulté relative est insuffisante, car en cas de doute, c'est aux électeurs qu'il appartient d'évaluer les avantages et les inconvénients qui pourraient résulter de l'acceptation de l'initiative. Par exemple, le Tribunal fédéral ne conteste pas la validité d'une initiative qui fixe un délai trop bref pour l'élaboration de normes⁷⁷. Deuxièmement, l'impossibilité doit ressortir clairement du texte de l'initiative ; si celle-ci peut être interprétée de telle manière que les vœux de ses auteurs sont réalisables, elle doit être considérée comme valable. Troisièmement,

⁶⁷ GRODECKI, précité (note 10), n^{os} 405 ss ; HANGARTNER – KLEY, précités (note 52), n^o 2010. *Contra* : ANDREAS AUER, *Problèmes et perspectives du droit d'initiative à Genève*, Lausanne 1987, n^o 39.

⁶⁸ Voir le n^o 27 *in fine* ci-dessus.

⁶⁹ GRODECKI, précité (note 10), n^o 435.

⁷⁰ GRODECKI, précité (note 10), n^o 406 s. Dans le même sens, TANQUEREL, précité (note 61), p. 211.

⁷¹ Cf. AUER, précité (note 67), n^o 65.

⁷² GRISEL, *Initiative et référendum populaires*, précité (note 4), n^o 691 ; HANGARTNER – KLEY, précités (note 52), n^o 2114.

⁷³ GRISEL, *Initiative et référendum populaires*, précité (note 4), n^o 691.

⁷⁴ ATF 128 I 190, consid. 5, p. 202.

⁷⁵ Cf. AUER, précité (note 67), n^o 66.

⁷⁶ Arrêt du TF 1P.454/2006, du 22 mai 2007 ; ATF 128 I 190, consid. 5, p. 201 s., et les arrêts cités.

⁷⁷ Arrêt du TF du 19 février 1975, in : ZBI 1975, p. 387.

l'impossibilité peut être matérielle ou juridique, mais pas de nature purement formelle⁷⁸. S'agissant des initiatives tendant à la remise en cause de travaux, par exemple, la jurisprudence considère qu'il n'y a inexécutabilité matérielle que lorsque l'ouvrage est en état d'achèvement, mais pas du simple fait que l'ouvrage est déjà commencé⁷⁹. Quant à la notion d'impossibilité juridique, il y a lieu de considérer qu'en règle générale elle « se [recoupe] avec l'exigence de la conformité au droit supérieur »⁸⁰.

Pour résumer, « l'obstacle doit être absolu, manifeste et de nature matérielle »⁸¹ ou juridique. Autrement dit, il faut qu'il soit objectivement et physiquement⁸² impossible de réaliser ce qui est demandé par l'initiative, de simples difficultés pratiques ou juridiques ne suffisant pas à la déclarer invalide au motif d'inexécutabilité. En ce sens, une initiative contraire au droit international ne pourra pas à priori être qualifiée d'inexécutable⁸³, pas plus qu'une initiative dont le texte peut être source de malentendus et de faux espoirs⁸⁴ ou une initiative qui impliquerait des efforts disproportionnés⁸⁵.

33. Au sujet du moment de l'examen de l'impossibilité, dans un revirement de jurisprudence, le Tribunal fédéral a finalement jugé que le moment déterminant pour évaluer cette question n'est pas – comme affirmé dans une jurisprudence antérieure – le dépôt de la demande d'initiative, puisque « l'initiative n'entraîne aucun effet suspensif »⁸⁶. L'autorité compétente pour statuer sur la validité de l'initiative doit en revanche considérer la situation telle qu'elle se présente au moment où elle prend sa décision, voire même au moment du scrutin. En effet, une « initiative qui, à l'heure de son dépôt, n'était pas inexécutable peut le devenir si, par exemple, un état de chose irréversible s'est créé dans l'intervalle »⁸⁷.

6. La conformité au droit supérieur

34. Pour être valide, une initiative populaire cantonale doit enfin être conforme au droit supérieur (art. 43 et 145 al. 2 Cst/FR ; art. 117 al. 1bis LEDP). Dans le cas des initiatives constitutionnelles, il s'agit en particulier de s'interroger sur la conformité au regard du droit intercantonal, du droit fédéral et du droit international⁸⁸. Les initiatives

⁷⁸ GRISEL, *Les droits populaires*, précité (note 9), n° 27.

⁷⁹ Arrêt du TF 1P.454/2006, du 22 mai 2007, consid. 3.1, et les arrêts cités, spéc. ATF 101 Ia 354. JEAN-FRANÇOIS AUBERT, in : AUBERT – MAHON, précités (note 17), ad art. 139, n° 10, note 10, est critique à l'égard de cette jurisprudence. Il se demande pourquoi il serait matériellement impossible d'abandonner la construction d'une route presque achevée, voire démanteler le nouveau tronçon. Il estime donc que l'initiative en question était « de toute évidence exécutable », « peut-être déraisonnable », « mais ceci relevait d'une appréciation politique qui n'appartenait qu'au peuple ».

⁸⁰ TORNAY, précitée (note 49), p. 86.

⁸¹ GRISEL, *Initiative et référendum populaires*, précité (note 4), n° 692.

⁸² BERNHARD EHRENZELLER – GABRIEL GERTSCH, Art. 139 BV, in : BERNHARD EHRENZELLER et al. (éd.), précités (note 7), p. 2461 ss, n° 54.

⁸³ ASTRID EPINEY, *Zur (teilweisen) «Unmöglichkeit» der Umsetzung von auf Volksinitiativen beruhenden Verfassungsbestimmungen am Beispiel der Art. 121a, 197 Ziff. 11 BV*, in : *Jusletter* 10 août 2015.

⁸⁴ ATF 139 I 292, consid. 7.4, p. 300.

⁸⁵ DILLIER, précité (note 37), p. 188.

⁸⁶ ATF 101 Ia 354, consid. 10, p. 368.

⁸⁷ GRISEL, *Initiative et référendum populaires*, précité (note 4), n° 696.

⁸⁸ DILLIER, précité (note 37), p. 187.

législatives devront, en plus, respecter la Constitution cantonale et les initiatives administratives également l'ensemble de la législation cantonale⁸⁹.

Concrètement, toutes les initiatives populaires cantonales doivent se conformer à la Constitution fédérale (respecter les principes généraux du droit, les droits fondamentaux et la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons). Leur contenu doit aussi être compatible avec les engagements qui lient le canton : qu'ils aient été souscrits par le canton lui-même, à l'égard d'un autre canton ou d'un autre Etat, ou par la Confédération sous la forme de traités internationaux.

35. Cette règle procède avant tout du principe de la hiérarchie des normes⁹⁰ et, selon la doctrine, elle « découle de la nature de l'institution » de l'initiative populaire. En effet, « [s]i l'initiative a un contenu qui est incompatible avec une norme de rang supérieur, elle est en réalité sans objet » et il serait inutile de soumettre au peuple une décision qui de toute façon serait dépourvue d'effets⁹¹. Contrairement à ce que maintient la jurisprudence⁹², il y aurait donc lieu de considérer que l'autorité cantonale est tenue de contrôler la conformité au droit supérieur des initiatives même si la base légale correspondante fait défaut⁹³.
36. Afin de déterminer si la condition de la conformité au droit supérieur est remplie, l'initiative doit être interprétée selon le critère, souple, de l'interprétation conforme, qui vise à « permettre d'éviter autant que possible les déclarations d'invalidité »⁹⁴. D'une part, dès que l'initiative se prête à une interprétation compatible avec le droit supérieur, elle sera tenue pour valide. D'autre part, même si la volonté des auteurs de l'initiative n'est pas déterminante, son texte sera tout de même interprété « dans le sens le plus favorable aux initiants »⁹⁵.

III. Conformité de l'initiative au regard des principes de l'unité de la forme, de l'unité de la matière, de l'unité de rang et de l'exigence d'exécutabilité

A. Généralités

37. Forts de l'analyse qui précède, il y a lieu maintenant d'appliquer ces éléments généraux au cas concret de l'initiative « Contre l'ouverture d'un centre "Islam et société" à l'Université de Fribourg : non à une formation étatique d'imams » (ci-après : initiative *Centre Islam et société*), tel qu'il a été décrit dans la partie introductive⁹⁶, pour finalement pouvoir se déterminer sur la question de sa validité.

⁸⁹ AUER, précité (note 67), n° 67 ; AUER – MALINVERNI – HOTTELIER, précités (note 6), n° 870 s ; HANGARTNER – KLEY, précités (note 52), n° 2118.

⁹⁰ Sur ce principe, voir le n° 22 ci-dessus.

⁹¹ GRISEL, *Initiative et référendum populaires*, précité (note 4), n° 697.

⁹² Cf. notamment ATF 114 Ia 267, consid. 3, p. 271.

⁹³ Cf. en particulier AUER – MALINVERNI – HOTTELIER, précités (note 6), n° 873 s. Pour un aperçu plus détaillé de cette « controverse », voir AUER, précité (note 67), n° 69 ss.

⁹⁴ ATF 128 I 190, consid. 4, p. 197-198.

⁹⁵ ATF 128 I 190, consid. 4, p. 197. Sur la question de l'interprétation conforme, voir également AUER – MALINVERNI – HOTTELIER, précités (note 6), n° 872 ; GRISEL, *Les droits populaires*, précité (note 9), n° 33 ; HANGARTNER – KLEY, précités (note 52), n° 2124 ss.

⁹⁶ Pour le texte de l'initiative et le contexte dans lequel elle s'inscrit, voir les n° 3 ss.

38. Dans cette optique, nous allons reprendre chacune des cinq conditions de validité reconnues par le droit fribourgeois comme applicables tant aux initiatives constitutionnelles qu'aux initiatives législatives (art. 117 al. 1bis LEDP) et les examiner à la lumière des circonstances du cas d'espèce.

Puisque, comme nous le verrons dans le détail, les différentes conditions de validité ne posent pas les mêmes types de problèmes, nous avons jugé opportun de traiter séparément les exigences relatives à l'unité de la forme, l'unité de la matière, l'unité de rang et l'exécutabilité de l'initiative, d'un côté (ch. III), et l'exigence de conformité au droit supérieur, de l'autre (ch. IV).

39. D'une manière générale, l'analyse qui suit se fonde sur les règles d'interprétation des initiatives posées par la jurisprudence. Elles ont parfois déjà été évoquées entre les lignes, sans qu'elles soient toutefois nommées expressément. Il s'agit de la règle de l'interprétation du *texte* de l'initiative, de celle de l'interprétation conforme à la Constitution et de celle de l'interprétation *in dubio pro populo*. La première règle fait du texte de l'initiative le point de départ de toute interprétation. Celui-ci doit être interprété selon sa lettre et non pas selon la volonté subjective des initiants ; ce qui est déterminant, c'est la manière dont le texte de l'initiative est perçu et compris par les destinataires, c'est-à-dire les citoyens⁹⁷. Les arguments des initiants peuvent toutefois être pris en considération. Le principe de l'interprétation conforme à la Constitution entend, quant à lui, « permettre d'éviter autant que possible les déclarations d'invalidité » ; ainsi, si le « texte d'une initiative se prête à une interprétation la faisant apparaître comme conforme au droit supérieur, elle doit être déclarée valable et être soumise au peuple »⁹⁸. Enfin, l'adage *in dubio pro populo* signifie qu'une initiative doit être interprétée dans le sens le plus favorable aux initiants. On entend par là qu'en cas de doute, les textes qui se prêtent à plusieurs interprétations doivent être soumis au vote populaire ; « ce principe n'a toutefois que peu d'importance [car il est] souvent éclipsé par le principe de l'interprétation conforme au droit supérieur qui est décisif »⁹⁹.

