

P. Mahon / 20.09.2001

**A l'attention de
la présidence
et de la commission de rédaction
de l'Assemblée constituante
du Canton de Vaud**

**Rapport
Sur l'avant-projet de Constitution,
mis en consultation en juin 2001**

établi sur mandat de l'Assemblée constituante du 1^{er} mai 2001.

Sommaire

I. Remarques liminaires	3
A. Termes du mandat et objet du présent rapport	3
B. Travaux effectués antérieurement au rapport et conception de celui-ci	3
C. Démarche, structure et méthode du rapport	5
II. Examen détaillé de l'avant-projet	7
A. Observations de caractère général	7
B. Remarques relatives au titre premier	9
1. <i>Observations générales sur le titre</i>	9
2. <i>Observations article par article</i>	11
C. Remarques relatives au titre II	22
1. <i>Observations générales sur le titre</i>	22
2. <i>Observations article par article</i>	29
D. Remarques relatives au titre III	50
1. <i>Observations générales sur le titre</i>	50
2. <i>Observations article par article</i>	53
E. Remarques relatives au titre IV	63
1. <i>Observations générales sur le titre</i>	63
2. <i>Observations article par article</i>	64
F. Remarques relatives au titre V	81
1. <i>Observations générales sur le titre</i>	81
2. <i>Observations article par article</i>	85
G. Remarques relatives au titre VI	104
1. <i>Observations générales sur le titre</i>	104
2. <i>Observations article par article</i>	106
H. Remarques relatives au titre VII	107
1. <i>Observations générales sur le titre</i>	107
2. <i>Observations article par article</i>	110
I. Remarques relatives au titre VIII	117
1. <i>Observations générales sur le titre</i>	117
2. <i>Observations article par article</i>	118
J. Remarques relatives au titre IX	121
1. <i>Observations générales sur le titre</i>	121
2. <i>Observations article par article</i>	121
K. Remarques relatives au titre X	122
III. Conclusions	124

I. Remarques liminaires

A. Termes du mandat et objet du présent rapport

Madame et Messieurs les Présidents de l'Assemblée constituante,
Madame et Messieurs les membres de la commission de rédaction,

Le mandat qui m'a été confié en date du 1^{er} mai 2001 porte sur un appui à fournir à l'Assemblée constituante *"dans les travaux engagés pour le processus de révision totale de la Constitution vaudoise"*, appui qui doit intervenir *"dans le cadre de l'activité de la commission de rédaction, à laquelle [le soussigné] est associé au titre de consultant externe, en qualité d'expert scientifique"*. Plus concrètement, cet appui consiste à:

- *"fournir un rapport à deux moments du travail de l'Assemblée, soit après la première lecture et après la deuxième lecture; ce rapport comprend*
 1. *l'évaluation de la conformité du texte élaboré par l'Assemblée avec la Constitution fédérale dans la perspective de l'obtention de la garantie fédérale;*
 2. *l'inventaire de tous les autres problèmes juridiques et, cas échéant, de structure que pourrait poser l'avant-projet;*
- *répondre à toute demande émanant de la commission de rédaction, par l'intermédiaire de sa présidente, Mme Anne-Catherine Lyon."*

Concernant les échéances des deux rapports attendus, le mandat précisait en outre que le premier l'était pour la date du 15 septembre 2001, le second, faisant suite à la deuxième lecture, pour une date à préciser ultérieurement.

Le présent rapport constitue le premier des deux rapports évoqués.

B. Travaux effectués antérieurement au rapport et conception de celui-ci

A vrai dire, ce rapport a pour objet le texte de l'avant-projet de constitution tel qu'il est issu des travaux de la commission de rédaction, effectués entre le 10 mai et le 15 juin 2001, travaux par lesquels ladite commission a apporté de sensibles retouches au projet issu de la première lecture, notamment quant à la structure et à la cohérence du texte, ainsi qu'à sa rédaction proprement dite. Ces retouches ont été avalisées en grande partie, *dans leur principe*, par l'Assemblée

plénière, le 15 juin 2001, de sorte que c'est le texte ainsi retouché qui a été mis en consultation le 20 juin 2001.

Ce travail de retouches avait essentiellement pour but d'améliorer, avant la consultation, le texte issu de la première lecture de l'Assemblée plénière, jugé difficilement "lisible".

Comme convenu dans le mandat, et précisé en outre après coup d'entente avec les coprésidents de l'Assemblée, j'ai en partie participé, dans le cadre de la commission de rédaction, et notamment en collaboration avec sa présidente, Madame Anne-Catherine Lyon, à ce travail de retouches préalable à la consultation, dont je suis du reste partiellement à l'origine.

Malgré ma participation et, en conséquence, une certaine "responsabilité" au moins partielle pour le texte finalement mis en consultation, je conçois néanmoins mon mandat, dans le cadre du présent rapport, comme comportant et conservant une "pleine liberté d'appréciation" à l'égard de l'avant-projet. Cela pour trois raisons, qui tirent toutes leur origine dans le fait que le travail effectué en mai et juin l'a été sous la pression du temps.

- D'une part, ce travail s'est volontairement concentré sur l'essentiel et le plus urgent, d'un côté, mais aussi, de l'autre côté, sur les questions de structure et de rédaction, laissant de côté les questions de fond, comme du reste toutes celles dont la commission de rédaction estimait qu'il n'était, pour des raisons de sensibilité politique, voire de ce qu'on pourrait appeler une certaine "susceptibilité rédactionnelle", pas opportun de soulever à ce stade, c'est-à-dire juste avant les deux dernières séances plénières, sans risquer de rouvrir de longs débats. Du reste, pour le même motif de la pression du temps, il est fort possible, voire probable, que la commission de rédaction ou moi-même n'ayons pas vu, à ce moment, certains problèmes.
- D'autre part, du point de vue de la commission de rédaction elle-même, les retouches effectuées ne représentaient pas toujours le "nec plus ultra", en ce sens que la commission avait conscience que certaines dispositions qu'elle proposait demeuraient problématiques – tel est le cas, par exemple, des dispositions pratiquement nouvelles introduites pour le traitement des initiatives populaires –. La commission n'était toutefois pas en mesure, à l'époque, le plus souvent pour des raisons de temps, mais aussi, parfois, pour des raisons tenant à l'absence de décision de l'Assemblée plénière (voire à l'existence de décisions contradictoires), de proposer mieux. Aussi les propositions qu'elle a faites visaient-elles avant tout, au moins, à mettre en évidence les problèmes de fond.

- Enfin, pour des raisons analogues à celles évoquées ci-dessus, la commission de rédaction n'a, dans certains cas, pas pu ou pas voulu, à l'époque, reprendre et faire siennes certaines remarques ou suggestions que j'ai pu faire. Aussi me permettrai-je, cas échéant, de reprendre éventuellement ces remarques ou suggestions dans le présent rapport, dans la mesure où un examen plus approfondi de ma part confirmerait ma conviction de leur pertinence. Je tiens toutefois à préciser d'emblée que, dans de telles hypothèses d'insistance de ma part, je serais reconnaissant à la commission de ne pas voir un signe d'entêtement, mais un simple souci de contribuer à une amélioration du texte, étant naturellement entendu que je peux me tromper dans mon appréciation et que la commission de rédaction et l'Assemblée elle-même demeurent seules juges, et libres de reprendre ou d'écarter de telles suggestions.

C. Démarche, structure et méthode du rapport

Conformément à ce qui a été convenu lors de la séance du 12 juin 2001 entre les coprésidents de l'Assemblée constituante, la présidente de la commission de rédaction et le soussigné, le présent rapport s'adresse avant tout à la commission de rédaction. C'est à elle qu'il appartiendra, d'une part, d'examiner les propositions de nature plutôt formelle ou rédactionnelle qu'il contient, propositions qu'elle pourra notamment faire siennes, c'est-à-dire reprendre à son propre compte en vue de la deuxième lecture. D'autre part, il incombera aussi à la commission de rédaction, toujours selon ce qui a été décidé lors de la séance susmentionnée, de rapporter à l'attention de l'Assemblée plénière au sujet des observations, critiques et propositions du présent rapport qui ne touchent pas la rédaction ou la structure, mais le fond (y compris la conformité au droit fédéral).

Compte tenu de ces prémisses, le présent rapport est conçu et présenté, pour l'essentiel, sous la forme d'une analyse détaillée, "article par article", de l'avant-projet, analyse qui porte sur les quatre points de vue suivants:

- Rédaction: Les éléments purement rédactionnels (formulations, terminologie, systématique formelle, etc.) seront indiqués comme tels, séparément, afin que la commission de rédaction puisse, si elle le juge opportun, les reprendre à son compte.
- Cohérence d'ensemble (matérielle et formelle) de l'avant-projet. Il en ira de même des éventuels problèmes de cohérence formelle, structurelle ou même matérielle de l'avant-projet, que la commission pourra également reprendre à son compte, toujours si elle le juge utile.

- Conformité au droit fédéral. S'agissant des éventuelles observations ou critiques que le rapport pourrait formuler quant à la compatibilité de l'une ou l'autre des dispositions de l'avant-projet avec le droit fédéral, la commission devrait, à mon avis, en traiter séparément et les présenter comme telles à l'Assemblée plénière. Le présent rapport se permettra à cet égard de présenter des suggestions ou des propositions de modification de l'avant-projet.
- Problèmes juridiques de fond. Enfin, le rapport mettra aussi en évidence les problèmes juridiques de fond qui, sans soulever de difficulté sous l'angle de la conformité au droit fédéral, n'en affecte pas moins la cohérence, la "lisibilité" ou la qualité de l'avant-projet. A cet égard, le rapport se bornera, en règle générale, à *attirer l'attention* sur le problème, sans chercher à proposer une ou des solutions rédactionnelles concrètes. Cette limitation s'explique et se justifie par le fait que les problèmes en cause résultent le plus souvent de l'absence de décision claire – en première lecture – de l'Assemblée plénière, voire de l'existence de décisions contradictoires. Autrement dit, il s'agira essentiellement de mettre en évidence la problématique et les enjeux de certaines dispositions "obscuras" de l'avant-projet, dans l'idée qu'il appartiendra à l'Assemblée constituante de corriger le tir en deuxième lecture, en prenant les décisions et en opérant les choix matériels qui s'imposent, étant entendu que ces choix relèvent plus souvent de la politique que du seul droit, ou du moins qu'ils ont une forte "connotation" politique. Dès lors, ils dépassent le cadre d'une "expertise" juridique. Là encore, le rôle de la commission de rédaction consistera à relayer, si elle le juge opportun, les observations et les interrogations du présent rapport à l'adresse de l'Assemblée plénière.

Afin de faciliter le travail de la commission de rédaction, et notamment le tri de ces différents points de vue, le rapport cherchera, dans la mesure du possible, à les distinguer et à les indiquer comme tels.

Il faut toutefois noter d'emblée que la distinction entre la forme et le fond n'est pas toujours aisée, pas plus que n'est toujours possible une stricte séparation entre les aspects purement juridiques et les aspects plus politiques. Aussi n'est-il pas exclu que le rapport entre parfois dans des considérations confinant à la politique. Il cherchera alors à les mentionner comme telles.

II. Examen détaillé de l'avant-projet

A. Observations de caractère général

D'une manière générale, l'avant-projet se caractérise encore, en dépit des retouches effectuées par la commission de rédaction avant la consultation, par quelques lacunes et défauts dont on fera ici, d'emblée, une brève synthèse¹. Avant de les mentionner et de les illustrer à l'aide de quelques exemples concrets, il faut cependant souligner que ces lacunes et défauts sont très fortement accentués du fait de l'absence de tout commentaire explicatif de l'avant-projet. Il est souvent impossible de savoir ce que l'Assemblée constituante a voulu dire, donc de vérifier la pertinence des termes utilisés, voire des solutions matérielles adoptées. Et, même s'ils offrent une certaine aide, les travaux préparatoires (rapports des commissions thématiques et rapports de minorité, ainsi que bulletins de séance) n'apportent pas toujours une réponse aux questions qui se posent.

- **Rédaction:** Du point de vue purement rédactionnel, on constate encore un "flottement" certain dans la terminologie, laquelle paraît à certains égards aléatoire. Il en va ainsi, tout d'abord, de l'utilisation de certaines expressions, récurrentes, comme "l'Etat et les communes", "l'Etat", "le canton" (parfois avec majuscule), ou encore "les autorités" et les "autorités et les services publics", dont la signification devrait être précisée et uniformisée; actuellement, on peut se demander, notamment dans le titre sur les tâches (titre III), si l'utilisation de l'une ou l'autre de ces expressions, plutôt qu'une autre, est réellement voulue ou est due au hasard de la plume ou de la parole.

Dans le même ordre d'idée, l'emploi, isolé, de certains termes qui apparaissent de manière quelque peu impromptue – en ce sens qu'ils n'ont pas été définis précédemment et qu'ils s'écartent de la terminologie utilisée jusque-là – n'est pas toujours aisément explicable ou compréhensible². Cela vaut en particulier lorsqu'apparaissent certaines notions dont le sens est parfaitement obscur³.

- **Cohérence:** D'une manière générale, les retouches de la commission de rédaction ont donné à l'avant-projet une meilleure cohérence quant à la structure formelle de l'ensemble, ainsi que des diverses parties et chapitres, voire sections. Il n'en demeure pas

¹ Les diverses remarques présentées ici seront reprises, dans le détail, dans l'analyse "article par article".

² Voir par exemple les expressions "enseignement parapublic", à l'art. 52, "les autres pouvoirs publics", à l'art. 73 al. 1, et "les services publics", à l'art. 92.

³ Voir par exemple celle de "concordats organiques", à l'art. 82 al. 1 let. b.

moins que, sur certains points plus spécifiques, cette cohérence demeure fragile⁴ ou discutable⁵.

- Fond. C'est sans doute au niveau du fond – et de la cohérence matérielle – que l'avant-projet présente encore les lacunes les plus importantes. Ce qui est du reste assez logique, dans la mesure où la commission de rédaction n'a pas voulu – ce n'était pas son rôle – apporter des retouches ou faire des propositions de modifications. On constatera d'ailleurs que plusieurs de ces retouches ou modifications ne seraient pas possibles sans (nouvelles) décisions (matérielles) de l'Assemblée constituante, s'agissant de questions pour lesquelles les décisions prises jusqu'ici s'avèrent soit peu claires, soit incohérentes, soit encore contradictoires. Comme indiqué, il s'agira pour le présent rapport de mettre en évidence ces problèmes.

On peut cependant déjà indiquer, à titre de synthèse, que ces problèmes touchent principalement le régime du traitement des initiatives populaires⁶, le système et la forme des actes des autorités, en particulier en relation avec le référendum et l'initiative populaires⁷, ainsi qu'en relation avec l'objet du contrôle de constitutionnalité, et la question des instruments de démocratie directe au niveau communal⁸.

- Conformité au droit fédéral. Sur quelques points, l'avant-projet soulève ou pourrait soulever des difficultés sous l'angle de sa conformité au droit fédéral. Il faut toutefois préciser à cet égard qu'il n'est pas toujours aisé d'établir avec certitude la conformité ou la non-conformité d'une disposition constitutionnelle cantonale au droit fédéral. On rappellera en effet que la pratique constante des autorités fédérales compétentes en la matière est relativement large, plus large souvent que la doctrine⁹. Elle consiste à "accorder la garantie fédérale à toutes les dispositions [...] qui, dans la pratique, pourraient s'appliquer pour le moins à un cas sans violer le droit fédéral. La garantie ne devrait être refusée à une norme constitutionnelle cantonale que si elle échappait à

⁴ Voir par exemple les art. 6 et 7, en relation avec le titre III. Sur ce point, cf. *infra*, ad *articles 6 et 7*.

⁵ Voir par exemple, en ce qui concerne le chapitre 7 du titre III, "Protection sociale et santé", les observations formulées ci-dessous, dans l'analyse "article par article".

⁶ Chapitre 3, section A, du titre IV, art. 78 à 81bis.

⁷ Notamment art. 91, 108, 115, 124-125, en relation avec les art. 82 et 83.

⁸ Notamment art. 159, 165 et 174.

⁹ Sur ce dernier point, JEAN MORITZ, *Commentaire de la Constitution jurassienne*, volume I (préambule, articles 1^{er} à 54), Courendlin, 1997, nos 7 et 8 ad Remarques préliminaires du titre III, p. 142-143.

toute interprétation conforme au droit fédéral"¹⁰. On indiquera néanmoins dans ce rapport non seulement les dispositions dont l'incompatibilité avec le droit fédéral est manifeste, mais également celles qui pourraient éventuellement poser problème.

Pour anticiper et proposer déjà une synthèse de ces dispositions, la première concerne, et là, l'incompatibilité est manifeste et incontournable, l'article premier alinéa 4. L'incompatibilité est manifeste également pour l'article 77 de l'avant-projet.

Elle est moins flagrante – mais non exclue – s'agissant de l'article 5 al. 2, de l'article 61 al. 3 et de l'article 160 al. 3. Enfin, la question doit être examinée, mais la conclusion penche du côté de la conformité au droit fédéral, pour les articles 33, 40 et 183 de l'avant-projet.

B. Remarques relatives au titre premier

1. Observations générales sur le titre

A l'instar de la plupart des dispositions cantonales récemment révisées¹¹, l'avant-projet rassemble, dans son titre premier, intitulé "Dis-

¹⁰ *Message concernant la garantie de la future constitution du canton du Jura*, du 20 avril 1977, FF 1977 II 259, spéc. 268. Les chambres fédérales ont repris ce point de vue: voir notamment le *Message concernant la garantie des constitutions révisées des cantons d'Unterwald-le-Bas, de Glaris, de Schaffhouse, des Grisons, de Genève et du Jura*, du 30 novembre 1987, FF 1988 I 221, spéc. 235 et ss (238-239), à propos de l'art. 160 C de la constitution genevoise, dont l'alinéa 3, let. a, chiffre 5, prévoit que les "autorités cantonales s'opposent par tous les moyens juridiques et politiques à leur disposition à l'installation de centrales nucléaires, de dépôts de déchets moyennement ou hautement radioactifs et d'usines de retraitement sur le territoire du canton et au voisinage de celui-ci. ..."; l'Assemblée fédérale a finalement accordé la garantie à cette disposition, non sans de très longues discussions, cf. BO 1988 CN 726-737 et 748-759. Voir enfin, pour le dernier exemple en date, le *Message concernant la garantie de la Constitution du canton de Neuchâtel*, du 11 avril 2001, FF 2001 2355, spéc. 2361.

¹¹ Par cette expression, on visera ici les constitutions adoptées ou révisées totalement depuis la fin des années septante. A la suite de l'adoption de la nouvelle *Constitution de la République et Canton du Jura*, du 20 mars 1977 (RS 131.235; message précité, note 10), plusieurs cantons ont en effet entrepris la révision totale de leur constitution (les "demi-cantons" de Nidwald et d'Obwald avaient déjà procédé à une révision totale auparavant, le premier en 1965 et le second en 1968, cf. RS 131.216.1, pour OW, et 131.216.2, pour NW). Dix cantons ont achevé avec succès l'entreprise et ont ainsi une "nouvelle" constitution: **Argovie** (RS 131.227; acceptée en votation populaire du 28 septembre 1980, par 35 464 oui contre 17 418 non; cf. FF 1981 III 1099, pour la garantie fédérale, et 1981 II 249, pour le message y relatif; pour un commentaire, KURT EICHENBERGER, *Verfassung des Kantons Aargau - Textausgabe mit Kommentar*, Aarau – Francfort-sur-le-Main, 1986); **Uri** (RS 131.214, acceptée en votation populaire du 28 octobre 1984, par 3 229 voix contre 1 962; FF 1985 II 1381 et 625); **Bâle-Campagne** (RS 131.222.2;

positions générales", les dispositions qu'on qualifie parfois d'*ontologiques*, qui caractérisent le Canton de Vaud en tant qu'Etat, Etat membre de l'Etat fédéral qu'est la Confédération suisse: son caractère républicain, sa qualité d'Etat membre de la Confédération suisse, justement, sa structure territoriale, ses armoiries, sa langue, sa capitale et son "environnement extérieur"; c'est l'objet des articles 1^{er} à 5. Comme indiqué, on rencontre des dispositions analogues dans pratiquement toutes les constitutions cantonales récentes.

A vrai dire, et l'avant-projet tend à se distinguer sur ce point de la plupart de ces constitutions cantonales récentes, le titre premier comprend, en plus de ces dispositions générales sur le Canton de Vaud, deux autres dispositions qui entendent fixer les "Buts" de l'*Etat*, pour l'une (art. 6), et les "Principes fondamentaux" de l'*activité étatique*, pour l'autre (art. 7)¹². On reviendra ci-après sur ces deux dispositions et les difficultés qu'elles posent notamment quant à leur "portée" ou à leur "force normative". On peut cependant déjà constater ici

acceptée en votation populaire du 4 novembre 1984, par 16 522 voix contre 16 264; FF 1986 II 699 et 1985 II 1173); **Soleure** (RS 131.221; acceptée en votation populaire du 8 juin 1986, par 29 314 voix contre 12 417; FF 1987 III 261 et II 626); **Thurgovie** (RS 131.228; acceptée en votations populaires du 16 mars 1987 et, suite à un recours [ATF 114 Ia 42, *F.*, du 16 mars 1988], du 4 décembre 1988, la seconde fois par 33 975 voix contre 29 804; FF 1989 III 1629 et 833; pour un commentaire, PHILIPP STAEHELIN, *Wegweiser durch die Thurgauer Verfassung*, Weinfelden, 1991); **Glaris** (RS 131.217; acceptée, "pratiquement à l'unanimité", en Landsgemeinde du 1^{er} mai 1988; FF 1989 III 1630 et 706); **Berne** (RS 131.212; acceptée en votation populaire du 6 juin 1993, par 266 362 voix contre 75 911; FF 1994 III 1869 et 401; pour un commentaire, WALTER KÄLIN – URS BOLZ [éd.], *Handbuch des bernischen Verfassungsrechts*, Berne – Stuttgart, 1995 [également en français: *Manuel de droit constitutionnel bernois*]); **Appenzell Rhodes-Extérieures** (RS 131.224.1; acceptée en Landsgemeinde le 30 avril 1995, après le rejet par le Tribunal fédéral d'un recours dirigé contre la soumission du nouveau texte à la Landsgemeinde [ATF 121 I 138, *Willi Rohner*, du 19 avril 1995]; FF 1996 IV 884 et 1996 I 965); le **Tessin** (RS 131.229; acceptée en votation populaire du 14 décembre 1997, par 40 455 voix contre 10 984; FF 1999 2373 et 1998 4818); **Neuchâtel** (acceptée en votation populaire du 24 septembre 2000, par 30 513 voix contre 9 327; message précité, note 10).

¹² Parmi les constitutions mentionnées (note 11), seule celle du canton d'Uri a, dans son chapitre premier (intitulé "Grundsätze"), une disposition, au demeurant courte et exprimée en termes très généraux, sur les "Staatsziele" (art. 4), qui s'apparente à l'art. 6 de l'avant-projet. La constitution de Bâle-Campagne présente, elle, dans sa section première, une disposition, également courte, intitulée "Bindung an Recht und Gesetz", qui s'adresse à l'Etat et aux communes et leur enjoint de respecter les principes de la légalité, de l'intérêt public, de la proportionnalité et de la bonne foi (art. 4), comparable à certains égards à l'art. 7 de l'avant-projet; la constitution argovienne propose une disposition semblable (art. 2, intitulé "Ausrichtung der öffentlichen Tätigkeit"). Les autres constitutions n'ont rien de comparable dans le chapitre ou le titre premier relatif au "statut du canton" ou aux "dispositions générales". En revanche, quelques constitutions cantonales connaissent des dispositions comparables aux art. 6 et 7 de l'avant-projet dans d'autres titres ou chapitres.

qu'elles ont un (ou des) autre(s) *sujet(s)* que les articles 1^{er} à 5. Alors que ceux-ci s'adressent au (ou traitent du) *Canton de Vaud* en tant qu'Etat au sens très général – au sens du droit international public, en quelque sorte –, c'est-à-dire en tant que territoire, population et organisation politique, comprenant l'ensemble des biens et des personnes (ainsi que des collectivités publiques, autorités cantonales et communales) qui se trouvent sur ce territoire et composent le Canton¹³, les articles 6 et 7 s'adressent eux uniquement à l'Etat au sens de *pouvoir public* ou de *puissance publique*, c'est-à-dire aux "autorités" dans un sens large. Encore faut-il préciser, à ce sujet, que la terminologie ne paraît pas fermement établie: alors que l'article 6 al. 1^{er} s'adresse à l'*Etat* – terme qui, dans la suite de l'avant-projet, tend plutôt à désigner le canton en tant que collectivité publique distincte des communes¹⁴ –, l'article 7 a trois destinataires différents: les alinéas 1^{er} et 2 visent l'*activité étatique*, expression qui a *nécessairement* – en vertu du droit fédéral, qui, sur ce point, s'impose au canton – une signification plus large que celle d'Etat au sens qui vient d'être défini¹⁵; les alinéas 4 à 5 visent l'*Etat*, apparemment au sens du canton (avec minuscule), par opposition aux communes (encore que la question ne soit pas claire); l'alinéa 3 s'adresse, lui, aux *autorités instituées*, notion qui n'apparaît nulle part ailleurs dans l'avant-projet et dont la signification n'est pas claire¹⁶.

2. Observations article par article

Ad article premier Statut du Canton

Intitulé: Rédaction: L'intitulé de l'article 1^{er}, "Statut du Canton", ne reflète pas entièrement le contenu de la disposition, laquelle traite certes du statut du canton, mais aussi d'autres choses: la souverai-

¹³ Cette communauté de sujet pour les art. 1^{er} à 5 se marque, terminologiquement, par l'utilisation de l'expression *Canton de Vaud*, à l'art. 1^{er}, reprise ensuite systématiquement sous la forme abrégée *Canton* (avec majuscule), dans les art. 2 à 5. Il faut toutefois faire une réserve pour ce qui est de l'art. 5, où cette terminologie n'est peut-être pas adéquate: voir ci-dessous, ad *article 5*.

¹⁴ Voir à ce propos le bref commentaire du Titre III, en p. 24 de la brochure comprenant l'avant-projet soumis à consultation.

¹⁵ L'art. 5 de la Constitution fédérale, qui pose les "Principes de l'activité de l'Etat régi par le droit" (légalité, intérêt public, etc.), s'applique en effet à toute activité publique, que celle-ci soit le fait d'une autorité, fédérale, cantonale ou communale, ou, même, d'un particulier assumant une tâche déléguée par l'Etat.

¹⁶ On ne voit notamment pas si l'expression vise seulement les autorités cantonales ou également les autorités communales, voire même les organismes "para-étatiques", pas plus qu'on ne sait si elle vise *toutes* les autorités, judiciaires, exécutives et législatives. Sur la question de la force normative de la disposition, voir en outre ci-dessous, ad *article 7*.

neté populaire (al. 2), les compétences du canton (al. 3), sa structure territoriale (al. 5). On peut donc se demander si un intitulé plus général ne serait pas préférable. Il est toutefois assez difficile de trouver un intitulé qui "couvre" l'ensemble de la disposition tout en maintenant une certaine concision et une certaine élégance du point de vue linguistique¹⁷.

Alinéa 1^{er}: Rédaction: L'expression "fondée sur ..." n'est pas très heureuse du point de vue linguistique, notamment pour ce qui est de la "liberté".

Alinéa 4: Conformité au droit fédéral: L'alinéa 4 est à mon sens, de par l'adverbe "explicitement", *manifestement contraire au droit fédéral*. Comme dans tout Etat fédéral, c'est la Constitution *fédérale*, et non les constitutions cantonales, qui opère le partage des compétences et détermine les compétences qui sont "déléguées" à l'Etat central, en l'occurrence à la Confédération. Or, la Constitution fédérale n'utilise – justement, et tout à fait sciemment¹⁸ – pas, ni à son art. 3, ni à son art. 42 al. 1^{er}, l'adverbe "explicitement": cela parce que – et c'est incontesté – la Confédération n'a pas seulement les compétences que lui attribue *expressément* la Constitution (fédérale), mais elle a aussi des compétences *implicites*.

Il n'est donc pas dans la compétence du canton, fût-ce du constituant, d'en décider autrement. Du reste, on notera qu'aucune des dix constitutions cantonales récentes ne contient une formule analogue à celle de l'article 1^{er} al. 4 de l'avant-projet¹⁹.

Suggestion: *Il convient pour le moins de biffer le mot "explicitement".* Mais même sans ce mot, la formulation reste peu heureuse car elle donne l'impression qu'il y a "délégation" de compétences à la Confédération, sans qu'on sache qui délègue. Aussi une formulation du

¹⁷ La nouvelle constitution neuchâteloise, dont l'art. 1^{er} a un contenu à peu près comparable, a résolu la question en choisissant tout simplement l'intitulé "La République et Canton de Neuchâtel". On pourrait donc imaginer l'intitulé "Le Canton de Vaud" ou éventuellement, si l'Assemblée constituante décide d'aller dans le sens de la proposition *Denis Bouvier*, "La République et Canton de Vaud" (pour cette proposition, cf. *Bulletin de séance N° 30*, du 15 juin 2001, *Annexe concernant le traitement du rapport de la Commission de rédaction*, p. 6-7).

¹⁸ Par une décision surprenante, prise par 63 voix contre 61, le Conseil national avait certes, en première lecture, introduit l'adverbe "explicitement" à l'art. 42 al. 1^{er} lors de la mise à jour de la Constitution fédérale (BO CN 1998 [tiré à part sur la révision totale] 136, 17 mars 1998), ce qui aurait signifié un retour à l'Acte de Médiation de 1803 et au projet *Rossi* de 1832. L'adverbe a cependant été ignoré par le Conseil des Etats et a disparu six mois plus tard (PV 1385-1386, Commission du Conseil national, et BO CN 408, 433, 23 septembre 1998).

