

Odile Ammann
Professeure à la Faculté de droit, des
sciences criminelles et
d'administration publique
Université de Lausanne

Pascal Mahon
Professeur à la
Faculté de droit
Université de Neuchâtel

Examen de l'avant-projet de nouvelle Constitution cantonale issu de la première lecture de l'Assemblée constituante du Canton du Valais

Rapport

établi à la demande et sur mandat
du Bureau de l'Assemblée constituante de la République et du Canton du Valais

Sommaire

I. Introduction : mandat, objet et plan de l'étude	2
II. Analyse de l'avant-projet sur la base des diverses catégories évoquées en lien avec le mandat	3
A. Conformité avec le droit supérieur (catégorie I)	4
B. Structure (catégorie II)	7
C. Cohérence entre les versions allemande et française (catégorie III)	9
D. Cohérence de la terminologie utilisée (catégorie IV)	10
E. Remarques stylistiques (catégorie V)	12
F. Cohérence de fond (catégorie VI) et questions de compréhension concernant le fond et la portée normative (catégorie VII)	13
III. Conclusion	18

I. Introduction : mandat, objet et plan de l'étude

1. ***Demande d'expertise, établissement et confirmation du mandat.*** – Par divers entretiens et échanges de courriels entre les mois de juillet et décembre 2021, M. Florian Robyr, Secrétaire général de l'Assemblée constituante du Canton du Valais (ci-après : la Constituante), a sollicité des deux soussigné·e·s, pour le compte du Bureau de la Constituante, une expertise consistant en un examen de l'avant-projet de nouvelle Constitution cantonale issu de la première lecture du plénum de la Constituante.

Après quelques discussions préalables, et compte tenu de la nature des questions posées, il a été convenu que le mandat d'expertise serait confié conjointement aux deux soussigné·e·s, qui livreraient un rapport commun à l'issue de leurs lectures et de leur examen de l'avant-projet.

Les questions posées à l'appui de la demande d'expertise ont été élaborées avec la collaboration des soussigné·e·s et ont trouvé leur formulation définitive dans le mandat, signé en date des 31 août (pour la Constituante) et 22 décembre 2021 (pour les soussigné·e·s).

Les documents relatifs à la première lecture de l'avant-projet par le plénum de la Constituante ont été fournis aux soussigné·e·s en date du 13 décembre 2021 et il a été convenu que le présent rapport serait délivré pour la fin du mois de janvier ou le début du mois de février 2022.

2. ***Objet et étendue de l'expertise et du présent mandat.*** – Le mandat attribué aux soussigné·e·s consistait donc à examiner l'avant-projet de nouvelle Constitution cantonale issu de la première lecture par le plénum de la Constituante. Il définissait lui-même, en ces termes, les principales attentes du mandant :

1. *Examen de la conformité du texte élaboré par la Constituante avec le droit supérieur, dans la perspective de l'obtention de la garantie fédérale ;*
2. *Mise en évidence des problèmes, incohérences, contradictions et lacunes juridiques du projet de constitution (structure y comprise) ;*
3. *Avis de nature stylistique et légistique quant à la cohérence du texte et à l'absence de contradiction dans la terminologie retenue ;*
4. *Examen de la concordance du texte sur le fond entre la version française et la version allemande de l'avant-projet.*

Il y a lieu de préciser encore qu'avant de commencer leurs travaux, les deux soussigné·e·s se sont brièvement entretenus, par visioconférence, en date du 22 décembre 2021, avec M. Florian Robyr et Mme Stéphanie Nanchen, juriste de la Constituante, sur la manière de concevoir le travail relatif au mandat et, notamment, sur la confection, les modalités et les délais du présent rapport.

Il a été convenu notamment à cette occasion qu'un premier retour, informel, serait donné à M. Florian Robyr après la première lecture de l'avant-projet par les deux soussigné·e·s, vers la mi-janvier 2022.

3. ***Démarche et méthode utilisée.*** – Par la suite, et comme ils en avaient décidé et l'avaient annoncé, les deux soussigné·e·s ont procédé chacun à une lecture approfondie, et séparée, de l'avant-projet, identifiant toutes leurs observations, remarques ou critiques, en lien avec chacun des différents aspects du mandat. Ils se sont ensuite rencontrés, en visioconférence, en date du 10 janvier 2022,

pour partager leurs constats¹. Les deux soussigné·e·s ont décidé d’annoter, dans un premier temps, chacun de leur côté, toutes lesdites observations, sous forme de commentaires ou de suggestions de modifications, dans la version bilingue de l’avant-projet tel qu’issu de la première lecture de la Constituante. Ces observations ont été classées et qualifiées en fonction de sept catégories différentes de remarques que les soussigné·e·s avaient auparavant et conjointement définies, sur la base des divers aspects mentionnés dans le mandat. Ces catégories étaient et sont les suivantes, et elles sont indiquées comme telles, dans le document commenté de l’avant-projet, pour chaque observation ou remarque :

I. Conformité avec le droit supérieur

II. Structure

III. Cohérence entre la version française et allemande

IV. Cohérence de la terminologie utilisée

V. Remarques stylistiques

VI. Cohérence de fond

VII. Questions de compréhension concernant le fond, la portée normative.

Ce travail de commentaire détaillé de chaque disposition de l’avant-projet sous les sept aspects qui viennent d’être évoqués (ci-après : *commentaire détaillé de l’avant-projet*) a ensuite servi de base à l’élaboration et à la rédaction du présent rapport. Ce rapport a pour ambition de synthétiser, tant que faire se peut, les principales observations et remarques qu’appelle l’avant-projet issu de la première lecture du plénum de la Constituante.

Le *commentaire détaillé de l’avant-projet* reste cependant utile et figure en annexe du présent rapport. Il illustre et concrétise, dans le détail, les diverses observations et remarques générales qui figurent dans le présent rapport.

Les soussigné·e·s ont encore discuté du présent rapport et l’ont mis au point, ainsi que son annexe (le *commentaire détaillé de l’avant-projet*), lors de trois autres séances en visioconférence, l’une en date du 2 février, les autres en date des 7 et 8 février 2022. Le rapport a été adressé à M. Florian Robyr le 8 février 2022.

4. **Plan du présent rapport.** – S’agissant de son plan, le présent rapport proposera, après cette introduction, des observations et remarques générales classées sur la base des sept catégories précédemment évoquées (ch. II ci-après). Ces observations et remarques seront illustrées par des exemples concrets figurant dans l’avant-projet ; pour ce qui est des observations et remarques détaillées des soussigné·e·s, il est renvoyé au *commentaire détaillé de l’avant-projet*. Le rapport se terminera par une brève conclusion (ch. III).

II. Analyse de l’avant-projet sur la base des diverses catégories évoquées en lien avec le mandat

5. **Indications liminaires générales et plan.** – Comme indiqué, le présent rapport procédera, dans ce deuxième chapitre, à une analyse de l’avant-projet sur la base des diverses catégories de remarques

¹ C’est ainsi que les soussigné·e·s ont adressé à M. Robyr, en date du 12 janvier 2022, un courriel l’informant de leurs premières impressions à la suite de leur lecture de l’avant-projet et de la manière dont ils avaient décidé de travailler.

que les soussigné·e·s avaient préalablement identifiées, et ce dans l'ordre de ces catégories, telles qu'exposées plus haut (N 3 *supra*).

D'une manière générale, il y a lieu de souligner d'emblée que le texte de l'avant-projet tel qu'il est issu de la première lecture de la Constituante appelle globalement de nombreuses remarques et observations. Leur importance est évidemment variable, en fonction de la catégorie en cause. Certaines de ces remarques et observations sont purement rédactionnelles et/ou terminologiques, sans que cela n'implique de (sérieux) problèmes de fond. D'autres sont plus délicates, dans la mesure où, notamment, elles soulèvent – ou sont susceptibles de soulever – des difficultés de compréhension du texte ou de sa portée normative, allant parfois jusqu'à susciter des interrogations quant à la conformité du texte par rapport au droit fédéral.

Il convient de préciser cependant que si la lecture que les soussigné·e·s ont faite de l'avant-projet a conduit à un nombre assez important de remarques et observations, celles-ci sont plutôt des remarques et observations de détail. Peu d'entre elles concernent la conformité au droit fédéral et au droit supérieur, et rares sont celles qui ont trait à la structure de l'avant-projet. Quantitativement, la très grande majorité des remarques et observations touche à la cohérence entre les deux versions linguistiques de l'avant-projet ainsi qu'à la cohérence de la terminologie à l'intérieur même de chacune de ces deux versions. Comme indiqué, toutefois, ces questions de terminologie et de formulation ne sont pas toujours d'ordre purement formel ; il arrive qu'elles aient aussi des incidences sur le fond.

Comme indiqué, on reprendra donc ici les diverses catégories évoquées, en les regroupant parfois dans une même subdivision du présent chapitre.