40. En ce qui concerne plus particulièrement la décision sur la validité de l'initiative, il a lieu également de rappeler qu'une initiative peut être déclarée nulle dans son ensemble, mais aussi seulement en partie. La Constitution fribourgeoise prévoit d'ailleurs expressément la possibilité de l'invalidation partielle (art. 43 Cst/FR). L'application du principe de proportionnalité auquel est soumise l'activité de l'Etat au sens de l'art. 5 al. 2 Cst. commande en effet de prévoir des sanctions proportionnées aux violations constatées¹⁰⁰. Cette possibilité découle également du principe évoqué ci-dessus de l'interprétation *in dubio pro populo*.

41. Ainsi, l'initiative entachée d'un vice sur un seul point ne sera déclarée nulle que « dans la mesure nécessaire » (art. 75 al. 1 LDP, pour le droit fédéral) ; une fois la partie viciée écartée, les autres éléments de la demande pourront quand même être soumis au vote du peuple. Le Tribunal fédéral a toutefois « encadré » cette possibilité, en définissant une série de critères à respecter pour pouvoir recourir à l'invalidation partielle. Appelé à se prononcer sur des affaires concernant des initiatives cantonales, il a notamment retenu que l'autorité compétente a non seulement le droit, mais également le devoir¹⁰¹ de soumettre à la votation populaire la partie qui n'est pas

⁹⁷ Cf. arrêt du TF 1C_127/2013, du 28 août 2013, consid. 7.2 ; ATF 129 I 392, consid. 2.2, p. 395.

⁹⁸ Arrêt du TF 1P.451/2006, du 28 février 2007, consid. 2.1 ; partiellement publié aux ATF 133 I 110.

⁹⁹ TORNAY, précitée (note 49), p. 69 s.

¹⁰⁰ KÖLZ, précité (note 37), p. 26.

¹⁰¹ Au sujet de cette jurisprudence, GRISEL, *Initiative et référendum populaires*, précité (note 4), n° 707, considère néanmoins qu'« elle ne rend pas justice au pouvoir d'appréciation qui appartient

défectueuse, pour autant que celle-ci forme un tout cohérent, conserve les éléments essentiels de la demande et corresponde encore à la volonté des auteurs de l'initiative¹⁰². Ces limitations s'imposent en considération, d'une part, du respect de la volonté des auteurs de l'initiative et, d'autre part, de la garantie de la libre formation de l'opinion des citoyens ainsi que de l'expression fidèle et sûre de leur volonté, en ce sens qu'il y a lieu de se demander si les citoyens qui ont soutenu l'initiative l'auraient également signée sans la partie viciée¹⁰³. En conclusion, « [l']invalidité d'une partie de l'initiative ne doit entraîner celle du tout que si le texte ne peut être amputé sans être dénaturé »¹⁰⁴.

B. Validité de l'initiative sous l'angle de l'unité de la forme

42. Comme nous l'avons vu, pour respecter le principe de l'unité de la forme, conformément au droit fribourgeois (art. 42 al. 1 Cst/FR) l'initiative doit se présenter soit sous la forme d'un projet rédigé de toutes pièces, soit être formulée en termes généraux, le mélange des deux formes n'étant pas permis.
43. Le cas de l'initiative *Centre Islam et société* ne semble pas poser de problèmes particuliers, même si à première vue le texte peut paraître assez précis. D'une part, le comité d'initiative désigne clairement l'initiative comme une initiative populaire constitutionnelle conçue en termes généraux. D'autre part, il ressort de l'analyse du texte que la forme de l'initiative correspond aux critères de la formulation générale¹⁰⁵.
44. En effet, l'initiative ne saurait tout d'abord pas être qualifiée de projet rédigé car elle ne contient pas d'articles précis et détaillés, prêts à être votés et à entrer en vigueur. Par ailleurs, elle exprime le vœu général de voir la Constitution cantonale partiellement modifiée, par l'introduction d'une nouvelle disposition qui interdise la création d'un centre Islam et société, afin d'empêcher la formation d'imams par l'Etat. Par conséquent, il ne fait aucun doute que le texte indique d'une manière suffisamment claire les normes dont il demande l'adoption (une disposition constitutionnelle), ainsi que les objectifs des promoteurs (interdire la création d'un tel Centre et empêcher que des imams y soient formés).
45. Au vu de ces éléments, il ne s'avère pas nécessaire d'approfondir davantage la question pour pouvoir affirmer que l'exigence de l'unité de la forme est respectée et, avec elle, la liberté de vote du citoyen.

nécessairement aux organes cantonaux ; elle ne leur laisse aucune marge de manœuvre, car elle leur dicte une solution précise ». Il préconise dès lors de revenir à la pratique précédente, qui voulait que l'initiative partiellement invalide soit annulée dans son ensemble. *Contra* : HANGARTNER – KLEY, précités (note 52), n^{os} 2142.

¹⁰² Voir par exemple les ATF 134 I 172, consid. 2.1, p. 177 ; 130 I 185, consid. 5, p. 202 ; 128 I 190, consid. 6, p. 203 ; 125 I 227, consid. 4a, p. 232, ainsi que GRISEL, *Initiative et référendum populaires*, précité (note 4), n^o 706 s. ; EHRENZELLER – GERTSCH, précités (note 82), n^o 60 ; HANGARTNER – KLEY, précités (note 52), n^{os} 2140 ss ; KÖLZ, précité (note 37), p. 26 ; RHINOW – SCHEFER, précités (note 35), n^{os} 2180 ss.

¹⁰³ EHRENZELLER – GERTSCH, précités (note 82), n^o 60 ; HANGARTNER – KLEY, précités (note 52), n^{os} 2140 et 2143.

¹⁰⁴ ATF 134 I 172, consid. 2.1, p. 177.

¹⁰⁵ Au sujet de ces critères, voir le n^o 19 ci-dessus.

C. Validité de l'initiative sous l'angle de l'unité de la matière

46. Selon la formule jurisprudentielle, le principe de l'unité de la matière interdit de mêler, dans un même projet sur lequel le peuple sera appelé à se prononcer, plusieurs propositions de nature ou de buts différents. *A contrario*, entre les diverses parties d'un objet, il doit exister un rapport intrinsèque ainsi qu'une unité de but, c'est-à-dire un rapport de connexité qui fasse apparaître comme objectivement justifiée la réunion de plusieurs propositions en une seule question soumise au vote.

47. D'après son texte, l'initiative *Centre Islam et société* demande deux choses distinctes : la non-création d'un tel Centre, d'un côté, et, de l'autre, l'interdiction de l'institution d'une formation étatique pour les imams. Du point de vue de l'unité de la matière, ceci n'est pas un problème, pour autant que ces deux éléments se trouvent entre eux dans un rapport de connexité propre à fonder l'existence d'un rapport intrinsèque et d'une unité de but.

48. Pour apprécier la nature du rapport qui unit ces deux propositions, il y a lieu de rappeler que, selon le Tribunal fédéral, ce lien doit être non seulement étroit, mais également objectif (et non subjectif) et réel (et non artificiel ou purement politique)¹⁰⁶. De surcroît, c'est le point de vue du citoyen averti moyen qui sera déterminant¹⁰⁷, si bien qu'il faudra déterminer de quelle manière ce dernier comprend la question soumise au vote, telle qu'elle est formulée. En effet, on a vu que, en vertu de la garantie de la liberté de vote, si les citoyens devaient avoir des opinions divergentes sur les différentes questions que soulève le texte, ils ne devraient pas être contraints à donner une réponse globale.

49. En l'espèce, le citoyen éclairé, donc informé et intéressé à la politique, pourrait vraisemblablement être favorable à l'interdiction d'une formation étatique d'imams, par souci du respect des principes de laïcité de l'Etat et de neutralité religieuse, sans pour autant souhaiter que soit interdite la création d'un centre universitaire dédié à la recherche et à l'échange interreligieux. S'il était appelé à se prononcer sur l'initiative telle qu'elle est formulée, il risquerait donc d'être placé devant le dilemme d'une approbation ou d'une opposition globales, qui, de fait, l'empêcherait de s'exprimer librement et valablement.

50. En outre, s'il est facile d'admettre que le lien entre la création d'un centre Islam et société et la formation d'imams est étroit, il est moins sûr qu'il puisse être considéré comme objectif et réel, et donc de nature intrinsèque. Le SEFRI et l'Université de Fribourg ont toujours été clairs à ce propos : le Centre créé est conçu comme une plateforme appelée à donner un cadre scientifique à la discussion sur les questions de société liées à l'Islam, dans un but de compréhension et d'inclusion. De plus, ils n'ont pas manqué de réaffirmer le principe de laïcité des administrations et des institutions publiques¹⁰⁸. L'idée que par le biais de ce Centre on serait amené à former des imams correspond bien plus à une crainte subjective des auteurs de l'initiative et à un amalgame entre la religion musulmane et l'islamisme radical, qui ressort d'ailleurs de l'exposé des motifs. Le caractère objectif du lien entre les deux volets de l'initiative est partant pour le moins discutable.

¹⁰⁶ Cf. par exemple ATF 129 I 366, consid. 2.3, p. 371, JdT 2005 I 235 (trad.) ; 123 I 63, consid. 4b et 4d, p. 71 et 73.

¹⁰⁷ Voir le n° 15 ci-dessus.

¹⁰⁸ A ce sujet, voir en particulier les sources citées à la note 1.