¹⁹ Toutes ont au contraire des dispositions beaucoup plus respectueuses du droit fédéral, dont certaines précisent même la "subordination" du droit cantonal au droit fédéral.

genre "Il a toutes les compétences, à l'exception de celles qui sont attribuées à la Confédération par la Constitution fédérale" me paraîtrait plus correcte.

Ad articles 2, 3 et 4 Armoiries, Langue, Capitale

Intitulés: Rédaction: On peut se demander si l'intitulé de ces trois articles ne devrait pas contenir une précision supplémentaire: "Armoiries du Canton", "Langue officielle" et "Capitale du Canton". Peut-être est-ce toutefois là une simple question de goût.

Ad article 4 Capitale

Fond: La disposition soulève une question de fond, qui n'a rien à voir avec la conformité au droit fédéral, mais qui pourrait revêtir une certaine importance politique. Telle qu'elle est formulée, la seconde partie de la phrase ("Lausanne est ... le siège des autorités cantonales") pourrait être comprise comme excluant toute décentralisation ou déconcentration des autorités cantonales²⁰. J'ignore si la question a été évoquée par l'Assemblée constituante et la réponse voulue ainsi, mais il me semble qu'une telle interprétation est déjà contredite par la réalité actuelle, au moins pour le pouvoir judiciaire²¹.

Ad article 5 Collaborations et relations extérieures

En général: Rédaction et fond (logique): Le sujet de l'article 5, le *Canton*, suscite une première difficulté, à la fois rédactionnelle et logique. Dans la foulée des articles 1^{er} à 4, le terme *Canton* (avec majuscule) désigne en effet l'ensemble du Canton de Vaud au sens indiqué plus haut, et non seulement la collectivité publique formée par l'Etat cantonal²². Or, si cette désignation ne pose aucun problème pour ce qui est de l'alinéa 4 (le Canton "est ouvert au monde"), qui

²⁰ La notion d'*autorités cantonales* doit sans doute être comprise ici comme se référant au titre V de l'avant-projet (dont l'intitulé est précisément "Autorités cantonales"); selon ce dernier, elles comprennent les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire (art. 90 al. 2 de l'avant-projet).

²¹ Au sens du chapitre 4 du titre V, (tous) les tribunaux sont des autorités cantonales; or, ils n'ont évidemment pas tous leur siège à Lausanne. Pour la même raison, l'art. 2 de la constitution neuchâteloise a choisi une formulation plus précise ("... ville de Neuchâtel, où le Grand Conseil et le Conseil d'Etat ont leur siège"), afin d'éviter de préjuger la question, politique, de la décentralisation ou de la recentralisation de l'administration et de la justice.

²² Sur cette distinction, voir ci-dessus, ad *Observations générales sur le titre premier*.

concrétise un principe très général – ou même un but²³ –, on peut se demander s'il n'en va pas autrement pour ce qui est des activités et actions concrètes visées par les alinéas 1^{er} à 3, dont le sujet paraît être plutôt le canton au sens de l'Etat cantonal (à l'exclusion des communes).

Alinéa 1^{er}: Rédaction: On peut se demander – mais c'est peut-être une simple question de goût – si les lettres *a* et *b* ne devraient pas être inversées, dans la mesure où le "partenaire" principal du canton est probablement la Confédération, avant les autres cantons. D'autre part, pour ce qui est de la lettre *d*, la formulation est quelque peu impropre et "osée": le canton collabore sans doute avec les "autres Etats", mais on voit mal comment il le fait ou le ferait avec "leurs populations" (sans passer par les Etats en question).

Alinéa 2: Rédaction, éventuellement conformité au droit fédéral: L'alinéa 2 pose un problème plus délicat, qui relève à la fois de la rédaction et du fond, voire même de la conformité au droit fédéral. Tout d'abord, la notion d'*ensembles politiques et administratifs* à la création desquels le Canton est invité à participer n'est pas claire. Elle pourrait même être mal comprise, et soulever de ce fait une (légère) difficulté quant à sa conformité au droit fédéral. La Constitution fédérale interdit en effet, comme le disait l'ancienne Constitution, "toute alliance particulière et tout traité d'une nature politique entre cantons" (art. 7 al. 1^{er} de la Constitution de 1874); la nouvelle Constitution n'a certes pas repris explicitement la formule, mais l'interdiction n'en demeure pas moins valable²⁴.

Ad articles 6 et 7 en général

Rédaction et fond (cohérence matérielle): Comme indiqué plus haut, l'avant-projet opère, à partir de l'article 6, un brusque changement de sujet: alors que les dispositions s'adressaient jusque-là au *Canton de Vaud*, l'article 6 a pour sujet l'*Etat*, sans que l'on sache clairement ce qu'il faut entendre par ce terme: s'agit-il de l'Etat cantonal par opposition aux communes, de l'Etat au sens large, englobant tous les pouvoirs publics, donc aussi les communes? La réponse n'est pas claire

²³ Et dont on pourrait donc se demander s'il ne devrait pas figurer à l'art. 6. Il faut du reste noter que cet élément figure déjà dans la narration du préambule, de sorte qu'il y a redondance.

²⁴ Voir à ce sujet le *Message relatif à une nouvelle constitution fédérale*, du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1, p. 216, qui l'exprime comme suit: "Dans la mesure où il concerne des alliances particulières, l'article 7, 1^{er} alinéa, cst., est obsolète, de telles alliances étant impensables de nos jours. De plus, la conclusion de conventions intercantionales de nature politique violerait le devoir de fidélité confédérale et les principes désormais inscrits à l'article 34, projet 96" (auquel correspond l'art. 44 de la nouvelle Constitution).

et il conviendrait que l'Assemblée constituante en décide. Quant à l'article 7, il a encore un autre sujet (ou objet), l'*activité étatique*, ou même trois sujets différents, comme on l'a vu ci-dessus.

Fond: densité et force normatives, cohérence matérielle: Mais, de manière plus générale, les articles 6 et 7 de l'avant-projet soulèvent, intrinsèquement et dans leur relation, ainsi du reste qu'en relation avec d'autres dispositions de l'avant-projet (notamment le préambule et certaines dispositions des titres II et III, sur les droits fondamentaux et les tâches de l'Etat et des communes), une autre question, beaucoup plus délicate, ne serait-ce que parce qu'elle a une connotation politique assez évidente. Il s'agit de la question de la "densité normative" de l'avant-projet et de la "force normative" de ces diverses dispositions.

Il est certain que la manière de rédiger une constitution, en particulier le choix entre une constitution relativement longue et détaillée, douée d'une signification non seulement normative mais aussi d'une signification programmatrice, d'une part, et une constitution plutôt courte et concise, essentiellement normative, de l'autre, relève autant si ce n'est plus de la politique que du droit. Il ne m'appartient donc pas de me prononcer sur ce choix, qui est du ressort de l'Assemblée constituante. En l'occurrence, on peut cependant constater, me semble-t-il, sans prendre position, que l'avant-projet adopté en première lecture par l'Assemblée constituante penche assez clairement vers le premier terme de l'alternative, à savoir une constitution relativement longue et détaillée, comportant de nombreuses dispositions de caractère plutôt programmatrice (du moins à première vue)²⁵. L'avant-projet comporte en effet de nombreuses dispositions de caractère plus ou moins programmatrice, prévoyant ou fixant des buts et des principes: en plus du préambule et des articles 6 et 7, dont il est question ici, on peut mentionner encore le chapitre premier du titre III ("principes", art. 43 et 44), ainsi que diverses autres dispositions plus spécifiques figurant dans les différents titres de l'avant-projet et sur lesquelles on reviendra (voir cependant déjà, pour des exemples, les art. 92 et 182). De plus, souvent, ces diverses dispositions se répètent matériellement, en ce sens que le même contenu se retrouve à plusieurs reprises, parfois sous une forme légèrement différente, en plusieurs endroits de l'avant-projet²⁶.

²⁵ Pour que les choses soient tout à fait claires, je préciserai encore – au titre d'une "déclaration d'intérêts" en quelque sorte – que les constitutionnalistes (suisses), du moins pour la plupart d'entre eux, me paraissent pencher plutôt dans l'autre sens, c'est-à-dire en faveur d'une constitution (relativement) concise, douée d'une assez grande force normative, mais dénuée d'éléments purement programmatiques (ou, au moins, dans laquelle ces éléments sont réduits à un minimum).

²⁶ Ainsi, par exemple, l'idée de l'*ouverture au monde*, qui figure dans le préambule, se retrouve à l'art. 5 al. 4; celle du respect des intérêts des *générations futures* se

Encore une fois, le choix de la forme ou de la manière d'exprimer les contenus de la constitution est d'abord un choix politique. De plus, une certaine redondance, des répétitions de règles ou de principes peuvent parfaitement se justifier, ne serait-ce que du simple fait qu'une même règle peut être exprimée au titre et sous forme d'un droit des particuliers et, en même temps, au titre et sous forme d'une tâche de l'Etat, deux aspects qui représentent en quelque sorte les deux faces de la même médaille.

Toutefois, si ce choix est politique, il n'en devrait pas moins, du moment que la constitution constitue aussi – et même avant tout – un acte juridique normatif, respecter certains impératifs de technique juridique et rédactionnelle, en particulier les deux "règles" suivantes:

- D'une part, le choix de certaines redondances et répétitions devrait être conscient, fruit d'une volonté du constituant, et non accidentel, fruit du hasard. Du point de vue "technique", de telles répétitions devraient autant que possible présenter une certaine rigueur et une certaine précision, en particulier être exemptes de contradictions ou de différences entre les diverses formulations d'une même idée. A défaut, elles accroissent les difficultés d'interprétation et, probablement, affaiblissent l'idée en question.
- D'autre part, la répétition de certaines idées, à des titres et sous des rubriques différents – en tant que *buts*, *principes*, *tâches* de l'Etat ou encore *droits fondamentaux* des particuliers –, devrait elle aussi présenter rigueur et précision, notamment déterminer et délimiter clairement ce qui relève de l'une ou l'autre de ces diverses catégories, tant il est vrai que ces diverses notions ne sont pas synonymes et n'ont pas la même portée juridique, c'est-à-dire la même force normative et la même "justiciabilité"²⁷. Or, le fait d'inscrire la même idée comme but, mais en même temps comme principe ou encore comme tâche conduit sans doute à "diluer" cette idée et à en affaiblir le contenu et la force normative.

Cette double exigence de rigueur et précision est d'autant plus nécessaire, en l'occurrence, que l'Assemblée constituante a opté pour une juridiction constitutionnelle complète, par l'institution d'une Cour

trouve également dans le préambule et se retrouve à l'art. 7 al. 5; la *préservation des bases physiques de la vie* figure à l'art. 6 al. 5 et réapparaît sous la forme de *conservation durable des ressources naturelles* à l'art. 7 al. 5. Dans le même sens, voir, pour la médiation, les art. 7 al. 6 et 46; pour l'information et le principe de la transparence, les art. 7 al. 2, 24 al. 3, 44; etc. Voir aussi, pour d'autres exemples de telles "redites", ad *article 6*, ci-dessous.

²⁷ Même si la délimitation entre les diverses notions-catégories de *buts*, *principes*, *mandats* et *tâches* n'est pas toujours aisée et peut varier selon les auteurs (la question des *droits* est différente), on doit néanmoins logiquement admettre que ces notions-catégories ne sont pas absolument identiques: sinon, on ne voit pas pourquoi le constituant les distinguerait.

constitutionnelle dotée d'un pouvoir de contrôle abstrait des normes. Dans ce contexte, il est important que l'Assemblée constituante indique clairement, que ce soit par la systématique ou par la rédaction, quelles sont les dispositions de la constitution qui sont justiciables et quelles sont celles qui ne le sont pas. A défaut, il appartiendra au juge constitutionnel de le faire.

Or, tel qu'il est issu de la première lecture, l'avant-projet ne permet pas, dans bien des cas, de voir clairement les différences entre ces diverses catégories de normes. Les articles 6 et 7 sont à cet égard particulièrement illustratifs.

Ad article 6 *Buts*

L'article 6 énumère en effet, en six alinéas, six buts de l'*Etat*, en des termes assez généraux. Compte tenu de cette généralité – et de la signification attribuée en règle générale aux dispositions sur les "buts" –, on peut considérer qu'aucun des six alinéas de la disposition n'a une très grande force normative et il est probable, pour ne pas dire certain, qu'aucun n'est justiciable. L'article 6 suscite les remarques suivantes.

Intitulé et *sujet*: Rédaction et fond (cohérence matérielle): Comme indiqué plus haut, l'avant-projet opère, à partir de l'article 6, un brusque changement de sujet: alors que les dispositions s'adressaient jusque-là au *Canton de Vaud*, l'article 6 a pour sujet l'*Etat*, sans que l'on sache ce qu'il faut entendre par ce terme: l'Etat cantonal par opposition aux communes? l'Etat au sens large, englobant tous les pouvoirs publics, communes comprises? Encore une fois, la réponse n'est pas claire et il conviendrait que l'Assemblée constituante en décide²⁸.

Quoi qu'il en soit, il conviendrait aussi, du point de vue purement rédactionnel, que l'intitulé de la disposition précise justement, puisque l'article 6 a un autre sujet que les dispositions qui le précèdent, de quels buts il s'agit: des "*Buts de l'Etat*", si tant est que c'est bien ce que l'Assemblée constituante veut sur le fond.

Fond: force normative et cohérence matérielle: Pour ce qui est du contenu de l'article 6, il faut constater que plusieurs de ses alinéas

²⁸ Eventuellement, on pourrait même se demander, suivant la réponse à la question de fond, si la disposition sur les buts (de l'Etat) ne devrait pas figurer ailleurs, par exemple en tête du titre III, relatif aux tâches de l'Etat et des communes. Cette interrogation est d'autant plus fondée que la plupart des différentes idées concrètes que l'art. 6 attribue comme buts à l'*Etat* se retrouvent ensuite, dans le titre III, comme tâches de l'*Etat et des communes*. Sur ce point, voir plus bas, dans le texte.

soit reprennent certains éléments du préambule, soit anticipent des idées qui reviennent plus tard sous la forme de tâches de l'Etat. Ainsi,

- l'alinéa 1^{er}, sur le bien commun et la cohésion cantonale, représente le seul de ces six alinéas dont le contenu ne se retrouve pas ailleurs dans l'avant-projet²⁹;
- l'alinéa 2, sur la "dignité, les droits et libertés de toute personne présente dans le Canton"³⁰, annonce l'entier du titre II;
- l'alinéa 3, sur la justice, la paix et l'ordre public, annonce en quelque sorte le chapitre 2 du titre III;
- l'alinéa 4, sur l'intégration harmonieuse de chacun au corps social, reprend le premier élément de la narration du préambule et se trouve ensuite concrétisé par diverses dispositions des titres II et III;
- l'alinéa 5, sur la préservation des bases physiques de la vie, reprend partiellement le deuxième élément de la narration du préambule et annonce les tâches de l'Etat et des communes dans les domaines de la protection du patrimoine (naturel) et de l'environnement (not. chapitres 4 et 5 du titre III);
- l'alinéa 6, sur l'encouragement de la "culture dans sa diversité", se retrouve en termes pratiquement identiques au titre des tâches de l'Etat (art. 55 al. 1^{er}).

Jusque-là, il n'y a rien de bien extravagant, ni de critiquable: les différents *buts* de l'Etat, exprimés en termes très généraux, dont la force normative n'est assurément pas très grande – et qui ne sont sans doute pas justiciables –, trouvent leur concrétisation dans d'autres dispositions ultérieures, plus précises et, en conséquence, dotées d'une force normative supérieure, voire même dans des dispositions justiciables. Cela paraît donc tout à fait logique³¹.

Toutefois, c'est dans l'articulation avec l'article 7 que se situe la difficulté, dans la mesure où ce dernier contient lui aussi, malgré son intitulé, des dispositions dont on ne voit pas en quoi elles se distinguent de celles de l'article 6.

²⁹ On pourrait sans doute considérer aussi que l'ensemble de l'édifice constitutionnel, c'est-à-dire l'ensemble des autres titres de l'avant-projet (droits fondamentaux, tâches de l'Etat, organisation des autorités, etc.), concrétise cet objectif.

³⁰ L'expression "personne présente dans le Canton" appelle une remarque spécifique, en ce qu'elle est sans doute trop "réductrice": en vertu du droit fédéral, l'Etat (cantonal en l'occurrence) ne saurait protéger *seulement* la dignité et les droits des personnes "présentes dans le Canton", mais est tenu de respecter les droits fondamentaux de toute personne, qu'elle soit présente dans le canton ou à l'extérieur.

³¹ Sauf peut-être pour ce qui est de l'alinéa 6 de l'art. 6, dans la mesure où l'art. 55 al. 1^{er} n'apporte guère de précision à ce que dit déjà le *but*; cela affaiblit sans doute le caractère normatif de la *tâche*, puisqu'elle se confond avec un (simple) *but*.

Ad article 7 *Principes fondamentaux*

L'article 7 énumère en effet, lui aussi en six alinéas, divers *principes fondamentaux*. A vrai dire, toutefois, le contenu de la disposition apparaît très hétéroclite. Tout d'abord, comme on l'a déjà indiqué, l'article 7 a trois sujets (ou objets) différents: les alinéas 1 et 2 visent l'*activité étatique*, les alinéas 4 à 6 visent l'*Etat*, et l'alinéa 3 s'adresse, lui, aux *autorités instituées*, sans que l'on sache très bien ce que recouvrent ces notions (sauf la première, qui relève du droit fédéral)³².

Mais cette hétérogénéité de la disposition ne vaut pas que pour son ou ses destinataires. Elle affecte également le contenu même de l'article 7, qui porte en réalité sur trois éléments juridiquement assez différents:

- Les deux premiers alinéas énumèrent un certain nombre de "principes" qui, sous réserve de celui de la transparence, sont tous imposés par le droit fédéral³³: légalité, intérêt public, proportionnalité, bonne foi et interdiction de l'arbitraire. Ces principes ont un contenu et des contours juridiques (relativement) précis, ainsi qu'une grande force normative – cela vaut aussi pour le principe de la transparence³⁴ –; ils sont même justiciables, en ce sens qu'ils peuvent sans aucun doute constituer le fondement d'un recours dans un cas concret. Ces principes-là méritent indiscutablement l'appellation *principes*, et même le qualificatif *fondamentaux*, en ce qu'ils constituent – du moins pour ceux qui sont imposés par le droit fédéral – les fondements mêmes d'un Etat de droit³⁵.
- Les "principes" énumérés par les alinéas 4, 5 et 6 de l'article 7 ont indiscutablement, sur le plan juridique, une toute autre nature. Même s'ils sont politiquement tout aussi importants que les précédents, ils n'ont en revanche, juridiquement, guère de force normative et ne sont en tous les cas pas justiciables. Ils sont à vrai dire (beaucoup) plus proches des buts énumérés à l'article 6 que des principes juridiques mentionnés dans les alinéas 1 et 2 de l'article 7. Du reste, comme les buts de l'article 6, soit ils repren-

³² Voir, sur cette triple destination, et les questions qu'elle pose, ad *Observations générales sur le titre premier*, ci-dessus.

³³ Art. 5 de la Constitution fédérale.

³⁴ Bien qu'il ne soit pas imposé par le droit fédéral, et qu'il ne constitue pas un principe juridique "classique", le principe de la transparence acquiert dans l'économie de l'avant-projet une certaine force normative, dans la mesure où l'avant-projet le concrétise ultérieurement non seulement comme une tâche de l'Etat et des communes (art. 44), mais en fait un droit fondamental, le droit de consulter les documents officiels (art. 24 al. 2 let. c), dont la violation ouvre la voie du recours (jusqu'au Tribunal fédéral).

³⁵ Voir l'intitulé de l'art. 5 de la Constitution fédérale.

nent certains éléments du préambule, soit ils anticipent des idées qui reviennent plus tard sous la forme de tâches de l'Etat. Ainsi, l'alinéa 4, sur la reconnaissance "de la famille dans sa diversité comme élément de base de la société", est pratiquement repris tel quel à l'art. 68 al. 1^{er}. De même, l'alinéa 5, sur la préservation des intérêts des générations futures et la conservation durable des ressources naturelles, reprend en partie – tout comme l'alinéa 5 de l'art. 6, dont il ne se distingue d'ailleurs guère – le deuxième élément de la narration du préambule et annonce les tâches de l'Etat et des communes dans les domaines de la protection du patrimoine (naturel) et de l'environnement. Enfin, l'alinéa 6, sur la prévention des conflits et la médiation, annonce l'art. 46, qui le concrétise. En d'autres termes, pour conclure, les alinéas 4, 5 et 6 de l'article 7 sont plus proches des *buts* (de l'article 6) que des *principes fondamentaux* des alinéas 1 et 2.

- Quant à l'alinéa 3, il mérite un traitement à part dans la mesure où il se situe, en quelque sorte, entre les deux autres catégories. De par sa rédaction – plutôt impérative³⁶ –, de par son origine³⁷, comme de par la systématique – à savoir sa qualification de principe fondamental et non de but –, la disposition pourrait être interprétée comme ayant une certaine force normative, voire même un caractère justiciable. Or, il n'est pas certain que cette interprétation corresponde véritablement à la volonté de l'Assemblée constituante. Du moins la juxtaposition, dans l'article 7, de dispositions à contenu normatif fort (alinéas 1 et 2) et de dispositions faiblement normatives (alinéas 4 à 6) laisse planer un sérieux doute sur le sens que l'Assemblée constituante entendait donner à l'alinéa charnière (alinéa 3)³⁸.

La commission de rédaction avait proposé, pour résoudre les difficultés soulevées par l'article 7, de séparer celui-ci pour en faire deux dispositions distinctes, intitulées l'une "Principes fondamentaux" et l'autre "Autres principes" (art. 7 et 8). Cette proposition a été rejetée par l'Assemblée plénière, principalement au motif qu'une telle séparation eût entraîné une hiérarchisation fâcheuse des différents "principes" prévus originellement à l'article 7, une séparation entre "des ligues A et des ligues B, pour ne pas dire des premières ligues et des

³⁶ En raison du présent de l'indicatif ("... sont représentés ...").

³⁷ L'alinéa 3 constitue une concrétisation particulière d'un principe juridique fondamental, et même d'un droit fondamental, celui de l'égalité (entre femmes et hommes), principe imposé par la Constitution fédérale et qui a, lui, une grande force normative et est indiscutablement justiciable.

³⁸ Les discussions à propos du rapport de la commission de rédaction montrent d'ailleurs que la portée de cette disposition n'est pas claire dans l'esprit même de l'Assemblée constituante: cf. *Bulletin de séance N° 30, Annexe*, du 15 juin 2001, précité (note 17), p. 7 à 10.

ligues inférieures et régionales dans les différents principes"³⁹. Or, s'il est vrai que la proposition de la commission de rédaction pouvait peut-être, notamment de par l'intitulé des deux dispositions⁴⁰, donner l'impression d'une "relégation" et provoquer ainsi un malentendu, il n'en demeure pas moins que l'article 7 tel qu'il a été mis en consultation fait un amalgame de choses ou d'idées qui sont de nature fondamentalement différente et qui devraient donc être clairement distinguées⁴¹, sous peine de conduire à une "dilution" complète de la signification de ces différentes idées.

Une solution pourrait peut-être consister dans le "rapatriement" des alinéas 4 à 6 de l'article 7 à l'article 6. Comme indiqué, en effet, le contenu de ces trois alinéas est plus proche de celui de l'article 6 que de celui des deux premiers alinéas de l'article 7. Cette solution aurait l'avantage, par rapport à celle qu'avait proposée la commission de rédaction, de ne pas créer de "hiérarchie" entre différents principes, les uns fondamentaux, les autres non, mais de n'opérer qu'une seule distinction, entre des *but*s, d'un côté, de caractère principalement politique et s'adressant avant tout à l'Etat en tant que législateur, et des *principes fondamentaux de l'activité étatique*, de l'autre côté, c'est-à-dire des principes juridiques normatifs, s'adressant à toutes les autorités étatiques, et justiciables⁴². Il faut noter que cette suggestion permettrait éventuellement de "rapatrier" dans l'article 7 d'autres principes juridiques à forte portée normative, qui figurent actuellement ailleurs dans l'avant-projet⁴³.

Quant à l'alinéa 3, il pourrait, selon ce que décide l'Assemblée constituante sur le fond, rejoindre l'une ou l'autre de ces deux catégories. S'il devait rejoindre les principes juridiques normatifs et justiciables, il s'agirait alors d'examiner la question de sa conformité avec la jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux quotas.

D'un point de vue purement réactionnel, il faut signaler encore que les discussions "autour" de l'article 7, notamment le rejet de l'article 8

³⁹ *Bulletin de séance* précité (notes 17 et 38), p. 9, intervention *Laurent Wehrli*.

⁴⁰ "Principes *fondamentaux*", d'un côté, et "*Autres principes*", de l'autre.

⁴¹ Il ne s'agit pas, pour rester dans l'image sportive, de distinguer des ligues supérieures et inférieures, mais de séparer des disciplines – il ne viendrait à l'esprit de personne de faire l'amalgame, dans une même ligue, entre des équipes de football et des équipes de rugby –: les alinéas 1 et 2 relèvent de principes *juridiques*, à forte composante normative (et justiciables), alors que les alinéas 4 à 6 relèvent de principes ou de postulats *politiques*, à faible composante normative.

⁴² La solution aurait en outre pour avantage de "placer", du point de vue systématique, le contenu des alinéas 4 à 6 *avant* les principes juridiques, ce qui éviterait qu'on l'interprète comme une "relégation".

⁴³ Voir *ad article 91 al. 3 et 4*.

proposé par la commission de rédaction, ont entraîné un saut dans la numérotation (il n'y a plus d'art. 8, le titre II commençant avec l'art. 9).

C. Remarques relatives au titre II

1. *Observations générales sur le titre*

Intitulé et structure générale du titre: Rédaction et fond (cohérence matérielle): Sous l'intitulé "Droits et devoirs de la personne", le titre II de l'avant-projet regroupe – sans autre subdivision – 35 dispositions (art. 9 à 42) proposant un catalogue de droits fondamentaux ainsi qu'un article sur les "Devoirs et responsabilités". Tout en étant bien conscient de la connotation politique de la question, on doit s'interroger tout d'abord sur l'équilibre général de la structure de ce titre. On peut en effet constater un certain déséquilibre entre les droits, d'un côté, et les devoirs, de l'autre. Le déséquilibre est d'abord quantitatif: 34 articles pour les droits, un seul pour les devoirs. Mais, surtout, ces deux catégories de dispositions présentent une différence qualitative, de nature: alors que les dispositions conférant des droits ont – ou devraient avoir⁴⁴ – une portée normative forte, en ce qu'elles sont d'application directe et qu'elles sont (en principe) justiciables, tel n'est à l'évidence pas le cas de l'article sur les devoirs, qui n'a aucune portée normative directe, mais est et doit être concrétisé par la législation⁴⁵. Encore une fois, je suis parfaitement conscient que l'idée d'une "symétrie" entre droits et devoirs est très en vogue dans certains milieux politiques. Il n'en demeure pas moins que, juridiquement, il s'agit d'une "fausse symétrie"⁴⁶. C'est du reste pour cette raison que le constituant fédéral de 1999, qui avait lui aussi évoqué un moment l'idée d'un catalogue de devoirs associé à celui des droits, y a finalement renoncé, préférant inscrire une disposition sur la "Responsabilité individuelle et sociale", placée non pas dans le titre II

⁴⁴ Comme on le verra encore, ce n'est peut-être pas toujours le cas de toutes les dispositions que l'avant-projet consacre aux droits fondamentaux.

⁴⁵ En l'occurrence, la formulation même de l'art. 42 montre bien qu'il est exclu que cette disposition puisse constituer le fondement d'une décision concrète. Cette interprétation est du reste confirmée par le bref commentaire du titre II qui figure en p. 14 de la brochure comprenant l'avant-projet soumis à consultation.

⁴⁶ Sur la différence de nature – et la fausse "symétrie" entre droits et devoirs, voir la leçon d'adieu du professeur JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Droits et devoirs de l'Homme et du citoyen. Une symétrie?*, in: *RDAF* 1997, p. 1-28.

de la Constitution fédérale, mais dans le titre premier, relatif aux "Dispositions générales"⁴⁷.

Catalogue des droits fondamentaux en général (art. 9 à 41): Rédaction et fond (cohérence matérielle): Le catalogue des droits fondamentaux appelle les remarques générales suivantes.

1. Forme et contenu du catalogue: Comme l'indique le bref commentaire accompagnant l'avant-projet soumis à consultation, "l'Assemblée a choisi de dresser un catalogue aussi exhaustif que possible des droits fondamentaux, afin que les habitants de ce Canton n'aient pas besoin de se référer à la Constitution fédérale ou aux textes internationaux"⁴⁸. En d'autres termes, à l'instar de celui de la plupart des constitutions cantonales récentes, le catalogue des droits fondamentaux de l'avant-projet "reprend" pour l'essentiel les droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale⁴⁹, ajoutant çà et là quelques éléments qui vont plus loin que cette dernière⁵⁰. Ce choix, qui n'est nullement obligatoire du point de vue juridique, s'explique pour des raisons didactiques. Il n'appelle pas de commentaire spécifique, si ce n'est pour rappeler brièvement la portée des dispositions cantonales en la matière. En effet, il est généralement admis que les garanties des droits fondamentaux contenues dans les constitutions cantonales n'ont de portée juridique propre, indépendante, que si et dans la mesure où elles vont plus loin que la garantie fédérale (explicite ou implicite) du droit correspondant; à défaut, elles sont, en quelque sorte, *suspendues*⁵¹. Ainsi, du moins dans la conception domi-

⁴⁷ Art. 6 de la Constitution fédérale; voir aussi, dans le même sens, l'art. 8 de la constitution bernoise. Dans le même ordre d'idée, si l'Assemblée constituante ne tient pas à la (fausse) "symétrie", mais tient néanmoins à une disposition sur la responsabilité, on pourrait envisager le transfert de l'art. 42 dans le titre premier de l'avant-projet, où il pourrait prendre place après les "principes fondamentaux" de l'art. 7. Le constituant neuchâtelois a, lui, purement et simplement renoncé à une telle disposition.