A. Conformité avec le droit supérieur (catégorie I)

6. ***De rares difficultés clairement identifiées et identifiables : a) la question des votes blancs (art. 199 al. 2).*** – Le texte de l'avant-projet tel qu'il est issu de la première lecture de la Constituante ne contient à notre avis pas beaucoup de dispositions qui posent à l'évidence – ou de manière directe et explicite – un problème de conformité au droit supérieur.

La principale disposition qui soulève une question de ce type est celle du calcul de la majorité des voix pour les révisions de la Constitution. L'art. 199 al. 2 de l'avant-projet requiert, lors des votations populaires relatives aux révisions constitutionnelles (révisions partielles ou totales), que la proposition soit acceptée « à la majorité absolue des suffrages valables » étant précisé que les « suffrages blancs sont pris en compte dans le calcul de la majorité absolue ». La disposition ne fait que reprendre à cet égard, du moins tel qu'il est interprété, l'art. 106 de la Constitution valaisanne actuellement en vigueur². Or, même si la disposition de l'actuelle Constitution cantonale valaisanne peut se prévaloir d'avoir obtenu, en son temps³, la garantie de l'Assemblée fédérale – et pourrait donc, de ce point de vue, être considérée comme conforme au droit fédéral –, il y a lieu de souligner

² L'art. 106 de l'actuelle Constitution est à vrai dire un peu moins explicite que le texte de l'avant-projet, en ce qu'il exige simplement que la révision soit acceptée par « la majorité absolue des citoyens ayant pris part au vote » (« die absolute Mehrheit der an der Abstimmung teilnehmenden Bürger »), mais le résultat est le même. Voir à ce sujet PASCAL MAHON, Les droits politiques, in : Oliver Diggelmann – Maya Hertig Randall – Benjamin Schindler (édit.), *Droit constitutionnel suisse*, volume II : État de droit – Droits fondamentaux et droits humains, Berne 2020, pp. 1499-1542, N 10, p. 1503 s. ; PIERRE TSCHANNEN, in : *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 5^e édition, Berne 2021, § 18 N 675, pp. 268-269.

³ Cf. TSCHANNEN, précité (note 2), § 18 N 675, p. 269, qui précise que le message du Conseil fédéral de l'époque concernant la garantie de la Constitution valaisanne (BBl 1907 V 611, 614) ne thématissait pas du tout la question.

que cette garantie date de plus d'un siècle (1908) et que, dans l'intervalle, la question de la prise en compte des votes blancs a fait l'objet de nouveaux développements dans la doctrine. Une partie de celle-ci considère ainsi, désormais, que si la prise en compte des votes blancs dans le calcul de la majorité absolue s'agissant du premier tour des élections qui se déroulent selon le système majoritaire (à deux tours) n'est pas a priori problématique (et est même assez fréquente dans les cantons)⁴, il n'en va pas de même dans les autres élections et, surtout, s'agissant des votations sur un objet concret, lors desquelles les citoyennes et les citoyens sont appelés à dire « oui » ou « non » et dont l'issue est donc binaire, se traduisant par un « oui » ou un « non »⁵. Dans ce cas en effet, prendre en compte les votes blancs dans le calcul de la majorité signifie les compter comme des « non », ce qui ne correspond pas à la volonté politique de celles et ceux qui ont voté blanc⁶ et est contraire à l'égalité des « oui » et des « non »⁷, violant ainsi l'égalité en matière de droit de vote⁸.

On peut et on doit dès lors se demander si ce système, appliqué aux révisions de la Constitution cantonale, n'est pas contraire à l'art. 51 al. 1 de la Constitution fédérale, aux termes duquel la Constitution cantonale « doit avoir été acceptée par le peuple et doit pouvoir être révisée si la majorité du corps électoral le demande ». Selon certains auteurs, en tout cas, cette disposition fédérale exige que les révisions des constitutions cantonales soient considérées comme acceptées si la majorité des voix exprimées, sous déduction des bulletins blancs, les acceptent, interdisant ainsi aux cantons d'instituer des majorités qualifiées ou des doubles majorités pour les révisions de leurs constitutions⁹. Ainsi, d'après certains avis de doctrine au moins, qui semblent même majoritaires, la prise en compte des bulletins blancs dans le calcul de la majorité absolue et « l'assimilation des votes blancs aux votes négatifs » qui en résulte « viole la liberté de vote garantie par l'article 34 [de la Constitution fédérale] »¹⁰.

7. **b) La portée des droits fondamentaux entre particuliers (art. 42 al. 3).** – Une autre disposition qu'il convient de souligner est l'art. 42 al. 3, qui prévoit que « Dans la mesure où ils s'y prêtent, les droits fondamentaux s'appliquent aux rapports entre particuliers ». Cette disposition semble aller beaucoup plus loin que ce que prévoit la Constitution fédérale en matière d'effet horizontal direct des droits fondamentaux (soit de l'applicabilité de ces droits entre particuliers). En effet, l'art. 35 al. 3 de la Constitution fédérale se contente de préciser que « Les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les

⁴ MAHON, précité (note 2), N 10, p. 1503.

⁵ MAHON, précité (note 2), N 10, p. 1503.

⁶ MAHON, précité (note 2), N 10, p. 1503.

⁷ PIERRE TSCHANNEN, in : *Basler BV-Kommentar*, Bâle 2015, N 48 ad art. 34.

⁸ Cf. aussi TSCHANNEN, précité (note 2), § 18 N 675, p. 269, qui précise, en se référant explicitement à l'art. 106 de la Constitution valaisanne actuelle : « Die Norm verletzt die Stimmrechtsgleichheit weil sie 'Leer' mit 'Nein' gleichsetzt und so den ablehnenden Bürgern im Ergebnis mehr als eine Stimme verschafft ».

⁹ En ce sens, TSCHANNEN, précité (note 2), § 18 N 675, p. 268, qui mentionne les auteurs qui sont du même avis (ULRICH HÄFELIN – WALTER HALLER – HELEN KELLER – DANIELA THURNHERR, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 10^e édition, Zurich/Bâle/Genève 2020, N 1017, et YVO HANGARTNER – ANDREAS KLEY, *Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zurich 2000, N 1357 ss), ainsi que ceux qui ont un autre avis (notamment GIOVANNI BIAGGINI, *Kommentar BV*, 2^e édition, Zurich 2017, N 13 ad art. 51) ou sont indécis (EVA MARIA BELSER – NINA MASSÜGER, in : *Basler Kommentar*, Bâle 2015, N 39 ad art. 51). Ainsi, BIAGGINI, qui a un avis différent, considère pour sa part que l'art. 51 « ist eine Minimalvorschrift und nicht auch (entgegen TSCHANNEN, ...) eine Maximalvorschrift, die es den Kantonen kategorisch verbieten würde, qualifizierte Hürden aufzustellen ([...]). Eine andere Frage ist, ob höhere Hürden ohne Weiteres mit dem Kriterium 'demokratisch' (Abs. 1, erster Satz; vgl. N 12) zu vereinbaren wären ».

¹⁰ Voir encore, dans ce sens, THIERRY TANQUEREL, La procédure d'adoption et de révision des constitutions cantonales et communales, in : Oliver Diggelmann – Maya Hertig Randall – Benjamin Schindler (édit.), *Droit constitutionnel suisse*, volume III : Organes constitutionnels – Procédures – Constitutions thématiques, Berne 2020, pp. 1913-1942, N 149, p. 1927.

particuliers entre eux ». La jurisprudence et la majorité de la doctrine considèrent qu'en principe, les droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale ne déploient pas d'effet horizontal direct, à l'exception de la dernière phrase de l'art. 8 al. 3 de la Constitution fédérale (« L'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale. »).

L'art. 42 al. 3 de l'avant-projet semble, quant à lui, partir du principe qu'un effet horizontal direct existe (c'est-à-dire qu'en plus des autorités étatiques, les particuliers sont, eux aussi, liés par les droits fondamentaux) dans tous les cas où les droits fondamentaux en question « s'y prêtent ». S'il est vrai que la portée normative de cette expression (« s'y prêtent ») ne découle pas de la lettre de l'art. 42 al. 3, de sorte que cette disposition pourrait, du moins en théorie, être interprétée de manière restrictive, une interprétation plus large est également envisageable. Une telle interprétation extensive serait toutefois susceptible de poser des problèmes de conformité avec le droit fédéral, et plus précisément avec la compétence fédérale en matière de droit privé (voir l'art. 122 al. 1 de la Constitution fédérale).

Il convient de relever que l'art. 42 de l'avant-projet reprend tels quels les al. 1 et 2 de l'art. 35 de la Constitution fédérale, mais pas l'al. 3 de cette disposition. Au vu des difficultés qui viennent d'être mentionnées, on peut se demander si l'art. 42 al. 3 ne devrait pas, lui aussi, être aligné avec ce que prévoit la Constitution fédérale.