51. En ce qui concerne l'unité de but, l'emploi du connecteur « ainsi » entre les deux parties de la demande indique néanmoins que les auteurs de l'initiative conçoivent l'interdiction de créer le centre Islam et société comme un moyen pour parvenir à empêcher que des imams soient formés par l'Etat. Les deux propositions tendent finalement vers le même but. Or, le Tribunal fédéral a considéré qu'une initiative qui expose un objectif général et prévoit les moyens correspondants pour mettre en œuvre cet objectif ne viole pas l'unité de la matière¹⁰⁹. Encore faut-il, cependant, que les différentes propositions puissent être rattachées « sans artifice » à l'idée centrale défendue par les auteurs de l'initiative¹¹⁰.
52. Il y a lieu également de tenir compte du fait que, selon le Tribunal fédéral, le principe de l'unité de la matière ne s'applique pas avec la même rigueur suivant l'objet et la forme de l'initiative. Tout d'abord, l'interprétation sera plus stricte à l'égard d'une initiative portant sur une révision partielle de la constitution que pour une initiative portant sur des prescriptions législatives¹¹¹. Ensuite, l'exigence est jugée plus contraignante à l'égard d'une initiative rédigée de toutes pièces que pour une initiative non formulée¹¹².
53. Dans notre cas, s'agissant d'une initiative constitutionnelle conçue en termes généraux, on peut donc admettre que la portée du principe de l'unité de la matière doit être appréciée avec une certaine souplesse, et que l'exigence est dès lors quelque peu atténuée, du fait qu'elle concerne une proposition générale. Le Tribunal fédéral est en effet d'avis que, comme celle-ci suppose encore l'élaboration d'un véritable texte normatif, le parlement pourra éventuellement corriger le vice au moment de la rédaction des dispositions correspondantes¹¹³.
54. Il est vrai aussi, d'un autre côté, que le fait que la loi fribourgeoise sur les droits politiques consacre une disposition spécifique à l'exigence d'« un rapport intrinsèque entre les divers points d'une initiative » tendant à la révision partielle de la Constitution cantonale (art. 123 al. 2 LEDP) peut laisser entendre que le législateur fribourgeois attribue une importance particulière au respect du principe de l'unité de la matière dans le cadre des initiatives en matière constitutionnelle.
55. Au vu de ce qui précède, l'appréciation du respect de l'unité de la matière dans le cas de l'initiative *Centre Islam et société* s'avère plus délicate que celle concernant l'unité de la forme. Si on devait conclure que les deux éléments ou objets de l'initiative sont réunis de manière artificielle et subjective, on devrait considérer que l'exigence de l'unité de la matière n'est pas respectée. D'un autre côté, cependant, le Tribunal fédéral ne cesse de réaffirmer le caractère relatif de la notion d'unité de la matière et ses réponses jurisprudentielles traduisent une volonté de privilégier une interprétation flexible du principe¹¹⁴. L'on ne saurait par ailleurs oublier qu'en cas de doute, une initiative doit être interprétée dans le sens le plus favorable à ces auteurs en vertu du principe de l'interprétation *in dubio pro populo*.

¹⁰⁹ Cf. ATF 125 I 227, consid. 3, p. 230 s.

¹¹⁰ ATF 125 I 227, consid. 3c, p. 231.

¹¹¹ Cf. notamment ATF 130 I 185, consid. 3.1, p. 195 ; 123 I 63, consid. 4b et 5, p. 71-72 et 74.

¹¹² Cf. notamment ATF 130 I 185, consid. 3.1, p. 195.

¹¹³ ATF 123 I 63, consid. 4b, p. 72.

¹¹⁴ TORNAY, précitée (note 49), p. 79 et 82.

56. En conclusion, nous estimons néanmoins que les objections soulevées ne sont pas en elles-mêmes suffisantes pour justifier une invalidation uniquement sous l'angle de l'unité de la matière. On ne saurait en effet ignorer que le Tribunal applique généralement ce principe de manière souple, d'autant plus souple que l'initiative revêt la forme d'une proposition générale, de sorte que le législateur dispose de la marge de manœuvre nécessaire pour élaborer un texte conforme à cette exigence.

D. Validité de l'initiative sous l'angle de l'unité de rang

57. Dans la partie générale, nous avons pu établir que l'exigence de respecter l'unité de rang, également appelée « unité normative » ou « unité de genre », peut être comprise de deux manières différentes. Il importe dès lors de procéder à une analyse *in concreto* de chacun de ces deux volets.

58. Selon la conception généralement admise, le principe de l'unité de rang – dans le sens d'unité normative – est enfreint lorsqu'une même initiative porte simultanément sur des normes appartenant à des rangs différents (constitution, loi, ordonnance, actes administratifs) et donc les mélange. Cela revient à dire que chaque demande d'initiative doit concerner exclusivement des dispositions normatives de même rang.

A la lumière de cette définition, il a lieu de considérer que l'initiative *Centre Islam et société* satisfait à l'exigence de l'unité normative, parce qu'elle demande exclusivement la modification de la Constitution cantonale, autrement dit l'adoption d'une norme de rang constitutionnel.

59. L'autre manière de concevoir l'unité de rang – plutôt dans un sens d'unité de genre – procède du constat que le rang se confond avec l'objet de l'initiative et fait état du lien étroit entre ces deux aspects de la question. Car l'objet sur lequel porte l'initiative finit par déterminer le rang de cette dernière. Encore faut-il savoir si, en droit cantonal, la notion d'objet d'une initiative s'entend au sens formel ou au sens matériel, ce qui aura pour conséquence de restreindre ou d'élargir le champ d'application des différents « genres » d'initiatives autorisés par le droit cantonal.

60. La Constitution du Canton de Fribourg définit l'objet du droit d'initiative à son article 41. D'après cette disposition, le droit fribourgeois connaît uniquement le droit d'initiative en matière constitutionnelle (let. a) et en matière législative (let. b). Le genre de l'initiative administrative n'est pas reconnu. Toute initiative portant formellement sur un acte de rang inférieur n'est donc pas admise. Par conséquent, l'objet immédiat d'une initiative ne peut être qu'une loi ou la Constitution.

L'initiative *Centre Islam et société* se présente comme une initiative populaire formellement constitutionnelle : ce qu'elle demande, c'est une révision partielle de la Constitution. D'un point de vue formel, son objet correspond donc à une catégorie d'actes autorisés par le droit cantonal et l'unité de genre est donc respectée. En y regardant de plus près, l'initiative n'est cependant que formellement constitutionnelle ; sur le plan matériel, du contenu, elle est en revanche administrative. Du moins, pour la partie où elle demande l'interdiction de la création du Centre Islam et société, elle vise en effet une décision, plus précisément la révision d'une décision (puisque la décision de création du Centre a déjà été prise). Son objet matériel est donc un acte

administratif, individuel ou général et concret, c'est-à-dire réglant un rapport juridique « dans un cas d'espèce »¹¹⁵.

61. La conformité de ce procédé avec le principe de l'unité de genre dépend en premier lieu de la manière dont le droit fribourgeois définit l'objet du droit d'initiative, c'est-à-dire définit la loi et, plus particulièrement en l'occurrence, la Constitution. Autrement dit, une initiative législative et une initiative constitutionnelle doivent-elles, en droit fribourgeois, contenir exclusivement des normes de rang (ou de nature, de « genre ») législatif, respectivement constitutionnel, ou peuvent-elles aussi, au contraire, concerner des actes de rang inférieur ?

62. A notre connaissance, la jurisprudence qui traite de cette question ne concerne que des initiatives *législatives*. Elle constitue néanmoins un point de départ obligé. Lorsque, comme dans le cas du Canton Fribourg, la Constitution ne précise pas la notion de loi, mais qu'il ressort clairement de cette dernière que le droit d'initiative est limité aux dispositions constitutionnelles et législatives, les juges concluent généralement que « la notion de loi doit être entendue dans son sens matériel »¹¹⁶. Si le constituant a exclu les actes de niveau inférieur, c'est qu'il a voulu éviter que les citoyens puissent étendre sans limites leur droit d'initiative en proposant, sous le couvert d'une loi formelle, n'importe quel acte, y compris de purs actes administratifs. Selon ce raisonnement, il se justifie de donner à la loi un sens *matériel*, d'acte contenant des règles de droit, générales et abstraites, c'est-à-dire imposant des obligations à un nombre indéterminé de personnes, dans un nombre indéterminé de situations. Dans le cas contraire, il suffirait de dénommer « loi » n'importe quel texte, pour qu'il puisse faire l'objet d'une initiative législative¹¹⁷. Voilà que l'objet du droit d'initiative en matière législative s'en trouve limité en conséquence.

Dès lors, si les auteurs de l'initiative avaient formulé leur vœu dans une initiative législative, il faudrait probablement, selon la jurisprudence, admettre que leur initiative, dans la mesure où elle vise la création du Centre Islam et société – ou l'interdiction de le créer –, c'est-à-dire un acte de nature administrative, viole l'unité de rang ou de genre. Mais, on le sait, l'initiative déposée n'est pas législative, elle est constitutionnelle.

63. Or, la question de savoir si, par une initiative populaire *constitutionnelle*, on peut demander l'adoption d'actes de nature administrative est, faute de jurisprudence spécifique, toujours ouverte, et deux opinions doctrinales s'affrontent¹¹⁸. On pourrait envisager de suivre l'opinion d'une partie de la doctrine et admettre que le raisonnement applicable aux initiatives législatives est transposable, *a fortiori*, en quelque sorte, aux initiatives constitutionnelles, pour finalement conclure que ces dernières ne peuvent porter que sur des règles de droit et non sur des décisions¹¹⁹. Ou alors épouser la thèse des auteurs qui, se fondant notamment sur le constat que les constitutions cantonales, comme la Constitution fédérale, ne contiennent aucune

¹¹⁵ Cf. l'art. 4 al. 1 du Code fribourgeois du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative (CPJA).

¹¹⁶ Arrêt du TF 1P.470/2005, du 23 décembre 2005, consid. 3.1.

¹¹⁷ Voir, en particulier, l'ATF 89 I 371, consid. 3a, p. 375, l'arrêt du TF 1P.470/2005, du 23 décembre 2005, consid. 3.1, et l'arrêt de la Cour constitutionnelle jurassienne 7/2012, du 24 août 2012, consid. 5.1.

¹¹⁸ Voir le n° 28 ci-dessus.

¹¹⁹ Cette position a pour elle une certaine cohérence « systématique » dans la mesure où elle permet d'éviter que les citoyennes et citoyens puissent « contourner », sans difficulté, la limitation de l'objet des initiatives *législatives* – initiatives législatives qui ne peuvent pas porter sur un acte administratif – en recourant à l'initiative *constitutionnelle*.

définition matérielle des règles constitutionnelles¹²⁰, soutiennent qu'il est en principe possible d'intégrer n'importe quel élément dans une constitution, même si ce n'est pas le bon niveau du point de vue de la technique législative. On devrait par conséquent admettre, dans cette seconde hypothèse, qu'« une initiative constitutionnelle peut [...] proposer non seulement des normes de rang constitutionnel, mais aussi des règles déjà contenues dans une loi, voire un décret ou un plan »¹²¹, et donc concerner n'importe quelle catégorie d'actes. Dans la première hypothèse, on devrait donc considérer que l'initiative *Centre Islam et société* pose problème du point de vue de l'unité du genre, tandis que, dans la deuxième, cette exigence ne serait pas violée.