⁴⁸ Page 14 de la brochure comprenant l'avant-projet soumis à consultation.

⁴⁹ Si ce n'est que l'avant-projet omet la "liberté de la langue" (art. 18 de la Constitution fédérale), ainsi qu'une disposition correspondant à l'art. 8 al. 4 de la Constitution fédérale (égalité pour les personnes handicapées; voir sur ce point ad *article 65*, ci-dessous). L'avant-projet ne reprend pas non plus l'art. 29a de la Constitution fédérale, adopté dans le cadre de la "réforme de la justice".

⁵⁰ Parmi les constitutions cantonales les plus récentes, seule celle du Tessin a opté pour une approche différente, se limitant, pour l'essentiel à rappeler les garanties fédérales.

⁵¹ Voir, par exemple, ATF 121 I 196, 200, *René Noth*, du 3 mai 1995, et 121 I 267, 269, *I.M. und S.M.*, du 15 septembre 1995. Voir aussi ANDREAS AUER – GIORGIO MALINVERNI – MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, volume II: *Les droits fondamentaux*, Berne, 2000, no 82, p. 40-41, qui soutiennent une thèse différente (no 86, p. 43).

nante, le catalogue fédéral s'impose au droit cantonal, en ce sens que celui-ci ne saurait aller moins loin que celui-là: les cantons doivent, s'ils garantissent des droits fondamentaux, accorder une protection au moins aussi étendue que celle qui résulte du droit fédéral⁵². Ils peuvent par contre – et cela n'est pas contesté – aller au-delà et accorder une protection plus étendue, que ce soit en garantissant formellement des droits que le catalogue fédéral ignore, en définissant certains droits de manière plus large que ne le fait celui-ci, ou encore en conférant à ces droits une portée accrue. Ainsi, par exemple, diverses constitutions cantonales reconnaissent la liberté de manifestation⁵³, le droit à l'information⁵⁴ et la liberté de choisir une autre forme de vie en commun que le mariage⁵⁵, droits inconnus du catalogue fédéral, ou accordent au droit de pétition ou à l'interdiction de la rétroactivité des lois une portée plus étendue que celle du droit fédéral⁵⁶.

Compte tenu de ce qui précède, la question de savoir si une garantie cantonale va plus loin que la garantie fédérale correspondante revêt une certaine importance. Dès lors, il serait opportun que, lorsqu'elle entend accorder une telle protection accrue, l'Assemblée constituante le manifeste clairement, soit par la formulation de la disposition en question, soit dans un commentaire explicatif. Or, à défaut d'un tel commentaire, il n'est actuellement pas toujours facile de déterminer la portée des dispositions de l'avant-projet. C'est même d'autant plus difficile que celui-ci s'écarte souvent, du point de vue formel, du texte des garanties correspondantes de la Constitution fédérale, sans que l'on sache si ces écarts de formulation manifestent une volonté de garantir une protection différente de celle du droit fédéral. On reviendra sur ce point dans l'analyse article par article.

⁵² C'est en tous les cas la conception officielle, celle des autorités fédérales et de la doctrine dominante; voir par exemple FF 1998 4818, 4825, pour le *message concernant la garantie de la constitution du canton du Tessin*, du 16 septembre 1998.

⁵³ Notamment: art. 8 al. 2 let. g de la constitution jurassienne, 19 al. 2 de la constitution bernoise, 17 al. 2 de la constitution d'Appenzell Rhodes-Extérieures, et 20 de la nouvelle constitution neuchâteloise.

⁵⁴ Art. 17 al. 3 de la constitution bernoise, 12 al. 3 de la constitution d'Appenzell Rhodes-Extérieures et 18 de la constitution neuchâteloise.

⁵⁵ Cf. les art. 13 al. 2 de la constitution bernoise, 10 al. 2 de la constitution d'Appenzell Rhodes-Extérieures et 12 al. 2 de la constitution neuchâteloise.

⁵⁶ Voir notamment, pour le droit de pétition, les art. 19 al. 2 de la constitution bernoise, 8 al. 2 let. l de la constitution tessinoise et 21 de la constitution neuchâteloise, qui accordent aux pétitionnaires le droit d'obtenir une réponse dans un délai raisonnable, ce que ne fait pas, selon le Tribunal fédéral, l'art. 33 de la Constitution fédérale. Pour la non-rétroactivité, cf., par exemple, ATF 101 Ia 82, 84, *Erben des A.*, du 4 juin 1975.

2. Classification des droits fondamentaux? S'agissant de la présentation et de la structure du catalogue, l'avant-projet suit en partie le "modèle" de la nouvelle Constitution fédérale⁵⁷, à savoir celui d'une énumération "en vrac" si l'on peut dire de l'ensemble des droits fondamentaux, sans distinctions de catégories fondées sur la différence de nature des divers droits garantis, distinctions qui pourraient par exemple se manifester sous la forme de subdivisions internes au titre II. Or, probablement dans la foulée de la nouvelle constitution bernoise⁵⁸, la doctrine la plus récente, publiée à la suite de l'adoption de la nouvelle Constitution fédérale, propose une "classification" des droits fondamentaux en diverses catégories. En fonction de la nature des droits en cause, on distingue généralement:

- les *libertés*, qui garantissent à l'individu et à la société une sphère d'autonomie, de liberté, précisément, dans laquelle l'Etat s'abstient d'intervenir et qu'il doit même protéger;
- les *garanties de l'Etat de droit*, qui postulent de l'Etat un comportement déterminé, conforme aux exigences de justice;
- les *droits sociaux*, qui confèrent aux particuliers un droit à une prestation concrète de l'Etat;
- ainsi que les *droits politiques*, qui accordent aux particuliers la faculté de participer à la formation de la volonté étatique⁵⁹.

La doctrine va même plus loin en ce qu'elle tire de cette classification une conséquence normative importante s'agissant des restrictions que peuvent – ou ne peuvent pas – subir les droits fondamentaux. Selon la doctrine récente, le "système" de l'article 36 de la Constitution fédérale (auquel correspond l'art. 41 de l'avant-projet) ne saurait s'appliquer – contrairement à ce que pourrait laisser croire l'intitulé de la disposition – à *tous* les droits fondamentaux du catalogue: s'il est taillé sur mesure pour les *libertés*, il n'est en revanche pas adapté à l'égalité de traitement, ni aux droits fondamentaux qui relèvent de la catégorie des garanties de l'Etat de droit; il ne l'est pas non plus pour les droits so-

⁵⁷ Modèle qui est aussi celui qu'a suivi la nouvelle constitution neuchâteloise.

⁵⁸ Laquelle distingue les "droits fondamentaux" des "droits sociaux" et des "buts sociaux": voir l'intitulé et les trois sections correspondantes du chapitre 2.

⁵⁹ Pour cette "classification", voir AUER – MALINVERNI – HOTTELIER, précités (note 51), nos 12-37, p. 6-14. Elle a été généralement reprise depuis, pour devenir la "doctrine dominante": voir notamment RENE RHINOW, *Die Bundesverfassung 2000*, Bâle – Genève – Munich, 2000, p. 97, et ULRICH HÄFELIN – WALTER HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 5^e éd., Zurich, 2001, p. 68-70.

ciaux, droits qui ne sauraient donc subir *aucune* restriction⁶⁰. Toutefois, contrairement à la doctrine – mais sans avoir apparemment approfondi la question –, le Tribunal fédéral semble lui partir d'une autre conception. Dans un cas récent, il a en effet appliqué le "système" habituel des restrictions des droits fondamentaux de l'article 36 de la Constitution fédérale à une garantie de procédure, en l'occurrence au droit du prévenu de demander en tout temps sa libération (art. 31 al. 4 de la Constitution fédérale, auquel correspond l'art. 39 al. 4 de l'avant-projet)⁶¹. Il avait déjà fait de même, avant l'adoption de la nouvelle Constitution fédérale, s'agissant du droit à des conditions minimales d'existence, droit garanti aujourd'hui par l'article 12 de la Constitution (auquel correspond l'art. 20 de l'avant-projet)⁶². Il y a donc, sur l'interprétation de la nouvelle Constitution fédérale, à propos de l'application de l'article 36 (41 de l'avant-projet) aux droits sociaux et aux garanties de l'Etat de droit, notamment aux garanties de procédure (art. 29 à 32 de la Constitution fédérale, 36 à 39 de l'avant-projet), une petite "controverse" entre la doctrine dominante, d'un côté, et la jurisprudence, de l'autre. Or, on peut se demander si, du moment qu'elle propose une nouvelle constitution cantonale, en reprenant une disposition analogue à celle de l'article 36 de la

⁶⁰ Voir, en général, BEATRICE WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriffe, in: U. Zimmerli (éd.), *Die neue Bundesverfassung, Berner Tage für die juristische Praxis*, Berne, 2000, p. 131 ss, spéc. 133 et 151-152; HÄFELIN – HALLER, précités (note 60), nos 302-303, p. 93-94, qui estiment que l'art. 36 est "völlig untauglich ... für die Bestimmung der Tragweite sozialer Grundrechte"; du même avis, RHINOW, précité (note 60), p. 154: "Die Schrankentrias von Art. 36 ist auf *Freiheitsrechte* zugeschnitten. Sie passt nicht für die Menschenwürde (Art. 7), für die Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) und andere Gerechtigkeitsgebote (Willkürverbot und Treu und Glauben, Art. 9 BV). Ebenso gilt sie nicht für Grundrechtsgehalte, bei denen der Geltungsbereich mit dem *Kerngehalt zusammenfällt* (zB. Todesstrafe, Art. 10 Abs. 1 BV und Folterverbot, Art. 10 Abs. 3 BV), Verfahrensgarantien (Art. 29 ff. BV) sowie für soziale Grundrechte, wie das Recht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV) oder der Anspruch auf Grundschulunterricht (Art. 19 BV)"; AUER – MALINVERNI – HOTTELIER, précités (note 51), nos 130, p. 65, et 165, p. 82; voir en outre, pour l'art. 12 de la Constitution fédérale en particulier (c'est-à-dire le droit à l'aide en situation de détresse), ANDREAS AUER, Le droit à des conditions minimales d'existence: un nouveau droit social?, in: *Mélanges Charles-André Junod*, Genève, 1997, p. 27, spéc. 42-43, ainsi que JÖRG PAUL MÜLLER, *Grundrechte in der Schweiz*, 3^e éd., Berne, 1999, p. 178-179, avec d'autres références. Déjà le Message du Conseil fédéral (précité, note 24), laissait entendre que le système de l'art. 36, taillé pour les libertés, n'était guère adapté pour d'autres droits fondamentaux: cf. FF 1997 I 196.

⁶¹ ATF 126 I 26, 28-29, B., du 18 janvier 2000.

⁶² ATF 122 II 193, 198-201, B., du 24 mai 1996, où le Tribunal fédéral se demande si la privation de toute prestation d'assistance sociale à titre de sanction à l'égard d'un requérant d'asile récalcitrant ne constitue pas une atteinte à l'essence même, au noyau intangible du droit en question; il laisse finalement la question ouverte, considérant que l'atteinte ne respecte pas, en l'occurrence, le principe de la proportionnalité.

Constitution fédérale (art. 41 de l'avant-projet), l'Assemblée constituante ne devrait pas indiquer, d'une manière ou d'une autre, comment elle entend et comprend la question pour ce qui la concerne, c'est-à-dire pour le canton. Mais peut-être est-il préférable de laisser à la jurisprudence fédérale le soin de trancher cette question.

3. "Droits sociaux" – "Buts sociaux": la question de la justiciabilité. S'il renonce à opérer une "classification" des droits fondamentaux, l'avant-projet renonce également – et, sur ce point, il se distingue aussi bien de la Constitution fédérale que de la plupart des constitutions cantonales récentes – à opérer une distinction entre les *droits (sociaux)*, d'une part, et les *butts sociaux*, de l'autre. Une telle distinction, proposée ou du moins systématisée pour la première fois par la nouvelle constitution bernoise de 1993, a par la suite été reprise, plus ou moins fidèlement, par les autres constitutions cantonales révisées ultérieurement, ainsi que par la Constitution fédérale⁶³. Elle a pour but et pour objet de faire clairement la séparation, parmi les dispositions prévoyant des prestations positives de l'Etat en faveur des particuliers, entre celles qui sont *justiciables*, c'est-à-dire dont la violation peut être invoquée directement devant le juge (lequel accordera, cas échéant, la prestation en cause), et celles qui ne le sont pas, parce qu'elles s'adressent au législateur et supposent son intervention; elles doivent donc encore – ou d'abord – être concrétisées par la loi⁶⁴. Traditionnellement, un droit est considéré comme justiciable lorsque sa garantie est suffisamment précise et claire, quant à son contenu, pour pouvoir constituer le fondement d'une décision concrète. Ainsi, en simplifiant, un tribunal peut sans autre sanctionner une violation de la liberté personnelle (art. 10 de la Constitution fédérale, 12 al. 2 de l'avant-projet) ou des garanties en cas de privation de liberté (art. 31 de la Constitution fédérale, 39 de

⁶³ Chronologiquement, c'est d'abord Appenzell Rhodes-Extérieures qui a très fidèlement repris la distinction bernoise (voir l'intitulé des ch. 2, "Grundrechte", et 3, "Sozialrechte und Sozialziele", ce dernier comprenant deux articles, les art. 24, "Sozialrechte", et 25, "Sozialziele"). Le Tessin a fait pratiquement de même (voir l'intitulé des titres II "Diritti fondamentali e doveri", et III, "Diritti e obiettivi sociali", ce dernier comprenant lui aussi deux articles, les art. 13, "Diritti sociali", et 14, "Obiettivi sociali"). Enfin, Neuchâtel, à l'image de la nouvelle Constitution fédérale, a lui aussi repris la distinction principale, entre *droits fondamentaux* et *butts et mandats sociaux*, sans toutefois créer une "catégorie" spécifique pour les "droits sociaux", lesquels ont été placés avec les (autres) *droits fondamentaux* (voir l'intitulé des chapitres 1^{er}, "Droits fondamentaux", et 2, "Butts et mandats sociaux" du titre II, les droits sociaux, comme le droit à des conditions minimales d'existence [art. 13] et le droit à un enseignement de base suffisant et gratuit [art. 14 al. 2] figurant dans le premier de ces chapitres).

⁶⁴ Voir le Message du Conseil fédéral, précité (note 24), FF 1997 I 139. Cf. aussi BO CE 32 (*Rhinow*, rapporteur).

l'avant-projet), par exemple en ordonnant l'élargissement immédiat de la personne détenue de manière inconstitutionnelle, mais il ne peut (guère), à lui seul, c'est-à-dire sans l'intermédiaire du législateur, octroyer à toute personne qui en serait privée "un logement approprié à des conditions supportables" (art. 41 al. 1 let. e de la Constitution fédérale, 71 al. 1 *in fine* de l'avant-projet). En bref: dans la conception qui semble actuellement s'imposer dans la théorie constitutionnelle suisse, les *droits fondamentaux* ou les *droits sociaux* sont justiciables, les *buts sociaux* ne le sont pas.

Il faut préciser toutefois qu'il n'est certes pas absolument indispensable de créer – ou de reprendre – les deux catégories de *droits* et de *buts* pour marquer la différence de nature entre les normes qui sont justiciables et celles qui sont plutôt programmatiques: on peut en effet parfaitement concevoir, même si cela est plutôt inhabituel en Suisse, de qualifier de *droits* – ou de ranger parmi ceux-ci – des dispositions qui ne sont pas justiciables. Mais il convient alors, au moins, que le constituant indique, *d'une manière ou d'une autre*, que ces dispositions ne sont, précisément, pas justiciables⁶⁵. A défaut, il appartiendra au juge constitutionnel de le faire.

Or, il n'est pas certain que l'avant-projet, tel qu'il est issu de la première lecture – et dépourvu de commentaire explicatif – permette de faire toujours clairement la distinction. Il sépare certes les *droits* fondamentaux des particuliers, garantis dans ce titre II, des *tâches* de l'Etat et des communes, prévues au titre III, laissant ainsi entendre – encore que très implicitement – que les premiers sont (*tous*) justiciables, alors que les secondes ne le seraient pas⁶⁶. Toutefois, la formulation de certains des droits qui figurent dans le titre II laisse planer un doute sur leur justiciabilité, comme

⁶⁵ Voir, à ce sujet, PASCAL MAHON, *Droits sociaux et réforme de la Constitution*, in: *De la Constitution, Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle – Francfort-sur-le-Main, 1996, p. 385-403, spéc. 396-400, avec un aperçu des solutions étrangères: ainsi, par exemple, les constitutions espagnole et portugaise précisent par une disposition explicite le caractère non justiciable des "droits sociaux" qu'elles contiennent. Dans le même sens, la constitution jurassienne utilise certes la notion de "droit" pour le "droit au travail" (art. 19) et le "droit au logement" (art. 22); elle ne place toutefois pas ceux-ci dans le titre II, sur "Les droits fondamentaux", mais dans son titre III, sur "Les tâches de l'Etat", ce qui est une manière d'indiquer qu'ils ne sont pas (sauf exceptions) justiciables: voir à ce sujet MORITZ, précité (note 9), nos 2, 7 à 9 et 49 ad Remarques introductives du titre II, p. 55 ss et 70-71, ainsi que no 64 ad Remarques préliminaires du titre III, p. 139 ss, spéc. 167. Voir aussi, pour le "droit au logement", ci-dessous, ad *article 21*.

⁶⁶ Pour ce qui est des *tâches*, c'est du moins ce que confirme le bref commentaire du titre III qui figure en p. 24 de la brochure comprenant l'avant-projet soumis à consultation, où il est question des "tâches non justiciables".

on le verra dans le commentaire des dispositions correspondantes.

2. Observations article par article

Remarque liminaire: Compte tenu du choix opéré par l'Assemblée constituante, consistant à proposer un catalogue complet des droits fondamentaux, reprenant ceux qui sont déjà garantis par la Constitution fédérale⁶⁷, on ne fera ici, sauf exceptions, aucun commentaire pour les articles de l'avant-projet qui ne font que reprendre telles quelles les dispositions de la Constitution fédérale. Il en ira de même pour les articles qui ne font que reprendre des dispositions d'autres constitutions cantonales qui ont reçu la garantie fédérale.

Ad article 9 *Dignité humaine*

Sans commentaire⁶⁸.

Ad article 10 *Egalité*

La disposition est pratiquement identique à l'article 8 de la Constitution fédérale⁶⁹ et n'appelle aucun commentaire particulier⁷⁰.

Ad article 11 *Interdiction de l'arbitraire et protection de la bonne foi*

La disposition est pratiquement identique à l'article 9 de la Constitution fédérale⁷¹ et n'appelle aucun commentaire particulier⁷².

⁶⁷ Sur ce choix, ainsi que sur les rapports entre les garanties fédérales et cantonales, voir ci-dessus, le chiffre 1. Forme et contenu du catalogue, ad *Observations générales sur le titre II*.

⁶⁸ La disposition est identique à l'art. 7 de la constitution neuchâteloise, pratiquement identique à l'art. 9 de la constitution bernoise et à l'art. 7 de la Constitution fédérale.

⁶⁹ Si ce n'est que, dans l'énumération des critères de discrimination prohibés par l'alinéa 2, l'avant-projet omet la *race*, mais ajoute l'*état civil*, le *patrimoine génétique* et l'*aspect physique* (on ne voit pas très bien ce qui est visé concrètement par là). D'autre part, l'avant-projet ne reprend pas l'alinéa 4 de l'art. 8 de la Constitution fédérale (voir la note 49 ci-dessus et ad *article 65*, ci-dessous).

⁷⁰ On rappellera toutefois que la formule "égaux devant la loi" est quelque peu réductrice: l'égalité vaut aussi bien *dans* que *devant* la loi (comparer les art. 10 et 8 des constitutions bernoise et neuchâteloise, qui parlent de "l'égalité de droit").

⁷¹ Si ce n'est qu'elle parle des *autorités* alors que la Constitution fédérale parle des *organes de l'Etat*. Quoi qu'il en soit, ces notions doivent être comprises dans un sens large: elles visent aussi les particuliers qui exercent, par délégation, des tâches publiques.

Ad article 12 *Droit à la vie et liberté personnelle*

Sans commentaire⁷³.

Ad article 13 *Protection des enfants et des jeunes*

Dans la mesure où elle ne fait que reprendre, matériellement, l'article 11 de la Constitution fédérale, la disposition n'appelle aucun commentaire particulier⁷⁴.

Ad article 14 *Education et enseignement*

La disposition soulève diverses questions de fond assez délicates.

⁷² On rappellera toutefois que le fait d'instituer un droit constitutionnel indépendant à l'interdiction de l'arbitraire n'a aucune incidence sur la qualité pour recourir au Tribunal fédéral par la voie du recours de droit public: voir ATF 121 I 267, 269-272, *I.M. und S.M.*, du 15 septembre 1995, à propos de l'art. 11 de la constitution bernoise, où le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'appartenait pas aux cantons, fût-ce au constituant cantonal, de définir la qualité pour recourir en droit public. C'est précisément cet arrêt qui a conduit l'Assemblée fédérale à se saisir de la question dans le cadre de la révision totale de la Constitution fédérale et à faire de l'interdiction de l'arbitraire un droit indépendant, pensant – comme la plupart des auteurs, du reste – que cela ouvrirait la porte à la recevabilité du recours de droit public pour violation de l'interdiction de l'arbitraire (voir BO CE 40, *Inderkum*, rapporteur: "Nun gibt unsere Kommission nicht nur ihrer Hoffnung Ausdruck, sondern sie ist klar der Auffassung, dass das Bundesgericht inskünftig aufgrund von Artikel 8 – falls Sie ihm zustimmen sollten – seine Praxis wird ändern müssen. Denn mit der ausdrücklichen Erwähnung des Willkürverbotes im Grundrechtskatalog wird klar zum Ausdruck gebracht, dass es sich hierbei um ein selbständiges verfassungsmässiges Recht handelt"; voir aussi, pour la doctrine, AUER – MALINVERNI – HOTTELIER, précitées [note 51], no 1112, p. 539-540). Le Tribunal fédéral ne l'a pourtant pas entendu de cette oreille: dans un arrêt de principe, du 3 avril 2000, ATF 126 I 81, 87-95, *P. contre Tribunal administratif du canton de Vaud*, il a encore une fois résisté, et refusé d'entrer en matière sur un recours fondé sur le (seul) grief de l'arbitraire dans l'application du droit; voir aussi ATF 126 II 377, 388, *F.A. und A.A.*, du 11 septembre 2000, toujours concernant le droit des étrangers, ainsi que l'arrêt 1P.325/2000, du 7 juillet 2000, publié in RDAF 2000, p. 450-451, à propos de la qualité pour recourir des voisins.

⁷³ La disposition est en tous points identique à l'art. 10 de la Constitution fédérale.

⁷⁴ On fera donc abstraction ici des (grosses) difficultés d'interprétation que soulève l'art. 11 de la Constitution fédérale, en particulier s'agissant de sa portée et de sa "justiciabilité" (difficultés qui se répercutent, logiquement, sur l'art. 13 de l'avant-projet): pour un aperçu de ces difficultés, ATF 126 II 377, 391-392, *F.A. und A.A.*, du 11 septembre 2000, précité (note 72), où le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si, de manière générale, l'alinéa 1^{er} de l'art. 11 peut et pourrait se voir reconnaître une portée indépendante de celle de la liberté personnelle; il a toutefois jugé que cette disposition ne confère à un enfant de nationalité étrangère aucun droit à l'obtention d'un permis de séjour.

Alinéa 1^{er}: Fond et cohérence matérielle: contenu et justiciabilité?
 L'alinéa 1^{er} rappelle par certains aspects l'article 19 de la Constitution fédérale, qui, sous l'intitulé "Droit à un enseignement de base", dispose que "[l]e droit à un enseignement de base suffisant et gratuit est garanti"; cette disposition garantit l'un des rares droits *sociaux* du catalogue des droits fondamentaux de la Constitution fédérale, un droit, *justiciable*, à une prestation positive concrète de l'Etat⁷⁵. Ce droit porte, au sens de la Constitution fédérale, sur l'*enseignement de base*, qui doit être suffisant et, dans les écoles publiques, gratuit. Le constituant de 1999 a préféré la notion d'*enseignement de base* à celle d'*instruction primaire* qui figurait à l'article 27 de l'ancienne Constitution, pour éviter l'ambiguïté du qualificatif "primaire": le droit garanti par l'article 19 se réfère en effet à l'ensemble de la scolarité obligatoire, que celle-ci relève de l'école primaire ou de l'école secondaire (le secondaire I, comme l'appelle le langage spécialisé, par opposition au secondaire II, qui désigne la scolarité post-obligatoire)⁷⁶. L'article 19 de la Constitution fédérale vise donc, sans conteste, toute la *scolarité obligatoire*⁷⁷.

Certains auteurs se demandent certes si un "enseignement de base suffisant" ne vise pas *plus*, notamment une partie de l'enseignement supérieur ainsi qu'une formation professionnelle de base⁷⁸. Pour ce qui est de la Constitution fédérale, la réponse paraît cependant devoir être négative. D'une part, il faut noter que le Conseil national a rejeté une proposition de minorité de sa commission qui entendait ajouter à l'article 19 un second alinéa, aux termes duquel les "jeunes ont droit à une formation professionnelle qui correspond à leurs aptitudes", notamment parce qu'une telle disposition eût excédé le cadre de la mise à jour et qu'elle figurait déjà non dans les *droits*, mais dans les *buts* sociaux (voir l'art. 41 al. 1^{er} let. f)⁷⁹. Dès lors, il semble exclu de

⁷⁵ En l'occurrence de l'Etat cantonal, puisque la formation relève de la compétence des cantons en vertu de l'art. 62 al. 2 de la Constitution fédérale. L'art. 19 pose ainsi quelques exigences minimales qui s'imposent aux cantons dans l'aménagement de la formation.

⁷⁶ Cela résulte assez clairement des travaux préparatoires de la Constitution fédérale: PV 3467 et 3470 (sous-commission 3 du Conseil national, 28 mai 1997), 4969 (commission du Conseil des Etats, 5 mai 1998) et 4992-4993 (même commission, 5 juin 1998, avec un rapport de l'Office fédéral de la justice sur la question, du 19 mai 1998, 5097-5098).

⁷⁷ Voir aussi BO CE 157.

⁷⁸ HÄFELIN – HALLER, précités (note 59), no 928, p. 260-261.

⁷⁹ FF 1998 296-297 et BO CN 206-208. De plus, les travaux préparatoires font clairement ressortir que l'art. 19 vise la "Grundschulunterricht", et non la "Mittelschulunterricht": cf. notamment PV 3470, sous-commission 3 du Conseil national, 28 mai 1997.

déduire de l'article 19 de la Constitution fédérale un droit général, justiciable, à la formation⁸⁰.

La première question qui se pose, pour revenir à l'avant-projet de constitution cantonale, est donc celle de savoir si l'Assemblée entend, par l'article 14, aller au-delà de la Constitution fédérale, c'est-à-dire accorder un droit à une prestation étatique qui dépasse l'enseignement de base au sens défini plus haut. La question relève de la politique et est donc, pour une expertise juridique, délicate. Du point de vue strictement juridique, on peut cependant indiquer que, indépendamment de savoir quelle est la volonté (politique) de l'Assemblée constituante, la formulation de l'article 14 paraît clairement devoir être interprétée comme allant au-delà de la garantie de la Constitution fédérale: il est question d'un "droit à une *éducation* [terme qui est déjà plus large que celui d'enseignement, mais dont la signification n'est pas très claire⁸¹] et à un *enseignement* ...", en général – il n'est nullement question d'un enseignement *de base* –. Or, la notion d'*enseignement de base* au sens du droit fédéral apparaît bel et bien, plus loin, dans l'avant-projet, où elle s'oppose aux autres formes (ou stades) de l'enseignement (secondaire supérieur, supérieur, etc.; art. 48bis à 50). On pourrait donc – on doit même, techniquement – en déduire que la notion d'*enseignement* sans qualificatif de l'article 14 englobe l'ensemble de ces formes d'enseignement, en d'autres termes, que l'article 14 vise un droit général à l'éducation et à (toutes les formes de) l'enseignement⁸², qui va plus loin que celui de la Constitution fédérale⁸³.

Si tel est bien le cas, reste la question de la justiciabilité d'un tel droit. De par sa localisation parmi les droits fondamentaux, ce droit à l'enseignement est ou devrait en principe être justiciable, c'est-à-dire

⁸⁰ ULRICH MEYER-BLASER – THOMAS GÄCHTER, Der Sozialstaatsgedanke, in: D. THÜRER – J.-F. AUBERT – J. P. MÜLLER (éd.), *Droit constitutionnel suisse / Schweizerisches Verfassungsrecht*, Zurich, 2001, p. 549-563, spéc. no 33, p. 560, qui rappellent que le Tribunal fédéral a lui-même, sous l'empire de la Constitution de 1874, refusé de reconnaître un tel droit comme droit fondamental non écrit: ATF 103 Ia 369, 377, *Wäffler und Mitbeteiligte*, du 25 mai 1977; voir aussi ATF 125 I 173, 175-176, *H. und Mitbeteiligte*, du 3 mars 1999, à propos du numerus clausus "bâlois", où le Tribunal fédéral se réfère également à la différence entre les art. 19 et 41 de la nouvelle Constitution. Dans le même sens, AUER – MALINVERNI – HOTTELIER, précités [note 51], no 1523, p. 694.