8. **c) La publication des arrêts du Tribunal cantonal (art. 97 al. 4).** – Une troisième disposition qu'il convient de mentionner ici est l'art. 97 al. 4 de l'avant-projet, selon lequel « Les arrêts importants du Tribunal cantonal sont publiés sous forme anonymisée ». Cette disposition pourrait soulever des questions de conformité avec l'art. 30 al. 3 de la Constitution fédérale, qui garantit le principe de la publicité de la justice, et plus précisément la publicité du prononcé du jugement, c'est-à-dire « la possibilité de prendre connaissance du résultat de la procédure judiciaire dès son achèvement »¹¹. A noter que cette publicité peut être garantie par d'autres moyens que par la publication du jugement, par exemple en mettant le dispositif du jugement à la disposition du public pendant une certaine durée.

L'art. 97 al. 4 paraît potentiellement problématique en raison de sa formulation restrictive, et ce à deux égards. Premièrement cette disposition prévoit une publication des « arrêts importants » seulement, tandis que l'art. 30 al. 3 de la Constitution fédérale garantit la publicité du prononcé du jugement de manière générale, qu'un jugement soit « important » ou non. Deuxièmement, d'après l'art. 97 al. 4, les jugements, lorsqu'ils sont publiés, le sont sous forme anonymisée. Or le droit constitutionnel fédéral ne prévoit l'anonymisation que dans certains cas, lorsque la protection d'un intérêt privé ou public prépondérant le justifie, et non de manière générale¹². Si la compatibilité de l'art. 97 al. 4 avec le droit constitutionnel fédéral dépendra, en définitive, de l'interprétation de cette disposition en pratique, le régime de publication prévu à l'art. 97 al. 4 paraît néanmoins trop restrictif dans sa formulation. Il mériterait d'être réexaminé par la Constituante lors de la deuxième lecture.

9. **Quelques (autres) points d'interrogation.** – S'il n'y a pas d'autre problème aussi évident de conformité au droit fédéral, il n'en demeure pas moins que, comme on le verra encore par la suite, plusieurs dispositions de l'avant-projet soulèvent des questions liées à la compréhension et à la détermination de leur signification et, en conséquence, de leur portée normative. Aussi, suivant la signification qu'on leur donne et les destinataires auxquels elles s'adressent, ces dispositions

¹¹ FRANÇOIS BOHNET, in : *Commentaire romand de la Constitution fédérale*, Bâle 2021, N 116 ad art. 30.

¹² A ce sujet, voir p. ex. l'arrêt du TF 1C_123/2016 du 21 juin 2016.

pourraient-elles s'avérer problématiques sous l'angle de leur conformité au droit fédéral. Cela vaut en particulier pour les art. 17 *in fine* (droit à une fin de vie digne et librement choisie), 18 al. 2 (droit d'être entendu de l'enfant dès son plus jeune âge), 19 al. 2 (droit d'accès des personnes en situation de handicap aux transports publics, aux bâtiments, installations, informations et prestations ouverts au public), 24 al. 2 (droit à la maîtrise sur les données personnelles), 31 (protection des lanceurs d'alerte) et 178 al. 3 et 4 (lutte contre les conditions de travail précaires et protection de la santé physique et mentale). Tout au moins, ces dispositions pourraient-elles empiéter sur des compétences fédérales, pour certaines, ou, pour d'autres, dans la mesure où elles s'adresseraient au secteur privé, s'avérer contraires à la liberté économique, notamment. En tous les cas, elles ne devraient avoir qu'une portée très limitée pour être conformes au droit fédéral.

On peut mentionner ici aussi l'art. 55 al. 1, qui prévoit que « Si la répartition entre femmes et hommes dans les autorités politiques est durablement déséquilibrée, la loi peut prévoir une mesure limitée dans le temps visant à corriger ce déséquilibre ». Cette disposition n'est en soi pas contraire au droit fédéral. Toutefois, en ce qui concerne les mesures qui pourraient être adoptées sur la base de cette disposition, il convient de souligner que l'utilisation de quotas rigides dans le cadre de votations populaires est considérée par la jurisprudence et par la majorité de la doctrine comme contraire au droit de vote et d'éligibilité¹³.

Un dernier point qui pourrait soulever une question de conformité au droit supérieur résulte de l'interprétation qui peut ou doit être faite de l'art. 203 de l'avant-projet, qui traite de la révision partielle de la Constitution. Selon le texte de l'al. 1 de cette disposition, « [l']initiative doit être conforme au droit supérieur, respecter l'unité de la forme et de la matière et être exécutable ». Or, cette formulation (« L'initiative ... ») semble clairement se référer aux seules révisions partielles qui sont issues d'une initiative populaire, alors que certaines des règles prévues par l'alinéa en cause (respect du droit supérieur, unité de la matière, notamment) s'appliquent sans doute aussi, en vertu du droit fédéral, aux révisions partielles initiées par le Grand Conseil. La difficulté est cependant liée, en réalité, au défaut plus général de conception et de systématique du chapitre 9 de l'avant-projet, relatif à la révision de la Constitution, problème sur lequel on reviendra (lettre B, N 13, *infra*).

B. Structure (catégorie II)

10. **Une structure qui tient globalement bien la route.** – Globalement, la structure de l'avant-projet, telle que conçue par la Commission de rédaction¹⁴, appelle peu de remarques. Il faut rappeler à cet égard que les cantons disposent d'une certaine liberté et qu'on trouve d'ailleurs dans les Constitutions cantonales, notamment celles qui ont fait l'objet d'une révision totale récente, diverses structures, assez différentes. Celle choisie par la Commission de rédaction paraît cohérente et systématique. Tout au plus peut-on émettre quelques observations sur certains aspects particuliers.
11. **Quelques points d'interrogation ou de doute, d'ordre formel.** – Le premier de ces points particuliers, qui relève en même temps de la terminologie, a trait à l'intitulé du chapitre premier, que la Commission de rédaction a choisi d'appeler « Principes généraux », plutôt que « Dispositions générales ». Or, ce choix ne paraît pas des plus convaincant, dans la mesure où, s'il est vrai que quelques-unes des dispositions qui forment ce chapitre traitent effectivement de « principes » (ou de « buts »), comme les art. 7 et 9, tel n'est pas le cas, de l'avis des soussigné·e-s, des autres

¹³ Voir p. ex. ATF 123 I 152 ; ATF 125 I 21.

¹⁴ Voir Commission de rédaction, Rapport sur la structure de la nouvelle Constitution, août 2021.

dispositions du chapitre. La majorité d'entre elles constituent davantage des règles que des principes (art. 2, 3, 4, 5, 6 et 12, notamment), tandis que quelques autres dispositions s'approchent de tâches de l'État (art. 8, 10 et 11).

Une autre remarque, elle aussi d'ordre plutôt formel, concerne la dernière section du chapitre 3, relatif aux droits politiques (section 3.3, « Participation à la vie publique », art. 53 à 57). Cette section contient des dispositions qui relèvent, aux yeux des soussigné-e-s, plus de la catégorie des tâches publiques (voire, pour l'une d'elle, des droits fondamentaux, du moins telle qu'elle est rédigée, cf. art. 57), que de celle des règles sur les droits politiques eux-mêmes. Aussi, même s'il est vrai que ces dispositions et ces tâches sont, de par la matière sur laquelle elles portent, très proches des droits politiques, on peut se demander si cette section ne devrait ou ne pourrait pas trouver place dans le chapitre 6, sur les tâches. Ce d'autant plus que ces dispositions ont aussi un lien, matériellement, avec certaines dispositions qui figurent déjà dans ce chapitre, comme les art. 187 (réalisation de l'égalité entre les personnes, notamment en politique) et 188 (organisations de la société civile).

Par ailleurs, pour certaines dispositions, on peut se demander si elles figurent dans le bon chapitre ou sous-chapitre. Ainsi, l'art. 94 (« Médiation »), qui figure dans le sous-chapitre dédié aux compétences du Conseil d'État (4.3.2), à l'instar d'ailleurs de ce qui est prévu dans la Constitution genevoise (voir l'art. 115 Cst-GE), pourrait éventuellement être mentionné en lien avec l'art. 105 (Résolution extra-judiciaire des litiges), quoique peut-être pas dans le chapitre consacré au pouvoir judiciaire (4.4). La même question se pose pour l'art. 162 (« Mesures de réinsertion »).

12. **La question des « redondances » entre divers chapitres.** – Une autre difficulté, plus sérieuse, qui relève en partie de la structure, mais aussi, et peut-être principalement, du fond, réside dans les nombreuses redondances entre certains chapitres. Ces redondances existent tout particulièrement entre le chapitre 2, qui traite des droits fondamentaux, et le chapitre 6, relatif aux tâches de l'État et des communes, mais aussi, dans une moindre mesure, les chapitres 1 (« Principes généraux ») et 3 (« Droits politiques »). On trouve en effet, dans deux de ces différents chapitres, voire même parfois dans trois ou quatre, des dispositions qui se ressemblent fortement, voire qui se recoupent en partie ou largement, soit de par leur formulation, soit de par leur contenu, ce qui a pour effet de rendre leur signification concrète et leur portée normative réelle très difficiles à comprendre ou à déterminer.