64. Quoi qu'il en soit, étant donné qu'elle porte matériellement sur un acte de nature administrative, en partie en tout cas, il y a une autre question à la lumière de laquelle il faut évaluer l'initiative. Il s'agit de la question de la compétence dont relève l'acte matériellement concerné par l'initiative. Rappelons que, « [p]our des motifs de séparation des pouvoirs [...], la doctrine [de même que la jurisprudence] suisse rejette en effet de manière presque unanime l'extension des droits politiques aux actes du gouvernement (exécutif). Une extension d'ailleurs souvent qualifiée de contraire au système [...] de l'équilibre ou du contrôle des forces entre les divers organes d'un Etat de droit ("checks and balances") »¹²². En d'autres termes, le droit d'initiative ne peut avoir pour objet que des actes du parlement, car « le législateur ne saurait exercer lui-même une compétence attribuée par la Constitution cantonale au gouvernement »¹²³.

Concernant la répartition horizontale des compétences dans le Canton de Fribourg, « le parlement est généralement compétent pour accomplir toute tâche que la constitution ou la loi n'attribue pas spécifiquement à un autre organe, à commencer par le gouvernement »¹²⁴ (art. 105 let. f Cst/FR). Or, en vertu de l'art. 110 Cst/FR « [l]e Conseil d'Etat exerce le pouvoir exécutif, dirige l'administration et conduit la politique du canton ». Dans ce cadre, il exerce notamment la surveillance sur l'Université conformément à l'art. 4 de la loi cantonale sur l'Université du 19 novembre 1997. En tant qu'acte administratif, la décision inhérente à la (non-)création du Centre Islam et société relève donc, même si indirectement, de la compétence de l'exécutif.

En considération de ce qui précède, on pourrait considérer que puisqu'elle vise la révision d'un acte *a priori* de compétence de l'exécutif, l'initiative *Centre Islam et société* enfreint le principe de la séparation des pouvoirs, « principe de rang constitutionnel reconnu en droit fédéral et consacré en droit cantonal »¹²⁵, notamment par l'art. 85 Cst/FR. La doctrine précise encore que « si le constituant adopte un acte [...] qui ne relève pas d'une attribution du parlement, il traite deux situations semblables de manière différente »¹²⁶ et il viole donc le principe d'égalité de traitement (art. 8 Cst.). Cela ne concernerait toutefois pas le cas d'une initiative constitutionnelle administrative qui porte sur un projet public, à l'instar de celle sur le Centre Islam et

¹²⁰ GRISEL, *Initiative et référendum populaires*, précité (note 4), n° 498 ; HANGARTNER – KLEY, précités (note 52), n° 2009 ; TORNAY, précitée (note 49), p. 59. Seule exception : le canton du Valais qui, à l'art. 100 al. 3 ch. 4 de sa Constitution, précise que « Le Grand Conseil constate la nullité de l'initiative qui n'entre pas dans le domaine de la Constitution ».

¹²¹ TORNAY, précitée (note 49), p. 59.

¹²² JACQUES DUBEY, *Démocratie communale fribourgeoise : analyse et perspectives*, Rapport d'étude préliminaire rédigé à l'intention de la Direction des institutions, de l'agriculture et des forêts (DIAF) du Canton de Fribourg suite au postulat Markus Ith / Didier Castella (P 2018.12) "Prise en compte de la volonté du peuple dans les affaires communales", septembre 2014, p. 58.

¹²³ GRODECKI, précité (note 10), n° 395 ss et les arrêts cités. Dans le même sens, GRISEL, *Les droits populaires*, précité (note 9), n° 11.

¹²⁴ DUBEY, précité (note 122), p. 35.

¹²⁵ DUBEY, précité (note 122), p. 59.

¹²⁶ GRODECKI, précité (note 10), n° 406.

société. Les droits individuels de particuliers ne sont en effet pas directement touchés par une telle initiative.

65. En définitive, l'initiative *Centre Islam et société* soulève surtout des difficultés et peut s'avérer problématique, dans une de ses parties du moins, au niveau du respect de l'exigence de l'unité de rang ou de genre. Toutefois, dans ce cas comme dans les précédents, le « vice » n'a pas un caractère évident et/ou incontestable, dans la mesure notamment où la question de l'application de l'exigence de l'unité de rang aux initiatives constitutionnelles fait l'objet de positions divergentes en doctrine et n'a pas été tranchée par la jurisprudence, ce qui laisse une place importante à l'interprétation. Compte tenu de la nécessité de mettre en balance les différents éléments entrant en ligne de compte, il serait dès lors hasardeux, voire risqué, de conclure à une invalidation de l'initiative pour cause de violation de l'unité de rang.

E. Validité de l'initiative sous l'angle de son exécutabilité

66. Pour rappel, une initiative est inexécutable lorsqu'elle est frappée d'impossibilité factuelle, c'est-à-dire qu'il est concrètement et absolument impossible de la réaliser. De simples difficultés pratiques ou juridiques ne suffisent pas pour retenir l'inexécutabilité. Le Tribunal fédéral soumet l'admissibilité de ce critère à des conditions particulièrement restrictives, qu'il convient maintenant d'appliquer au cas de l'initiative *Centre Islam et société*.

67. Premièrement, l'obstacle à la réalisation doit être insurmontable. En l'espèce, le texte de l'initiative demande principalement la non-autorisation de la création d'un Centre qui, en réalité, existe déjà (la volonté d'éviter que des imams soient formés par l'Etat est à considérer comme une conséquence – ou comme le but ultime – de ladite non-autorisation). Le fait que ce Centre ait déjà été créé ne saurait pas être qualifié d'obstacle insurmontable à la concrétisation du vœu exprimé par l'initiative et donc empêcher de manière définitive sa réalisation. La base légale demandée pourrait être introduite et successivement mise en œuvre à travers la fermeture du Centre.

Deuxièmement, l'impossibilité doit ressortir clairement du texte de l'initiative. Dans notre cas, rien ne porte à croire que l'initiative ne pourrait pas être suivie d'effets. Sa formulation se prête à être interprétée de telle manière que les vœux des auteurs de l'initiative sont réalisables.

Troisièmement, l'impossibilité peut être matérielle ou juridique¹²⁷. Juger d'une éventuelle impossibilité juridique, nous l'avons dit, revient finalement à se poser la question de la conformité de l'initiative au droit supérieur¹²⁸. Concernant l'impossibilité matérielle, il est généralement admis que pour juger de la question de l'inexécutabilité il faut « se placer non pas au moment du dépôt de l'initiative, mais, au plus tôt, au moment où l'autorité compétente statue sur sa recevabilité, voire au moment le plus proche possible de celui où l'initiative devrait être soumise au vote populaire »¹²⁹. Ainsi, les initiatives tendant à la remise en cause de travaux de construction, par exemple, ne seront pas matériellement inexécutables du simple fait que l'ouvrage est déjà commencé ; l'inexécutabilité matérielle sera en revanche généralement retenue lorsque l'ouvrage est presque ou déjà achevé. Cet exemple tiré de la jurisprudence fait inévitablement écho au cas de l'initiative *Centre islam et société*, qui demande

¹²⁷ GRISEL, *Les droits populaires*, précité (note 9), n° 27.

¹²⁸ Voir le n° 32 ci-dessus.

¹²⁹ Arrêt du TF 1P.454/2006, du 22 mai 2007, consid. 3.1.

l'interdiction de quelque chose qui a déjà été créé (structures, personnel, financement) et est même déjà en activité depuis janvier 2015 (cours, séminaires, conférences). Il est vrai qu'il s'agit là d'un « ouvrage » de nature différente du tronçon d'une route, par exemple. Son démantèlement serait-il pour autant plus facilement réalisable ? D'un autre côté, il faut rappeler que la jurisprudence à laquelle on se réfère a elle-même été critiquée par une partie de la doctrine¹³⁰.

68. Finalement, décider s'il convient d'invalider, ou non, l'initiative *Centre Islam et société* sous l'angle de son éventuelle inexécutabilité ne coule pas de source non plus. Si l'on s'en tient à la jurisprudence du Tribunal fédéral, on pourrait éventuellement être tenté de la juger matériellement inexécutable, dans une de ses parties, du fait que le Centre dont elle entend interdire la création existe et fonctionne déjà. Ce constat est néanmoins loin de constituer un obstacle absolu à la réalisation de l'initiative, ce d'autant moins que l'initiative porte aussi sur un autre élément, l'interdiction de la formation d'imams, qui reste lui parfaitement réalisable, et qu'elle est au surplus formulée en termes généraux, de sorte que le Grand Conseil, appelé à la concrétiser, pourrait toujours « corriger le tir » au moment où, comme le veut l'art. 124 al. 1 LEDP, il « élabore un texte », c'est-à-dire concrétise la formulation générale et donc le vœu des auteurs de l'initiative, avant que l'initiative soit soumise à la votation populaire ; c'est à lui qu'il appartiendrait de mettre en œuvre et d'interpréter l'initiative. De plus, l'adage *in dubio pro populo* exige qu'en cas de doute, une initiative soit interprétée dans le sens le plus favorable aux initiants et donc déclarée valide. Par conséquent, encore une fois, il ne nous paraît pas possible, ni admissible, d'opter pour une invalidation de l'initiative sur la seule base de son éventuelle inexécutabilité.

F. Conclusion intermédiaire

69. Après avoir discuté de la validité de l'initiative au regard des quatre premières conditions de validité, il convient de dresser un bilan intermédiaire et de formuler quelques considérations spécifiques qui seront ensuite reprises au moment de l'évaluation globale finale.
70. Lors de l'analyse des différentes exigences examinées jusqu'ici, nous avons pu établir l'existence d'un certain nombre de points problématiques. Sous l'angle de l'unité de la matière, tout d'abord, l'initiative *Centre islam et société* pose question, ou est discutable, en ce sens qu'elle contient deux parties ou deux propositions distinctes – la non-crétion d'un Centre Islam et société et l'interdiction de former des imams –, dont le lien est potentiellement subjectif. Sous l'angle de l'unité de rang, ensuite, exigence comprise plus dans le sens d'unité de genre, c'est son objet, ou l'un de ses deux objets – le premier évoqué, celui de la non-crétion du Centre – qui pose problème. Dans la partie où elle demande d'interdire la création d'un centre de recherche sur l'Islam au sein de l'Université de Fribourg, l'initiative peut en effet être qualifiée d'initiative constitutionnelle de nature administrative, puisqu'elle a pour objet une décision administrative et donc un acte concret, et non une norme générale et abstraite. Or, il existe des doutes sérieux quant à la question de savoir si, en droit fribourgeois, le droit d'initiative en matière constitutionnelle peut être étendu à cette catégorie d'actes juridiques, la doctrine étant partagée. Enfin, le respect de l'exigence d'exécutabilité pourrait aussi susciter quelque interrogation, si l'on considère que le fait que le Centre dont il est question est déjà opérationnel empêche de revenir sur la décision de sa création.