⁸¹ On ne voit guère quel est le contenu concret (et justiciable) de la prestation *étatique* que représente ce "droit à une éducation".

⁸² Enseignement de base, enseignement secondaire supérieur et enseignement supérieur, pour reprendre les termes des art. 48bis à 50 de l'avant-projet.

⁸³ C'est du reste ce que semblent confirmer les explications figurant dans le Rapport de la Commission 3 à l'Assemblée constituante, du 30 juin 2000 (Droits et devoirs fondamentaux), ad art. 3.20, p. 17-19.

pouvoir être invoqué directement devant le juge, indépendamment de toute concrétisation par le législateur⁸⁴.

Alinéa 2: Cohérence matérielle: contenu?: L'alinéa 2 de l'article 14 soulève lui aussi des questions quant à son contenu. Cette disposition n'est en effet, sans commentaire explicatif, guère compréhensible. On ne voit en effet pas ce que l'Assemblée constituante a voulu dire par "la liberté de choix de l'enseignement est reconnue".

S'agit-il d'exprimer que l'enseignement est facultatif, ce qui pourrait bien être, grammaticalement, le sens premier de la phrase? Mais qui serait évidemment en contradiction flagrante avec l'article 48bis, selon lequel l'enseignement de base est obligatoire, et au surplus manifestement contraire au droit fédéral⁸⁵.

S'agit-il d'exprimer – ce qui paraît plus plausible, mais qu'il faut presque deviner – que toute personne dispose du droit de choisir librement entre l'enseignement public et l'enseignement privé? Si tel est le cas, peut-être conviendrait-il de préciser le sens de la disposition – afin d'accroître sa "lisibilité" –, mais aussi sa portée. En effet, une telle liberté ne peut évidemment se comprendre que dans les limites imposées par le droit fédéral. Or, il faut rappeler que celui-ci n'admet les écoles privées, pour ce qui est de l'enseignement de base⁸⁶, que si celles-ci sont placées "sous la direction ou sous la surveillance des autorités publiques"⁸⁷.

Toujours dans le même ordre d'idée, on peut se demander si la liberté de choix entre l'enseignement public et l'enseignement privé a pour effet d'étendre le droit à la gratuité de l'enseignement de base – droit qui découle de l'article 19 de la Constitution fédérale et s'impose au canton, même si l'avant-projet ne le mentionne pas parmi les droits fondamentaux – à la fréquentation (gratuite) des écoles privées. En vertu du droit fédéral, en effet, la gratuité ne vise que les écoles publiques⁸⁸. L'article 19 de la Constitution fédérale ne donne

⁸⁴ Il se rapproche donc, à cet égard, du "Droit à la formation" reconnu par l'art. 40 de la constitution jurassienne. Bien que placée dans les tâches de l'Etat, et non dans les droits fondamentaux, cette disposition est en effet considérée comme étant justiciable, au moins dans certaines limites; voir à ce sujet MORITZ, précité (note 9), nos 6 et 8 ss ad art. 40, p. 230 ss.

⁸⁵ L'art. 62 al. 2 de la Constitution fédérale imposant le caractère obligatoire de l'enseignement de base.

⁸⁶ Du point de vue sémantique, et comme pour l'alinéa 1^{er}, on ne voit pas si la notion d'enseignement de l'art. 14 al. 2 vise toutes les formes d'enseignement ou se limite à l'enseignement de base.

⁸⁷ Art. 62 al. 2 de la Constitution fédérale.

⁸⁸ Cette limitation, qui ne figure pas explicitement à l'art. 19, résulte clairement du texte de l'art. 62 al. 2 de la Constitution fédérale; elle vaut aussi pour l'art. 19 (cf. PV 4969, commission du Conseil des Etats, 5 mai 1998). De même: MEYER-BLASER

donc aucun droit à la fréquentation gratuite des écoles privées⁸⁹. Or, interprété pour lui-même, l'article 14 al. 2 de l'avant-projet pourrait être compris comme accordant un droit dépassant, sur ce point, la garantie fédérale correspondante et conférant un droit à la fréquentation gratuite des écoles privées, à charge du canton⁹⁰. Une telle interprétation est sans doute erronée puisque l'article 48bis al. 1^{er} de l'avant-projet reprend textuellement la règle fédérale selon laquelle la gratuité n'est assurée que dans le cadre de l'enseignement public. On peut toutefois se demander s'il n'y a pas une certaine contradiction entre ces deux dispositions.

Conclusion et suggestions: L'article 14 de l'avant-projet pose diverses questions de fond, qui relèvent avant tout de la politique et que l'Assemblée constituante devrait trancher. Une fois prises les décisions en cause – étendue et portée du droit –, la rédaction devrait s'attacher à préciser le contenu de ce "droit à l'éducation et à l'enseignement" et de la "liberté de choix de l'enseignement", en cherchant notamment à délimiter clairement, soit de par la systématique choisie, soit de par la terminologie utilisée, ce qui est directement justiciable de ce qui ne l'est pas.

Ad article 15 *Aide à la formation initiale*

Fond: contenu et justiciabilité?: Même si sa formulation est beaucoup moins problématique, l'article 15 pose des questions de fond assez semblables à celles évoquées ci-dessus pour l'article 14, en ce qui concerne l'étendue du droit garanti et sa "justiciabilité": on peut d'abord se demander si ce droit est défini de façon suffisamment précise pour pouvoir être appliqué directement par le juge, sans intervention du législateur⁹¹. D'un point de vue plus technique, notamment, la notion de *formation initiale* mériterait une explication – sinon dans le texte lui-même, dans un éventuel commentaire de l'avant-

– GÄCHTER, précités (note 80), no 34, p. 560; AUER – MALINVERNI – HOTTELIER, précités (note 51), no 1523, p. 694.

⁸⁹ Voir BO CN 208 (*Koller*, conseiller fédéral). Il faut toutefois réserver le cas où un canton renoncerait à entretenir, dans une commune, une école publique, renvoyant les enfants à fréquenter une école privée existante: le canton devrait alors assurer la gratuité à ces enfants (et à leurs parents), en prenant en charge les éventuels écolages de l'école privée en question.

⁹⁰ Comme les droits fondamentaux sont dirigés contre l'Etat, et non contre les autres particuliers, c'est au premier qu'incomberait dans cette hypothèse la prise en charge des écolages des écoles privées.

⁹¹ Comme indiqué, en effet, le propre d'un *droit* fondamental est qu'il doit – ou devrait en principe – pouvoir être appliqué directement par le juge, sans qu'il y ait besoin d'une concrétisation législative. Or, les explications figurant dans le Rapport de la Commission 3 (précité, note 83), ad art. 3.20, p. 18-19, semblent indiquer qu'une réglementation légale est nécessaire.

projet –, ne serait que parce que cette notion réapparaît en partie, sous une autre forme (et sans doute avec un autre sens), à l'article 49, où il est question de *formation professionnelle initiale*. Or, le droit à l'aide de l'article 15 vise plus que la seule formation professionnelle.

Cohérence matérielle: L'article 15 soulève par ailleurs une autre difficulté, celle du rapport et de l'articulation entre le *droit fondamental* – en principe justiciable – qu'il garantit et la *tâche* – en principe non justiciable⁹² – que l'article 52 al. 2 impose à l'Etat, de mettre "en place un système de bourses": soit le droit à l'aide de l'article 15 est indépendant du système de bourses mis en place, en ce sens qu'une personne pourrait obtenir une telle aide même en dehors du cadre et des conditions fixés par la législation (si elle remplit les conditions posées par l'article 15 lui-même); soit le droit à l'aide de l'article 15 n'existe que dans le cadre et aux conditions fixés par ladite législation; dans la seconde hypothèse, le *droit fondamental* n'en est pas véritablement un, puisqu'il n'est pas directement justiciable (il ne l'est que dans la mesure où la loi le prévoit); dans la première hypothèse, c'est la tâche qui deviendrait "justiciable", en ce sens que le juge pourrait ainsi "corriger" la loi, par exemple lorsqu'elle serait (jugée) trop restrictive ou poserait des conditions (jugées) trop draconiennes.

L'article 15 illustre donc, en relation avec l'article 52 al. 2, toute la question, complexe, du rapport entre les *droits fondamentaux*, en particulier les droits "sociaux", d'un côté, et les *tâches de l'Etat*, de l'autre, lorsque ces deux catégories de dispositions portent sur le même objet concret (en l'occurrence, l'aide à la formation). Cette question reviendra en effet, en termes pratiquement identiques, pour d'autres dispositions de l'avant-projet.

Ad article 16 *Vie en commun*

Les deux premiers alinéas sont rigoureusement identiques à ceux de l'article 12 de la constitution neuchâteloise, lequel a lui-même repris sur ce point la constitution bernoise (art. 13). Ces alinéas n'appellent donc aucun commentaire particulier⁹³.

⁹² Sur le caractère en principe non justiciable des *tâches* de l'Etat et des communes prévues au titre III de l'avant-projet, voir ci-dessus, le chiffre 3. "Droits sociaux" – "Buts sociaux": la question de la justiciabilité, ad *Observations générales sur le titre II*, *in fine*, en particulier la note 66.

⁹³ Si ce n'est pour rappeler que la garantie du droit au mariage résulte déjà du droit fédéral (art. 14 de la Constitution) et s'impose donc aux cantons, alors que la liberté de choisir une autre forme de vie en commun constitue un "nouveau" droit fondamental, qui offre une protection allant au-delà des garanties de la Constitution fédérale; sur la signification concrète de ce droit, voir JEAN-FRANÇOIS AUBERT, La révision totale de la Constitution neuchâteloise, in: *RJN* 1999, p. 11 ss, 24-27.

Alinéa 3: Cohérence formelle: L'alinéa 3, en revanche, selon lequel "[l]e droit à la vie familiale est garanti et protégé" n'a pas d'équivalent dans l'article 12 de la constitution neuchâteloise, parce qu'il figure, dans cette dernière, dans une autre disposition, l'article 11, sur le droit au respect de la vie privée et familiale. Or, l'avant-projet contient lui aussi une telle disposition, l'article 22, aux termes duquel toute personne "a droit au respect et à la protection de sa vie privée et *fa-miliale*, ..." (al. 1^{er}). Il y a donc là, à mon sens, une redondance inutile⁹⁴, dans la mesure où, juridiquement, l'article 16 al. 3 n'apporte strictement rien de plus que ce qui résulte de l'article 22 al. 1^{er} de l'avant-projet⁹⁵.

Ad article 17 *Maternité*

Fond: contenu et justiciabilité?: La disposition soulève pratiquement les mêmes questions de fond que l'article 15: d'abord, celle de savoir si son contenu et sa portée sont définis de façon suffisamment précise pour permettre son application directe par le juge⁹⁶.

Cohérence matérielle: relation avec l'article 69 al. 1^{er}: D'autre part, comme pour l'article 15, se pose, ici aussi, la question de l'articulation entre le *droit fondamental* – en principe justiciable – garanti par l'article 17 et la *tâche* – en principe non justiciable – que l'article 69 al. 1^{er} impose à l'Etat, d'instaurer "un dispositif d'assurance maternité cantonale". Autrement dit: le *droit* de l'article 15 est-il indépendant de l'assurance maternité de l'article 69 (auquel cas la *tâche* prévue par ce dernier "devient" justiciable), ou n'est-il au contraire garanti que dans les limites de la législation sur l'assurance maternité prévue à l'article 69 (auquel cas il n'est plus véritablement un droit fondamental)? On peut, à ce sujet, renvoyer à ce qui a été dit à propos de l'article 15.

⁹⁴ L'art. 13 al. 1^{er} de la constitution bernoise prévoit certes, lui aussi, que le "droit au mariage *et à la vie familiale* est protégé", mais la constitution bernoise ne contient aucune disposition analogue à l'art. 22 de l'avant-projet et il n'y a donc pas redondance. En revanche, la redondance se retrouve dans la Constitution fédérale (art. 13 al. 1^{er} et 14).

⁹⁵ A choisir, pour autant que l'Assemblée constituante décide d'éliminer cette redondance, j'éliminerais plutôt l'alinéa 3 de l'art. 16 que l'adjectif "familial" à l'art. 22 al. 1^{er}, dans la mesure où la formulation de ce dernier est désormais "classique", du point de vue juridique, puisqu'elle reprend textuellement l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁹⁶ En particulier, la notion de "sécurité matérielle" et l'expression "avant et après l'accouchement" paraissent relativement vagues pour une application directe.

Ad article 18 *Protection de la santé et de la dignité*

Fond: contenu et justiciabilité, relation avec l'article 70: L'article 18 pose lui aussi, dans une mesure toutefois moindre, des questions analogues à celles qui viennent d'être évoquées, à savoir celles de la "justiciabilité" et de l'articulation avec l'article correspondant dans le titre III, c'est-à-dire l'article 70. La disposition porte toutefois sur des objets différents, qui appellent des réponses différenciées.

L'alinéa 2, qui porte sur un droit aux *soins médicaux essentiels*, peut sans doute être considéré comme justiciable: une disposition analogue existe du reste – explicitement ou implicitement – dans d'autres constitutions cantonales récentes et même dans la Constitution fédérale, où elle figure toutefois généralement non pas comme disposition indépendante, mais comme partie intégrante des dispositions conférant un droit à des conditions minimales d'existence ou un droit à l'aide en cas de détresse⁹⁷. En ce sens, la disposition ne va pas plus loin que ce que garantit la Constitution fédérale et ce qui existe dans d'autres cantons.

L'alinéa 3, qui porte sur le "droit à une attention particulière" dans certaines circonstances – dépendance, handicap, fin de vie – peut sans doute lui aussi s'inscrire dans le même contexte⁹⁸; il ne va probablement pas plus loin que ce que garantit la Constitution fédérale, sous l'angle de la dignité humaine et du droit à l'aide en cas de détresse.

L'alinéa 1^{er}, en revanche, semble clairement aller plus loin, en garantissant un *droit fondamental* – donc, en principe, justiciable – "à la protection de la santé", c'est-à-dire à une prestation positive de l'Etat

⁹⁷ Voir l'art. 27 de la constitution bernoise, qui, sous l'intitulé "Droits sociaux", donc parmi les droits justiciables, garantit dans la même proposition le "droit à un logis, aux moyens nécessaires pour mener une existence conforme aux exigences de la dignité humaine ainsi qu'aux *soins médicaux essentiels*". Dans la constitution neuchâteloise, le droit "aux soins médicaux nécessaires" est également inclus explicitement dans le "Droit à des conditions minimales d'existence" (art. 13). On peut sans doute considérer qu'il en va de même en ce qui concerne l'article 12 de la Constitution fédérale ("Droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse"): bien que la notion de soins médicaux nécessaires ou essentiels n'y figure pas explicitement, il est généralement admis que l'aide et l'assistance visées ne se limitent pas à des prestations matérielles ou financières; elles visent à assurer la satisfaction des besoins humains élémentaires, comme la nourriture, l'habillement, le logement ou une assistance médicale, et comportent aussi un aspect social et psychologique – le texte allemand parle de "Hilfe und *Betreuung*" –; voir ATF 121 I 367, 370 et ss, V., du 27 octobre 1995, où apparaît du reste l'idée des soins essentiels.

⁹⁸ Encore que le contenu de ce droit ne semble pas suffisamment précis pour lui donner un caractère justiciable. En ce sens, et à certains égards, cette disposition n'est pas sans rappeler celles que la Constitution fédérale et l'avant-projet consacrent à la protection des enfants et des jeunes; voir à ce propos ci-dessus, ad *article 13*, en particulier la note 74.

qui n'est en général, dans les autres constitutions cantonales et dans la Constitution fédérale, pas conçue comme un droit justiciable, mais est placée parmi les "buts sociaux" ou les "tâches" de l'Etat⁹⁹. On retrouve donc, ici, la même problématique que pour les articles 15 et 17.

Quant à l'alinéa 4, le droit de mourir dans la dignité, il se place sur un tout autre terrain. Apparemment, selon les explications de la Commission 3, il ne vise pas l'euthanasie active – auquel cas il pourrait s'avérer contraire au droit fédéral –, mais entend éviter l'acharnement thérapeutique et permettre à toute personne de se déterminer librement¹⁰⁰. Dans ce sens, il ne me paraît pas soulever de problème de conformité au droit fédéral¹⁰¹.

Ad article 19 *Aide aux victimes*

L'article 19 reprend pratiquement tel quel l'article 29 al. 3 de la constitution bernoise, qui a obtenu sans autre la garantie fédérale. Dans cette mesure, la disposition n'appelle donc aucun commentaire particulier. On peut toutefois se demander quelle est la portée concrète de cette disposition, notamment quant à sa coordination avec la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions: accorde-t-elle un droit supplémentaire (par exemple pour les personnes qui ne rempliraient pas les conditions posées par la loi fédérale)? Ou, au contraire, cette disposition n'a-t-elle, comme cela semble résulter des explications de la Commission 3, aucune portée autonome par rapport à la loi fédérale, l'art. 19 de l'avant-projet se contentant en quelque sorte d'apporter une garantie pour le cas "de modification ultérieure de ce droit fédéral"¹⁰². L'Assemblée constituante devrait le préciser dans un commentaire.

⁹⁹ Voir par exemple l'art. 41 al. 1 let. b de la Constitution fédérale; voir aussi les art. 34 al. 1 let. d de la constitution neuchâteloise et 30 al. 1 let. g de la constitution bernoise.

¹⁰⁰ Rapport précité (note 83), ad art. 3.7, p. 14-15.

¹⁰¹ Le "droit de mourir dans la dignité" au sens du droit de choisir librement le moment de sa propre mort – et, notamment, de refuser une thérapie – est généralement considéré, en doctrine, comme inclus dans la liberté personnelle (cf. par exemple AUER – MALINVERNI – HOTTELIER, précités [note 51], no 294, p. 145, et J. P. MÜLLER, précité [note 60], p. 59-61); en revanche, l'euthanasie dite "active" relève du code pénal et échappe donc à la compétence du constituant cantonal (MÜLLER, *ibid.*, p. 61-62).

¹⁰² Rapport précité (note 83), ad art. 3.8, p. 15.

Ad article 20 *Minimum vital*

Matériellement, l'article 20 correspond à l'article 12 de la Constitution fédérale, ainsi qu'aux dispositions analogues que contiennent pratiquement toutes les constitutions cantonales adoptées à la suite de l'arrêt d'octobre 1995 par lequel le Tribunal fédéral a reconnu l'existence d'un droit constitutionnel non écrit "à des conditions minimales d'existence"¹⁰³. Dans cette mesure, la disposition n'appelle aucun commentaire particulier¹⁰⁴.

Sur un point toutefois, l'article 20 fait apparaître un besoin de clarification: s'agissant de la coordination entre le "droit au minimum vital" – justiciable – qu'il garantit, d'un côté, et le "revenu minimum de réinsertion" que l'Etat a pour tâche de garantir selon l'article 64. On retrouve ici la problématique du rapport entre droits fondamentaux et tâches déjà évoquée à propos des articles 15, 17 et 18 al. 2.

Ad article 21 *Logement d'urgence*

Fond: cohérence matérielle et formelle: L'article 21 garantit un droit fondamental social "à un logement d'urgence approprié". Selon le texte même de la disposition, ce droit au logement est doublement restreint: d'une part, sa titularité est limitée aux seules personnes "dans le besoin", ce qui tend à rapprocher la disposition – ce que confirme la systématique – du "Droit au minimum vital" de l'article 20¹⁰⁵; d'autre part, le champ d'application matériel du droit est limité aux seuls logements "d'urgence", ce qui confirme l'idée qu'il s'agit d'un droit à un "toit provisoire" plutôt qu'à un logement durable. La disposition ne vise donc pas un droit général au logement tel qu'on le trouve dans les constitutions genevoise ou jurassienne, droits qui ne sont toutefois pas – ou du moins pas entièrement – justiciables (art. 10 A al. 1^{er} de la constitution genevoise¹⁰⁶, 22 de la constitution

¹⁰³ ATF 121 I 367, 370 et ss, V., du 27 octobre 1995.

¹⁰⁴ On mentionnera simplement que, du point de vue de la terminologie, les formulations diffèrent assez sensiblement et que, comme indiqué, les dispositions des autres constitutions en question "rassemblent" en général dans un même article les diverses composantes de ce droit: droit à un logement d'urgence, aux soins médicaux essentiels et à l'aide financière et sociale nécessaire (voir la note 97 pour les constitutions bernoise et neuchâteloise), alors que l'avant-projet a dispersé ces différents aspects dans différentes dispositions (art. 18 al. 2, 20 et 21, notamment).

¹⁰⁵ En ce sens, le droit au logement d'urgence pour les personnes dans le besoin ressemble à celui qui est prévu dans certaines constitutions cantonales, sur le modèle de celle de Berne, qui garantissent les deux droits dans le même article (voir l'art. 29 de la constitution bernoise, l'art. 24 al. 1^{er} de la constitution d'Appenzell Rhodes-Extérieures et l'art. 13 al. 1^{er} de celle du Tessin).

¹⁰⁶ Bien qu'il figure parmi les "Droits individuels", le droit au logement garanti par l'art. 10 A al. 1^{er} n'est pas considéré comme justiciable: voir le message relatif à la

jurassienne¹⁰⁷). Elle vise plutôt un droit à un "toit", un "abri d'urgence" ou un "logis" au sens de celui qui figure à l'article 29 al. 1^{er} de la constitution bernoise (sous le titre "Droits sociaux")¹⁰⁸.

En ce sens, le droit fondamental – et justiciable – garanti à l'article 21 se distingue clairement de la tâche imposée à l'Etat et aux communes, à l'article 71 al. 1^{er}, de veiller "à ce que toute personne puisse disposer d'un logement approprié à des conditions supportables", tâche qui n'est, elle, pas justiciable¹⁰⁹. L'article 21 ne soulève donc pas la difficulté, évoquée pour d'autres dispositions (art. 15, 17 et 18 al. 2), de la coordination avec la tâche correspondante prévue à l'art. 71 al. 1^{er}.

Il faut toutefois préciser que la terminologie utilisée pourrait à cet égard induire en erreur, dans la mesure où le qualificatif "approprié" qui accompagne l'expression "logement d'urgence" de l'article 21 réapparaît à l'article 71 al. 1^{er}, où il est question de "logement approprié", mais avec un autre sens, beaucoup moins restreint, puisqu'il ne s'agit plus là de logement d'urgence, mais du logement en général. Il conviendrait donc de revoir la terminologie afin d'éviter une éventuelle confusion.

S'il ne pose – sous réserve de cette remarque terminologique – aucun problème de coordination avec l'article 71, l'article 21 en soulève en revanche un par rapport à une autre disposition figurant au titre des tâches de l'Etat, l'article 63 al. 2. Sous l'intitulé "Protection so-

garantie de la révision qui a introduit ce droit, FF 1992 V 1157, spéc. 1168, qui est très clair à ce sujet: "Ce caractère justiciable fait défaut au droit au logement tel qu'il est formulé dans la constitution genevoise, aucune instance judiciaire ne pouvant attribuer un logement aux personnes qui en recherchent".

¹⁰⁷ Pour ce qui est de la justiciabilité de l'art. 22, il faut rappeler, tout d'abord, que le constituant jurassien n'a pas placé ce droit dans le titre sur les droits fondamentaux, mais dans celui relatif aux tâches de l'Etat. Aussi, on admet que le droit au logement de l'article 22 n'est que partiellement justiciable, "dans la mesure seulement où le titulaire de ce droit est placé dans une situation déterminée qui justifie l'aide de l'Etat", c'est-à-dire en particulier pour les personnes indigentes ou se trouvant momentanément en situation de précarité: voir MORITZ, précité (note 9), no 2 ad art. 22, p. 192. Cet auteur précise toutefois que le droit en question va au-delà de celui garanti par la constitution bernoise (art. 29 al. 1^{er}), en ce qu'il porte non seulement "sur un simple logis, mais sur un logement approprié, c'est-à-dire un logement qui couvre durablement les besoins élémentaires de l'ayant-droit en la matière" (*ibid.*, no 4 ad art. 22, p. 192-193).

¹⁰⁸ Cette interprétation est du reste confirmée par les explications figurant dans le Rapport de la Commission 3 à l'Assemblée constituante, du 30 juin 2000 (Droits et devoirs fondamentaux), ad art. 3.10, p. 15.

¹⁰⁹ Et que les autres constitutions placent généralement parmi les "buts sociaux": voir par exemple l'art. 41 al. 1 let. e de la Constitution fédérale; voir aussi les art. 34 al. 1 let. c de la constitution neuchâteloise et 30 al. 1 let. b de la constitution bernoise.

ciale", celui-ci déclare que l'Etat et les communes "veillent à ce que toute personne dans le besoin puisse disposer d'un logement d'urgence" (on notera que là, le terme "approprié" n'apparaît pas). Or, la disposition constitue à mon sens une redondance inutile et, au surplus, mal formulée: il est clair que si les particuliers ont, en cas de besoin, un *droit* fondamental justiciable à un logement d'urgence, les pouvoirs publics *doivent* être en mesure de *fournir* ce logement¹¹⁰; cela va de soi et n'a pas, me semble-t-il, à être rappelé dans les tâches de l'Etat¹¹¹.

Ad article 22 *Protection de la sphère privée et des données personnelles*

Alinéa 1^{er}: Dans la mesure où elle ne fait que reprendre, matériellement, l'article 13 al. 1^{er} de la Constitution fédérale, la disposition n'appelle aucun commentaire particulier¹¹².

Alinéa 2: "Commentaire" et rédaction: Même s'il en diffère du point de vue de la formulation, l'article 22 al. 2 de l'avant-projet est matériellement identique à l'article 13 al. 2 de la Constitution fédérale, aux termes duquel "[t]oute personne a le droit d'être protégée contre l'emploi abusif des données qui la concernent". La disposition de l'avant-projet ne va pas plus loin et n'offre pas une protection accrue par rapport à celle de la Constitution fédérale¹¹³. En effet, la formulation utilisée par cette dernière, à savoir le "droit d'être protégé contre l'emploi abusif" de données personnelles, implique le droit d'être informé de l'existence de telles données – donc un droit à la consultation des fichiers ou des dossiers –, ainsi que le droit d'obtenir la rectification des données inexactes et l'élimination des données inutiles; cette formule "couvre" donc et englobe les autres droits garantis par l'article 22 de l'avant-projet, à savoir les droits à la consultation, à la rectification et à la destruction des données¹¹⁴.

¹¹⁰ En ce sens, l'art. 63 al. 2 est incorrectement formulé: l'Etat et les communes ne doivent pas seulement "*veiller* à ce que toute personne puisse disposer d'un logement ...", mais ils doivent garantir un tel logement et, dans le cas concret, le fournir directement.

¹¹¹ Pas plus qu'on ne rappelle dans les tâches de l'Etat que celui-ci doit veiller à respecter et à ce que soit respectée chacune des libertés garanties aux particuliers.

¹¹² Voir toutefois ci-dessus, ad *article 16 al. 3*, pour une redondance avec cette disposition.

¹¹³ Cela même si les explications figurant dans le Rapport de la Commission 3 (précité, note 83), ad art. 3.11, p. 15, paraissent indiquer le contraire.

¹¹⁴ Cela résulte clairement des travaux préparatoires de la Constitution fédérale: une proposition de minorité de la commission du Conseil national, qui souhaitait compléter l'art. 13 al. 2 pour y mentionner expressément ces droits, a été écartée, la majorité ayant considéré qu'ils étaient implicitement compris dans l'interdiction

Il en résulte, à mon sens, que la rédaction de l'article 22 est peu heureuse¹¹⁵: le contenu de la lettre *b*, qui exprime la règle générale, "comprenant" les trois autres, devrait figurer dans la phrase introductive ("Toute personne a le droit d'être protégée contre toute utilisation abusive de données qui la concernent. Ce droit comprend: a. ...", etc.).

Ad article 23 *Liberté de conscience et de croyance*

Dans la mesure où elle ne fait que reprendre, matériellement, l'article 15 de la Constitution fédérale, la disposition n'appelle aucun commentaire particulier.

Pour ce qui est de l'alinéa 4, dont on ne voit pas très bien s'il vise la contrainte par les pouvoirs publics ou par d'autres particuliers (sectes, par exemple), voir ad *article 40 let. a*.

Ad article 24 *Liberté d'opinion et d'information*

Dans la mesure où elle reprend, matériellement, l'article 16 de la Constitution fédérale et, pour ce qui est de la lettre *c* de l'alinéa 2, une disposition analogue à celles qu'on trouve dans les constitutions bernoise (art. 17 al. 3) et neuchâteloise (art. 18), la disposition n'appelle aucun commentaire particulier¹¹⁶.

Ad article 24bis *Droit de pétition*

La disposition reprend, matériellement, l'article 33 de la Constitution fédérale, en allant toutefois – à l'instar de qu'ont fait diverses constitutions cantonales¹¹⁷ – un peu plus "loin", en ce sens qu'elle confère

d'un emploi abusif des données et suffisamment garantis par la loi: cf. PV 2966-2967 (sous-commission 2, 26 juin 1997), 386 (commission, 18 août 1997) et BO CN 188-191.

¹¹⁵ Du point de vue linguistique, déjà, la succession des lettres n'est pas correcte: à la lettre *b*, un complément fait défaut à "toute utilisation abusive" (de quoi?); à la lettre *c* et à la lettre *d*, le pronom "celles" ne se réfère à rien dans la lettre précédente ni dans la phrase introductive, mais seulement aux "données" mentionnées à la lettre *a*.