Cela vaut par exemple – et pour n'en prendre qu'un seul – pour les art. 10 (chapitre 1), 55 (chapitre 3), 71 et 91 al. 2 (chapitre 4), ainsi que 187 al. 2 (chapitre 6). Ces articles ont tous pour objet, avec des orientations différentes et des nuances, mais aussi des différences terminologiques, d'exiger de l'État (et des communes) qu'il « veille à », ou « promeuve », une représentation « équilibrée » ou « équitable » des femmes et des hommes – ou encore qu'il « prévoie une mesure » pour corriger un déséquilibre. On reviendra plus loin, à propos des remarques de fond, sur ces redondances.

13. **Un sérieux problème de structure et de fond : le chapitre sur la révision de la Constitution (chapitre 9, art. 199 à 203).** – Enfin, un des chapitres pose un sérieux problème sous l'angle de sa structure et de sa systématique interne, ainsi que de celles des différents articles qui le composent. Il s'agit du chapitre sur la révision de la Constitution (chapitre 9, art. 199 à 203). Le problème ne relève à vrai dire pas seulement de la structure, mais aussi de la terminologie choisie et du fond. De par l'ordonnement des différents articles, ainsi qu'en raison de leur formulation, mais aussi de leur systématique interne, il n'est en effet pas toujours possible de comprendre ce qu'a voulu la Constituante. Ainsi, on ne discerne pas si certaines dispositions sont applicables uniquement aux

(propositions de) révisions issues d'une initiative populaire, ou si elles le sont aussi aux révisions proposées ou décidées par les autorités, concrètement par le Grand Conseil. Tel est le cas, par exemple, de l'art. 199 al. 3. Dans la foulée, on ne comprend pas non plus si, dans l'esprit de la Constituante, le Grand Conseil a la faculté de proposer, de sa propre initiative, une révision totale rédigée de toutes pièces (ce que semble vouloir dire l'art. 201 al. 1) ou si, au contraire, l'art. 199 al. 3 de l'avant-projet, tel qu'il est formulé, entendait et entend précisément exclure cette faculté. En d'autres termes, la question qui se pose est celle de savoir si la disposition en question est bien placée là où elle est, ou si elle ne devrait pas figurer ailleurs, dans une autre disposition du chapitre.

La même question se pose du reste aussi pour l'art. 202 : cette disposition concerne-t-elle toutes les révisions totales, celles proposées par le Grand Conseil comme celles issues d'une initiative populaire, ou ne vise-t-elle au contraire que ces dernières ? Dans la seconde hypothèse, si elle ne vise que la révision totale issue d'une initiative populaire, elle n'est alors à l'évidence pas bien placée là où elle est (puisque l'intitulé de l'art. 202 semble parler de toutes les révisions totales). Dans la première hypothèse, en revanche, si elle vise toutes les révisions totales, y compris celles proposées par le Grand Conseil de sa propre initiative – et pour autant que l'avant-projet ne veuille pas exclure cette possibilité pour le Grand Conseil –, on ne voit pas quel serait alors le sens de l'al. 2 de l'art. 202 (c'est-à-dire d'un vote populaire sur une éventuelle assemblée constituante).

Là encore, donc, l'avant-projet n'est pas clair et le chapitre sur la révision de la Constitution soulève, sur le fond, de nombreuses questions de principe et de fond. Il nécessite absolument, aux yeux des soussigné-e-s, une réflexion approfondie, en termes de conception et de systématique dans l'optique de la deuxième lecture.

C. Cohérence entre les versions allemande et française (catégorie III)

14. ***De nombreuses différences ou incohérences formelles et terminologiques.*** – L'un des aspects du mandat confié aux soussigné-e-s portait sur la question de la cohérence, notamment terminologique, entre les deux versions linguistiques de l'avant-projet, la version allemande et la version française. Or, la comparaison des deux versions fait apparaître de nombreuses différences, parfois des divergences entre ces deux versions, qui ont toutes été relevées et mises en évidence, de manière systématique, dans le *commentaire détaillé de l'avant-projet* qui est annexé au présent rapport. On ne reviendra pas ici sur chacune de ces différences. Il faut toutefois souligner que si celles-ci sont souvent purement terminologiques, en ce sens qu'elles tiennent au choix du vocabulaire ou à des termes légèrement différents dans une langue et dans l'autre, il y a tout de même certaines hypothèses dans lesquelles les deux versions linguistiques présentent des différences de formulation qui ont un impact matériel, en ce sens que les deux versions, telles que formulées, impliquent des divergences de fond entre les deux textes, lesquels ne prévoient pas la même chose en termes de contenu.

La cohérence de la terminologie utilisée pourrait notamment être améliorée dans le domaine des droits politiques et dans le contexte des élections et des votations. Ce point concerne en particulier la notion de « titulaires des droits politiques » (utilisée dans les dispositions relatives aux droits politiques, voir p. ex. l'art. 45) et celle de « corps électoral » (utilisée en lien avec les régions, les communes [mais pas toujours, voir l'art. 199 al. 1] et les bourgeoisies, voir p. ex. les art. 82 al. 3 [régions], art. 120 al. 2 [communes] et art. 128 [bourgeoisies]). Ces notions sont traduites de différentes manières en allemand, sans que le motif de ces différences soit évident.

Ainsi, l'expression « titulaires des droits politiques » est traduite le plus souvent par « die Stimmberechtigten » / « XY Stimmberechtigte » (art. 44 al. 2, art. 46 al. 1 et 2, art. 48 al. 1, art. 50

al. 1, art. 51 al. 1, art. 52 al. 1, art. 200 al. 1), mais aussi par « stimm- und wahlberechtigt » (art. 45 al. 1), ou encore simplement par « stimmberechtigt » (art. 45 al. 2). Il semble aux soussigné-e-s que la traduction allemande de ce terme devrait être revue et rendue plus homogène. Au lieu de distinguer entre le contexte des élections (« Wahlberechtigte » / « wahlberechtigt ») et des votations (« Stimmberechtigte » / « stimmberechtigt »), il pourrait être plus praticable d'opter pour une notion générique, comme c'est d'ailleurs le cas en français (« titulaires des droits politiques »), p. ex. « Inhaberinnen und Inhaber der politischen Rechte ».

Quant à la notion de « corps électoral », elle est parfois utilisée en dehors du contexte des élections (voir p. ex. les art. 125 al. 1 et 131 en matière de fusions, ou encore l'art. 206) et pose en outre des difficultés de traduction en allemand. La version allemande la traduit tantôt par « Stimmberechtigte » / « stimmberechtigt » (art. 82 al. 3, art. 122 al. 1 et 2, art. 128, art. 129, art. 130), tantôt par « Wahlberechtigte » (art. 120 al. 2, 122 al. 3), sans que la raison d'être de ces variations soit apparente.

15. **Quelques divergences de fond à éclaircir.** – Comme indiqué, les différences de formulation entre les deux versions linguistiques cachent parfois des divergences de fond. Tel est le cas, par exemple, de l'art. 48 al. 3, relatif aux contre-projets que le Grand Conseil peut opposer aux initiatives législatives. La formulation du texte en français (« décidé d'y opposer un contre-projet ») pourrait en effet laisser croire qu'un contre-projet ne peut être opposé qu'à une initiative conçue en termes généraux, et non pas à une initiative rédigée de toutes pièces. Or, cette limitation ne correspond pas au texte allemand (et probablement pas à ce qui est voulu). Il faudrait donc, probablement, revoir la formulation du texte français (et dire, par exemple, comme c'est le cas en allemand, « décidé d'opposer un contre-projet à l'*initiative* »).

Un autre exemple de divergence de fond se trouve à l'art. 76 lit. c (« Compétences financières »), où la version française prévoit que le Grand Conseil « décide les dépenses et autorise les concessions, les tractations immobilières, les emprunts et l'octroi des cautionnements et autres garanties analogues, sauf exceptions prévues par loi ». La version allemande, elle, parle de dépenses extraordinaires (« die ausserordentlichen Ausgaben ») et d'exceptions prévues par *la Constitution* ou la loi (« unter Vorbehalt der in der Verfassung oder im Gesetz vorgesehenen Ausnahmen »). Pour citer un exemple similaire, à l'art. 86 (« Compétences législatives »), la version française donne la compétence au Conseil d'État d'édicter, « sous forme d'ordonnance, des règles de droit lorsque la loi l'y autorise », tandis que la version allemande se réfère à *la Constitution* et à la loi (« soweit er durch Verfassung oder Gesetz dazu ermächtigt ist »).

Là encore, ces divergences de formulation entre les deux versions linguistiques qui induisent des interrogations de fond sont signalées de manière systématique dans le *commentaire détaillé de l'avant-projet* annexé au présent rapport.