71. Malgré ces interrogations, aucune de ces objections ne nous semble pouvoir être admise de manière absolue et péremptoire. Comme indiqué, les motifs éventuels d'invalidation de l'initiative ne sont pas évidents, l'interprétation des exigences d'unité de la matière par la jurisprudence étant relativement souple et l'exigence de l'unité de rang – ou de genre – faisant l'objet de conceptions controversées en doctrine. A cela s'ajoute que les doutes évoqués ici portent uniquement sur l'une des deux propositions de l'initiative, celle concernant la non-crédation d'un Centre ayant certaines caractéristiques, de sorte qu'une invalidation totale de l'initiative *Centre Islam et société* sur la base de l'un ou de l'autre de ces éléments nous paraît pouvoir et devoir être exclue.
72. On pourrait certes se poser la question d'une invalidation partielle de l'initiative¹³¹. Comme on l'a vu, tous les « problèmes » identifiés comme tels jusqu'ici viennent de ce que l'initiative comporte deux objets, deux propositions, et que l'une d'elles – celle qui vise la non-crédation d'un Centre Islam et société – suscite des difficultés, parce qu'elle porte sur un acte non normatif et que ce Centre est déjà créé et opérationnel. Il serait dès lors envisageable d'écarter ce point « problématique », pour ne soumettre au vote populaire que la demande d'interdiction d'une formation étatique pour imams. En effet, à elle seule, cette proposition respecterait sans conteste l'exigence de l'unité de la matière, car elle correspond à un objet unique, de même que le principe de l'unité de rang, puisqu'elle a pour objet l'adoption d'une règle de droit, s'appliquant à un nombre indéterminé de personnes, dans un nombre indéterminé de situations. Au surplus, elle est bien évidemment exécutable et elle semble constituer une partie de l'initiative à laquelle les auteurs accordent une importance certaine.
73. Néanmoins, même s'il paraît théoriquement envisageable de déclarer l'initiative partiellement nulle, ce choix présente tout de même, à notre avis, un risque non négligeable d'être par la suite contesté et annulé. Nous l'avons dit et répété, l'invalidité de l'initiative, même dans sa partie demandant la non-crédation d'un Centre Islam et société, n'est pas évidente. Sur le point le plus délicat, celui de l'unité de rang ou de genre, la doctrine est en effet partagée, on l'a vu, quant à la question de savoir si, en droit fribourgeois, le droit d'initiative en matière constitutionnelle peut être étendu à des objets de nature administrative. Il est dès lors tout à fait possible de soutenir, même sur ce point, la validité de l'initiative. Le risque que comporterait une décision d'invalidation est d'autant plus grand que la règle, en matière d'interprétation, veut que dans le doute une initiative soit interprétée dans le sens le plus favorable à sa soumission au vote. A cela s'ajoute que, s'agissant d'une proposition générale, le législateur a la possibilité de corriger *a posteriori* les éventuels vices – surtout ceux liés à l'unité de la matière. Il nous semble qu'il y a là suffisamment d'arguments qui incitent à ne pas prononcer une invalidation, même partielle, de l'initiative sur la base des critères de l'unité de la matière, de l'unité de rang ou de genre ou encore de l'exigence d'exécutabilité.
74. Quoi qu'il en soit, cependant, la question n'a pas à être tranchée définitivement, mais peut être laissée ouverte, car, comme on le verra, la position à adopter vis-à-vis de l'initiative nous paraît devoir être différente sous l'angle de l'examen de sa conformité au droit supérieur.

¹³¹ Au sujet de cette possibilité, voir les n^{os} 40 s. ci-dessus.

IV. Conformité de l'initiative au regard du droit supérieur

A. Généralités

75. Après avoir déterminé si l'initiative *Centre Islam et société* répond aux exigences de l'unité de la forme, de l'unité de la matière et de l'unité de rang et si elle a un caractère exécutable, nous allons maintenant examiner l'initiative à la lumière de la dernière condition de validité reconnue par la législation fribourgeoise, et qui s'impose en vertu du droit fédéral : le principe de la conformité au droit supérieur. Ce principe concerne le contenu même de l'initiative, plus que sa formulation ou sa place dans le système normatif ; autrement dit, il implique une analyse quant au fond. Comme nous le verrons, les problèmes en lien avec cet aspect sont d'une autre nature et d'une autre portée.
76. Quant aux règles d'interprétation applicables, elles correspondent à celles utilisées jusqu'ici. Pour évaluer si l'exigence de la conformité au droit supérieur est remplie, l'initiative doit notamment être interprétée selon le critère, souple, de l'interprétation conforme, qui exige de retenir, parmi les différentes interprétations possibles, celle qui la fait apparaître comme étant en harmonie avec le droit supérieur. Pour le surplus, nous renvoyons à ce qui a été déjà dit au début du chiffre III¹³².
77. Le contrôle de la conformité au droit supérieur découle avant tout du principe de la hiérarchie des normes¹³³. Dans le cas, comme le nôtre, d'une initiative cantonale, il y a lieu d'attacher une importance particulière au principe de la force dérogatoire du droit fédéral ou de la primauté du droit fédéral (art. 49 Cst.), qui veut que le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui est contraire. C'est donc sur le droit fédéral – et en particulier sur les dispositions contenues dans la Constitution fédérale – que se concentrera notre analyse.
78. L'initiative *Centre Islam et société* soulève à notre sens, pour ce qui est du fond, des interrogations de deux ordres : d'une part, s'agissant de sa conformité au droit fédéral sous l'angle de l'autonomie des universités, d'autre part, s'agissant de sa conformité avec le principe de l'interdiction des discriminations, qui résulte tant du droit constitutionnel fédéral que du droit international. On examinera successivement ces deux points.

B. L'autonomie des universités

79. En vigueur depuis le 21 mai 2006¹³⁴, le nouvel article 63a de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 représente l'ancrage constitutionnel des hautes écoles¹³⁵ en Suisse. Comme le prévoit l'alinéa 3 de cette disposition, en particulier, « [l]a Confédération et les cantons veillent ensemble à la coordination et à la garantie de l'assurance de la qualité dans l'espace suisse des hautes écoles. Ce faisant, ils tiennent compte de

¹³² Voir en particulier les n^{os} 39 à 41 ci-dessus.

¹³³ Au ce sujet, voir notamment le n^o 22 ci-dessus.

¹³⁴ AF du 16 décembre 2005 ; RO 2006 3033.

¹³⁵ Le terme « hautes écoles » est « un terme générique désignant les écoles polytechniques, les universités et les autres établissements d'enseignement supérieur qui assurent un enseignement de caractère scientifique », MAHON, précité (note 17), ad art. 63, n^o 3.

l'autonomie des hautes écoles et des différentes collectivités responsables, et veillent à l'égalité de traitement des institutions assumant des tâches de même nature ». Ce mandat constitutionnel est concrétisé par l'actuelle loi fédérale du 30 septembre 2011 sur l'encouragement des hautes écoles et la coordination dans le domaine suisse des hautes écoles (loi sur l'encouragement et la coordination des hautes écoles, LEHE), qui règle les conditions-cadre pour la coordination et le financement dans le domaine des hautes écoles. A son art. 5, cette loi souligne également l'obligation de « [respecter] l'autonomie accordée aux hautes écoles par les collectivités responsables ».

80. Par ces dispositions, le législateur pose et rappelle l'autonomie des hautes écoles, et donc des universités, comme un principe acquis garanti par les collectivités responsables, sans toutefois garantir ou décrire directement cette autonomie. Le fait qu'il s'agisse d'un principe qui est présumé exister implique, comme l'exprimait le Conseil fédéral lui-même, que « la Confédération et les cantons ne sont plus libres d'accorder ou non l'autonomie, mais uniquement de définir sa disposition (forme) et son étendue (degré) »¹³⁶. La concrétisation de la portée de ce principe appartient donc au législateur des collectivités responsables des différentes institutions. La plupart des lois cantonales sur l'université ne contiennent toutefois pas une définition précise des domaines d'autonomie et se limitent à réaffirmer le principe¹³⁷. Tel est aussi le cas, dans le Canton de Fribourg, de la loi sur l'Université du 19 novembre 1997 (cf. art. 3 al. 2).
81. En 2005, à l'occasion d'une rencontre commune, la Conférence des recteurs des universités suisses (CRUS), la Conférence des recteurs des hautes écoles spécialisées (CSHES) et la Conférence suisse des hautes écoles pédagogiques (CSHEP) ont néanmoins formulé six thèses fixant les bases, et donc le contenu, de l'autonomie des hautes écoles. D'après ces dernières, « l'autonomie implique le droit d'autodétermination concernant les objectifs, les finances, le personnel, l'organisation et l'équipement » ainsi que le droit de collaborer avec d'autres hautes écoles ou institutions partenaires. *A contrario*, les collectivités ayant la charge des hautes écoles (Confédération, cantons) sont responsables « uniquement du pilotage du système du paysage suisse des hautes écoles dans son ensemble »¹³⁸. Cela signifie que la gestion stratégique et opérationnelle d'une université, par exemple, relève de sa propre compétence¹³⁹.
82. La raison d'être du principe d'autonomie des hautes écoles nous est donnée par les travaux préparatoires. En tant qu'« élément constitutif de la science et de la formation » l'autonomie garantit aux établissements « la liberté nécessaire pour développer leur profil dans un environnement régi par la concurrence »¹⁴⁰. En d'autres mots, elle s'avère nécessaire dans l'optique d'un haut niveau de qualité et de compétitivité. Le principe de l'autonomie des hautes écoles est en outre inhérent à la liberté de

¹³⁶ Cf. le message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur l'aide aux hautes écoles et la coordination dans le domaine suisse des hautes écoles, du 29 mai 2009, FF 2009 4067 ss, spéc. 4109. Voir également BERNHARD EHRENZELLER – KONRAD SAHLFELD, Art. 63a BV, in : B. EHRENZELLER et al. (éd.), précités (note 7), p. 1326 ss, spéc. n° 19, ainsi que BERNHARD EHRENZELLER, *Hochschulautonomie im Spannungsfeld von Wissenschaftsfreiheit und Steuerung im Hochschulwesen*, Zurich 2007, p. 203 ss, spéc. p. 213-214.

¹³⁷ EHRENZELLER, précité (note 136), p. 212.

¹³⁸ CONFÉRENCE DES RECTEURS DES UNIVERSITÉS SUISSES/CONFÉRENCE DES RECTEURS DES HAUTES ÉCOLES SPÉCIALISÉES/CONFÉRENCE SUISSE DES HAUTES ÉCOLES PÉDAGOGIQUES, *Autonomie des hautes écoles : Les six thèses des trois conférences des recteurs/trices*, Berne 2005.

¹³⁹ EHRENZELLER, précité (note 136), p. 212-213.

¹⁴⁰ Message précité (note 136), FF 2009 4109.

l'enseignement et de la recherche, enseignement et recherche qui sont des composantes essentielles du droit fondamental de la liberté scientifique garanti par l'art. 20 de la Constitution fédérale¹⁴¹.

83. Pour revenir au cas qui nous occupe, l'initiative cantonale *Centre Islam et société* doit, pour être déclarée valide, pouvoir être interprétée de manière conforme au droit supérieur. Sur la base du principe de la force dérogatoire du droit fédéral (art. 49 Cst.), selon lequel un canton ne peut pas édicter des règles contraires à ce dernier, l'initiative constitutionnelle cantonale doit avant tout respecter les dispositions et les principes inscrits dans la Constitution fédérale.