¹¹⁶ On rappellera simplement que la lettre *c* de l'alinéa 2 "va plus loin" que la liberté d'information garantie par la Constitution fédérale: voir ci-dessus, le chiffre 1. Forme et contenu du catalogue, ad *Observations générales sur le titre II*, en particulier la note 54.

¹¹⁷ Voir à ce sujet le chiffre 1. Forme et contenu du catalogue, ad *Observations générales sur le titre II*, en particulier la note 56. Il faut noter toutefois que la nouvelle constitution neuchâteloise (art. 21 al. 2) limite explicitement l'obligation de répondre aux autorités politiques (législatives et exécutives), à l'exclusion des tribunaux.

aux pétitionnaires un droit à obtenir une réponse des autorités, droit qui n'est pas reconnu sur la base de la Constitution fédérale¹¹⁸.

Alinéas 1 et 2: Rédaction: On peut se demander si les alinéas 1 et 2 ne devraient pas être inversés. Il paraît en effet plus logique de définir le contenu du droit de pétition avant de parler des conséquences de son exercice. On pourrait même envisager d'intégrer le contenu de l'alinéa 1^{er} dans l'alinéa 2, comme le fait par exemple l'article 33 de la Constitution fédérale ("Toute personne a le droit, sans qu'elle en subisse de préjudice, d'adresser ...").

Alinéa 4: Fond: L'alinéa 4 soulève, sur le fond, une question de principe: le droit de pétition est généralement reconnu comme un droit fondamental souple et informel, d'usage simple et largement "ouvert"¹¹⁹. Aussi, la loi ne saurait en "régler les modalités" de manière (trop) stricte, sous peine de porter atteinte à l'essence même de ce droit, voire éventuellement à sa garantie *fédérale*. Dès lors, on ne voit guère – faute d'un commentaire explicatif – pourquoi l'avant-projet prévoit ici une limitation particulière, d'autant que, comme les autres libertés de la communication, le droit de pétition peut être restreint aux conditions de l'article 41 (de l'avant-projet). L'alinéa 4 de l'art. 24bis n'est donc pas nécessaire; il n'est du reste pas dépourvu d'une certaine ambiguïté, voire même d'une certaine contradiction par rapport à l'alinéa 1^{er}.

Ad article 25 Droits politiques

Rédaction: Le sens de l'article 25 n'est – en l'absence de commentaire explicatif – pas facile à déterminer. Son intitulé, tout d'abord, est trompeur: on a en effet l'impression, en le lisant, que la disposition va définir les "droits politiques", ce qui n'est pas le cas. Ensuite, le texte même de la disposition est obscur: il traite du droit de "[t]oute personne" "d'exercer ses droits politiques", alors que ni les droits politiques eux-mêmes, ni leur "titularité" n'ont été définis, qu'ils ne le sont pas non plus ici, mais qu'ils le seront au titre IV, pour le domaine cantonal, et au titre VII, pour le domaine communal. Dès lors, la première réaction que provoque la lecture de l'article 25 est de dire que sa formulation est erronée, puisque les "droits politiques", au sens de l'avant-projet, n'appartiennent justement pas à "toute personne", mais aux seules personnes qui font partie du corps électoral (cantonal ou communal).

Toutefois, il semble que la disposition doive être comprise dans un autre sens, comme le droit ou la liberté d'exercer "des" droits politiques – pas seulement ceux qui sont définis par l'avant-projet – "sans

¹¹⁸ ATF 119 Ia 53, St., du 3 février 1993.

¹¹⁹ Voir par exemple J. P. MÜLLER, précité (note 60), p. 384-394.

encourir de préjudice"¹²⁰. Si telle est bien la volonté de l'Assemblée constituante, il me semble que la rédaction de l'article 25 devrait la faire apparaître plus clairement (aussi bien dans l'intitulé que dans le texte même de la disposition).

Ad article 26 *Liberté de l'art*

Sans commentaire¹²¹.

Ad article 27 *Liberté de la science*

Sans commentaire¹²².

Ad article 28 *Liberté des médias*

Sans commentaire¹²³.

Ad article 29 *Liberté de réunion et de manifestation*

La disposition reprend matériellement – avec une formulation différente – l'article 22 de la Constitution fédérale, ainsi que, pour ce qui est de l'alinéa 2, des dispositions qui figurent dans d'autres constitutions cantonales récentes¹²⁴. Dans cette mesure, elle n'appelle pas de commentaire spécifique.

Alinéa 3: Fond et rédaction: Quant à l'alinéa 3, on peut se demander s'il est nécessaire. Il ne l'est sans doute pas s'agissant des *restrictions* aux manifestations sur le domaine public – l'article 41, sur le système général des restrictions, suffit –, mais peut-être n'est-il pas inutile de préciser, pour ce qui est des manifestations, que ces restrictions peuvent aller jusqu'à l'interdiction, encore que cela me paraît aussi "couvert" par l'article 41.

¹²⁰ On pourrait imaginer, par exemple, le cas d'une personne immigrée qui choisit d'aller exercer ses droits politiques dans son pays d'origine et qui ne doit pas en subir de préjudice *ici*.

¹²¹ La disposition est en tous points identique à l'art. 21 de la Constitution fédérale.

¹²² La disposition est identique – sous réserve de l'inversion des termes "recherche" et "enseignement" – à l'art. 20 de la Constitution fédérale.

¹²³ La disposition reprend matériellement – avec une formulation différente – l'art. 17 de la Constitution fédérale.

¹²⁴ Voir notamment les art. 19 de la constitution bernoise et 20 de la constitution neuchâteloise, qui vont plus loin que la Constitution fédérale, en ce qu'elles exigent une base légale formelle, alors que celle-ci ne précise pas la qualité de la base légale exigée.

Ad article 30 *Liberté d'association*

Sans commentaire¹²⁵.

Ad article 31 *Liberté syndicale*

La disposition reprend matériellement – avec une formulation différente – l'article 28 de la Constitution fédérale¹²⁶. Dans cette mesure, elle n'appelle pas de commentaire spécifique quant au fond.

Alinéa 5: Rédaction: Sur le plan rédactionnel, toutefois, l'alinéa 5 présente une difficulté, dans la mesure où l'expression "ces droits" à laquelle il se réfère n'apparaît dans aucun des alinéas précédents.

Ad article 32 *Liberté d'établissement*

Matériellement, la disposition reprend, pour ce qui est du territoire cantonal – l'article 24 de la Constitution fédérale, ainsi que des dispositions correspondantes qui figurent dans d'autres constitutions cantonales¹²⁷. Dans cette mesure, elle n'appelle pas de commentaire spécifique.

Ad article 33 *Naturalisation et droit de cité*

Fond ou rédaction: cohérence matérielle: Relle qu'elle est formulée, la disposition ne me paraît pas claire. On peut tout d'abord se demander quel "droit" elle entend instaurer: un véritable "droit à la naturalisation" – dans les limites du droit fédéral, évidemment –, comme semblent l'indiquer l'intitulé et l'alinéa 2, lequel paraît vouloir dire que la naturalisation est en quelque sorte automatique dès que l'autorisation fédérale a été accordée, autrement dit dès que les conditions posées par le droit fédéral, notamment quant à la durée de résidence et à l'intégration, sont remplies; ou, beaucoup plus modestement, un "droit de déposer une demande de naturalisation", comme le dit l'alinéa 1^{er}.

Dans tous les cas, l'alinéa 1^{er} me paraît d'abord formuler une évidence, qui s'impose en vertu du droit fédéral: on ne voit guère, en effet, qu'un canton puisse nier un droit de *demande* la naturalisation. L'alinéa 1^{er} est donc inutile.

¹²⁵ La disposition reprend matériellement l'art. 23 de la Constitution fédérale.

¹²⁶ Voir aussi l'art. 27 de la constitution neuchâteloise.

¹²⁷ Voir notamment les art. 16 de la constitution bernoise et 15 de la constitution neuchâteloise.

Dans la première hypothèse, en revanche, il y a, à mes yeux en tous les cas, une contradiction entre l'alinéa 2, tel que compris ci-dessus, et les alinéas 3 et 4: s'il y a naturalisation "automatique" dès que que les conditions posées par le droit fédéral sont remplies et la procédure fédérale achevée, on ne voit plus très bien pourquoi la loi cantonale devrait encore prévoir "la durée de résidence exigée" et "une instance de recours" (puisque le refus de naturalisation constituerait alors la violation d'un droit fondamental, susceptible de recours à la Cour constitutionnelle). Mais je dois avouer que j'ai sans doute mal compris la disposition.

Peut-être faut-il la comprendre, en effet, comme envisageant en quelque sorte un "simple" déplacement de la procédure cantonale (et communale) avant la procédure de l'autorisation fédérale. Dans cette hypothèse, toutefois, il faudrait se demander si un tel déplacement est conforme au droit fédéral, lequel semble supposer que l'autorisation fédérale est préalable à la procédure de naturalisation cantonale. Le droit fédéral n'est cependant pas très explicite à ce sujet. Quoiqu'il en soit, la disposition, intéressante en ce qu'elle constituerait indiscutablement une innovation matérielle dans le paysage des constitutions cantonales récentes, devrait être formulée plus clairement.

Ad article 34 *Garantie de la propriété*

Sans commentaire¹²⁸.

Ad article 35 *Liberté économique*

L'article 35 reprend l'article 27 de la Constitution fédérale, apparemment sans modification matérielle. Toutefois, la formulation légèrement différente ("libre choix de la profession et de *l'emploi* ...") laisse planer un doute à ce sujet, qu'il conviendrait d'écartier.

Ad articles 36, 37, 38 et 39 *Garanties "diverses"*

Ces dispositions ne font, pour l'essentiel, que reprendre – avec une formulation et dans un ordre quelque peu différents – les articles 29 à 32 de la Constitution fédérale¹²⁹. Dans cette mesure, elles n'appellent pas de commentaire particulier. Il faut toutefois réserver les alinéas 3 et 4 de l'article 38, qui sont "nouveaux". Si le premier ne suscite aucune remarque, le second en revanche soulève quelques questions de fond.

¹²⁸ La disposition est en tous points identique à l'art. 26 de la Constitution fédérale.

¹²⁹ Voir aussi les art. 28 à 31 de la constitution neuchâteloise.

Article 38 alinéa 4: Fond et cohérence matérielle: La disposition instituée probablement – la prudence est de rigueur puisqu'on ne trouve aucune explication à ce sujet dans le rapport de la commission 3 – un (second) cas de responsabilité de l'Etat pour *actes licites*, à côté de celui qui est prévu à l'article 34 al. 2 pour l'expropriation. Or, si ce dernier est imposé par le droit fédéral, tel n'est pas le cas de celui qui est prévu ici: ni la Constitution fédérale, ni le droit international n'imposent en effet l'indemnisation du préjudice résultant d'une procédure pénale qui s'avérerait après coup injustifiée; l'article 5 paragraphe 4 de la Convention européenne des droits de l'homme exige (seulement) l'indemnisation d'une arrestation ou d'une détention *illégal*e. L'article 38 al. 4 va donc plus loin que le droit fédéral. En soi, ce choix, qui relève du reste de la politique, n'appelle aucun commentaire. Plusieurs constitutions cantonales récentes ont du reste fait un choix analogue.

Toutefois, ce qui frappe, d'un point de vue juridique, c'est que l'avant-projet prévoit cette responsabilité dans le cadre des "Garanties pénales" de l'article 38, et non – comme le font généralement les autres constitutions cantonales qui ont fait ce choix¹³⁰ – dans les "Garanties en cas de privation de liberté" de l'article 39. On peut se demander s'il s'agit là d'un simple "lapsus" dû à l'inversion de l'ordre des articles 38 et 39 par rapport aux "modèles" fédéral et cantonaux, ou si cette différence correspond à la volonté de l'Assemblée constituante. En l'absence de commentaire explicatif, la question reste ouverte.

Tout comme d'ailleurs demeurent ouvertes les interrogations qu'elle entraîne: ainsi, selon sa place dans la systématique (à l'art. 38 et non à l'art. 39), la responsabilité en cause s'applique aux procédures pénales, mais non aux détentions; or, si l'on peut sans doute soutenir que la détention préventive relève de la procédure pénale, tel n'est pas le cas de toutes les formes de détention, lesquelles sont toutes visées par l'article 39, mais non par l'article 38 (le second étant plus étroit que le premier). Dans un autre ordre d'idée, et inversement, tel qu'il est formulé, l'article 38 al. 4 est (beaucoup) plus large que la disposition correspondante qu'on trouve dans les autres constitutions cantonales: il vise la "pleine réparation" de *n'importe quel* "préjudice injustifié en raison d'une procédure pénale", et non seulement le préjudice d'une *détention ou d'une arrestation* injustifiée.

¹³⁰ Comparer les art. 30 al. 5 de la constitution neuchâteloise, 10 al. 4 de la constitution tessinoise, 21 al. 5 de la constitution d'Appenzell Rhodes-Extérieures, 25 al. 5 de la constitution bernoise, 23 al. 2 de la constitution argovienne et 10 al. 3 de la constitution jurassienne, qui limitent tous cette responsabilité au cas de la *privation de liberté* (ou de l'arrestation, pour le Jura) injustifiée (la constitution argovienne y ajoute l'hypothèse d'une "andere schwere Beschränkung der persönlichen Freiheit"); voir aussi l'art. 13 al. 3 de la constitution de Bâle-Campagne (lequel parle, plus généralement, de "unbegründeter, schwerer Beschränkung der persönlichen Freiheit").

Ad article 40 *Champ d'application des droits fondamentaux*

Lettre a: Fond et conformité au droit fédéral: La disposition soulève plusieurs questions fort intéressantes sur un plan dogmatique, dans la mesure où elle aborde une problématique qui a fait couler beaucoup d'encre dans la doctrine ces dernières décennies, la problématique dite de "l'effet horizontal" des droits fondamentaux. Il ne me paraît toutefois pas nécessaire d'entrer ici dans cette discussion, dans la mesure où, s'agissant de l'effet des droits fondamentaux "entre particuliers", la marge de manœuvre des cantons est (étroitement) limitée: les rapports entre les particuliers sont régis essentiellement par le droit ordinaire, le droit civil et le droit pénal, qui relèvent presque exclusivement de la compétence de la Confédération, donc du droit fédéral. Aussi, en vertu de la primauté du droit fédéral, cette disposition n'a-t-elle, dans ce contexte, guère d'effets; elle ne peut probablement pas, en tous les cas, avoir les effets que semble lui attribuer le rapport de la Commission 3¹³¹. Il n'est donc probablement pas exact d'affirmer, comme le fait ce rapport, qu'avec cette disposition, le "Canton de Vaud franchirait un (petit) pas de plus" que celui qu'a fait le constituant fédéral avec l'article 35 de la nouvelle Constitution fédérale.

Cela dit, *pour autant qu'on l'interprète dans le sens indiqué ici*, c'est-à-dire qu'on le considère comme un simple "rappel" de l'article 35 de la Constitution fédérale, l'article 40 lettre a me paraît ne pas poser de gros problème de conformité au droit fédéral¹³². Mais cela mériterait probablement un commentaire de l'Assemblée constituante, d'autant plus que les explications de la Commission 3 semblaient attendre plus de la disposition.

Lettre b: Fond et rédaction: La lettre b de l'article 40 pose d'autres questions, dont on ne sait à vrai dire pas si elles relèvent de la forme ou du fond. Il est en effet difficile de saisir le sens réel de la disposi-

¹³¹ Voir les exemples mentionnés dans le rapport précité (note 83), ad art. 3.32, p. 22 (exemples du journaliste face à son éditeur, du salarié face à l'employeur, du locataire face au bailleur et du candidat à un examen dans une institution soumise au droit privé): dans tous ces cas, la disposition ne serait à mon avis d'aucun secours, en raison de la primauté du droit fédéral; l'effet "horizontal" des droits fondamentaux doit, dans ces cas, être recherché dans les dispositions du droit fédéral ordinaire (droit du travail, droit du bail, etc.), ainsi que dans une interprétation de ce droit conforme à la Constitution fédérale (en vertu de l'art. 35 de cette même constitution).

¹³² On peut toutefois relever que ni la constitution bernoise (cf. art. 27), ni la constitution neuchâteloise (art. 32) ne contiennent une disposition analogue, pas plus d'ailleurs que la constitution jurassienne (art. 14). En revanche, on trouve une disposition analogue dans les constitutions soleuroise (art. 20 al. 3) et thurgovienne (art. 9); voir aussi, avec une formule toutefois différente, l'art. 14 al. 3 de la constitution de Bâle-Campagne.

tion, dans la mesure où elle utilise l'expression "personnes morales", qui, juridiquement, s'oppose à celle de "personnes physiques".

Or, il faut préciser tout d'abord que, pour une bonne partie d'entre eux, sinon pour la plupart, les droits fondamentaux ne sont pas – contrairement à ce qui semble résulter des discussions de la Commission 3¹³³ – "réservés" aux individus dans le sens de personnes physiques. Les personnes morales en sont "titulaires" – en vertu du droit fédéral – et peuvent les invoquer, en leur propre nom et pour elles-mêmes, aussi bien que les individus, et cela indépendamment, en principe de leur but statutaire. Ainsi, par exemple, une société peut invoquer la liberté économique et la garantie de la propriété, pour elle-même, sans qu'elle doive pour cela avoir pour but statutaire de "défendre les intérêts" des entrepreneurs ou des propriétaires¹³⁴.

Ce n'est donc probablement pas – contrairement à ce que dit son libellé – la titularité et le recours des personnes morales pour elles-mêmes que vise l'article 40 lettre *b*, mais ce qu'on appelle généralement le recours "corporatif" ou "associatif", c'est-à-dire la qualité d'une personne morale pour recourir en son propre nom, mais pour le compte de ses membres, c'est-à-dire pour défendre leurs intérêts. Or, là encore, le droit fédéral connaît – par l'intermédiaire de la jurisprudence du Tribunal fédéral – une solution assez claire et bien établie, qui subordonne ce type de recours à quatre conditions: l'association ou la personne morale a qualité pour interjeter un tel recours si elle est organisée juridiquement, qu'elle a pour but statutaire la défense des intérêts de ses membres, qu'une grande partie de ceux-ci est touchée par la décision litigieuse et, enfin, que les membres individuellement ont ou auraient eux aussi qualité pour recourir dans le cas concret¹³⁵.

La question que pose la lettre *b* de l'article 40 est donc celle de savoir si la disposition vise simplement à rappeler cette jurisprudence ou si, au contraire, elle entend la modifier, notamment dans un sens plus libéral, en abandonnant trois des quatre conditions posées par la jurisprudence du Tribunal fédéral (puisque le texte de la disposition

¹³³ Voir le Rapport précité (note 83), ad art. 3.32, p. 22.

¹³⁴ Les personnes morales sont ainsi titulaires, en tous les cas (c'est-à-dire quel que soit leur but "statutaire") des droits garantis aux art. 10, 11, 22 (partiellement), 24, 24bis, 26, 27, 28, 29, 30 (pour les associations), 31, 32 (la question est controversée), 34, 35, 36 et 37; ce n'est pratiquement que pour ce qui est de l'art. 23 (liberté de croyance) que la titularité dépend du but statutaire: seules peuvent l'invoquer les personnes morales à but religieux (églises, sectes). Les autres droits fondamentaux (droit à la vie, interdiction de la torture, par exemple) n'appartiennent pas aux personnes morales.

¹³⁵ Voir par exemple ATF 125 I 71, 75, *Sektion Bern des Schweizer Berufsverbandes der Krankenschwestern und Krankenpfleger*, du 18 décembre 1998, 123 I 221, 225, *Demokratische JuristInnen der Schweiz*, du 7 avril 1997.

n'en mentionne explicitement qu'une). Le rapport de la Commission 3 n'est à cet égard pas clair. Toutefois, il faut préciser que, si tel est le cas – ce qui relève d'un choix politique sur lequel le présent rapport n'a pas à s'exprimer –, cet élargissement n'aurait sans doute d'effet que s'agissant des voies de recours au niveau cantonal, et non du recours de droit public au Tribunal fédéral.

Quoi qu'il en soit, il conviendrait à mon sens que la rédaction de la disposition soit revue afin d'en clarifier et d'en préciser le contenu.

Ad article 41 *Restriction des droits fondamentaux*

Sous réserve de ce qui a été dit plus haut à propos de la "classification" des droits fondamentaux et de la controverse relative au "champ d'application" du système des restrictions – application de l'article 41 à tous les droits du catalogue ou, au contraire, aux seules libertés? –¹³⁶, la disposition, qui reprend l'article 36 de la Constitution fédérale, n'appelle aucun commentaire particulier.

Ad article 42 *Devoirs et responsabilités*

Sous réserve de ce qui a été dit plus haut à propos de la "fausse symétrie" entre droits et devoirs¹³⁷, la disposition n'appelle aucun commentaire particulier.

D. Remarques relatives au titre III

1. *Observations générales sur le titre*

Intitulé et structure générale du titre: Cohérence formelle: "équilibre" entre tâches et responsabilités: Sous l'intitulé général "Tâches et responsabilité de l'Etat et des communes", le titre III de l'avant-projet regroupe 33 dispositions (art. 43 à 74) proposant un catalogue de tâches ainsi qu'un article sur *la* "Responsabilité de l'Etat et des communes". Comme on l'a fait à propos de l'article 42, sur les devoirs, dans le titre précédent, on peut constater ici aussi un certain déséquilibre entre les tâches, d'un côté, auxquelles l'avant-projet consacre 32 articles, et la responsabilité, de l'autre, qui tient en une seule disposition, formant à elle seule un chapitre. A ce déséquilibre "quanti-

¹³⁶ Voir à ce sujet le chiffre 2. Classification des droits fondamentaux?, ad *Observations générales sur le titre II*.

¹³⁷ Voir ci-dessus, ad *Observations générales sur le titre II, in initio*.

tatif" s'ajoute une différence de nature: alors que les dispositions sur les tâches ont essentiellement une valeur programmatrice – sous réserve d'exceptions (à ce propos, voir ci-dessous) –, l'article 74 sur la responsabilité a quant à lui une portée normative assez forte, puisqu'il *fonde*, indépendamment de toute action législative, la responsabilité pour actes illicites de l'Etat et des communes. A cela s'ajoute qu'il serait préférable de dissocier les deux choses, afin d'éviter l'amalgame qui consisterait à croire qu'elles sont intrinsèquement liées en ce sens que le "simple" inaccomplissement d'une tâche prescrite entraînerait la responsabilité de l'Etat ou des communes. Cela n'est certes juridiquement pas exclu, l'inobservation de la constitution représentant sans doute un acte illicite, mais il faudrait encore que les autres conditions de la responsabilité – dommage, lien de causalité, etc. – soient remplies.

Cela dit, le choix de la place de cette disposition appartient à l'Assemblée constituante. Les autres constitutions cantonales offrent d'ailleurs une belle palette de solutions diverses¹³⁸.

Destinataires des dispositions sur les tâches: Etat et/ou communes?: Rédaction et, éventuellement, fond (cohérence matérielle): Le catalogue des tâches que l'avant-projet impartit au canton et aux communes soulève, en l'état, une question plus délicate en ce qui concerne les destinataires de ces dispositions. Tel qu'il est issu de la première lecture et des travaux de la commission de rédaction, en effet, l'avant-projet cherche, par la terminologie utilisée, à séparer clairement et systématiquement les tâches qui relèvent de la (seule) compétence du canton – que l'avant-projet désigne par le terme "l'Etat" – de celles qui s'adressent aux deux niveaux de collectivités publiques, c'est-à-dire à l'Etat et aux communes¹³⁹.

Or, il n'est pas certain, en l'état, que la distinction soit toujours rigoureusement faite. Du moins est-elle parfois surprenante à première vue. Ainsi, par exemple, l'article 43 ne vise-t-il réellement que l'Etat, les communes n'assurant pas un "service public"? La même question se pose, pour prendre d'autres exemples, pour l'article 47 al. 1^{er}, sur le "monopole de la force publique", l'article 55, relatif à la culture et à la création artistique, et l'article 60, sur les transports. En bref: l'As-

¹³⁸ Du reste, les autres constitutions cantonales présentent à cet égard une belle palette de solutions diverses. Ainsi, par exemple, la constitution neuchâteloise place cette responsabilité des collectivités publiques dans les "Dispositions générales" du titre premier (art. 6), la constitution bernoise dans les titres relatifs aux autorités, cantonales (art. 71) et communales (art. 111 al. 2), la constitution soleuroise dans les "dispositions générales" du titre relatif aux autorités cantonales (art. 64), la constitution glaronnaise dans le chapitre "droits fondamentaux et principes de l'Etat" (art. 18), etc.

¹³⁹ Sur cette distinction, qui se veut systématique, voir le bref commentaire du titre III, en page 24 de la brochure comprenant l'avant-projet soumis à consultation.

semblée constituante devrait à mon sens revoir soigneusement le libellé des diverses dispositions sur les tâches et vérifier que le "partage" des compétences qui y est indiqué correspond bien à sa volonté sur le fond.

La question n'est pas seulement d'ordre purement rédactionnel: on peut s'interroger aussi sur la portée "normative" de ce partage: concrètement, le fait que les communes ne sont pas mentionnées dans une disposition signifie-t-il qu'elles ont l'interdiction d'exercer une action dans le domaine considéré? Inversement, le fait qu'elles sont mentionnées signifie-t-il qu'elles ont – toutes – une obligation d'agir dans le domaine en question (sous peine, par exemple de violer la constitution et d'engager ainsi, éventuellement, leur responsabilité)?

"Justiciabilité" des tâches?: Fond (cohérence matérielle): Le titre III de l'avant-projet soulève enfin une question déjà évoquée lors de l'examen des droits fondamentaux, qui est celle du caractère justiciable – ou non justiciable – de ces tâches. Comme indiqué, l'idée générale sur laquelle semble s'être fondée l'Assemblée constituante est que les tâches ne sont – contrairement aux droits fondamentaux – pas justiciables¹⁴⁰.

Toutefois, ainsi qu'on l'a vu, l'articulation ou la coordination de certaines de ces tâches avec l'un ou l'autre des droits fondamentaux du titre II pourrait, selon l'interprétation qui est faite de ceux-ci, rendre ces tâches justiciables¹⁴¹.

A cela s'ajoute le fait que l'avant-projet instaure – c'est même une de ses innovations principales – une juridiction constitutionnelle complète, avec une cour constitutionnelle qui aura notamment la compétence de procéder, sur requête, à un contrôle de "la conformité d'une norme cantonale au droit supérieur" (art. 144 let. a), donc de la conformité des lois à la constitution. Or, l'avant-projet non seulement ne définit pas lui-même la "qualité" pour mettre en œuvre ce contrôle, laissant à la loi le soin de le faire (même disposition), mais il ne définit pas non plus la "mesure" de ce contrôle: en parlant de la "conformité au droit supérieur", il ne limite pas ce contrôle aux (seuls) droits constitutionnels et n'exclut donc pas un contrôle des normes par rapport à l'ensemble de la constitution.

Compte tenu de ces deux éléments, il n'est dès lors pas exclu que l'une ou l'autre des tâches mentionnées dans le titre III puisse un jour être considérée comme justiciable, notamment lorsque sa formulation

¹⁴⁰ Voir notamment ce qui a été dit ci-dessus, au chiffre 3. "Droits sociaux" – "Buts sociaux": la question de la justiciabilité, ad *Observations générales sur le titre II*, en particulier à la note 66.

¹⁴¹ Voir notamment ad *articles 14, 15, 17, 18, 19 et 20*.

constitutionnelle est suffisamment précise et concrète¹⁴². Cela dépendra toutefois de divers autres facteurs sur lesquels l'avant-projet reste aujourd'hui "ouvert", notamment la définition de la recevabilité de la requête à la Cour constitutionnelle (en particulier la "mesure" du contrôle et la qualité pour recourir¹⁴³), mais aussi le pouvoir de cognition et de décision de la Cour¹⁴⁴.

2. Observations article par article

Remarque liminaire: Seules seront mentionnées les dispositions qui appellent un commentaire particulier.

Ad article 43 Service public et délégation de compétences

Sur l'absence, surprenante, des communes à l'article 43, voir ci-dessus, ad *Observations générales sur le titre III*.

Alinéa 3: Rédaction et fond (cohérence matérielle): Telle qu'elle est formulée, la disposition pose, sur le fond, plusieurs questions, dont une de principe.

Tout d'abord, du point de vue *réductionnel*, on peut constater qu'elle parle de délégation de *tâches*, en se référant ainsi, apparemment, aux tâches qui sont énumérées dans les articles suivants du titre, alors que l'intitulé parle de "délégation de *compétences*", notion qui n'apparaît que plus loin, en relation avec les autorités (voir par exemple les art. 108 et ss, pour les compétences du Grand Conseil). Or, mais on entre là dans la question de fond, et la disposition devient assez obscure, on peut se demander ce qui est visé: l'Etat peut-il réellement se "délester" – même s'il garde la responsabilité – des *tâches* qui sont énumérées dans le titre III? La réponse est d'autant

¹⁴² De même, dans la constitution jurassienne, certaines dispositions du catalogue des tâches (art. 17 à 54) ont – partiellement au moins – un caractère justiciable: c'est le cas notamment de certaines de celles qui confèrent des "droits sociaux": voir MORITZ, précité (note 9), no 64, ad Remarques préliminaires au titre III, p. 167.

¹⁴³ Ainsi, il n'est pas indifférent, à cet égard, de savoir si le recours n'est ouvert qu'aux particuliers qui ont un intérêt personnel et juridiquement protégé (et qui ne peuvent donc invoquer que des *droits* que la constitution leur accorde), ou s'il est ouvert également à des collectivités publiques (les communes) et à des organes de l'Etat (Gouvernement, groupes parlementaires, etc.) qui, eux, peuvent évidemment invoquer un "spectre" beaucoup plus vaste de griefs que la (seule) violation des droits constitutionnels.