D. Cohérence de la terminologie utilisée (catégorie IV)

16. **Un texte un peu touffu et redondant, parfois flou.** – Même à l'intérieur de chacune des versions linguistiques, la terminologie utilisée n'est pas toujours optimale. Il semble aux soussigné-e-s, au terme de leur lecture, que les commissions thématiques n'ont pas pleinement respecté les directives de la Commission de rédaction en matière de rigueur terminologique, notamment en termes d'emploi et de « pesée » des verbes utilisés¹⁵.

¹⁵ Voir Commission de rédaction, Directives et recommandations I, 29 avril 2021, pp. 2-4.

Tel est le cas, par exemple, dans le chapitre sur les tâches de l'État et des communes (chapitre 6), où il y a, au contraire, profusion et parfois inflation ou multiplication de verbes dans une seule et même disposition (souvent deux ou trois, et pas toujours le même nombre en allemand et en français). Il s'agit de verbes assez semblables ou seulement légèrement différents, comme « soutenir », « promouvoir », « favoriser », etc., sans que la juxtaposition de ces différents verbes n'apporte grand-chose en matière de contenu et de précision de la norme en cause. Au contraire, en plus d'alourdir le texte et le style, cette multiplication de verbes conduit souvent à diluer le sens normatif et la compréhension des dispositions.

Pour citer un autre exemple, la formulation du sous-chapitre 4.4 du chapitre 4, qui traite des autorités du pouvoir judiciaire, est souvent redondante, surtout dans le texte français : la plupart de ses dispositions commencent par « il est institué une Cour constitutionnelle ... » (art. 98), « il est institué un tribunal du droit de la famille » (art. 99) ou « il est institué un Ministère public ... » (art. 101), alors que l'art. 96, qui ouvre cette section, dit déjà, pour chacune de ces autorités, qu'elle « est instituée ».

En d'autres termes, l'avant-projet issu de la première lecture de la Constituante apparaît à plusieurs égards comme un texte normatif un peu touffu et redondant, avec un contenu normatif parfois flou en raison des termes utilisés et des formulations choisies. Un sérieux toilettage n'apparaîtrait pas inutile dans l'optique de la deuxième lecture.

17. **Quelques incohérences terminologiques qui influencent la compréhension du texte sur le fond.** – A cela s'ajoute que la terminologie utilisée à l'intérieur de chacune des deux versions linguistiques n'est souvent pas cohérente, d'un chapitre à l'autre, et ce tout au long de l'avant-projet, et que ces incohérences influencent parfois la compréhension du texte sur le fond.

Ainsi, par exemple, et pour rester dans la section 4.4 du chapitre 4, qui traite des autorités du pouvoir judiciaire, l'avant-projet évoque tantôt, en français (mais cela vaut aussi pour le texte allemand), des « tribunaux du droit de la famille » (art. 96), au pluriel, tantôt « un tribunal de droit de la famille » (art. 99), au singulier. Par conséquent, on ne saisit pas s'il n'y a qu'un seul tribunal pour tout le canton, éventuellement décentralisé, ou s'il y en a plusieurs.

Dans un registre un peu différent, l'art. 100 prévoit qu'« [u]n ou une Juge de paix professionnel est nommé, par cercle, par l'autorité judiciaire supérieure », sans toutefois que l'avant-projet ne définisse cette notion d'« autorité judiciaire supérieure » (« übergeordnete richterliche Behörde »). En effet, l'art. 97 qualifie le Tribunal cantonal d'« autorité suprême » (« oberste Behörde ») en matière de justice, de sorte qu'on ne comprend pas si l'« autorité judiciaire supérieure » au sens de l'art. 100 est le Tribunal cantonal, ou non.

Dans le même ordre d'idée, l'avant-projet utilise à une reprise, dans le texte français de la section 4.2.2 du chapitre 4, qui traite des compétences du Grand Conseil, la notion d'« acte législatif » (art. 75 al. 1, 2 et 3. Ce n'est pas le cas du texte allemand, qui parle, logiquement, de « loi » [« Gesetz »]). La notion d'acte législatif ne se retrouve qu'une seule autre fois dans l'avant-projet (art. 86 al. 1, sur les compétences législatives du Conseil d'État, avec là encore une différence avec l'allemand [« projets d'actes législatifs vs. « Gesetzgebungsentwürfe »]) et n'est définie nulle part. L'avant-projet ne définit du reste pas les divers actes – ou la nomenclature des divers actes – du Grand Conseil. Nulle part, il n'est question de décrets ou d'autres formes d'actes du Grand Conseil que la loi.

Un autre élément lié à la terminologie qui devrait être contrôlé, dans l'optique de la deuxième lecture, concerne l'emploi des différents substantifs qui servent à désigner les diverses

organisations ou entités de droit public, étatiques ou paraétatiques. Ces substantifs varient au travers des chapitres et dispositions de l'avant-projet, sans que l'on sache si ces variations terminologiques sont voulues (et ont donc pour objet de désigner des entités sur le fond différentes), ou non. Certaines dispositions utilisent ainsi l'expression d'« établissements de droit public » (art. 3 al. 2), expression qui est d'ailleurs traduite en allemand par un terme différent, plus large et n'ayant pas la même signification juridique, celui d'« öffentlich-rechtliche Institutionen » (au lieu de « öffentlich-rechtliche Anstalten »). D'autres dispositions se réfèrent quant à elles aux « entreprises publiques » / « öffentliche Unternehmen » (art. 61 al. 1, art. 91 al. 2), aux « collectivités publiques » (art. 113 al. 2, art. 140 al. 1 et 2), notion traduite soit par « öffentlich-rechtliche Körperschaften » (art. 113 al. 2), soit par « Gemeinwesen » (art. 140 al. 1), soit par « öffentliche Gemeinwesen » (art. 140 al. 2), ou encore simplement aux « collectivités [délégatrices] » (art. 136 al. 2), notion traduite en allemand par « Körperschaft », un terme qui n'est pas identique, d'un point de vue juridique.

Au-delà de ces quelques exemples, le *commentaire détaillé de l'avant-projet* annexé au présent rapport s'efforce de recenser toutes ces questions de cohérence de la terminologie.

18. **Un souci de cohérence terminologique louable, mais difficile à concrétiser en pratique.** – A l'inverse de ce qui vient d'être dit, l'avant-projet fait preuve, sur un autre point, d'un souci de cohérence terminologique louable, mais qui risque d'être difficile, pour ne pas dire impossible à mettre en œuvre et à concrétiser dans la pratique. Si l'on comprend bien la terminologie utilisée à propos des compétences législatives du Conseil d'État (art. 86 al. 2 et 3), l'avant-projet prévoit deux formes d'actes différentes, qu'elle entend distinguer par le vocabulaire choisi, pour l'activité « législative » gouvernementale : l'*ordonnance* (« Verordnung »), pour les normes adoptées par voie de délégation législative, et le *règlement* (« Reglement »), pour celles que le Conseil d'État peut adopter seul, sans besoin d'une délégation législative, à savoir les normes d'exécution ou d'application des lois cantonales.

En soi, cette volonté de distinction et de différenciation est louable et témoigne d'un souci didactique intéressant. Elle n'est cependant sans doute pas ou guère praticable, car dans la réalité, un texte normatif de l'exécutif contient presque toujours à la fois des normes de substitution (basées sur une délégation) et des normes de simple exécution (sans délégation). Il faudrait donc, si l'on veut poursuivre la logique voulue jusqu'au bout, adopter pratiquement pour chaque loi cantonale deux actes différents, l'un contenant les normes de substitution (appelé *ordonnance*) et un autre contenant les normes de simple exécution (appelé *règlement*). Une telle duplication ne paraissant guère réalisable en pratique, les soussigné-e-s recommandent de ne pas faire figurer la distinction proposée dans le texte constitutionnel.

E. Remarques stylistiques (catégorie V)

19. **Quelques corrections de style et de langage.** – Les remarques d'ordre stylistique, relativement nombreuses, figurent dans le *commentaire détaillé de l'avant-projet*. Ces questions de détail ne seront pas répétées ici. Deux points généraux méritent néanmoins d'être soulignés.

Premièrement, la version française de l'avant-projet utilise parfois des majuscules lorsque cela ne semble pas nécessaire, et vice versa. Cela vaut en particulier pour la notion de « Pouvoir judiciaire », pour laquelle l'avant-projet utilise, la plupart du temps, un P majuscule (art. 45 al. 2, art. 59 al. 2, art. 60 al. 2, art. 61 al. 3 et 4, art. 63 al. 2, art. 70 al. 5, art. 76 lit. d, art. 78 lit. b, art. 95, art. 102 ss). D'après les soussigné-e-s, ce terme ne nécessite pas de majuscule et devrait donc être

remplacé par « pouvoir judiciaire » (comme à l'art. 58, où sont mentionnés les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, sans majuscule).