Or, demander l'interdiction de la création du Centre en question est susceptible d'empiéter sur la liberté reconnue à l'Université de Fribourg, en tant que haute école, de s'autodéterminer par rapport à sa gestion stratégique et opérationnelle. Une norme constitutionnelle cantonale interdisant la création d'un Centre Islam et société au sein de l'Université de Fribourg, comme celle dont l'adoption est proposée, risque donc de restreindre de manière discutable, sinon inadmissible, l'autonomie indirectement garantie à l'Université au sens de l'art. 63a de la Constitution fédérale et étroitement liée à la liberté de la science protégée par l'art. 20 de la même Constitution.

Cela paraît d'autant plus vrai que, dans une récente modification de la loi fribourgeoise sur l'Université, datée du 27 juin 2014, il a été décidé d'octroyer davantage d'autonomie décisionnelle au Rectorat de l'Université de Fribourg et donc de renforcer l'autonomie de l'Alma Mater par rapport au Conseil d'Etat et, plus généralement, par rapport au canton.

84. D'un autre côté, cependant, si elle est garantie par la Constitution fédérale dans son existence même, et qu'elle n'est donc pas, en tant que telle, à disposition des autorités cantonales, qui ne sont plus libres de l'accorder ou non (voir le n° 80 ci-dessus), l'autonomie des hautes écoles n'en demeure pas moins régie, dans sa forme et surtout dans son étendue, s'agissant des universités, par le droit cantonal, le droit du canton responsable d'une institution donnée. C'est donc bien le droit du canton concerné, la Constitution ou la loi cantonale, qui détermine si un canton crée et entretient une université, qui définit les missions de cette université et, parfois, qui va même jusqu'à déterminer comment cette université est structurée et organisée, combien elle compte de facultés et lesquelles, etc.

Dans ce sens, il nous paraît difficile d'admettre que, en vertu de l'autonomie garantie aux hautes écoles par la Constitution fédérale, les prérogatives cantonales en matière de législation sur les universités – et d'« encadrement » ou de définition de l'étendue de l'autonomie de celles-ci – constituent un objet qui doit ou devrait échapper à l'initiative populaire (constitutionnelle ou législative). En d'autres termes, l'autonomie des hautes écoles, qui découle du droit fédéral, ne nous paraît pas définie de manière suffisamment précise par le droit fédéral pour constituer un motif d'invalidation de l'initiative qui fait l'objet du présent avis.

C. L'interdiction des discriminations

85. Emanation du principe d'égalité de traitement garanti à l'art. 8 al. 1 de la Constitution fédérale, qui exige de l'Etat qu'il traite de manière identique ce qui est semblable et de

¹⁴¹ EHRENZELLER, précité (note 136), p. 214 ss ; BERNHARD EHRENZELLER – KONRAD SAHLFELD, précités (note 136), n° 20.

manière différente ce qui est dissemblable¹⁴², l'interdiction des discriminations de l'alinéa 2 de la même disposition accorde une protection particulière contre les distinctions fondées sur des qualités strictement personnelles, telles que l'origine, la race, le sexe, l'âge, la langue, la situation sociale, le mode de vie, les convictions religieuses, philosophiques ou politiques et la déficience corporelle, mentale ou psychique. Ces mêmes garanties figurent également dans de nombreuses dispositions du droit international, notamment aux articles 14 CEDH, 2 ch. 2 du Pacte ONU I ainsi que 2 ch. 1 et 26 du Pacte ONU II¹⁴³.

On admet généralement qu'« [i]l y a discrimination lorsqu'une personne est traitée de façon inégale en raison de sa seule appartenance à un groupe déterminé ». En d'autres termes, « [l]a discrimination est une inégalité de traitement qualifiée de personnes se trouvant dans des situations similaires, en ce sens qu'elle leur porte un préjudice prenant la forme d'une dépréciation ou d'une exclusion et qu'elle se rattache à des signes distinctifs qui forment une partie essentielle et inséparable (ou seulement difficilement séparable) de l'identité de la personne touchée ; l'interdiction de la discrimination touche dès lors également à des aspects de la dignité humaine protégée par l'art. 7 Cst. »¹⁴⁴. Toute distinction fondée sur l'un des critères mentionnés plus haut n'est pas absolument inadmissible, mais présumée dépréciative et donc illicite. De telles inégalités de traitement sont dès lors soumises à une exigence de motivation qualifiée. Lorsqu'aucun motif objectif particulièrement sérieux ne les justifie, elles sont réputées constitutives d'une discrimination.

86. En l'espèce, l'initiative constitutionnelle *Centre Islam et société* vise à compléter la Constitution cantonale par un article interdisant la création d'un institut académique consacré à l'étude de la religion musulmane et des questions que sa présence soulève dans la société, afin d'empêcher la formation étatique d'imams. La disposition envisagée fonde tout d'abord une différence de traitement pour des situations semblables, car elle crée une interdiction dans un cas spécifique, mais pas dans les autres. En outre, il ressort clairement – déjà sur la base du texte de l'initiative, mais encore plus de l'exposé des motifs – que l'exclusion concerne exclusivement une religion, l'Islam. La religion étant un des neuf critères suspects énumérés à l'art. 8 al. 2 Cst., les termes de l'inégalité de traitement qualifiée, et donc de la discrimination, sont donnés. La présomption d'illicéité attachée à la distinction qu'opèrerait une telle norme constitutionnelle à l'égard de la religion musulmane peut être renversée, moyennant une justification suffisante. Or, les motifs invoqués par les initiants dans le texte accompagnant l'initiative, notamment l'inutilité pratique de ce Centre et la crainte d'une institutionnalisation de l'extrémisme islamique, ne sauraient être considérés comme des motifs objectifs particulièrement sérieux. Sur la base de ces éléments, il y a lieu de conclure que l'initiative étudiée est contraire à l'interdiction des discriminations.

¹⁴² Cette formule a largement été consacrée par la jurisprudence. Voir, par exemple, ATF 137 I 167, consid. 3.5, p. 175 ; 124 I 297, consid. 3b, p. 299, et 118 la 1, consid. 3a, p. 2-3.

¹⁴³ *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (RS 0.103.1 ; Pacte ONU I) et *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (RS 0.103.2 ; Pacte ONU II), tous deux ratifiés par la Suisse le 18 juin 1992, avec effet au 18 septembre 1992. On rappellera que la Suisse a émis une réserve s'agissant de l'article 26 du Pacte ONU II, qui rend « accessoire » ou « non autonome » la protection conférée par cette disposition, c'est-à-dire qui limite la portée de l'égalité de traitement ou de l'interdiction des discriminations aux seules prétentions liées à un autre droit, matériel, garanti par ledit Pacte (à l'image de ce qui prévaut pour l'art. 14 CEDH). Cette réserve ne modifie cependant pas la perspective du présent avis, lequel se fonde essentiellement sur l'art. 8 al. 2 de la Constitution fédérale, et non sur le droit international, qui n'apporte en l'occurrence aucune protection allant au-delà de celle de la disposition constitutionnelle interne.

¹⁴⁴ ATF 134 I 56, consid. 5.1, p. 61 s., JdT 2009 I 229 (trad.).

87. En 2013, le Tribunal fédéral s'est du reste prononcé dans ce sens dans une affaire qui présente quelque analogie avec le cas qui nous intéresse. L'arrêt en question traite en effet d'une initiative législative déposée dans le Canton de Thurgovie qui visait à interdire l'utilisation de manuels scolaires religieux dont le contenu est misogyne, raciste ou meurtrier¹⁴⁵. Alors que le texte de loi proposé pouvait aussi bien être interprété d'une manière neutre sur le plan confessionnel, l'exposé des motifs ne laissait cependant aucun doute quant au fait que l'interdiction en question se rapportait à une seule et unique religion, l'Islam. Le Grand Conseil du Canton de Thurgovie avait dès lors invalidé l'initiative, estimant qu'elle violait le principe de neutralité de l'Etat ainsi que l'interdiction de discriminer. Le Tribunal fédéral a rejeté le recours déposé contre la déclaration d'invalidation, confirmant ainsi la décision du Grand Conseil. En particulier, il a conclu qu'en raison de la référence à une seule religion, l'initiative violait le principe de la neutralité religieuse de l'Etat¹⁴⁶ et l'interdiction des discriminations et, par conséquent, qu'elle n'était pas conforme au droit supérieur¹⁴⁷.
88. On précisera encore – pour prévenir une objection qui pourrait être proposée – que ce n'est pas parce qu'on trouve dans la Constitution fédérale des clauses discriminatoires à l'égard de certaines communautés religieuses, l'Islam en particulier, comme celle qui interdit la construction de minarets sur le territoire suisse (art. 72 al. 3 Cst.), que les constitutions cantonales peuvent elles aussi en contenir.

Dans une affaire tessinoise, le Tribunal fédéral avait d'ailleurs admis un recours déposé contre une loi cantonale qui prévoyait l'incompatibilité entre la charge de conseiller communal et l'état ecclésiastique¹⁴⁸. La partie intimée faisait notamment valoir que la disposition attaquée ne pouvait pas être déclarée inconstitutionnelle, du moment que la Constitution fédérale alors en vigueur interdisait elle-même aux personnes non laïques d'être membres du Conseil national (art. 75 de la Constitution de 1874, supprimé à l'occasion de la révision totale de 1999¹⁴⁹). La Haute Cour avait toutefois rejeté cet argument, estimant que la disposition en question « ne contient pas un principe directement applicable aux cantons »¹⁵⁰. Elle avait ainsi conclu qu'en l'absence de motifs prépondérants propres à justifier le maintien d'une telle clause, la disposition légale interdisant aux ecclésiastiques d'accéder à certaines charges publiques réservait un traitement discriminatoire à toute une catégorie de citoyens et violait dès lors le principe de l'égalité de traitement.

L'exigence de la laïcité pour certaines fonctions électives a en effet aussi été jugée contraire au droit fédéral dans un autre cas. En 2007, l'Assemblée fédérale a ainsi refusé d'accorder la garantie fédérale à l'alinéa 3 du nouvel article 141 de la Constitution cantonale genevoise, fruit d'une révision partielle, qui réservait aux laïcs l'accès à la Cour des comptes¹⁵¹. Dans son message, le Conseil fédéral s'était exprimé très clairement à ce propos : interdire dans une Constitution cantonale l'accès d'un ecclésiastique à un organe élu, ceci vraisemblablement en raison de ses convictions religieuses ou de sa position dans sa communauté, constitue une atteinte injustifiée aux droits fondamentaux et donc au droit supérieur. La disposition en question ne

¹⁴⁵ ATF 139 I 292.

¹⁴⁶ D'après le Tribunal fédéral, ce principe implique que les organes étatiques doivent généralement s'abstenir d'opérer des différences de traitement en faveur ou en défaveur d'une religion précise et donc des personnes de cette confession (ATF 139 I 292, consid. 8.2.3, p. 304).

¹⁴⁷ ATF 139 I 292, consid. 8 et 9, p. 302 ss.