¹⁴⁴ Sur l'ensemble de la problématique, et avec des exemples tirés de l'expérience de la constitution jurassienne, qui "pratique" ce système depuis plus de vingt ans, cf. MORITZ, précité (note 9), nos 44-60, ad Remarques préliminaires au titre III, p. 155-166. Cette expérience montre qu'il n'y a eu ni afflux de requêtes, ni "ingérence" de la Cour constitutionnelle dans l'activité du Parlement.

plus incertaine que les tâches en question ont, pour la plupart d'entre elles, pour objet d'impartir un mandat au *législateur*; or, la disposition ne vise probablement pas – ou du moins pas principalement – à permettre à celui-ci de "déléguer" sa compétence législative à des particuliers, mais de permettre à l'Etat (et aux communes?) de déléguer, dans les domaines de "tâches" énumérés, certaines compétences (probablement plutôt administratives que législatives) à des particuliers¹⁴⁵.

Or, si c'est bien ce qui est visé, la disposition soulève un autre problème. Il est aujourd'hui généralement reconnu en Suisse – c'est notamment la position du Tribunal fédéral – que la délégation de compétences à des particuliers par une collectivité publique est admissible – à condition que la constitution ne l'exclue pas – *pour autant qu'elle soit prévue par une loi au sens formel*. Ainsi, tel qu'il est formulé, l'alinéa 3 de l'article 43 énonce me semble-t-il une évidence, mais omet l'essentiel: il omet de dire *qui* peut et doit décider de la délégation¹⁴⁶.

Ad article 44 *Information du public*

Sans commentaire particulier¹⁴⁷.

Ad article 46 *Médiation privée et administrative*

Intitulé: Rédaction: On peut se demander si le substantif ne devrait pas figurer au pluriel du moment qu'il est question de deux (types de) médiations différentes¹⁴⁸.

¹⁴⁵ C'est sans doute bien la délégation à des particuliers qui est visée ici, puisque les autres formes de délégation (du Grand Conseil au Conseil d'Etat ou du canton aux communes) sont traitées ailleurs (art. 115 al. 3 et 125 al. 2; 155). Il me paraît toutefois nécessaire de le préciser en disant à *qui* s'adresse cette délégation.

¹⁴⁶ Il me semble donc – mais peut-être n'ai-je pas compris ce qui est visé – que la disposition devrait être rédigée de façon assez différente, par exemple: "La loi [ou, si l'on ajoute les communes: "La loi ou le règlement communal ..."] peut déléguer, entièrement ou partiellement, certaines tâches [ou compétences?] à des particuliers. La responsabilité de l'Etat [ou: de la collectivité publique] est réservée". Une autre formule, plus souple (parce qu'elle permettrait au législateur de subdéléguer à l'exécutif la faculté de déléguer), consisterait à dire, par exemple: "La loi [ou: "La loi ou le règlement communal ..."] peut prévoir ou autoriser la délégation, totale ou partielle, de certaines tâches [ou compétences?] à des particuliers. La responsabilité de l'Etat [ou: de la collectivité publique] est réservée".

¹⁴⁷ En l'état de mes connaissances, qui ne sont peut-être pas à jour, le projet de loi du Conseil d'Etat sur l'information et l'accès aux documents comporte une variante excluant les communes de son champ d'application; cette variante ne serait pas conforme aux dispositions de l'avant-projet, en particulier à l'art. 44 et, surtout, à l'art. 24 al. 2 let. c.

Ad article 47 *Sécurité et police*

Sur l'absence des communes à l'alinéa 1^{er}, voir ci-dessus, ad *Observations générales sur le titre III*. Il y a de ce fait contradiction entre l'alinéa 1^{er} et l'alinéa 2.

Ad chapitre 3 *Enseignement et formation*

Ce chapitre a subi, par rapport au texte issu de la première lecture de l'Assemblée, plusieurs modifications de structure, en particulier s'agissant de l'articulation des deux premières dispositions (art. 48 et 48bis), que la commission de rédaction avait proposé de réunir en un seul article, mais que l'Assemblée a finalement décidé de maintenir séparées, dans sa séance du 15 juin 2001¹⁴⁹. Or, plusieurs alinéas ont, au fil de ces discussions, été transférés d'un article à l'autre.

La version finalement mise en consultation me paraît proposer une structure logique, en ce sens qu'elle ouvre le chapitre par un article sur l'enseignement public en général, pour continuer ensuite avec une disposition spécifique pour chacune des différentes formes (ou étapes, ou encore niveaux) de l'enseignement (de base, secondaire, supérieur, etc., art. 48bis et ss). Or, logiquement, la première disposition devrait regrouper *toutes* les règles qui, selon la volonté de l'Assemblée constituante, s'appliquent à *toutes* les formes de l'enseignement public. Je ne suis cependant pas sûr que la répartition telle qu'elle est proposée actuellement par l'avant-projet, notamment entre les articles 48 et 48bis, corresponde pleinement à cette logique et à la volonté politique de l'Assemblée constituante. Cette incertitude vaut notamment pour l'alinéa 3 de l'article 48, qui figurait à l'origine sous l'enseignement de base, et pour les alinéas 2 à 5 de l'article 48bis, dont on peut se demander s'ils ne sont effectivement applicables qu'à l'enseignement de base. Il conviendrait que la commission de rédaction vérifie ce point.

Ad article 48 *Enseignement public*

Alinéa 2: Rédaction: Le pronom "il" renvoie à l'Etat et non, comme il le devrait, à l'enseignement public. Il faudrait donc dire "Celui-ci ..." ou "Ce dernier ...".

Par ailleurs, il faut signaler, mais cela touche déjà le fond, que l'alinéa est quelque peu redondant, doublement même: d'une part, le respect

¹⁴⁸ On pourrait aussi envisager de répéter le substantif.

¹⁴⁹ Voir *Bulletin de séance* précité (note 17), p. 18-20.

de la "liberté de pensée, de conscience et de croyance"¹⁵⁰ est pratiquement synonyme de "neutre politiquement et confessionnellement"; d'autre part, l'idée contenue dans cette disposition résulte déjà de la liberté d'opinion de l'article 24 et de la liberté de conscience et de croyance de l'art. 23 de l'avant-projet¹⁵¹. Aussi, juridiquement, la disposition n'est pas nécessaire. On peut cependant estimer utile de la répéter ici, mais il ne me paraît pas très opportun de le faire "à double", car cela ne clarifie pas son contenu.

Ad article 48bis *Enseignement de base*

Alinéa 4: Rédaction: Indépendamment des questions de fond qu'elle soulève, questions qui ressortissent à la politique, on peut noter, d'un point de vue juridique, que cette disposition illustre bien, de par son caractère concret, précis et détaillé, la problématique évoquée plus haut s'agissant de l'éventuelle justiciabilité de certaines "tâches"¹⁵².

Pour ce qui est de la rédaction, il faut ajouter que, telle qu'elle est formulée, la disposition n'est pas claire s'agissant de l'articulation entre les deux langues exigées, nationale et étrangère; si la notion de langue nationale est bien définie (art. 4 de la Constitution fédérale), celle de "langue étrangère" prête en revanche à confusion (une langue étrangère peut être une langue nationale), de sorte qu'on ne voit guère, concrètement, ce que permet ou interdit la disposition.

Ad article 50 *Enseignement supérieur et recherche*

Alinéa 1^{er}: Rédaction: On peut se demander si le substantif "enseignement" ne devrait pas être répété, si tant est que, comme j'ai cru le comprendre sans toutefois être spécialiste de la matière, l'enseignement universitaire et l'enseignement de niveau tertiaire sont (les) deux formes différentes de l'enseignement "supérieur" dont parle l'intitulé de la disposition. La formulation de l'avant-projet, avec un seul substantif accompagné de deux compléments (qui plus est grammaticalement différents), me paraît ambiguë.

¹⁵⁰ Peut-être serait-il préférable de dire "la liberté *d'opinion* et la liberté de conscience et de croyance", car deux libertés différentes sont visées et, si la seconde se réfère à une notion connue de l'avant-projet (art. 23), l'autre utilise une terminologie (liberté de pensée) qui n'est pas celle de l'avant-projet (cf. art. 24).

¹⁵¹ On rappellera à cet égard que le principe de la "neutralité confessionnelle des écoles publiques" qui figurait auparavant à l'art. 27 al. 3 de l'ancienne Constitution fédérale n'a pas été repris explicitement dans la nouvelle, parce qu'il découle implicitement à la fois de l'art. 15 al. 4 (liberté religieuse) et de l'art. 62 al. 2 de cette Constitution.

¹⁵² On peut du reste se demander si une telle disposition est de rang constitutionnel.

Ad article 51 *Formation continue et formation des adultes*

Intitulé et alinéa 1^{er}: Rédaction: Toujours en précisant n'être pas spécialiste, il me semble qu'une question analogue se pose: l'alinéa 1^{er} vise apparemment deux formations différentes, la (formation) permanente et la (formation) continue, l'alinéa 2 traitant d'une troisième forme. Or, l'intitulé n'en reconnaît que deux et ne "couvre" donc pas l'entier de la disposition. De plus, à l'alinéa 1^{er}, la répétition du substantif "formation" aurait me semble-t-il, comme pour l'article précédent, l'avantage de clarifier la situation.

Ad article 52 *Aide à la formation et bourses*

Fond (cohérence matérielle): Sur la coordination et l'articulation entre la disposition, en particulier l'alinéa 2, avec le droit fondamental correspondant, voir ci-dessus, ad *article 15*. On ajoutera encore que, contrairement à l'article 15, l'article 52 al. 1^{er} ne limite pas l'aide de l'Etat à la formation *initiale*, de sorte que l'articulation entre les deux normes n'en devient que plus complexe et difficilement compréhensible.

Au surplus, la formulation de l'alinéa 1^{er} fait apparaître une notion nouvelle, ou une nouvelle forme d'enseignement, l'enseignement *parapublic*, qui n'a jamais été évoqué ni défini auparavant (l'avant-projet n'a parlé, jusque-là, que de l'enseignement *public*) et ne le sera pas non plus par la suite (suite où l'avant-projet ne parle que de l'enseignement privé, reconnu d'utilité publique, art. 53).

Ad article 53 *Enseignement privé*

Rédaction: La notion de "possibilités de formations complémentaires aux siennes" n'est pas très claire¹⁵³.

Ad article 54 *Patrimoines naturel et patrimoine culturel*

Structure et articulation (cohérence formelle et matérielle): L'articulation entre cette disposition et celle qui figure plus bas, sous l'intitulé "Environnement", dans un autre chapitre du titre III (chapitre 5, art. 57), n'est pas des plus claires, en particulier s'agissant du patrimoine naturel: on peut notamment se demander si l'alinéa 3 de l'article 57

¹⁵³ Le qualificatif "complémentaires" peut se référer aussi bien à "formations" qu'à "possibilités"; dans le premier cas, il suggère même, si on le prend à la lettre, l'idée que seul l'enseignement privé qui *complète* l'enseignement public – et non celui qui s'y substitue – pourrait être reconnu, ce qui serait en contradiction avec l'art. 14 al. 2.

ne relève pas de la protection du patrimoine (naturel) et, donc, de l'article 54. Cet alinéa présente d'ailleurs certaines redondances avec l'article 54 al. 1^{er} et 3, mais aussi certaines divergences (ceux-ci s'adressent à l'Etat seul, celui-là à l'Etat et aux communes).

Ad article 55 *Culture et création artistique*

Sur l'absence, surprenante, des communes dans cette disposition, voir ci-dessus, ad *Observations générales sur le titre III*.

Ad article 57 *Environnement*

Sur les difficultés d'articulation entre la disposition, spécialement son alinéa 3, et l'article 54, voir ci-dessus, ad *article 54*.

Ad article 60 *Transports et communications*

Sur l'absence, surprenante (notamment sous l'angle de l'alinéa 3), des communes dans cette disposition, voir ci-dessus, ad *Observations générales sur le titre III*.

Alinéa 2: Rédaction: La formulation de la disposition est, me semble-t-il, peu claire, notamment en raison du double pronom "ceux qui", dont on ne voit pas très bien à quoi il se réfère (les "besoins des usagers ... qui sont spécifiques ..."): aux besoins des usagers des régions excentrées ou aux besoins des régions excentrées?

Ad chapitre 6 *Economie et agriculture*

Intitulé: Rédaction: L'intitulé du chapitre ne "couvre" pas entièrement son contenu; il y manque la sylviculture, qui figure dans l'intitulé de l'un des deux articles du chapitre. Une solution consisterait peut-être, si l'on ne veut pas mentionner la sylviculture dans l'intitulé du chapitre, à ne parler, dans celui-ci, que d'"Economie", tout simplement, terme qui couvre aussi bien la "Politique économique" que l'"Agriculture et sylviculture", sans apparaître dans aucun des deux intitulés des articles.

Ad article 61 *Politique économique*

De manière générale, on peut se demander, tout d'abord, si l'absence de mention des communes dans cette disposition correspond bien à la volonté de l'Assemblée constituante (sur la question, voir ci-dessus, ad *Observations générales sur le titre III*).

Alinéa 3: Conformité au droit fédéral: L'alinéa 3 soulève une question délicate s'agissant de sa conformité au droit fédéral. Il résulte en effet

de la double garantie fédérale de la *liberté économique* (art. 27 de la Constitution fédérale) et du *principe de la liberté économique* (art. 94 de la même Constitution) qu'il est interdit aux cantons (et aux communes) de prendre des mesures qui dérogent à ce *principe*, notamment des mesures qui ont pour but d'intervenir dans le jeu de la concurrence, pour favoriser certains secteurs économiques ou certaines entreprises au détriment d'autres secteurs ou entreprises. Or, la concurrence entre grandes et petites ou moyennes entreprises relève du principe de la liberté économique.

Dès lors, on peut se demander si la disposition, qui entend explicitement favoriser les petites et moyennes entreprises s'agissant de l'aide de l'Etat, n'est pas contraire au droit fédéral. A mon sens, la réponse pourrait être affirmative, car on ne voit guère comment la disposition pourrait être interprétée conformément à la liberté économique et au principe de la libre concurrence.

On peut mentionner à ce propos qu'aucune des dix constitutions cantonales récentes ne contient une telle disposition. Trois d'entre elles parlent certes spécifiquement des petites et moyennes entreprises, mais le font dans un contexte quelque peu différent, c'est-à-dire sans donner au canton le mandat direct "d'aider en particulier ce type d'entreprises"¹⁵⁴.

Ad chapitre 7 *Protection sociale et santé*

Structure et contenu du chapitre (cohérence formelle): La structure du chapitre, l'ordonnancement et la succession des diverses dispositions qui le composent, tels que réaménagés par la commission de rédaction, ont semble-t-il prêté flanc à la critique sur un point: la succession des articles 65 ("Intégration des personnes handicapées") et 66 ("Intégration des étrangers"), qui ne serait pas très heureuse du point de vue politique et symbolique¹⁵⁵. A vrai dire, c'est toutefois l'insertion même de l'article 66 dans ce chapitre "Protection sociale et santé" qui est discutable: l'accueil et l'intégration des étrangers ne

¹⁵⁴ Comparer l'art. 50 de la constitution bernoise ("Le canton et les communes créent des conditions propices à une économie performante et équilibrée du point de vue structurel et régional" [al. 1^{er}] et "Ils visent à maintenir de petites et moyennes entreprises viables et à conserver un réseau finement ramifié de commerces de détail" [al. 2]); voir aussi, dans un sens proche, l'art. 121 de la constitution de Bâle-Campagne, ainsi que, pour l'agriculture et les "eigenständige Familienbetriebe", l'art. 44 al. 2 de la constitution d'Appenzell Rhodes-Extérieures.

¹⁵⁵ Encore que déplorer cette succession comme malheureuse pour les étrangers n'est à son tour pas très heureux pour les personnes handicapées.

relèvent à proprement parler ni de la protection sociale, ni de la santé¹⁵⁶.

Ad article 63 *Protection sociale*

Alinéa 2: Cohérence formelle et matérielle: Sur la redondance, non seulement inutile, mais fâcheuse, entre la disposition et le droit fondamental correspondant, voir ci-dessus, ad *article 21*.

Ad article 64 *Prévention de l'exclusion et réinsertion*

Alinéa 2: Cohérence matérielle: Sur les difficultés de coordination et d'articulation entre le revenu minimum de réinsertion garanti ici et le droit fondamental à un revenu minimum, voir ci-dessus, ad *article 20*.

Ad article 65 *Intégration des personnes handicapées*

Comme indiqué, l'avant-projet n'a pas repris, au titre des "droits fondamentaux", l'alinéa 4 de l'article 8 de la nouvelle Constitution fédérale, qui donne au législateur (fédéral, cantonal et communal) le mandat de prévoir "des mesures en vue d'éliminer les inégalités qui frappent les personnes handicapées". Plutôt que dans les droits fondamentaux, l'Assemblée constituante a préféré reprendre cette disposition ici, dans les tâches de l'Etat et des communes. Ce "déplacement" ne pose pas de problème dans la mesure où il est assez généralement admis, semble-t-il, que l'article 8 al. 4 de la Constitution fédérale ne confère pas aux particuliers un droit fondamental déductible en justice¹⁵⁷, et qu'il appartiendra donc au Tribunal fédéral de dire si, comme pour le mandat de l'alinéa 3 concernant l'égalité entre femmes et hommes, le juge pourra ou devra intervenir pour sanctionner l'éventuelle inactivité ou le retard du législateur.

Ad article 66 *Intégration des étrangers*

¹⁵⁶ Il est cependant difficile de "placer" l'art. 66 dans un autre des actuels chapitres du titre III. Dès lors, il me semble que deux solutions sont envisageables: soit lui attribuer son propre chapitre, nouveau, soit le maintenir où il est, c'est-à-dire dans le chapitre 7, mais en lui trouvant une place moins symboliquement "malheureuse"; ce pourrait être la première place, avec un intitulé du chapitre modifié, par exemple "Intégration, protection sociale et santé".

¹⁵⁷ Cf. BO CN 153, *Pelli*, rapporteur, PV 4963-4964 (Commission du Conseil des Etats, 5 mai 1998), BO CE 155-156. Il faut noter, sur ce point, que l'initiative parlementaire Suter et l'initiative populaire "Droits égaux pour les personnes handicapées" vont plus loin, en ce qu'elles prévoient toutes deux un droit – justiciable – d'accès aux constructions et installations destinées au public, droit qui aurait en outre un effet horizontal.

Sur l'emplacement de cette disposition, voir ci-dessus ad *Chapitre 7*.

Alinéa 2: Rédaction: j'ai quelque doute quant à savoir si, du point de vue linguistique, on peut réellement parler du "respect *réci-proque* ... des valeurs qui fondent l'Etat de droit", du moment que ces valeurs sont communes, contrairement aux identités qui, elles, sont différentes (et justifient donc l'adjectif "réci-proque"); peut-être faudrait-il répéter le substantif "respect".

Ad article 67 *Jeunesse*

Structure formelle: Comme pour l'article précédent, on peut s'interroger sur la place de cette disposition, qui ne relève pas directement de la protection sociale et de la santé.

Ad article 68 *Protection de la famille*

Alinéa 1^{er}: Cohérence matérielle et formelle: L'alinéa 1^{er} n'exprime pas vraiment une tâche, mais plutôt un but ou un principe. Il reprend d'ailleurs l'alinéa 4 de l'article 7 de l'avant-projet, avec une formulation légèrement différente, mais dont on ne voit pas qu'elle présente une différence matérielle (sauf en ce qui concerne le sujet: l'Etat, à l'art. 7, l'Etat et les communes ici!). Il y a donc, me semble-t-il, une redondance inutile.

Alinéa 3: Rattachement et structure formelle; rédaction: On peut se demander si cette disposition, sur l'accueil préscolaire et parascolaire des enfants, a bien sa place ici, dans le chapitre "Protection sociale et santé", ou ne devrait pas plutôt figurer dans le chapitre "Enseignement et formation", qui traite de toutes les formes ou étapes de l'enseignement, public et privé, ainsi que de la formation.

S'agissant de la rédaction, il faut noter que, tel qu'il est formulé, l'alinéa 3 présente la singularité d'imposer une tâche non seulement à l'Etat et aux communes, mais aussi aux "partenaires privés". On a donc, là, un devoir constitutionnel concret des particuliers, ce qui est assez étonnant et, juridiquement, douteux. La formulation devrait dès lors être revue¹⁵⁸.

Ad article 69 *Assurance maternité et congé parental*

Sur les difficultés d'articulation entre la disposition, spécialement son alinéa 1^{er}, et le droit fondamental correspondant, voir ci-dessus, ad *article 17*.

¹⁵⁸ On pourrait éviter la difficulté en disant, par exemple, "En collaboration avec l'Etat et les partenaires privés, les communes organisent ...".

Ad article 70 Santé

Sur les difficultés d'articulation entre cette disposition et le droit fondamental correspondant, voir ci-dessus, ad *article 18*.

Ad article 71 Logement

Sur l'articulation entre cette disposition et le droit fondamental à un logement d'urgence, voir ci-dessus, ad *article 21* et ad *article 63 al. 2*.

Ad article 72 Protection des consommateurs

Fond: Conformité au droit fédéral: La protection des consommateurs relève de la compétence fédérale (art. 97 de la Constitution fédérale), compétence qui est "globale". Toutefois, cette compétence n'étant pas exclusive, mais concurrente, les cantons gardent une compétence résiduelle tant que et dans la mesure où la législation fédérale n'a pas "épuisé" la matière et pour autant évidemment que les mesures cantonales respectent le principe de la liberté économique¹⁵⁹. Interprété ainsi, dans les limites du droit fédéral, l'article 72 ne pose à mon avis pas de problème de conformité à ce droit.

Ad article 73 Aide humanitaire et coopération au développement

Intitulé: Rédaction: Selon les règles de la *technique législative* au niveau fédéral, lorsqu'une subdivision n'est composée que d'un seul article, celui-ci n'a pas d'intitulé; il prend "automatiquement", en quelque sorte, celui de la subdivision elle-même¹⁶⁰. Cela évite de répéter deux fois le même intitulé, comme c'est le cas dans l'avant-projet pour le chapitre 8 du titre III et l'article 73. J'ignore si une telle règle existe en droit vaudois¹⁶¹.

Alinéa 1^{er}: Rédaction: La formulation de cet alinéa est quelque peu problématique dans la mesure où, à l'instar de l'article 68 al. 3, elle semble imposer un devoir constitutionnel concret à des particuliers

¹⁵⁹ Voir RENE RHINOW, in *Commentaire de la Constitution fédérale de 1874* (1988), nos 37 et 38 ad art. 31sexies.

¹⁶⁰ Pour un exemple concret, voir l'art. 41 de la (nouvelle) Constitution fédérale. La règle existe apparemment aussi dans les cantons de Berne (cf., par exemple, les art. 29 et 30 de la constitution), de Soleure (art. 40 de la constitution) et du Jura (art. 17 de la constitution).

¹⁶¹ La constitution actuelle n'a pas d'intitulé pour les articles. Au niveau législatif, la règle n'existe apparemment pas, si l'on en juge à la loi sur le Grand Conseil, du 3 février 1998: voir par exemple les art. 38 ("Huissiers"), 81 et 82 ("Commission des grâces" et "Commission des naturalisations").

("les organisations et les entreprises concernées"); il faudrait donc trouver une autre formulation. En outre, le texte de l'alinéa fait apparaître une notion nouvelle, celle des "autres pouvoirs publics", qui est pour le reste inconnue de l'avant-projet, et dont la signification – sur le fond – n'est pas claire; cette notion n'est, me semble-t-il, pas nécessaire¹⁶².

Ad article 74 *Responsabilité de l'Etat et des communes*

Intitulé: Rédaction: Même remarque que pour l'article 73, à propos de la *technique législative*.

Voir aussi, en ce qui concerne l'emplacement de cette disposition dans l'avant-projet, ci-dessus, ad *Observations générales sur le titre III*.

E. Remarques relatives au titre IV

1. *Observations générales sur le titre*

Intitulé, structure générale et contenu du titre: Rédaction et fond: Le titre IV, déjà passablement "remanié" et "réaménagé" par la commission de rédaction, tant en ce qui concerne la fond que la forme, appelle encore diverses observations qui concernent aussi bien la rédaction que le fond (la cohérence matérielle), et même, sur un point, la conformité au droit fédéral.

Pour ce qui est de la structure et de la forme, ce titre a été divisé en quatre chapitres. Le premier, sous l'intitulé "Droits politiques", définit la composition du "Corps électoral" (art. 75) et détermine, sous forme d'une annonce générale, en quelque sorte, ce qu'est le "Contenu [et exercice] des droits politiques" (art. 76), c'est-à-dire les compétences du corps électoral. Ce contenu est en effet repris ensuite dans le détail par le chapitre 2, pour les compétences électives (sous l'intitulé "Elections"), et par le chapitre 3, pour les compétences en matière de démocratie directe (sous l'intitulé "Initiative, référendum et motion populaires"; ce chapitre est lui-même subdivisé en trois parties, une

¹⁶² On pourrait, à mon sens, formuler ainsi: "En collaboration avec les organisations et les entreprises concernées, l'Etat et les communes participent à ...".

pour chacun de ces instruments¹⁶³). Le quatrième chapitre, enfin, traite de la "Participation à la vie publique".

Il faut noter à cet égard que ce chapitre ne traite pas directement des droits politiques, mais impartit à l'Etat et aux communes, voire aux partis politiques, diverses *tâches*. On pourrait donc se demander si le chapitre, ou du moins celles de ses dispositions qui n'ont pas un lien direct avec les droits politiques propre à justifier leur ancrage dans le titre IV – un tel lien pourrait être admis s'agissant des dispositions sur les partis –, ne devrai(en)t pas figurer plutôt dans le titre III.

Plus généralement, pour revenir à la structure et à la forme du titre, le réaménagement auquel a procédé la commission de rédaction procède donc d'une certaine logique. Toutefois, il fait aussi apparaître, çà et là, quelques questions "de style" sur lesquelles il conviendrait peut-être de revenir, notamment en ce qui concerne le choix des intitulés et de la terminologie. Ainsi, par exemple, l'intitulé du chapitre 2 ("Elections") est identique à celui de l'une des dispositions de ce chapitre (art. 77), ce qui devrait être évité. On reprendra ces questions ci-après, dans l'analyse article par article.

Quoi qu'il en soit, c'est surtout au niveau du fond que le titre IV soulève les questions les plus délicates.

2. Observations article par article

Remarque liminaire: Seules sont mentionnées les dispositions qui appellent un commentaire particulier.

Ad article 75 Corps électoral

Alinéa 1^{er}: Cohérence formelle et rédaction: Cet alinéa, sur le suffrage universel comme source de tout pouvoir, n'a qu'un lien assez indirect avec la définition "technique" du corps électoral, qui est l'objet principal de l'article 75. Il se rapproche en fait plutôt de l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de l'avant-projet, sur la souveraineté populaire, et on pourrait se demander s'il ne devrait pas y être transféré¹⁶⁴.

¹⁶³ Il faut signaler, dans l'avant-projet qui figure dans la brochure soumise à consultation, une petite erreur de "numérotation" de ces subdivisions: la lettre *B* revient deux fois.

¹⁶⁴ C'est du reste là, dans leur article 1^{er}, que les autres constitutions cantonales (les anciennes comme les plus récentes) proposent – quand elles en ont une – une formulation analogue à celle de l'art. 75 al. 1^{er}: voir par exemple l'art. 1 al. 2 de la constitution genevoise, de 1847, ainsi que les art. 1 al. 2 de la constitution neuchâtelaise, 2 al. 1^{er} de la constitution tessinoise, 1 al. 2 de la constitution bernoise et, surtout, pour une formule très semblable à celle de l'avant-projet, 1 al. 2 de la constitution de Glaris (voir la note suivante).

D'un point de vue purement rédactionnel, la formulation de l'alinéa me paraît un peu "alambiquée" et inélégante; il s'agit peut-être d'une question de goût, mais une simplification serait bienvenue¹⁶⁵.

Alinéa 2, lettre b: Rédaction: Peut-être serait-il judicieux de préciser, en ce qui concerne l'"autorisation", qu'il s'agit d'une "autorisation accordée en vertu du droit fédéral"; le terme "autorisation" seul n'est pas très explicite.

Pour ce qui est de la lettre a de l'art. 75 al. 2, et du "délai d'attente" de trois mois que l'avant-projet maintient, la question relève certes de la politique. On signalera toutefois que tous les autres cantons ont renoncé à ce délai, notamment parce qu'il implique des complications administratives non négligeables (le délai n'est pas applicable pour les votes fédéraux et implique donc qu'il faut distinguer les membres du corps électoral fédéral et ceux du corps électoral cantonal).

Ad chapitre 2 et article 77 Elections

Intitulés: Rédaction: Comme indiqué, l'intitulé du chapitre et celui de l'une de ses deux dispositions sont identiques, ce qu'il serait préférable d'éviter du point de vue de la technique législative¹⁶⁶.

Article 77 lettre d: Fond: Conformité au droit fédéral: L'article 77 lui-même, qui expose les diverses compétences électorales du corps électoral, soulève cependant un problème d'une toute autre envergure. Sa lettre d est en effet contraire au droit fédéral: les "députés vaudois au Conseil national" ne sont pas élus par le corps électoral *cantonal* tel qu'il est défini à l'article 75 de l'avant-projet, mais par le corps électoral *fédéral* – ou, plus précisément, la fraction "vaudoise" de ce dernier – tel que défini par le droit fédéral (art. 136 de la Constitution fédérale). Or, ces deux corps électoraux ne sont pas identiques, mais présentent, sur la base de l'avant-projet, au moins trois différences: concernant la nationalité (le corps électoral fédéral ne comprend pas les étrangers), le domicile (le corps électoral fédéral comprend les Suissesses et les Suisses de l'étranger, contrairement au corps électoral cantonal) et la "capacité civique" (l'avant-projet

¹⁶⁵ On pourrait notamment imaginer d'utiliser l'adverbe "indirectement", en parallèle avec "directement" qui y figure déjà. Comparer l'art. 1 al. 2 de Glaris: "Die Staatsgewalt beruht im Volk. Es übt diese unmittelbar an der Landsgemeinde, an der Gemeindeversammlung und an der Urne, mittelbar durch die vom ihm gewählten Behörden und Beamten aus".