Par ailleurs, certaines notions apparaissent tantôt avec une majuscule, tantôt avec une minuscule. C'est le cas de la notion de « Conseil général », qui figure la plupart du temps sans majuscule (« conseil général » : art. 46 al. 1 lit. a, art. 52 al. 1, art. 118 al. 1 lit. a, art. 120 al. 1 et 2, art. 122 al. 1, art. 123 al. 1, art. 206), mais pas toujours (art. 120 al. 3 : « Conseil général »). Il paraît souhaitable de choisir une solution cohérente pour tout l'avant-projet ; pour ce qui est du Conseil général, la majuscule paraît préférable.

L'emploi de la majuscule paraît également nécessaire pour la notion de « Conseil communal », qui figure sans majuscule dans l'avant-projet (« conseil communal », art. 46 al. 1 lit. b, art. 90 al. 2, art. 118 al. 1 lit. b, art. 120 al. 1 et 2, art. 122 al. 2, art. 123 al. 2, art. 130 al. 2)¹⁶.

Un deuxième type de remarque, qui concerne cette fois-ci les deux versions linguistiques, a trait aux indications chiffrées qui figurent dans l'avant-projet. En effet, ces chiffres apparaissent tantôt en toutes lettres (voir p. ex. l'art. 4, « treize » / « dreizehn », ou encore l'art. 47), tantôt en chiffres arabes (voir p. ex. l'art. 67 al. 2 : « 6 circonscriptions », art. 109 al. 1 : « 6 régions », « 6 (...) Regionen », art. 200 al. 1 : « 12 mois » / « 12 Monate »), avec parfois des divergences entre la version allemande et française (voir p. ex. art. 67 al. 2, art. 50 al. 1, art. 75 al. 1) et/ou au sein de la même disposition (voir p. ex. art. 50 al. 1, art. 67). Une divergence similaire concerne l'usage de symboles comme « % » dans la version française, alors que la version allemande choisit d'utiliser le terme « Prozent », en toutes lettres (voir l'art. 67 al. 4). A nouveau, la Constituante devrait opter pour une approche cohérente s'appliquant à tout l'avant-projet.

F. Cohérence de fond (catégorie VI) et questions de compréhension concernant le fond et la portée normative (catégorie VII)

20. **Propos liminaires.** – Sous l'angle des questions de cohérence (catégorie VI) et de compréhension (catégorie VII) liées au fond, une des premières constatations, à la lecture du texte de l'avant-projet tel qu'il est issu de la première lecture de la Constituante, réside dans les nombreuses redondances, notamment entre certains chapitres, en particulier entre les buts de l'État, les droits fondamentaux (du moins certains) et les tâches de l'État. Ces redondances, dont il a déjà été en partie question, affaiblissent aux yeux des soussigné-e-s la valeur normative du texte, ou du moins la rendent difficile à saisir. Elles suscitent ainsi bien des interrogations, plus fondamentales, sur la portée normative de certains droits fondamentaux et de leur caractère « justiciable » (ou non), c'est-à-dire la question de savoir si ces dispositions peuvent être invoquées par les particuliers devant les tribunaux. Il n'en va pas autrement pour certaines tâches de l'État, dont la question de la justiciabilité se pose de manière d'autant plus aiguë que l'avant-projet institue une Cour constitutionnelle, habilitée à contrôler l'activité du législateur, mais peut-être aussi son éventuelle inactivité ou activité insuffisante (s'il ne légifère pas ou si sa législation ne concrétise pas suffisamment les mandats constitutionnels). La Constituante devrait probablement répondre à cette question de la justiciabilité.

A côté de cette problématique, qui touche principalement les chapitres – ou, plus précisément, certaines des dispositions des chapitres – sur les droits fondamentaux (chapitre 2) et sur les tâches de l'État et des communes (chapitre 6), l'avant-projet soulève d'autres questions de fond relatives

¹⁶ La même chose vaut pour d'autres termes qui désignent une autorité, comme « Assemblée communale », « Assemblée bourgeoiale » ou « Conseil bourgeoial », par exemple.

à la compréhension de certaines dispositions spécifiques, dont la signification n'est pas toujours claire, cohérente ou logique. Ces différents points seront repris ci-après de façon plus détaillée.

21. **La cohérence du chapitre sur les droits fondamentaux.** – S'agissant tout d'abord de sa cohérence interne, le chapitre 2, sur les droits fondamentaux, contient différents types de dispositions, sans que la cohérence de fond de la conception qui le sous-tend soit toujours évidente.

D'une part, l'art. 13 déclare que « les droits fondamentaux consacrés par la Constitution fédérale (et le droit international) sont garantis ». D'autre part, cependant, plusieurs des autres dispositions du chapitre 2 ne font que recopier pratiquement littéralement (ou quasiment sans changement) les – ou du moins certains des – droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale. De telles « copies », à l'identique, ou presque, se trouvent aux art. 14 (dignité humaine), 15 al. 1 et 3 (égalité, notamment entre femmes et hommes), 16 (arbitraire et bonne foi), 22 (aide en cas de détresse), 27 (liberté de conscience et de croyance), 29 (liberté de la langue), 34 al. 2 (liberté de la science), 36 (garantie de la propriété), 37 (liberté économique), 38 al. 3 (grève et lock-out) et 39 (droits politiques).

Ce travail de « recopie » n'est cependant pas systématique, et ce à deux égards. D'un côté, l'avant-projet s'écarte parfois, plus ou moins légèrement, du texte correspondant de la Constitution fédérale, sans que l'on sache toutefois si cela est voulu ou non, et si cela implique une extension – ou non – du droit garanti par rapport au droit fédéral. Une telle extension semble ressortir des art. 15 al. 2 (non-discrimination), 17 *in fine* (droit à une fin de vie digne), 18 (droits de l'enfant), 19 (droit des personnes en situation de handicap), 24 (protection de la sphère privée, en partie), 25 (droit au mariage et à la famille : autre forme de vie en commun), 28 (droit à la formation initiale et professionnelle, en partie), 30 (droit à l'information), 34 al. 1 et 3 (liberté de l'art et droit de participer au progrès scientifique). Cette extension paraît moins évidente s'agissant des art. 35 (liberté de réunion et de manifestation) et 38 al. 1, 2 et 4 (liberté syndicale, notamment interdiction de la grève).

De l'autre côté, certains droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale ne sont pas repris de cette manière-là, le texte de l'avant-projet se bornant en effet à y renvoyer. Du reste, ces renvois prennent deux formes différentes, sans que l'on comprenne si cette différence de renvoi est voulue et si elle a une signification : cf. art. 40 (« garanties de procédure » : reprise, mais seulement en partie, des garanties de procédure figurant dans la Constitution fédérale) et art. 41 (« réception du droit supérieur » : renvoi aux libertés d'établissement, d'opinion et d'information, d'association et des médias ainsi qu'au droit de pétition, mais pas à d'autres droits fondamentaux figurant dans la Constitution fédérale et n'ayant pas été mentionnés par l'avant-projet jusqu'ici). De plus, comme cela vient d'être indiqué, certains droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale ne sont pas du tout mentionnés dans ces renvois, comme le droit à la publicité de la justice (art. 30 al. 3 de la Constitution fédérale), les garanties en matière de privation de liberté (art. 31 de la Constitution fédérale) ou les garanties pénales (art. 32 de la Constitution fédérale), par exemple.

Compte tenu des remarques qui précèdent concernant le contenu et la logique du chapitre, on peut se demander si la disposition de l'art. 13 fait sens : d'une part, elle est redondante (vu la copie de plusieurs dispositions de la Constitution fédérale et le renvoi aux autres) ; d'autre part, elle n'a pas de portée normative propre, dans la mesure où les règles du droit supérieur (et les garanties minimales que celui-ci comprend) s'imposent de toute manière, avec ou sans cette disposition.

En conclusion, la cohérence du chapitre sur les droits fondamentaux mériterait d'être réexaminée par la Constituante dans le cadre de la deuxième lecture.

22. **La problématique des redondances et de la formulation de certaines dispositions.** – En plus de ce problème de cohérence dans la conception même du chapitre, celui-ci contient ou semble contenir des droits fondamentaux qui ne figurent pas dans le catalogue fédéral et qui vont (ou semblent aller) plus loin que ce que garantit le droit fédéral, mais sans que l'on sache clairement quelle est leur portée normative, et notamment s'ils sont justiciables ou non. Cela vaut notamment pour les art. 18 (droits de l'enfant, en partie), 19 (droit des personnes en situation de handicap, en partie), 20 (droits de la personne âgée), 21 (droit à l'inclusion et l'intégration), 23 (droit à un contact humain), 26 (protection de la maternité), 28 (droit à la formation initiale et professionnelle, en partie), 31 (lanceurs d'alerte), 32 (intégrité et identité numériques), 33 (droit aux prestations de service public) et 34 al. 3 (droit de participer à la vie culturelle). Pour ces droits-là, les questions de leur portée normative concrète – qu'impliquent-ils en termes de prestations attendues de l'État ? – et de leur justiciabilité se posent, comme parfois, on l'a relevé, celle de leur conformité au droit fédéral, au moins selon la signification qu'on leur donne.