¹⁴⁸ ATF 114 la 395, spéc. consid. 8, JdT 1990 I 171 (trad).

¹⁴⁹ A ce propos, voir JEAN-FRANÇOIS AUBERT, in : AUBERT – MAHON, précités (note 17), ad art. 143, n° 6.

¹⁵⁰ JdT 1990 179.

¹⁵¹ Voir l'arrêté fédéral du 15 mars 2007 concernant la garantie de la Constitution révisée du canton de Genève, FF 2007 2407, ainsi que le message du Conseil fédéral qui s'y réfère, du 18 octobre 2006, FF 2006 8337.

respectait pas la liberté religieuse (art. 15 Cst.), qui donne le droit d'adhérer à la religion de son choix, de la pratiquer et d'exprimer ses convictions, ni les droits politiques (art. 34 Cst.), tant ceux de l'ecclésiastique d'être élu à une fonction publique que ceux du citoyen d'élire la personne de son choix, ni enfin l'interdiction des discriminations (art. 8 al. 2 Cst.), car elle conduit à disqualifier les ecclésiastiques par rapport aux autres citoyens et à les stigmatiser sans motif valable¹⁵².

89. Il résulte ainsi tant de la jurisprudence du Tribunal fédéral que de la pratique de l'Assemblée fédérale qu'une constitution cantonale n'est pas habilitée à discriminer certaines catégories de personnes, en les excluant, en les disqualifiant ou en les stigmatisant, pour des motifs liés à leurs croyances ou convictions religieuses et ce même s'il arrive à la Constitution fédérale de le faire.

Il faut noter et préciser à ce propos que le fait que les constitutions cantonales puissent – et le font souvent – reconnaître un statut particulier, préférentiel en quelque sorte, à certaines communautés religieuses traditionnelles, ou traditionnellement implantées sur le territoire, pour en faire par exemple des Eglises reconnues et leur conférer un statut de corporations de droit public, ne signifie pas encore qu'elles sont libres de discriminer – au sens de l'art. 8 al. 2 Cst. – les autres communautés religieuses, moins traditionnelles ou minoritaires. Au contraire, l'art. 8 al. 2 de la Constitution a justement pour objet et pour but de protéger les groupes « minoritaires », les catégories qui présentent un risque particulier d'être « disqualifiées » ou « stigmatisées ». Ainsi, le fait que les cantons peuvent réserver un statut et des avantages spécifiques à certaines de leurs communautés religieuses – spécifiquement reconnues par la Constitution cantonale – ne leur permet pas d'en discriminer, spécifiquement, une autre, particulière et unique.

90. On relèvera enfin, dans la pratique récente des autorités fédérales, un dernier cas qui, à première vue, pourrait être considéré comme un argument allant à l'encontre de ce qui précède, celui de la garantie fédérale accordée par l'Assemblée fédérale, le 11 mars 2015¹⁵³, au nouvel article 9a de la Constitution du Canton du Tessin, intitulé « Interdiction de se dissimuler le visage ». L'alinéa 1^{er} de cette disposition, adoptée en votation du 22 septembre 2013 à la suite d'une initiative populaire, a la teneur suivante : « Nul ne peut se dissimuler le visage sur les voies publiques et dans les lieux ouverts au public (sauf les lieux de culte) ou affectés à un service public »¹⁵⁴. Comme l'a indiqué le Conseil fédéral, cette interdiction « vise deux pratiques particulières : le port d'une cagoule, lors de grands rassemblements (manifestations, matchs) par des personnes cherchant à rester anonymes pour commettre des violences ; et la dissimulation du visage, pour des raisons religieuses, que certains courants islamiques fondamentalistes imposent aux femmes lorsqu'elles sont dans l'espace public (burqa, niqab) »¹⁵⁵.

¹⁵² FF 2006 8341 s.

¹⁵³ Voir l'arrêté fédéral sur la garantie des constitutions révisées des cantons de Berne, d'Uri, de Soleure, de Bâle-Ville, de Bâle-Campagne, d'Appenzell Rhodes-Extérieures, d'Appenzell Rhodes-Intérieures, du Tessin, de Vaud et du Jura, du 11 mars 2015, FF 2015 2811-2813, spéc. 2812.

¹⁵⁴ L'alinéa 2 ajoute : « Nul ne peut obliger une personne à se dissimuler le visage à raison de son sexe », l'alinéa 3 précisant : « La loi définit les sanctions et les exceptions à l'al. 1 ». L'art. 9a est accompagné d'une disposition transitoire (art. 96), qui prévoit que « [l']article 9a entre en vigueur en même temps que la loi d'application ». Pour le texte de ces dispositions, voir le Message sur la garantie des constitutions révisées des cantons de Berne, d'Uri, de Soleure, de Bâle-Ville, de Bâle-Campagne, d'Appenzell Rhodes-Extérieures, d'Appenzell Rhodes-Intérieures, du Tessin, de Vaud et du Jura, du 12 novembre 2014, FF 2014 8899-8926, spéc. 8914 ss, 8916.

¹⁵⁵ Message précité (note 154), FF 2014 8917.

Bien qu'il la juge « inopportune » et déclare s'être toujours engagé, depuis longtemps, contre ce genre d'interdiction¹⁵⁶, le Conseil fédéral estimait cependant que pour « l'octroi de la garantie fédérale, le Parlement ne doit toutefois pas s'interroger sur l'opportunité des dispositions étudiées, mais sur leur conformité au droit fédéral d'un point de vue strictement juridique. Dans la pratique, les autorités fédérales sont généralement souples : la garantie doit être accordée dès qu'une disposition cantonale peut être mise en œuvre de manière conforme au droit fédéral »¹⁵⁷. Or, constatant que, sur le plan juridique, la question est controversée, la doctrine étant partagée¹⁵⁸, de même que la jurisprudence – dans les cantons et à l'étranger –¹⁵⁹, le Conseil fédéral estime pour sa part « qu'il n'est pas impossible d'interpréter l'art. 9a, al. 1, d'une manière qui soit conforme au droit fédéral »¹⁶⁰.

Le Conseil fédéral rappelle à ce propos que, dans son arrêt du 1^{er} juillet 2014 dans l'affaire *S.A.S contre la France*, la Cour de Strasbourg européenne des droits de l'homme a jugé compatible avec la Convention européenne des droits de l'homme la loi française du 11 octobre 2010 (en vigueur depuis avril 2011) qui interdit et rend punissable la dissimulation du visage dans l'espace public¹⁶¹. Considérant que la disposition constitutionnelle tessinoise est semblable à la loi française et que, comme celle-ci, elle permet des exceptions, le Conseil fédéral jugeait ainsi que cette règle pouvait être interprétée de manière conforme au droit supérieur, notamment fédéral, et que la garantie fédérale pouvait donc lui être accordée¹⁶².

La décision de l'Assemblée fédérale d'adhérer à la proposition du Conseil fédéral et d'accorder la garantie fédérale à la disposition constitutionnelle tessinoise a néanmoins été objet d'une longue discussion, surtout au sein des commissions compétentes¹⁶³. Il ressort notamment des débats parlementaires que, si les deux Chambres ont finalement considéré l'appréciation de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire précitée comme transposable au droit suisse, il a toutefois été relevé à plusieurs reprises que, en ce qui concerne la loi tessinoise, « nous sommes dans un cas limite, que ce sont finalement les tribunaux qui trancheront et qu'ils le feront en fonction de l'évolution, et de la science du droit, et de l'interprétation que l'on peut faire de cette disposition. En d'autres termes, la garantie [...] ne signifie pas forcément que cette nouvelle disposition constitutionnelle pourra toujours être invoquée devant les tribunaux »¹⁶⁴. Au Conseil national, une minorité de la commission avait par ailleurs proposé d'exclure de la garantie l'art. 9a, al. 1, de la Constitution tessinoise, en

¹⁵⁶ Message précité (note 154), FF 2014 8917 : « L'interdiction du voile intégral, comme l'interdiction des minarets, appartient aux normes spéciales en matière de religion, pour la suppression desquelles le Conseil fédéral s'est toujours engagé depuis le XX^e siècle ».

¹⁵⁷ *Ibidem*, FF 2014 8917.

¹⁵⁸ Message précité (note 154), FF 2014 8917 : « Une grande partie de la doctrine considère [cette disposition] comme contraire à la liberté de religion, étant donné qu'aucune exception n'est prévue pour la dissimulation du visage liée à des motifs religieux. D'autres, en Suisse et à l'étranger, la considèrent comme une restriction tolérable de cette liberté fondamentale ».

¹⁵⁹ Message précité (note 154), FF 2014 8918, où le Conseil fédéral constate : « Le Tribunal fédéral n'a pas encore eu l'occasion de se pencher sur l'interdiction de la dissimulation du visage. En revanche, le tribunal constitutionnel de Bâle-Ville a dû se prononcer sur la validité d'une initiative populaire des Jeunes UDC en la matière ("kantonaes Vermummungsverbot im öffentlichen Raum"). Dans son jugement du 4 février 2014, il a confirmé la décision du Grand Conseil déclarant le texte invalide car contraire au droit supérieur. En Belgique, la Cour constitutionnelle a confirmé le 6 décembre 2012 la constitutionnalité d'une loi entrée en vigueur le 23 juillet 2011 interdisant le port dans l'espace public de la burqa et d'autres vêtements dissimulant le visage ».

¹⁶⁰ Message précité (note 154), FF 2014 8919.

¹⁶¹ *Affaire S.A.S. contre France*, arrêt de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, du 1^{er} juillet 2014 (requête n° 43835/11) ; cf. Message précité (note 154), FF 2014 8918.

¹⁶² Message précité (note 154), FF 2014 8918-8919.

¹⁶³ Cf. BO 2015 CN 271 (*Fluri*).

¹⁶⁴ BO 2015 CE 74.

considérant qu'une telle modification allait à l'encontre du principe de proportionnalité, notamment au regard de la situation en Suisse, sensiblement différente de celle en France¹⁶⁵. Il s'ensuit que, malgré l'octroi de la garantie, la conformité au droit supérieur de la disposition constitutionnelle interdisant de se dissimuler le visage reste discutée.

Quoi qu'il en soit, il convient de souligner que la question posée au présent avis se pose en des termes sensiblement différents de ceux de l'interdiction tessinoise de se dissimuler le visage, et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, la disposition tessinoise, dans son texte au moins, ne vise pas directement et exclusivement les comportements religieux et les religions, mais elle concerne toutes formes de dissimulation du visage sur le domaine public. Elle ne vise pas non plus, à priori, une seule religion, même s'il est vrai que, de nos jours, elle a indirectement des effets qui touchent principalement une religion, la religion musulmane. En troisième lieu, comme l'a souligné le Conseil fédéral, elle autorise des exceptions, ce qui permet de la considérer comme susceptible d'une interprétation conforme au droit fédéral. Enfin, même si la question est on l'a dit controversée, l'interdiction peut s'appuyer sur divers motifs d'intérêt public, ou un « but légitime » permettant de restreindre les droits et libertés invoqués, ainsi que l'a reconnu la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt concernant la loi française¹⁶⁶. Tel n'est pas le cas de l'initiative *Centre Islam et société*, qui ne peut se fonder sur un tel motif d'intérêt public. De plus, contrairement à la disposition tessinoise, l'initiative *Centre Islam et société* ne se prête pas à une interprétation conforme au droit supérieur, qui pourrait être retenue en vertu du principe d'interprétation correspondant¹⁶⁷. L'interdiction qu'elle propose vise en effet de manière explicite et spécifique l'élément de la religion et, de surcroît, ne touche, explicitement là aussi, qu'une (seule) religion en particulier.