¹⁶⁶ On pourrait éventuellement envisager de modifier l'intitulé du chapitre, mais aussi de rassembler les articles 77 et 77bis en une seule disposition (c'est la solution bernoise: art. 56), ou, au contraire, de faire deux dispositions différentes, l'une sur l'élection des autorités cantonales (Grand Conseil, Conseil d'Etat et président du Conseil d'Etat), l'autre sur l'élection de la députation au Conseil des Etats (c'est la solution neuchâteloise: art. 38 et 39).

ayant repris, à l'art. 75 al. 3, l'innovation introduite par la nouvelle constitution neuchâteloise au sujet des personnes interdites, disposition que le droit fédéral ne connaît pas, une personne interdite pour cause de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit n'appartient jamais au corps électoral fédéral mais pourrait appartenir au corps électoral cantonal)¹⁶⁷.

La disposition est donc erronée et, à mon avis, contraire au droit fédéral¹⁶⁸. Étonnamment, pourtant, on doit constater que la constitution bernoise contient une disposition identique, à son article 56, lettre c, disposition dont la garantie n'a fait l'objet d'aucune discussion, probablement parce qu'elle a échappé à l'examen des autorités fédérales¹⁶⁹. Il faut dire aussi, cependant, que dans le canton de Berne la "différence" entre le corps électoral cantonal et le corps électoral fédéral (fraction bernoise) est sensiblement moindre que dans l'avant-projet: elle ne concerne que le deuxième et le troisième des points mentionnés ci-dessus, la question des Suissesses et des Suisses de l'étranger et celle de l'interdiction¹⁷⁰.

La contradiction par rapport au droit fédéral est donc beaucoup plus flagrante – et irréductible – dans l'avant-projet, d'autant plus que celui-ci "élargit" ou "agrandit" le cercle du corps électoral par rapport au droit fédéral (alors que la constitution bernoise le "rétrécissait" plutôt).

Ad chapitre 3 *Initiative, référendum et motion populaires*

Remarque liminaire: Ce chapitre est sans doute l'un de ceux qui soulèvent les plus grosses difficultés de fond. Cela vaut en particulier pour la section A, relative aux initiatives populaires.

¹⁶⁷ Le "délai d'attente" de trois mois prévu par l'art. 75 al. 2 let. a constitue une quatrième différence.

¹⁶⁸ On voit en effet assez mal comment on pourrait l'interpréter conformément au droit fédéral, à moins de dire qu'elle est là uniquement pour rappeler le droit fédéral et qu'elle n'a aucune portée normative, le "corps électoral" auquel se réfère l'art. 77 n'étant pas celui qui est défini à l'art. 75; mais il faut bien voir qu'une telle interprétation serait absurde en ce qui concerne les autres lettres de l'art. 77.

¹⁶⁹ Le message du Conseil fédéral, du 6 décembre 1993, précité (note 24), FF 1994 I 401, n'en dit mot.

¹⁷⁰ Et encore, ces différences ne sont, dans la *constitution* bernoise, que "potentielles" ou "éventuelles", en ce sens que l'art. 55 al. 2 renvoie à la loi le soin de régler "le droit de vote des Suisses et Suissesses de l'étranger et l'exclusion du droit de vote pour cause d'interdiction ou d'incapacité de discernement"; la constitution elle-même pouvait donc éventuellement être considérée comme susceptible d'une interprétation conforme au droit fédéral. Il n'en demeure pas moins que, aujourd'hui, le canton n'ayant pas introduit le droit de vote des Suisses de l'étranger, les deux corps électoraux ne coïncident pas.

Ad A **Initiative populaire**

Il faut rappeler tout d'abord que cette subdivision a été sensiblement reformulée, avant la consultation, par la commission de rédaction, en grande partie sous l'impulsion du soussigné. Et il faut préciser aussi, d'emblée, que cette reformulation s'est plus ou moins sciemment écartée, sur certains points, du système qui avait été envisagé par l'Assemblée constituante, voire même, sur un point précis, d'une décision claire de ladite Assemblée (encore que cette décision ait ensuite été contredite, ultérieurement, par l'Assemblée elle-même, au chapitre de la révision totale de la constitution).

Dans ces conditions, il convient donc de rappeler tout d'abord la problématique de fond, et ses enjeux, afin que l'Assemblée constituante puisse décider en toute connaissance de cause, en deuxième lecture, la direction qu'elle entend prendre.

Dans le projet tel qu'il était issu de la première lecture, l'Assemblée constituante avait opté – sans toutefois, du moins me semble-t-il, avoir ni véritablement vu, ni discuté la question – pour un système de traitement des initiatives relativement simple, qui prévoyait que *toute initiative populaire aboutit toujours à un vote (obligatoire) du peuple*, quels que soient son *objet* (initiative constitutionnelle, initiative législative, initiative sur les décrets et initiative sur les traités¹⁷¹), sa *forme* (projet rédigé de toutes pièces ou proposition conçue en termes généraux¹⁷²) et le *sort* que lui réserve le Grand Conseil (qu'il l'approuve ou qu'il la désapprouve¹⁷³).

Ce système, adopté en première lecture par l'Assemblée constituante, a probablement été repris de l'avant-projet du groupe de travail mis en place en 1996 par le Conseil d'Etat et présidé par le chef du Département de la justice, de la police et des affaires militaires, Monsieur Josef Zisyadis¹⁷⁴, avant-projet dont les dispositions ont été as-

¹⁷¹ C'est-à-dire les quatre objets possibles d'une initiative populaire selon l'art. 78 de l'avant-projet.

¹⁷² C'est-à-dire les deux (seules) formes possibles d'une initiative populaire selon les art. 79 al. 1^{er}, 80 et 81 de l'avant-projet. Il faut noter – et c'est sur ce point que les propositions de la commission de rédaction s'écartent d'une décision formelle de l'Assemblée constituante, sanctionnée par un vote – que l'avant-projet soumis à consultation exclut la forme du "projet rédigé de toutes pièces" pour l'initiative visant la révision totale de la constitution, et cela contrairement à l'avant-projet adopté en première lecture (art. 4.3.1.3 et 4.3.1.4 initiaux): à ce sujet, voir ci-dessous, ad *article 79 al. 1^{er}*.

¹⁷³ Le Grand Conseil a en effet, dans le système prévu par l'avant-projet, ces deux possibilités: voir les alinéas 1 et 2 des art. 80 et 81.

¹⁷⁴ *Révision totale de la Constitution vaudoise, Rapport du Groupe de travail comprenant un avant-projet de Constitution cantonale ainsi qu'un commentaire général*, août 1997 (cité ci-après: avant-projet Zisyadis).

sez largement reprises, du moins de l'avis du soussigné, par la Commission 4 s'agissant du traitement des initiatives populaires¹⁷⁵. Ces propositions ont ensuite adoptées telles quelles par l'Assemblée plénière, à une réserve près¹⁷⁶. Le système en question correspond en outre – du moins en apparence – à celui qui est prévu par l'actuelle Constitution vaudoise, en son article 27 al. 1^{er} (4^e tiret), dans la version de 1977.

Toutefois, ce système ne correspond pas au droit vaudois actuel tel qu'il est concrétisé par la loi sur l'exercice des droits politiques (LEDP), du 16 mai 1989, ce qui est à première vue assez paradoxal. Or, à y regarder de plus près, le paradoxe n'est qu'apparent, dans la mesure en tout cas où le système tel qu'il est prévu par la Constitution actuelle – et qui a été, on l'a dit, repris par l'avant-projet *Zisyadis* et l'avant-projet initial de l'Assemblée constituante – présente, du moins aux yeux du soussigné, un défaut de logique.

Si ce système, qui, encore une fois, veut que *toute initiative populaire aboutisse toujours à un vote (obligatoire) du peuple*, quel que soit son objet, ne pose aucun problème – et est même parfaitement logique – pour ce qui est des initiatives visant la révision de la constitution (puisque toute modification de la constitution est soumise au référendum obligatoire¹⁷⁷), il n'en va pas de même pour les autres objets potentiels des initiatives populaires¹⁷⁸. Ainsi, par exemple, l'initiative législative a logiquement pour objet une *loi*, plus précisément l'adoption, la modification ou l'abrogation d'une loi, c'est-à-dire un acte qui – dans le canton de Vaud – n'est pas soumis au référendum

¹⁷⁵ Les dispositions proposées à cet égard par la Commission 4 sont en effet très semblables à celles de l'avant-projet *Zisyadis*: comparer les art. 91 et 92 de ce dernier avec les art. 4.3.1.3 et 4.3.1.4 de la Commission 4, qui sont matériellement identiques, sous réserve du système de vote dans l'hypothèse du vote simultané sur une initiative et un contre-projet.

¹⁷⁶ La réserve porte sur la question, déjà évoquée (note 172), des formes admissibles pour l'initiative tendant à la révision totale de la constitution: alors que la Commission 4, suivant en cela l'avant-projet *Zisyadis* (art. 91 al. 1^{er} *in initio*), excluait encore la forme du projet rédigé pour cette initiative (art. 4.3.1.4 tel que proposé par ladite commission), l'Assemblée plénière en a décidé autrement, admettant aussi la forme du projet rédigé de toutes pièces pour la révision totale. Sur cette décision, au demeurant problématique et en contradiction avec une décision ultérieure de la même Assemblée, voir *ad article 79 al. 1^{er}* ci-dessous.

¹⁷⁷ Art. 89 al. 1^{er} let. a de l'avant-projet. C'est du reste là une règle qui s'impose en vertu de la Constitution fédérale (art. 51 al. 1^{er}, 2^e phrase).

¹⁷⁸ Le commentaire figurant dans le rapport de la Commission 4 affirme simplement que la solution choisie correspond à celle du droit fédéral (en se référant à l'art. 139 al. 4 de cette dernière). Toutefois, c'est oublier que le droit fédéral ne connaît, précisément, que l'initiative *constitutionnelle*, et ignore l'initiative législative.

obligatoire, mais seulement assujetti au référendum facultatif¹⁷⁹. Dès lors, lorsque le Grand Conseil *approuve* une telle initiative – que celle-ci soit rédigée de toutes pièces ou formulée en termes généraux –, on ne voit pas très bien pourquoi le résultat de cette initiative, qui, encore une fois, est une "simple" loi, devrait encore être soumis obligatoirement au vote du peuple; le référendum facultatif, auquel sont assujetties toutes les lois, paraît suffisant. C'est du reste le système que la très grande majorité des cantons a adopté, à l'exception bien évidemment de ceux qui connaissent de toute façon le référendum obligatoire sur les lois¹⁸⁰. Et c'est également le système que le législateur vaudois de 1989 a retenu, nonobstant les termes de l'article 27 de la Constitution actuelle¹⁸¹.

Tels sont donc les motifs qui ont incité le soussigné, suivi par la commission de rédaction, à proposer – au travers des articles 78 à 81bis de l'avant-projet tel qu'il a été soumis à consultation – une so-

¹⁷⁹ Loi qui, selon la forme de l'initiative, aura été rédigée par les auteurs de l'initiative (pour les projets rédigés de toutes pièces) ou par le Grand Conseil lui-même (pour les propositions conçues en termes généraux).

¹⁸⁰ Dans ces cantons (Uri, Schwyz, Glaris, Soleure, Bâle-Campagne, Schaffhouse, Appenzell Rhodes-Intérieures, Grisons et Argovie), il est parfaitement logique que l'initiative législative soit soumise au vote obligatoire du peuple même lorsque le Grand Conseil l'approuve, puisque toutes les lois émanant directement du Grand Conseil le sont aussi. Parmi les autres cantons, ceux qui ne connaissent pas le référendum obligatoire en matière législative, et à l'exception de la Constitution vaudoise actuelle (art. 27, dont on a vu que la loi sur les droits politiques l'a allégrement modifié), seul le canton de Bâle-Ville (art. 28 al. 2 et 3 de la constitution) connaît une solution analogue à celle que prévoyait l'avant-projet de l'Assemblée constituante, c'est-à-dire une solution qui établit, en quelque sorte, un référendum obligatoire sur les lois *uniquement* lorsque celles-ci ont leur origine dans une initiative populaire. Voir aussi, à ce sujet, d'une manière générale, YVO HANGARTNER – ANDREAS KLEY, *Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zurich, 2000, p. 816 ss, qui paraissent considérer le système le plus répandu comme le plus logique. De même, ETIENNE GRISEL, *Initiative et référendum populaires*, Traité de la démocratie semi-directe en droit suisse, 2^e éd., Berne, 1997, p. 219 et ss, 226, qui est même plus explicite, estimant que "la solution inverse" (c'est-à-dire l'assujettissement au vote obligatoire) a "l'inconvénient d'être illogique et d'entraîner un vote souvent superflu"; cf. aussi p. 228, où l'auteur ajoute que le système du vote facultatif "permet, le cas échéant, de faire l'économie d'une votation inutile".

¹⁸¹ Voir les art. 99 à 103 LEDP (précitée), qui distinguent soigneusement les hypothèses de l'initiative *constitutionnelle*, laquelle aboutit dans tous les cas à un vote populaire obligatoire, de l'initiative *législative*, qui ne conduit à un référendum obligatoire que dans les cas où le Grand Conseil la désapprouve, et cela quelle que soit la forme de l'initiative (art. 102 al. 2, pour l'initiative rédigée de toutes pièces, qui déclare on ne peut plus explicitement que "l'initiative devient loi sans être automatiquement soumise au vote du peuple; cette loi est susceptible de référendum"; art. 103 al. 2, pour l'initiative conçue en termes généraux, qui précise tout aussi clairement que cette initiative "n'est pas soumise au vote du peuple; le Grand Conseil élabore la loi demandée, qui est susceptible de référendum").

lution qui, indiscutablement, s'écarte du système choisi originellement par l'Assemblée plénière – et prévu par l'actuelle Constitution vaudoise –, mais qui va dans la direction de la solution qui, au fond, et sous réserve de quelques points de détail sur lesquels on reviendra, est celle que le *législateur* vaudois a choisie, et qui est aussi, accessoirement, la plus répandue dans les autres cantons.

Cela dit, les deux systèmes sont, juridiquement et politiquement, envisageables¹⁸². Il appartient dès lors à l'Assemblée constituante de choisir, en connaissance de cause, celui qu'elle entend adopter et imposer (notamment au législateur vaudois, lequel semble avoir marqué une nette préférence, puisqu'il a, douze ans seulement après la révision constitutionnelle qui a introduit l'art. 27, procédé à une interprétation pour le moins large et libre de cette disposition¹⁸³).

La "reformulation" proposée par la commission de rédaction, et largement inspirée par le soussigné, n'avait donc pas pour but d'imposer à l'Assemblée constituante un (autre) système dont elle n'aurait pas voulu ou dont elle ne voudrait pas. Elle visait uniquement à mettre en évidence un problème de fond assez technique, mais dont les enjeux politiques ne sont pas négligeables, qui avait probablement quelque peu échappé à l'attention de la première lecture.

Il faut cependant préciser encore que la "reformulation" proposée par la commission de rédaction, c'est-à-dire la formulation qui a été mise en consultation, n'est elle-même pas exempte de lacunes, en ce sens qu'elle laisse subsister – ou qu'elle met en évidence – plusieurs autres questions que pose le régime des initiatives populaires. Ces questions seront traitées plus bas, dans le commentaire de chacun des articles en cause.

Toutefois, une question peut déjà être soulevée de manière générale à ce stade: celle du degré d'approfondissement ou de détail de l'avant-projet. En effet, le régime des initiatives populaires représente, on l'aura constaté, une matière assez technique et ardue. Vouloir le régler exhaustivement dans la constitution suppose nécessairement, vu le nombre des hypothèses à envisager, que plusieurs dispositions

¹⁸² En ce sens, peut-être faut-il voir là, comme cela a été exprimé au sein de l'Assemblée constituante, une simple querelle d'"évangile" entre professeurs (*Bulletin de séance N° 30, du 15 juin 2001, Annexe*, précité [note 17], p. 24). Voir toutefois la note 180 ci-dessus: les avis des deux professeurs en question ne semblent pas différents, à moins que M. Grisel en ait changé depuis. Quoi qu'il en soit, il n'en demeure pas moins qu'il y a, entre les deux systèmes, une différence de fond dont les enjeux politiques ne sont pas négligeables.

¹⁸³ A cet égard, il serait intéressant de connaître les raisons pour lesquelles le *législateur* vaudois (de 1989) a choisi un autre système que celui que les *constituants* (celui de 1977 comme celui de 2001) s'acharnent à vouloir lui imposer.

lui soient consacrées¹⁸⁴. Aussi est-il permis de se demander si ce régime doit être décrit et prescrit jusque dans les moindres détails par la constitution elle-même, ou si celle-ci ne doit pas se contenter d'en tisser la trame essentielle et de renvoyer, pour le reste, à la législation sur les droits politiques¹⁸⁵.

En fait, comme le soussigné l'avait indiqué dans un premier rapport à la commission de rédaction, diverses voies rédactionnelles sont envisageables, notamment les trois suivantes:

- Soit, pour rester dans la logique qui a prévalu jusqu'ici, on peut chercher à régler le tout de manière assez détaillée ici, dans ce chapitre, mais en consacrant alors pratiquement – comme le fait actuellement la loi sur les droits politiques – une disposition à chaque hypothèse¹⁸⁶. Cela suppose toutefois que l'Assemblée constituante tranche préalablement les questions de fond qui demeurent ouvertes.
- On pourrait aussi prévoir de séparer l'initiative portant sur la révision, totale ou partielle, de la constitution, pour la placer dans le titre relatif à ladite révision (le dernier titre), en ne réglant donc ici que les autres objets/formes d'initiatives (il reste tout de même six hypothèses).
- Enfin, la solution la plus simple, mais qui est aussi celle qui s'éloigne le plus de la logique adoptée jusqu'ici par l'Assemblée constituante, consisterait à renvoyer tout ou presque à la loi, sauf évidemment pour ce qui est de la révision de la Constitution (qui figurerait dans le dernier titre de celle-ci).

¹⁸⁴ Puisqu'il y a, selon l'avant-projet, quatre *objets*, deux *formes* et deux "*sorts*" (approuvée et désapprouvée) possibles (voir les notes 171 à 173 ci-dessus), le nombre des cas de figure est théoriquement de seize. Si l'on tente, comme l'a fait la commission de rédaction, de regrouper et combiner ces hypothèses dans la rédaction, cela conduit à une "densité normative" assez élevée et, en conséquence, à un problème de "lisibilité" du texte. Et encore faut-il préciser que le texte de la commission de rédaction ne prend pas en compte toutes les hypothèses: il ne tient en effet compte que de deux des quatre objets possibles de l'initiative (l'initiative *constitutionnelle* et *législative*); or, il est probable que suivant les réponses matérielles qui seront données aux questions de fond posées ci-dessous, l'intégration des deux autres objets (initiative sur les décrets et sur les traités) vienne compliquer encore la rédaction. Voir ci-dessous, ad *article 79 al. 1^{er}*.

¹⁸⁵ Le constituant neuchâtelois, par exemple, a clairement choisi la seconde voie, sauf pour les initiatives constitutionnelles: voir les art. 40, 101 et 102 de la constitution neuchâteloise.

¹⁸⁶ Le droit actuel, qui ne connaît que deux objets pour deux formes d'initiatives, y consacre aujourd'hui, cinq articles de la loi sur l'exercice des droits politiques (art. 99 à 103).

Les deux dernières voies peuvent du reste aussi être combinées¹⁸⁷.

Ad article 78 Objets

Lettre c: Rédaction: La terminologie utilisée ici, "... d'un concordat ou d'un traité *international*", est doublement problématique: d'une part, elle laisse de côté les concordats et traités *intercantonaux*, qui sont sans doute aussi visés par la disposition; d'autre part, elle n'est pas en harmonie avec celle employée aux articles 82 et 83, sur le référendum, où il est question des "traités ou concordats", sans adjectif.

La formulation elle-même mérite un réexamen: généralement, en effet, on n'ouvre pas des "négociations en vue de ... la dénonciation d'un concordat ou d'un traité ...", comme le laisse entendre le texte, mais on le dénonce, simplement¹⁸⁸.

Lettre d: Rédaction et fond (cohérence matérielle): Là aussi, la terminologie, "... décret du Grand Conseil soumis au référendum facultatif", est problématique, à plusieurs égards même si on la met en relation avec d'autres dispositions de l'avant-projet:

- En premier lieu, la formulation laisse supposer, logiquement, qu'il y a des décrets du Grand Conseil qui ne sont *pas* soumis au référendum facultatif; or, ce n'est pas ce qui paraît résulter de l'article 83 al. 1 let. *b*, aux termes duquel *tous* les décrets semblent assujettis au référendum facultatif. L'alinéa 2 de l'art. 83 réserve certes certains actes du Grand Conseil qui ne sont pas assujettis au référendum facultatif, mais, si l'on s'en tient à la définition du *décret* telle qu'elle est donnée par l'article 115 al. 1 let. *b* (actes généraux et concrets), il n'est pas du tout certain que les actes visés par l'article 83 al. 2 soient des décrets (ces actes semblent plutôt relever de la catégorie des décisions de l'art. 115).
- A vrai dire, plus que l'article 78 lettre *d*, c'est la notion même du *décret* qui paraît poser problème. Toutefois, évidemment, suivant la manière dont celui-ci est défini, la portée concrète de l'article 78 let. *d* sera plus ou moins importante. Ainsi, avec la définition du *décret* de l'article 115 de l'avant-projet, soit un "acte général et concret", il n'est pas certain que l'article 78 aille dans le sens voulu par la Commission 4, à savoir permettre l'initiative à propos

¹⁸⁷ C'est la solution qu'a choisie le constituant neuchâtelois (références à la note 185).

¹⁸⁸ Comparer la formulation de l'art. 58 al. 1 let. *c* de la constitution bernoise, qui paraît plus correcte.

des "décisions concrètes et ponctuelles"¹⁸⁹. On reviendra ultérieurement sur ce point.

Ad article 79 *Forme, nombre et délai de récolte des signatures*

Intitulé: Rédaction: L'intitulé de la disposition suscite une petite difficulté dans la mesure où la "Forme ..." dont il est question est celle de l'initiative et non, comme pourrait le laisser croire le libellé, celle des signatures.

Alinéa 1^{er}: Fond: Comme indiqué précédemment¹⁹⁰, c'est sans doute la disposition pour laquelle la commission de rédaction s'est le plus manifestement écartée d'une décision formelle de l'Assemblée plénière, qui a même été sanctionnée apparemment par un vote: alors que l'Assemblée a sciemment voulu – au contraire de la Commission 4¹⁹¹ – innover et permettre la forme du projet rédigé de toutes pièces aussi pour l'initiative tendant à la révision totale de la constitution, l'article 79bis al. 1^{er} de l'avant-projet soumis à consultation l'exclut. Le soussigné, qui ignorait à l'époque l'existence d'une décision formelle de l'Assemblée constituante sur ce point, porte l'entière responsabilité de ce revirement¹⁹². Toutefois, il faut préciser que l'Assemblée constituante elle-même semblait avoir au moins implicitement contredit sa propre décision en n'y adaptant pas, ultérieurement, dans le titre sur la révision de la constitution (titre IX), les dispositions relatives à la révision totale. En effet, tel qu'il est rédigé – et la commission n'a apporté à cet égard aucune modification au texte adopté par l'Assemblée –, l'article 185 al. 2 de l'avant-projet paraît logiquement exclure la forme du projet rédigé pour l'initiative demandant la révision totale: face à un projet rédigé, on ne voit en effet pas en quoi un vote de principe devrait avoir lieu, suivi d'un vote subsidiaire sur la question de savoir qui, du Grand Conseil ou d'une Assemblée constituante, *rédigera* le texte. Or, le texte de l'article 185 al. 2 prévoit impérativement cette procédure et n'en réserve aucune autre, ce qu'il devrait pourtant faire si l'on admet le système, voulu par l'Assemblée plénière, de l'initiative sous forme d'un projet entièrement rédigé également pour la révision totale de la constitution¹⁹³.

¹⁸⁹ Rapport de la Commission 4 à l'Assemblée constituante, du 30 juin 2000 (Droits politiques), ad art. 4.3.1.1, p. 17.

¹⁹⁰ Voir les notes 172 et 176 ci-dessus.

¹⁹¹ Et au contraire aussi de l'avant-projet *Zisyadis*: cf. la note 176 ci-dessus.

¹⁹² Revirement qui a du reste été discuté et déploré lors de la séance plénière du 15 juin 2001 (Bulletin de séance N° 30, précité [note 17], p. 24).

¹⁹³ Dans cette hypothèse, en effet, du moment que le texte est déjà rédigé – et que les autorités n'ont pas le droit d'y toucher: c'est là l'élément caractéristique de l'initiative rédigée –, un seul vote suffit, par lequel le peuple accepte ou refuse la nouvelle constitution qui lui est proposée.

Si elle entend maintenir sa décision, l'Assemblée constituante devrait donc adapter en conséquence les dispositions sur la révision totale, concrètement l'article 185.

L'opportunité de maintenir cette décision, c'est-à-dire de permettre l'initiative rédigée de toutes pièces pour la révision totale de la constitution, relève avant tout d'une décision politique, sur laquelle le présent rapport n'a en principe pas à se prononcer. Une remarque de caractère technique paraît toutefois nécessaire. Parmi les autres cantons, une large majorité exclut la forme "rédigée de toutes pièces" pour la révision totale¹⁹⁴. Schaffhouse paraît en revanche connaître un système semblable à celui prévu par l'avant-projet, encore que la solution ne soit pas tout à fait claire, comme le relève le professeur ETIENNE GRISEL: "A Schaffhouse, l'article 108, alinéa 1, Cstc. renvoie à l'article 43, lequel autorise l'initiative formulée; toutefois, celle-ci ne paraît pas recevable, car l'alinéa 4 de l'article 108 charge le Grand Conseil ou une Constituante d'élaborer la nouvelle Constitution"¹⁹⁵. A Genève, l'art. 65 A prévoit *explicitement* que l'initiative "peut proposer une révision totale ou partielle de la constitution rédigée de toutes pièces"; néanmoins, l'initiative est conçue comme une "proposition au Grand Conseil" (art. 64) et l'art. 179, relatif à la révision de la constitution, précise que "tout projet de changement à la constitution est d'abord délibéré et voté suivant les formes prescrites pour les lois ordinaires", c'est-à-dire par le Grand Conseil, de sorte que, là non plus, la solution ne paraît très claire¹⁹⁶.

On peut, me semble-t-il, déduire de tout cela que le système décidé en première lecture par l'Assemblée constituante n'est pas exclu, mais que, si elle le maintient, l'Assemblée devrait préciser à l'article 185 quel est le pouvoir du Grand Conseil ou de l'Assemblée constituante face à une initiative rédigée de toutes pièces: peuvent-ils no-

¹⁹⁴ Voir à ce sujet HANGARTNER – KLEY, précités (note 180), nos 1997-1998, p. 796-797.

¹⁹⁵ GRISEL, précité (note 180), p. 191. Voir aussi HANGARTNER – KLEY, précités (note 180), no 1999, p. 797-798), qui considèrent eux aussi que la solution n'est pas claire et, même, que la forme "rédigée de toutes pièces" n'est pas admise. Ces auteurs ont donc, vis-à-vis d'un système semblable à celui adopté par l'Assemblée constituante, la même réaction qu'a eue le soussigné face à l'avant-projet dans sa version originale.

¹⁹⁶ Voir aussi les art. 26 et 94-95 de la constitution thurgovienne, qui instituent un système semblable, quoique moins explicite. HANGARTNER – KLEY, précités (note 180), no 1999, p. 797-798, estiment en tous les cas que seuls Genève et Thurgovie admettent la forme "rédigée de toutes pièces" pour l'initiative tendant à la révision totale. La constitution genevoise ne dit cependant pas clairement comment une telle initiative est traitée: y a-t-il un vote préalable? (apparemment non) et le Grand Conseil peut-il "toucher" au texte de l'initiative?

tamment "rédiger" le texte, qui par hypothèse l'est déjà, c'est-à-dire peuvent-ils lui apporter des modifications¹⁹⁷?

Quoi qu'il en soit, l'article 79 al. 1^{er} tel qu'il a été mis en consultation – c'est-à-dire la version rédigée par la commission de rédaction – soulève une autre question de fond, à laquelle la commission elle-même ne savait pas donner une réponse. S'il exclut la forme du projet rédigé pour la révision totale de la constitution, ce texte ne dit rien de tel s'agissant des autres objets d'une initiative, notamment de l'initiative sur les traités. Logiquement, on doit en déduire que, pour (tous) ces derniers, sans exception, la forme du projet rédigé est admise¹⁹⁸.

Alinéa 2: Fond (cohérence matérielle): L'alinéa 2, qui concerne le nombre des signatures – exprimé en pour cent du corps électoral – et le délai de récolte, soulève une question de cohérence matérielle. Il prévoit en effet un nombre de signatures différent pour l'initiative qui "vise la révision totale ou partielle de la constitution" (5%) et pour (toutes) les autres initiatives (3,5%). Or, parmi ces "autres" initiatives, quelques-unes peuvent porter sur un objet qui, aux termes de l'article 82, est soumis au référendum obligatoire, au même titre que les révisions constitutionnelles: c'est le cas notamment des "traités ou concordats qui dérogent à la Constitution ou la complètent" (82 al. 1 let. c). On peut se demander si la logique ne devrait pas conduire à soumettre les initiatives en question au même régime, s'agissant du nombre de signatures, que celles qui visent la modification de la constitution.