La portée de ces dispositions est d'autant moins claire que celles-ci font très souvent l'objet d'une redondance avec d'autres dispositions très proches quant à la thématique abordée ou à la formulation, dispositions se trouvant dans le chapitre sur les tâches de l'État et des communes (chapitre 6). En raison de ces redondances, on ne sait pas si l'on a à faire avec un véritable droit fondamental ou avec une tâche de l'État. Tel est le cas, par exemple, comme on l'a déjà souligné, pour toutes les dispositions qui traitent de la question d'une représentation équilibrée des femmes et des hommes, dont on ne sait finalement plus s'il s'agit d'un but de l'État ou d'un principe général (art. 10, un but qui serait en dehors de ceux de l'art. 7), un droit fondamental (art. 15 al. 3), un principe ou une tâche en matière de droits politiques (art. 55), une compétence du Conseil d'État (art. 91 al. 2) ou encore une tâche de l'État et des communes (art. 187 al. 2).

Ces diverses dispositions font l'objet de remarques spécifiques plus concrètes dans le *commentaire détaillé de l'avant-projet* annexé au présent rapport.

23. **La problématique des redondances et de la formulation du chapitre sur les tâches de l'État et des communes, ainsi que de certaines « contradictions » ou « lacunes » inhérentes à ce chapitre.** – Logiquement, cette problématique des nombreuses redondances qui alourdissent le texte tout en rendant difficile la compréhension de sa valeur normative se retrouve aussi dans le chapitre relatif aux tâches de l'État et des communes (chapitre 6). Ce chapitre comprend en effet, tout d'abord, de nombreuses tâches et contient dès lors un grand nombre de dispositions, dont plusieurs reprennent des règles ou des principes qui se trouvent déjà ailleurs, plus tôt, dans l'avant-projet, soit sous forme de buts (art. 7) ou de principes généraux (art. 10 par exemple), ou encore de droits fondamentaux, etc. On ne reviendra pas en détail sur ces dispositions, sur lesquelles le présent rapport s'est déjà largement exprimé, et qui font l'objet de remarques spécifiques plus concrètes dans le *commentaire détaillé de l'avant-projet* annexé à ce rapport. Il en résulte cependant, globalement, une lisibilité difficile ainsi que des questions de fond, ou de compréhension, quant à la portée normative réelle ou concrète de ces dispositions : s'agit-il de droits fondamentaux, de tâches, ou d'autres types de dispositions ? Les dispositions en question sont-elles justiciables ? Comme on l'a déjà souligné, la question de la justiciabilité est d'autant plus importante que l'avant-projet institue par ailleurs une Cour constitutionnelle, appelée à contrôler les lois (et donc l'activité – et aussi l'inactivité ? – du législateur).

Ce chapitre dédié aux tâches de l'État et des communes appelle, sur le fond, deux autres remarques d'ordre général. Premièrement, il semble aux soussigné-e-s que le chapitre n'est pas exempt d'une certaine forme de contradiction entre, d'un côté, les nombreuses tâches, de toutes sortes, et formulées parfois de manière très large, qui sont attribuées à l'État et aux communes et,

de l'autre côté, certains principes tendant à freiner ou à encadrer davantage l'activité des pouvoirs publics, comme les principes de subsidiarité (art. 135), de nécessité et d'économicité (art. 138) et de limitation de la densité normative (art. 139), qui sont également posés par ce même chapitre.

Deuxièmement, il faut noter aussi que le chapitre 6 prévoit les tâches de l'État et des communes, sans distinguer et, donc, sans déterminer la répartition des compétences entre ces deux niveaux de collectivités publiques (à l'exception de certaines des dispositions du chapitre qui s'adressent à l'État uniquement). Se pose dès lors la question de savoir si l'État (le canton) peut toujours agir à sa guise, les communes devant s'adapter, ou si, au contraire, la répartition des compétences entre le niveau cantonal et le niveau communal est guidée et même régie, elle aussi, par le principe de la subsidiarité, limitant ainsi la compétence du canton. C'est cette deuxième option que semble du reste exiger explicitement l'art. 135 al. 1 *in fine*. Si cette deuxième variante s'applique, et comme le précise cette disposition, l'État (le canton) ne pourrait dès lors agir (et légiférer) que concernant les « tâches qui excèdent la capacité des communes ou qui nécessitent une réglementation uniforme ». Là encore, il faut rappeler que l'avant-projet prévoit une Cour constitutionnelle habilitée à contrôler les lois, de sorte que la question posée revêt une importance pratique.

24. **Quelques observations relatives à la signification de certaines dispositions spécifiques.** – Pour terminer sur ces questions de fond, l'avant-projet propose aussi quelques dispositions, éparées au sein des différents chapitres, dont la signification – ou, pour le moins, la formulation – n'est pas toujours évidente aux yeux des soussigné-e-s.

Tel est le cas, en premier lieu, de l'art. 45 al. 3 de l'avant-projet, relatif aux droits politiques des Suissesses et Suisses de l'étranger, dont la formulation ne paraît guère compréhensible. La signification de cette disposition, et en particulier de l'expression « en sus des dispositions de l'alinéa 3 » (la référence vise sans doute, en réalité, l'al. 2), n'est pas claire. L'art. 45 al. 3 signifie-t-il que les personnes mentionnées peuvent uniquement élire la députation du canton au Conseil des États (mais n'ont pas les autres droits politiques cantonaux) ? Ou signifie-t-il, au contraire, que ces Suissesses et ces Suisses de l'étranger ont tous les droits politiques cantonaux ? Dans les deux cas, il semble aux soussigné-e-s que la formulation pourrait ou devrait être plus simple et claire.

Le mécanisme prévu par l'art. 48 al. 4 de l'avant-projet dans le but d'obliger le Grand Conseil à « compléter » les initiatives populaires législatives entraînant de nouvelles dépenses ou la suppression de recettes existantes soulève lui aussi, mais de façon plus substantielle, diverses questions délicates. La première est de savoir comment et sous quelle forme le Grand Conseil doit ou peut « compléter » l'initiative : en modifiant le texte de celle-ci, ou à travers un autre texte, un « contre-projet » (direct ou indirect) à l'initiative, et cela dans quel délai (cf. l'al. 3 de l'art. 48) ? Deuxièmement, la question de savoir si le principe de l'unité de la matière, qui vaut pour l'initiative elle-même (cf. l'art. 49), s'applique aussi au « complément » du Grand Conseil (la réponse à cette question devrait probablement être affirmative, en vertu du droit fédéral, mais ne ressort pas clairement de l'avant-projet). Troisièmement, la question de savoir s'il y a un recours possible, auprès de la Cour constitutionnelle, contre l'acte du Grand Conseil « complétant » l'initiative (cf. art. 98 al. 2 lit. b *in fine* de l'avant-projet). Quatrièmement, mais la question est sans doute liée à la première évoquée plus haut, on peut se demander ce qu'il en est du système de vote sur l'initiative et le « complément » : le peuple peut-il choisir librement, ou son vote est-il « lié » (il faut noter du reste, à ce propos, que le texte de l'avant-projet ne dit rien, en général, sur le système de vote en cas de votation simultanée sur une initiative et un contre-projet) ? Enfin, cinquièmement, on ne voit pas non plus, dans le texte de l'avant-projet, ce qui se passe si le Grand Conseil ne fait rien, ou n'arrive pas à trouver les compromis ou majorités nécessaires pour confectionner son « complément », dans le délai prévu à l'art. 48 al. 3 : l'initiative est-elle alors soumise au vote du

peuple sans « complément », ou devient-elle au contraire « caduque » ou « invalide », en quelque sorte ? Toutes ces questions mériteraient, selon les soussigné·e·s, d'être discutées dans l'optique de la deuxième lecture et de recevoir une réponse dans le texte.