La garantie accordée par l'Assemblée fédérale à la révision constitutionnelle tessinoise ne saurait donc être interprétée comme justifiant la validité de l'initiative populaire examinée ici.

91. L'initiative *Centre Islam et société*, qui restreint l'autonomie de l'Université de Fribourg en excluant de son champ d'étude, d'enseignement et de recherche, une catégorie de personnes et de phénomènes sociaux pour le seul motif qu'ils relèvent d'une religion déterminée, l'Islam, est ainsi discriminatoire, non seulement dans ses motivations, mais dans son texte même. On ne voit dès lors pas qu'elle puisse être déclarée conforme au droit fédéral.

D. Conclusion intermédiaire

92. A l'instar de ce qui a été fait pour les quatre premières conditions de validité, il convient d'exposer brièvement les conclusions partielles que l'on peut tirer de l'étude de la conformité au droit supérieur de l'initiative examinée.
93. L'initiative *Centre Islam et société* pose tout d'abord un problème sous l'angle du principe de l'autonomie des universités, autonomie qui est garantie, dans son existence au moins, par la Constitution fédérale, notamment par son article 63a, ainsi que par la nouvelle loi fédérale du 30 septembre 2011 sur l'encouragement des hautes

¹⁶⁵ Cf. notamment BO 2015 CN 272 (*Schenker*).

¹⁶⁶ La Cour a surtout mis l'accent, à ce titre, sur le but légitime de la préservation des conditions du « vivre ensemble », ou du « respect des exigences minimales de la vie en société », en tant qu'élément de la « protection des droits et libertés d'autrui » ; voir l'arrêt *S.A.S. contre France*, précité (note 161), par. 121-122.

¹⁶⁷ Voir le n^{os} 39 et 76 ci-dessus.

écoles et la coordination dans le domaine suisse des hautes écoles (loi sur l'encouragement et la coordination des hautes écoles, LEHE, art. 5). Néanmoins, cette autonomie n'étant pas définie de manière précise par le droit fédéral, il appartient aux cantons – spécialement aux cantons universitaires – de déterminer, dans leur Constitution et/ou dans leur législation pertinente, l'étendue de cette autonomie. Il en découle que même si elle empiète sur – et limite – l'autonomie de l'Université, l'initiative *Centre Islam et société* ne peut, à notre avis, être considérée comme contraire au droit fédéral sous cet angle.

94. En revanche, toujours à notre avis, l'initiative *Centre Islam et société* est contraire au droit fédéral sous un autre angle, celui de l'interdiction des discriminations, interdiction posée par l'article 8 alinéa 2 de la Constitution fédérale. En excluant du champ d'étude, d'enseignement et de recherche de l'Université toute une catégorie de personnes et de phénomènes sociaux pour le seul motif qu'ils relèvent d'une (seule) religion déterminée, l'Islam, comme cela ressort non seulement du texte même de l'initiative, mais aussi de ses motivations, l'initiative est en effet discriminatoire. La proposition qu'elle contient, à savoir l'interdiction de créer un institut académique consacré à l'étude de la religion musulmane, interdiction finalisée à empêcher la formation étatique d'imams, vise en effet à mettre en place une base constitutionnelle cantonale qui instituerait une différence de traitement injustifiée, fondée uniquement sur le critère de la religion, qui peut être qualifiée de dépréciative et stigmatisante, et donc discriminatoire, à l'égard d'une (seule) confession, l'Islam.
95. Sous l'angle de l'interdiction des discriminations, il nous paraît donc non seulement possible, mais nécessaire d'affirmer que l'initiative *Centre Islam et société* est contraire au droit supérieur. Le caractère discriminatoire de la disposition qu'elle propose ne saurait par ailleurs être effacé par la référence à des clauses de même nature contenues dans la Constitution fédérale. Contrairement aux autres critères de validité examinés, cette objection concerne l'initiative dans son ensemble et non seulement une partie de la demande. L'initiative *Centre Islam et société* fonde d'une manière générale une distinction inadmissible qui frappe une seule religion, l'Islam. Ne pouvant pas être jugée conforme au droit supérieur, elle doit être considérée invalide dans son ensemble et déclarée nulle par l'autorité compétente.

V. Synthèse générale et résumé des conclusions

96. L'objet du présent avis était d'examiner la validité de l'initiative populaire constitutionnelle intitulée « Contre l'ouverture d'un centre "Islam et société" à l'Université de Fribourg : non à une formation étatique d'imams », sous l'angle des diverses conditions habituelles de validité d'une initiative populaire posées, dans le Canton de Fribourg, par le droit cantonal et le droit fédéral. Rappelées de manière générale dans la deuxième partie du présent avis, ces conditions de validité sont, d'une part, les exigences découlant des principes de l'unité de la forme, de l'unité de la matière, de l'unité de rang et de l'exécutabilité des initiatives, d'autre part, l'exigence de la conformité matérielle de l'initiative au droit supérieur, en particulier au droit fédéral.
97. Dédiée à l'examen des conditions de l'unité de la forme, de l'unité de la matière, de l'unité de rang ou de genre, ainsi que de la question de l'exécutabilité, dans le cas concret de l'initiative en question, la troisième partie de l'avis a permis d'établir l'existence d'un certain nombre de points problématiques, que ce soit sous l'angle de l'unité de la matière et du point de vue du caractère exécutable de l'initiative, mais surtout sous l'angle de l'unité de rang, comprise plus dans le sens d'unité de genre.

Une partie de l'initiative peut en effet être qualifiée d'initiative constitutionnelle de nature administrative, puisqu'elle a pour objet une décision administrative et donc un acte concret, et non une norme générale et abstraite. Or, il existe des doutes sérieux quant à la question de savoir si, en droit fribourgeois, le droit d'initiative en matière constitutionnelle peut être étendu à cette catégorie d'actes juridiques, la doctrine étant partagée.

Néanmoins, aucun de ces points ne nous semble suffisant pour permettre l'invalidation de l'initiative. Les motifs éventuels d'invalidation ne sont pas évidents, l'interprétation du principe d'unité de la matière par la jurisprudence étant relativement souple et l'exigence de l'unité de rang – ou de genre – faisant l'objet de conceptions controversées en doctrine. A cela s'ajoute que les doutes évoqués et examinés portent uniquement sur l'une des deux propositions de l'initiative, celle concernant la non-crédation d'un centre ayant certaines caractéristiques, de sorte qu'une invalidation totale de l'initiative *Centre Islam et société* sur la base de l'un ou de l'autre de ces éléments nous paraît pouvoir et devoir être exclue.

Même une invalidation partielle, qui porterait uniquement sur la partie la plus « problématique » de l'initiative – la non-crédation d'un Centre Islam et société – ne nous paraît en définitive pas pouvoir se justifier ou constituerait un choix comportant à notre avis un risque non négligeable d'être par la suite contesté et annulé. Ce risque est d'autant plus grand que la règle, en matière d'interprétation, veut que dans le doute une initiative soit interprétée dans le sens le plus favorable à sa soumission au vote. A cela s'ajoute que, s'agissant d'une proposition générale, le législateur a la possibilité de corriger *a posteriori* les éventuels vices – surtout ceux liés à l'unité de la matière.

La question n'a cependant pas à être tranchée de manière définitive, dans la mesure où, si une invalidation de l'initiative sur la base des critères de l'unité de la forme, de l'unité de la matière, de l'unité de rang ou de genre, ainsi que de la question de l'exécutabilité, paraît pour le moins discutable, la solution nous paraît devoir être différente en ce qui concerne la condition de la conformité au droit supérieur, en particulier au droit fédéral, question examinée dans la quatrième partie de l'avis.

98. En ce qui concerne sa conformité au droit supérieur, l'initiative examinée pose tout d'abord un problème sous l'angle du principe de l'autonomie des universités, autonomie qui est garantie, dans son existence au moins, par la Constitution fédérale, notamment par son article 63a, ainsi que par la nouvelle loi fédérale du 30 septembre 2011 sur l'encouragement des hautes écoles et la coordination dans le domaine suisse des hautes écoles (loi sur l'encouragement et la coordination des hautes écoles, LEHE, art. 5). Néanmoins, cette autonomie n'étant pas définie de manière précise par le droit fédéral, il appartient aux cantons – spécialement aux cantons universitaires – de déterminer, dans leur Constitution et/ou dans leur législation pertinente, l'étendue de cette autonomie. Il en découle que même si elle empiète sur – et limite – l'autonomie de l'Université, l'initiative examinée ne peut, à notre avis, être considérée comme contraire au droit fédéral sous cet angle.
99. En revanche, toujours à notre avis, l'initiative est contraire au droit fédéral sous un autre angle, celui de l'interdiction des discriminations, interdiction posée par l'article 8 alinéa 2 de la Constitution fédérale. En excluant du champ d'étude, d'enseignement et de recherche de l'Université toute une catégorie de personnes et de phénomènes pour le seul motif qu'ils relèvent d'une (seule) religion déterminée, l'Islam, ce qui ressort non seulement du texte même de l'initiative, mais aussi de ses motivations, l'initiative est en effet discriminatoire. La proposition qu'elle contient, à savoir l'interdiction de créer un institut académique consacré à l'étude de la religion musulmane, interdiction finalisée à empêcher la formation étatique d'imams, vise en effet à mettre en place une base constitutionnelle cantonale qui instituerait une différence de traitement injustifiée,

fondée uniquement sur le critère de la religion, différence qui peut être qualifiée de dépréciative et stigmatisante, et donc discriminatoire, à l'égard d'une (seule) religion, l'Islam.

Sous l'angle de l'interdiction des discriminations, il nous paraît donc non seulement possible, mais nécessaire d'affirmer que l'initiative est contraire au droit supérieur. Le caractère discriminatoire de la disposition qu'elle propose ne saurait par ailleurs être effacé par la référence à des clauses de même nature contenues dans la Constitution fédérale. Contrairement aux autres critères de validité examinés, cette objection concerne l'initiative dans son ensemble et non seulement une partie de la demande. L'initiative fonde d'une manière générale une distinction inadmissible qui frappe une seule religion, l'Islam. Ne pouvant pas être jugée conforme au droit supérieur, elle devrait à notre sens être invalidée. Le Tribunal fédéral a du reste récemment confirmé la décision d'invalidation d'un parlement cantonal dans le cas d'une initiative assez similaire.

Neuchâtel, le 19 octobre 2015



Pascal Mahon



Federica Steffanini