Dans le même ordre d'idée, l'art. 98 al. 2 let. b, qui traite du contrôle, par la Cour constitutionnelle, de la validité matérielle des initiatives populaires, soulève quelques questions, dont certaines se confondent avec celles qui viennent d'être évoquées à propos de l'art. 48 al. 4. Selon la compréhension qu'ont les soussigné·e·s de cette disposition, ainsi que de son articulation avec l'art. 49 de l'avant-projet, le contrôle de la validité matérielle des initiatives populaires s'exerce sur recours dirigé contre les décisions du Grand Conseil d'invalidation ou de validation de ces initiatives, décisions qui, pour les initiatives législatives (au moins), sont prises avant la récolte des signatures (art. 49). La question, déjà posée à propos de l'art. 48 al. 4, est donc celle de savoir si ce contrôle de validité s'exerce aussi sur les décisions du Grand Conseil « complétant » les initiatives au sens de l'art. 48 al. 4. L'avant-projet ne paraît pas clair sur ce point. Cette question en amène une autre, plus délicate encore : si la validation – ou l'invalidation – de l'initiative populaire par le Grand Conseil doit être décidée avant la récolte des signatures (art. 49), l'éventuel « complément » de l'initiative par le Grand Conseil exigé par l'art. 48 al. 4 doit-il être « adopté », lui aussi, avant la récolte des signatures – ou seulement après, une fois que l'initiative a abouti (ce qui paraîtrait plus logique) ? Si c'est la seconde hypothèse qui est la bonne, il pourrait alors y avoir deux passages devant la Cour constitutionnelle : un avant la récolte des signatures contre la décision du Grand Conseil d'invalidation – mais aussi de validation – et un autre après la récolte des signatures, contre la décision du Grand Conseil relative au « complément » de l'initiative. Là encore, l'avant-projet paraît devoir être précisé.

25. ***Quelques observations sur la conception des dispositions finales et transitoires.*** – On terminera ces remarques consacrées aux questions de fond par quelques observations sur les dispositions finales et transitoires, qui forment le dernier chapitre de l'avant-projet, le chapitre 10.

Il y a lieu de relever tout d'abord, à ce propos, que la première des dispositions de ce chapitre, l'al. 1 de l'art. 204, n'exprime pas (ou pas seulement) une disposition finale ou transitoire, mais bien plus une règle valable pour toutes les révisions ultérieures de la future Constitution, et qui devrait donc figurer dans le chapitre 9, à la fin (comparer art. 195 de la Constitution fédérale et art. 104 Cst-NE, par exemple).

D'autre part, sur un autre point précis, à savoir la disposition transitoire relative à l'art. 120 al. 2 de l'avant-projet, qui figure à l'art. 206, se pose la question de savoir s'il s'agit là d'une véritable disposition transitoire. En effet, cette disposition impose aux communes l'obligation de se prononcer dans les deux ans dès l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution, mais sans que cela n'empêche ces mêmes communes de pouvoir, par la suite, encore changer d'avis, et cela en vertu de la disposition de l'art. 120 al. 2, qui n'est, elle, pas transitoire. C'est en tous les cas ainsi que les soussigné·e·s comprennent l'articulation des art. 120 al. 2 et 206.

D'une manière plus générale, la rédaction des dispositions finales et transitoires paraît encore mériter un examen attentif dans l'optique de la deuxième lecture de la Constituante. En premier lieu, il s'agit de prévoir quelques dispositions finales et transitoires générales précédant les dispositions transitoires spécifiques à certains articles de l'avant-projet. Ces dispositions générales devraient avoir pour objet de répondre aux questions suivantes :

1. « Entrée en vigueur » de la nouvelle Constitution : date fixe ou mandat au Grand Conseil ou au Conseil d'État de fixer la date d'entrée en vigueur ?

2. « Abrogation de l'ancien droit » : abrogation de l'actuelle Cst-VS, mais il s'agit ensuite de déterminer ce qu'il en est de l'ancien droit de rang infra-constitutionnel, notamment lorsqu'il est contraire aux règles directement applicables de la nouvelle Constitution : est-il abrogé (comme le prévoient d'autres Constitutions cantonales récentes, cf. art. 176 Cst-VD et 225 Cst-GE¹⁷) ou, au contraire, ce droit ancien continue-t-il « de déployer ses effets » tant qu'il n'a pas été adapté par le Grand Conseil, comme le prévoit l'art. 204 al. 2 *in fine* de l'avant-projet (ce qui est toutefois quelque peu en contradiction avec l'art. 204 al. 1, qui déclare que la nouvelle Constitution « entre en vigueur dès son adoption par le peuple ») ?
3. « Législation d'application » : mandat au Grand Conseil d'adapter la législation à la nouvelle Constitution, assorti d'un délai (« raisonnable » ou déterminé de manière fixe, en nombre d'années, par exemple ; comparer à cet égard les art. 177 Cst-VD et 226 Cst-GE¹⁸).
4. Éventuellement encore, « Autorités » : une ou plusieurs règles sur la durée du mandat des autorités élues sous l'empire de l'ancien droit, sur le droit applicable au renouvellement de leur mandat, etc.

La Constituante pourrait ou devrait à cet égard, pour ces dispositions finales et transitoires générales, s'inspirer de ce qu'ont fait d'autres assemblées constituantes (voir notamment les art. 175 à 178 Cst-VD et 224 à 227 Cst-GE), mais tout en décidant, au préalable, quelles réponses elle entend donner, d'un point de vue politique, aux questions évoquées ci-dessus.

III. Conclusion

26. **Synthèse et appréciation générale.** – Comme cela ressort de l'analyse qui précède, le texte de l'avant-projet de nouvelle Constitution issu de la première lecture de la Constituante appelle un nombre assez important de remarques et observations. Parmi celles-ci, rares sont celles qui concernent la conformité au droit supérieur, notamment fédéral, ainsi que celles qui ont trait à la structure de l'avant-projet. La très grande majorité des remarques et observations touche en réalité à la formulation de certaines dispositions de l'avant-projet et, plus particulièrement, à la cohérence entre les deux versions linguistiques de celui-ci, et à la cohérence de la terminologie à l'intérieur même de chacune de ces deux versions.

Ces questions de terminologie et de formulation ne sont cependant pas toujours d'ordre purement formel. Il arrive qu'elles aient aussi des incidences sur le fond, en ce sens que, parfois, elles rendent difficiles la compréhension de certaines dispositions de l'avant-projet, quant à leur signification concrète et leur portée normative, notamment.

Les soussigné-e-s tiennent à préciser que ce constat qu'ils font au terme de leur lecture « extérieure » et de leur analyse de l'avant-projet tel qu'il est issu de la première lecture de la

¹⁷ Voir p. ex. l'art. 225 de la nouvelle Cst-GE, intitulé « abrogation de l'ancien droit », qui a la teneur suivante : « ¹ La constitution de la République et canton de Genève du 24 mai 1847 est abrogée. ² Les dispositions de l'ancien droit qui sont contraires aux règles directement applicables de la présente constitution sont abrogées. ³ Pour le reste, l'ancien droit demeure en vigueur tant que la législation d'application requise par la présente constitution n'a pas été édictée. » L'art. 176 Cst-VD a une teneur analogue. Dans le même sens également, § 141 Cst-BS ; différemment, art. 137 de la nouvelle Cst-ZH.

¹⁸ Art. 226 al. 1 Cst-GE : « ... sans retard, mais au plus tard dans un délai de cinq ans » ; même chose pour l'art. 177 Cst-VD, avec une règle spéciale pour les dispositions sur le renouvellement des autorités cantonales et communales (art. 178).

Constituante, constat qui peut paraître un peu « dur » ou négatif, n’a en réalité rien de surprenant, et peut même – à l’aune de leur expérience au regard d’autres processus de révision constitutionnelle – être qualifié de relativement normal. Dans un tel processus, la première lecture plénière sert en effet, en quelque sorte, à poser le « matériau » constitutionnel, c’est-à-dire à définir et délimiter le contenu de la future constitution, sans limiter à priori le champ des possibles, « matériau » que la ou les lectures successives devront ensuite « travailler » et affiner.

27. **Conception du présent rapport et suggestion.** – C’est dans cet esprit, afin de déceler et de mettre en évidence les questions et problèmes qui se posent, que les soussigné-e-s ont conçu leur analyse et le présent rapport, ainsi que le *commentaire détaillé de l’avant-projet* qui accompagne ce rapport. Ces documents ont pour but de mettre l’accent, dans l’optique de la deuxième lecture de la Constituante, sur les questions que celle-ci doit se poser et sur les points ou dispositions qu’elle pourrait, devrait, ou parfois doit impérativement revoir.

Dans ce sens, les soussigné-e-s se permettent de suggérer à la Constituante de ne pas voir le présent rapport, et le document plus « technique » qui l’accompagne, comme une critique du travail effectué, mais bien comme une contribution – conçue comme un « regard extérieur » – qui se veut constructive à la ou aux discussions, normales et nécessaires, dans l’optique de la deuxième lecture.

28. **Remerciements et disponibilité.** – Tout en exprimant à la Constituante leurs vifs remerciements pour la confiance qu’elle leur a témoignée en leur confiant le mandat qui a conduit au présent rapport, les soussigné-e-s précisent enfin qu’ils demeurent à disposition de la Constituante pour toute question en lien avec le présent rapport ou son annexe.

Ils sont notamment disposés, pour autant que le besoin s’en fasse sentir et/ou que cela soit souhaité, bien évidemment, à présenter le rapport – ou son annexe – et à en préciser certains aspects, devant l’un ou l’autre des organes de la Constituante.

Neuchâtel et Washington DC, le 8 février 2022



Odile Ammann



Pascal Mahon