On rappellera par ailleurs que le système du "pourcentage"¹⁹⁹ présente, sur le plan "technique", un inconvénient, dans le fait que le nombre de signatures requis varie et qu'il n'est dès lors pas déterminable à l'avance, de manière précise, pour les auteurs d'une initiative.

Ad article 79bis *Validité de l'initiative*

La disposition a été introduite par la commission de rédaction, afin de combler un "oubli" de la première lecture; la commission a simple-

¹⁹⁷ Si tel est le cas, mais c'est là une décision politique, il faut bien voir que, juridiquement, la notion de "projet rédigé de toutes pièces" a alors un sens tout à fait différent dans cette hypothèse que dans celle de l'initiative tendant à la révision partielle ou dans l'initiative législative, où le texte proposé par le peuple est "intouchable".

¹⁹⁸ Dans la plupart des cantons qui connaissent de telles initiatives, la pratique semble admettre les deux formes.

¹⁹⁹ Pourcentages qui, tels qu'ils sont fixés par l'avant-projet, semblent conduire à première vue à une augmentation sensible du nombre des signatures nécessaires par rapport au droit actuel, mais la question relève de la politique.

ment repris, s'agissant de la formulation, la disposition qui figurait dans l'avant-projet *Zysiadis*²⁰⁰, en l'adaptant évidemment aux décisions prises entretemps par l'Assemblée, notamment en ce qui concerne la compétence d'invalider les initiatives, conférée à la Cour constitutionnelle. Il en résulte que l'Assemblée constituante n'a pas formellement adopté cette disposition, ni délibéré de son contenu. Il conviendrait qu'elle le fasse en deuxième lecture, en mettant, entre autres, l'accent sur les aspects suivants.

Alinéa 1^{er}: Rédaction et fond: Si la non-conformité au droit supérieur, et les exigences de l'unité de la forme et de la matière constituent des motifs classiques d'invalidation d'une initiative populaire, motifs qui s'imposent du reste en vertu du droit fédéral (du principe de la liberté de vote), le troisième motif indiqué (à la lettre *b*), celui de l'unité de *rang* – on parle parfois aussi de l'unité de "genre"²⁰¹ –, est moins connu²⁰², mais tout aussi impératif: il interdit à une initiative de "mélanger" les différents objets possibles, par exemple de proposer en même temps et dans le même texte des dispositions constitutionnelles et des dispositions légales, mais aussi à une initiative législative de proposer des dispositions qui devraient figurer dans la constitution, ou inversement²⁰³. Quant au quatrième motif, celui du caractère réalisable de l'initiative (lettre *c*), que seules quelques constitutions cantonales mentionnent explicitement, la jurisprudence et la doctrine admettent qu'il s'applique même lorsqu'il n'est pas expressément prévu²⁰⁴.

Alinéa 2: Rédaction et fond: La disposition a été en quelque sorte "inventée" par la commission de rédaction pour tenir compte de la décision de l'Assemblée constituante de confier à la Cour constitutionnelle, agissant d'office²⁰⁵, le contrôle et l'invalidation éventuelle des initiatives populaires. Toutefois, il conviendrait que l'Assemblée constituante vérifie que la procédure prévue par l'article 79bis al. 2

²⁰⁰ Avant-projet précité (note 174), art. 93.

²⁰¹ Voir l'art. 66 al. 1^{er} de la constitution genevoise.

²⁰² Probablement parce que la question ne se pose pas en droit fédéral, où il n'y a qu'un objet possible de l'initiative, la constitution.

²⁰³ Voir HANGARTNER – KLEY, précités (note 180), nos 2105-2107, p. 834-835; GRISEL, précité (note 180), p. 248. Il faut noter toutefois que, dans ce cas, la "sanction" d'une violation peut et même doit parfois – en vertu du principe de proportionnalité – être autre qu'une invalidation: l'autorité compétente pourra ou devra corriger le vice.

²⁰⁴ HANGARTNER – KLEY, précités (note 180), nos 2114-2116, p. 837-838, et GRISEL, précité (note 180), p. 253-255, avec des références à la jurisprudence.

²⁰⁵ Art. 144 let. *b* de l'avant-projet. Personnellement, mais la remarque est peut-être "politique", la saisine d'office me paraît un système lourd et encombrant pour la Cour constitutionnelle, s'agissant d'initiatives dont personne ne conteste la validité.

correspond à la manière dont elle voit les choses. En particulier, on peut se demander s'il ne faudrait pas préciser que la Cour, une fois constatée sa validité, "transmet l'initiative *au Conseil d'Etat et au Grand Conseil*": c'est en effet le Conseil d'Etat qui, en principe, examine d'abord les initiatives et rapporte au Grand Conseil, en lui faisant des propositions.

Ad article 80 *Projet rédigé de toutes pièces* et

Ad article 81 *Proposition conçue en termes généraux*

La rédaction de ces deux dispositions devra de toute façon être revue et, éventuellement, corrigée, selon les décisions de fond que prendra l'Assemblée constituante au sujet des diverses questions évoquées dans les articles qui précèdent: *forme* des initiatives, en relation avec leur *objet* (cf. ad art. 79 al. 1^{er}), nombre de signatures, en relation avec l'objet (cf. ad art. 79 al. 2), ainsi qu'en fonction des décisions de principe sur la "densité normative" de ce chapitre. Il ne me paraît donc pas utile de s'y arrêter en l'état²⁰⁶.

Ad article 81bis *Délai de traitement*

Fond et, éventuellement, rédaction: La fixation d'un délai de traitement unique, et non prorogable, pour les différentes formes d'initiatives et cela indépendamment du mode de traitement que celles-ci impliquent, me paraît contestable, car difficilement praticable²⁰⁷. Mais c'est au fond une question politique.

Toujours est-il que, plus techniquement, l'application de ce délai unique devrait être précisée pour les hypothèses dans lesquelles il y a en fait deux "votes populaires" successifs: ainsi, par exemple, dans le cas de l'article 81 al. 2, le délai s'applique-t-il (seulement) à l'étape prévue par la première phrase, ou aux deux étapes, de la première et de la seconde phrases?

²⁰⁶ On signalera tout au plus deux points: Tout d'abord, l'art. 81 al. 4, qui réserve les dispositions sur la révision totale de la constitution, paraît nécessaire puisque, dans cette hypothèse, la procédure est différente de celle prévue à l'alinéa 2: avec la question de principe (pour ou contre une révision totale), une *seconde* question est posée au peuple, celle de savoir s'il veut une Assemblée constituante ou si le texte doit être rédigé par le Grand Conseil; cela signifie que l'alinéa 2 ne s'applique pas à cette hypothèse. Il est évident que la situation pourrait changer selon ce que décide l'Assemblée s'agissant de l'initiative tendant à la révision totale. D'autre part, s'agissant des initiatives conçues en termes généraux, l'art. 81 exclut, tel qu'il est rédigé, la possibilité pour le Grand Conseil de présenter un contre-projet. Cette solution correspond au droit vaudois actuel (art. 27 de la Constitution; art. 101 et 103, par comparaison avec les art. 100 et 102 de la loi sur les droits politiques).

²⁰⁷ La loi sur l'exercice des droits politiques prévoit des délais différents pour les diverses hypothèses.

Ad B Référendum populaire

Les dispositions sur le référendum populaire, obligatoire ou facultatif, soulèvent quelques-unes des grosses difficultés "techniques" que présente l'avant-projet. Pour l'essentiel, ces difficultés résultent d'un défaut d'harmonisation ou d'articulation entre les dispositions sur le référendum (art. 82 et 83) et celles qui, ultérieurement, dans le titre relatif aux "Autorités cantonales", entendent définir une hiérarchie des normes du droit cantonal (art. 91 al. 1^{er}), d'une part, ainsi que la forme des actes des autorités, en particulier du Grand Conseil (art. 115 al. 1^{er}), d'autre part. Ces diverses dispositions ne sont en effet pas coordonnées, de sorte qu'il devient pratiquement impossible de comprendre le *système* de l'avant-projet à ce sujet. Comme on l'a déjà indiqué, cela se répercute sur l'objet de l'initiative populaire (cf. ad article 78), mais aussi sur celui du référendum.

Ad article 82 Référendum obligatoire

Structure et rédaction (systématique), en général: la disposition pose tout d'abord un problème de forme ou de structure, qui n'avait du reste pas échappé à la commission de rédaction: l'alinéa 2, que la commission n'avait pas voulu "toucher" et qu'elle a donc laissé en l'état²⁰⁸, n'a pas d'autre objet que de prévoir un cas de référendum obligatoire, un de plus par rapport aux quatre qui sont énumérés à l'alinéa 1^{er}. Dans la logique de la systématique, il ne devrait donc pas constituer un alinéa séparé, mais une simple lettre dans l'énumération de l'alinéa 1^{er} (lequel deviendrait alors unique). Cela suppose toutefois un travail de rédaction, afin d'en simplifier la formulation.

Fond (cohérence matérielle): Formulation qui doit du reste aussi être revue s'agissant du fond²⁰⁹. En particulier, l'expression "toute loi ou disposition générale ... concernant la politique du Canton ...", qui étend sensiblement la portée de la règle actuelle²¹⁰, n'est pas claire: s'agit-il des lois cantonales²¹¹ seulement ou l'article vise-t-il aussi les

²⁰⁸ Elle n'a fait que le déplacer, du titre sur les "Tâches ..." où il se trouvait à l'origine (dans l'article sur l'énergie), pour l'ancrer, logiquement, dans la disposition sur le référendum obligatoire.

²⁰⁹ Et même de la forme: on y retrouve notamment le terme de "Canton", avec majuscule, que l'avant-projet n'utilise que dans les premiers articles pour désigner l'ensemble "Etat et communes".

²¹⁰ L'art. 27ter de la Constitution vaudoise actuelle limite en effet ce référendum obligatoire au seul "préavis" cantonal prévu par la législation fédérale.

²¹¹ A noter que la disposition introduit en ce sens un cas de référendum législatif obligatoire.

lois fédérales²¹²; de plus, quelles sont ces "disposition[s] générale[s]" dont il est question: des normes constitutionnelles²¹³? des décrets, des ordonnances ou encore des règlements²¹⁴? Bref, la disposition devrait être précisée, sur le fond, avant de pouvoir être formulée.

Alinéa 1^{er}: Fond (cohérence matérielle): Pour le reste, l'article 82 suscite une autre difficulté, s'agissant de la lettre *b* de l'alinéa 1^{er}. Les "concordats organiques" dont il y est question constituent en effet une notion "nouvelle", qui n'apparaît nulle part ailleurs dans l'avant-projet et dont la signification est donc obscure, faute d'avoir été définie. Elle l'est d'autant plus que les "traités ou concordats" sont réglés à la lettre *c* de la même disposition (et à la lettre *c* de l'art. 83 al. 1^{er})²¹⁵. Sa mention à l'article 83 devrait donc être supprimée, à moins que l'Assemblée ne veuille maintenir l'institution du concordat organique, auquel cas il faudrait toutefois la définir.

Ad article 83 *Référendum facultatif*

Fond (cohérence matérielle): L'article soulève une difficulté et des interrogations de fond qu'il n'est pas aisé de résoudre, en relation avec la définition des actes assujettis au référendum. S'il n'y a pas de problème pour les *lois* (al. 1 let. a)²¹⁶ et pour les *concordats et traités* qui dérogent à la loi ou qui la complètent (al. 1 let. c)²¹⁷, la question est plus délicate pour les *décrets* (al. 1 let. b).

²¹² Auquel cas il ne serait sans doute pas conforme au droit fédéral.

²¹³ Lesquelles sont déjà soumises au référendum obligatoire en vertu de la lettre a de l'alinéa 1^{er}.

²¹⁴ Auquel cas, la disposition ouvre très largement le référendum obligatoire sur des actes qui, pour partie en tous les cas, ne sont pas même assujettis au référendum facultatif.

²¹⁵ En fait, cette notion paraît provenir de l'avant-projet *Zysiadis* (précité [note 174]), voir les art. 56 al. 2, 90 al. 1^{er} et 94; mais elle y était clairement définie, comme désignant l'acte par lequel le canton procéderait au "transfert d'une fonction étatique ou d'un secteur important de l'administration cantonale à une autorité intercantonale: art. 43 al. 3.

²¹⁶ Voir toutefois la note 211, pour le cas de référendum obligatoire sur certaines lois qu'introduit l'art. 82 al. 2.

²¹⁷ Il faut relever tout de même une petite difficulté d'harmonisation avec l'art. 108 de l'avant-projet, aux termes duquel le Grand Conseil approuve les concordats et traités *sous forme de lois ou de décrets*, ce qui signifierait, dans le système de l'art. 83, que *tous* les traités approuvés par le Grand Conseil sont (déjà) assujettis au référendum facultatif en vertu des lettres *a* et *b* de l'alinéa 1^{er} (ce qui n'est de toute façon pas exact s'agissant des traités dérogeant à la constitution, lesquels sont soumis au référendum obligatoire en vertu de l'art. 82), qu'ils dérogent ou non à la loi (cf. ad *article 108*).

Aux termes de l'article 115 al. 1 let. b, en effet, le *décret* est la forme réservée pour les "actes généraux et concrets" du Grand Conseil, et il s'oppose à la *loi*, forme des actes contenant des "règles générales et abstraites" (let. a) et à la *décision*, forme dans laquelle sont pris (tous) les "autres actes relevant" de la compétence de cette autorité. Cela tendrait à signifier, pour revenir au référendum facultatif, que celui-ci est par définition exclu pour les *décisions*, actes individuels et concrets. Dès lors, on peut se demander, tout d'abord, sur le fond, si cette interprétation, qui découle du texte tel qu'il est formulé, correspond bien à la volonté "politique" de l'Assemblée²¹⁸.

D'autre part, plus techniquement, cette interprétation a des effets sur l'alinéa 2 de l'article 83. En effet, si le référendum sur les décisions est exclu, par *définition* en quelque sorte, puisque la notion de *décret* ne désigne justement pas des décisions, l'alinéa 2 ne paraît pas nécessaire, ou du moins pas entièrement: la plupart des actes visés dans cet alinéa – sinon tous – constituent en effet des actes individuels et concrets qui, aux termes de l'article 115, devraient revêtir la forme de la *décision*, et non celle du décret, et être donc automatiquement soustraits au référendum en vertu de l'alinéa 1^{er}, lettre b, de l'article 83.

Le *système* de l'avant-projet en ce qui concerne les actes assujettis au référendum facultatif, spécialement les *décrets*, ne paraît donc pas entièrement clair. En fait, c'est peut-être dans la définition du décret, telle qu'elle est donnée par l'article 115, que réside la difficulté. La notion d'"acte général et concret" est en effet souvent considérée, en doctrine, comme malaisée et plutôt floue. Les exemples qui en sont donnés par les différents auteurs ne sont d'ailleurs pas légion: on peut citer les plans, les signaux de circulation, la fixation d'un prix imposé, ainsi que l'interdiction d'une manifestation²¹⁹. Ces exemples montrent que la catégorie des actes auxquels l'Assemblée constituante a choisi de réserver la notion de décrets est difficile à saisir, de sorte qu'il conviendrait pour le moins que l'Assemblée donne, dans son commentaire explicatif, des exemples concrets d'actes qu'elle entend voir qualifiés comme tels. On reviendra cependant sur la question plus bas²²⁰.

Ad C et article 84 *Motion populaire*

²¹⁸ Comme indiqué plus haut (ad *article 78 let. d*), la Commission 4 semblait en effet vouloir permettre l'initiative sur des "décisions concrètes et ponctuelles", mais aussi, semble-t-il, le référendum facultatif sur "les décisions du Grand Conseil" (voir la note 189 et le rapport qui y est cité, p. 20).

²¹⁹ Voir JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, volume II, Neuchâtel, 1967, no 1229, p. 452.

²²⁰ Voir ad *Observations générales sur le titre V, Forme et désignation des actes*.

Intitulé: Rédaction: Même remarque que pour les articles 73 et 74, à propos de la *technique législative* (intitulés identiques de la subdivision et de l'article unique qui la compose).

Ad article 89 Vote

Intitulé: Rédaction: L'intitulé ne rend pas bien compte, me semble-t-il, du contenu de la disposition.

Sur la localisation du chapitre IV de ce titre, voir en outre ad *Observations générales sur le titre*, ci-dessus.

F. Remarques relatives au titre V

1. *Observations générales sur le titre*

Précision liminaire: Le titre V, qui traite de l'organisation des autorités cantonales, constitue évidemment un des aspects centraux, du point de vue *politique*, de l'avant-projet et de la future constitution, ne serait-ce que parce que c'est probablement dans ce domaine de leur organisation interne que les cantons disposent de la plus grande marge de manœuvre par rapport au droit fédéral. De ce fait, et de par son contenu, ce titre a dès lors une forte connotation "politique", puisqu'il affecte directement la séparation et l'équilibre des différents pouvoirs. Toutefois, le présent rapport s'abstiendra volontairement de tout commentaire relevant de la politique plus que du droit. Il se limitera aux aspects plus "techniques", de "lisibilité", de compréhension et de "cohérence" formelle et matérielle de l'avant-projet. A cet égard, le titre V appelle les remarques générales suivantes.

- Intitulé, structure générale et contenu du titre: Rédaction et fond: Tout comme le titre IV, le titre V avait été passablement "remanié" et "réaménagé" par la commission de rédaction, principalement du point de vue de la structure et de la systématique. Pour ce qui est de sa structure générale et de son "économie", ce titre, relatif aux "Autorités cantonales", est divisé en quatre chapitres. Le premier comprend les "Dispositions générales" applicables à toutes les autorités (cantonales). Les trois autres chapitres sont consacrés, chacun, aux trois autorités qui représentent les trois pouvoirs – législatif, exécutif et judiciaire – annoncés dans la première disposition du titre (art. 90): le chapitre 2 traite du "Grand Conseil", le chapitre 3 du "Conseil d'Etat" et le chapitre 4 des "Tribunaux". Chacun de ces chapitres est lui-même subdivisé: en quatre parties, pour le Grand Conseil et le Conseil d'Etat, avec une certaine symétrie, presque parfaite, entre les intitulés des subdivisions correspondantes; en trois pour les tribunaux. La structure et l'économie du titre V présentent ainsi une certaine logique et une bonne "lisibilité". Toutefois, et indépendamment des questions de détail, comme l'emplacement de l'une ou l'autre des dispositions, elle prête encore flanc à la critique sur un point général.

Le titre V ne regroupe et ne "couvre" en effet pas *toutes* les "autorités" cantonales. Il en manque en tout cas une, voire deux: la Cour des comptes, qui n'est qu'effleurée dans le titre V²²¹, mais instituée et régie par un chapitre (et un article) du titre VI, sur le

²²¹ Où elle est mentionnée à l'art. 111, sur les "Compétences électives" du Grand Conseil.

"Régime des finances" (art. 149); ainsi que le "service de médiation indépendant", lui aussi mentionné en passant dans le titre V²²², mais prévu dans une disposition du titre III (art. 46 al. 2). Or, ces deux institutions sont – c'est indiscutablement le cas pour la première au moins – des "autorités" cantonales, qu'il n'est guère possible, en raison de leur indépendance, de rattacher simplement à l'un ou à l'autre des trois pouvoirs mentionnés plus haut. On peut donc se demander si elles ne devraient pas être instituées dans le titre V qui, précisément, "institue" les autorités cantonales²²³.

La question ne relève pas seulement de la forme ou de l'esthétique, ou d'un goût purement académique pour la systématique. Elle a aussi des implications de fond. Ainsi, par exemple, étant situés "en dehors" du titre V, la Cour des comptes et le service de médiation ne tomberaient pas, si l'on s'en tenait à la systématique, sous le coup des "Dispositions générales" du chapitre 1^{er} de ce titre: ils ne seraient pas soumis au "respect du droit supérieur" (art. 91 al. 3), au "principe de diligence" (art. 92), pas plus qu'aux règles d'incompatibilités posées par l'article 94, ce qui, on le conçoit aisément, ne "joue" pas²²⁴.

- Forme et désignation des actes: Rédaction (terminologie et cohérence formelle) et fond (cohérence matérielle): Le titre V appelle une autre observation générale, qu'on a déjà évoquée à l'occasion des dispositions du titre IV sur l'initiative et le référendum populaires. Il s'agit de la question de la forme des actes des autorités, en particulier du Grand Conseil, en relation avec la terminologie utilisée dans l'avant-projet pour désigner la façon dont ces autorités exercent les diverses compétences qui leur sont attribuées. La question concerne principalement l'article 115 de l'avant-projet, mais il convient de la traiter ici du moment qu'elle a des incidences sur plusieurs autres dispositions du titre V. La problématique est complexe et technique. Elle nécessite néanmoins un examen critique, ne serait-ce qu'en raison de ses implications sur l'étendue des instruments de démocratie directe (initiative et référendum). Le problème peut être exposé comme suit.

²²² Egalement à l'art. 111.

²²³ Une solution pourrait être, si l'Assemblée constituante entend aller dans cette direction, de prévoir un cinquième chapitre dans le titre V, intitulé par exemple "Autres autorités", et reprenant l'art. 149 ainsi qu'une nouvelle disposition sur le "service de médiation".

²²⁴ Sur ce point, et quel que soit le choix de l'Assemblée constituante au sujet de "l'emplacement" de ces deux autorités, il s'agira en tous les cas de corriger le tir au moins s'agissant des incompatibilités: l'art. 94 al. 1^{er} doit s'étendre à la Cour des comptes.

L'Assemblée constituante a choisi, à l'instar du constituant fédéral de 1999, d'insérer dans la constitution une disposition sur la "forme des actes" du Grand Conseil (art. 115 al. 1^{er}). Mais, à la différence du constituant fédéral, qui n'a retenu que deux catégories²²⁵, l'avant-projet distingue, lui, *trois* formes: la *loi*, pour les règles générales et abstraites, le *décret*, pour les actes généraux et concrets, et la *décision*, pour (tous?) les autres actes²²⁶.

Et, comme indiqué, c'est la catégorie "intermédiaire", du décret, qui est problématique, dans la mesure où il est malaisé de déterminer précisément quels sont les actes qu'elle recouvre (voir ad *article 83*). Dès lors, si elle la maintient, l'Assemblée constituante devrait indiquer clairement, au moins dans un commentaire, à l'aide de quelques exemples, quels sont les actes qu'elle vise concrètement par cette catégorie. On peut toutefois se demander aussi s'il ne serait pas préférable de renoncer à une telle catégorie "intermédiaire" peu claire, pour ne conserver qu'une seule distinction, et deux catégories, celle de la loi, pour les règles générales et abstraites, et une autre, qui pourrait revêtir différentes appellations, pour tous les autres actes (actes généraux et concrets mais aussi individuels et concrets).

Cette question est évidemment liée, étroitement, à une autre, celle de la relation entre un acte donné et son assujettissement au référendum facultatif (assujettissement qui détermine lui-même la faculté de cet acte de faire l'objet d'une initiative: art. 78 en relation avec l'art. 83). Or, là non plus, le "système" de l'avant-projet ne paraît pas entièrement clair. Selon ce système, on l'a vu, les actes du Grand Conseil – ou leur forme – sont en effet définis, à l'article 115, en fonction d'un critère général, qui est celui de leur nature juridique: règle générale et abstraite, acte général et concret ou, enfin, acte individuel et concret. Il s'agit là d'une définition qu'on pourrait qualifier d'*ouverte*, en ce sens qu'elle ne *préjuge pas* de la qualification d'un acte déterminé: en présence d'un tel acte, c'est sa nature juridique qui déterminera sa qualification.

²²⁵ La *loi*, pour les règles générales et abstraites, et l'*arrêté fédéral*, pour tous les autres: cf. art. 163 de la Constitution fédérale.

²²⁶ Sous réserve de la *résolution*, prévue par l'alinéa 2 de l'art. 115, l'énumération de l'alinéa 1^{er} est apparemment exhaustive, en ce sens que tous les actes du Grand Conseil devraient être revêtus de l'une ou l'autre de ces trois formes. Ce qui est du reste logique: une liste non exhaustive n'aurait guère de sens. Il faut noter encore que l'avant-projet ne prévoit pas de "forme" correspondant aux "ordonnances" de l'art. 163 de la Constitution fédérale, c'est-à-dire pour les actes du Parlement qui contiendraient des règles générales et abstraites mais seraient soustraits au référendum facultatif, en vertu d'une délégation de la Constitution ou de la loi (délégation du législateur au Parlement), ce qui laisse supposer que ce type d'acte n'est pas admis. En droit bernois, c'est précisément ce type d'acte que vise la notion de "décret" (art. 74 al. 1^{er} de la constitution).

Qualification qui, elle-même, détermine le sort de l'acte en question s'agissant des droits du peuple (référendum et initiative).

Or, dans d'autres dispositions du titre V, notamment celles qui traitent des diverses compétences du Grand Conseil, l'avant-projet emploie une terminologie qui – volontairement ou involontairement – *se réfère* aux catégories de l'article 115: ainsi, par exemple, le "Grand Conseil décide" ... (art. 110 al. 1^{er}, 110 al. 2, 112 al. 2 et 113) ou le "Grand Conseil approuve, sous forme de lois ou de décrets, ..." (art. 108 let. b). Ailleurs, au contraire, la terminologie utilisée *ne se réfère pas* – volontairement ou involontairement – à celle de l'article 115: le "Grand Conseil adopte ..." (art. 109 et 110 al. 1^{er}), "prend acte" (art. 110 al. 1^{er}), "approuve" (art. 110 al. 3), "se prononce" (art. 112 al. 1^{er}) ou encore "exerce" (art. 114 al. 1 et 2). La question qui se pose est précisément celle de savoir si cette terminologie est volontaire ou non; autrement dit, si l'Assemblée constituante a, par l'utilisation d'un terme plutôt que d'un autre, effectivement voulu "préjuger" – ou, au contraire, ne pas "préjuger" – de la qualification ou de la forme de l'acte considéré et, par voie de conséquence, de son sort en relation avec le référendum et l'initiative populaires²²⁷.

Il y a donc, sur ce point, un problème d'interprétation et de compréhension du *système* de l'avant-projet, que les travaux de la Commission 5 ne permettent pas de résoudre. Mais qu'il conviendrait de résoudre.

A cet égard, deux voies paraissent envisageables:

- Soit l'Assemblée constituante maintient une définition "ouverte" de la forme des actes (telle que celle de l'article 115), et elle s'abstient alors, dans les autres dispositions, notamment celles qui décrivent les compétences du Grand Conseil, d'utiliser une terminologie qui se réfère aux "formes" ainsi définies. Cela signifierait que, s'agissant d'un acte déterminé, c'est la nature juridique de cet acte (général/abstrait, général/concret ou individuel/concret) qui déterminerait la forme dans laquelle le Grand Conseil doit revêtir l'acte en question, forme qui détermine elle-même le sort de l'acte s'agissant des droits populaires. En d'autres termes, dans ce système, il appartiendrait au Grand Conseil, cas échéant sous le contrôle de la Cour

²²⁷ Ainsi, pour prendre un exemple concret, qu'on a déjà rencontré, lorsque l'art. 110 al. 2 let. a dispose que le "Grand Conseil décide ... des crédits supplémentaires", et en admettant que le verbe "décide" doit être compris comme déterminant la forme de l'acte, cela signifie que cette "décision" est soustraite au référendum facultatif, en vertu déjà de l'art. 82 al. 1; son exclusion explicite par l'art. 82 al. 2 let. c n'est donc pas nécessaire. Il en va de même du budget (art. 110 al. 1 let. a, en relation avec 82 al. 2 let. c) et, peut-être, du montant limite des nouveaux emprunts (art. 110 al. 1 let. c), ainsi que des "participations" (art. 113), etc.

constitutionnelle, de qualifier ses actes (conformément à la définition générale donnée par la constitution).

- Soit, au contraire, l'Assemblée constituante abandonne l'idée d'une définition "générale" et "ouverte" de la forme des actes du Grand Conseil, mais elle précise en revanche elle-même quels sont, très concrètement, les actes qui sont assujettis au référendum (facultatif) et ceux qui y sont soustraits; elle peut le faire de deux manières: soit en précisant, dans les dispositions qui décrivent les compétences du Grand Conseil, sous quelle forme ces compétences doivent être exercées (ce qui détermine l'assujettissement ou le non-assujettissement au référendum); soit en énumérant directement, et très concrètement, dans la disposition sur le référendum, quels sont les actes (et non les "formes") qui y sont assujettis ou soustraits²²⁸.

L'avant-projet oscille, me semble-t-il, entre ces deux voies. Mais peut-être n'ai-je pas du tout compris le "système" envisagé par l'Assemblée.

Comme on le verra plus loin, la question de la forme des actes soulève aussi quelques difficultés s'agissant de l'objet du contrôle de la Cour constitutionnelle (voir ad *article 144*).

2. Observations article par article

Remarque liminaire: Seules sont mentionnées les dispositions qui appellent un commentaire particulier.

Ad article 91 *Respect du droit supérieur*

Intitulé et contenu de l'article: Rédaction et fond (cohérence matérielle): En l'état, l'intitulé ne reflète pas entièrement le contenu de l'article. Celui traite certes du respect du droit supérieur dans ses alinéas 2 et 3, mais non – du moins pas directement – dans son alinéa 1^{er}, qui établit plutôt la hiérarchie des normes du droit cantonal. L'intitulé pourrait donc être "Hiérarchie des normes et respect du droit supérieur".

Toutefois, le contenu de la disposition soulève une autre difficulté, de cohérence matérielle, relative à l'*emplacement* des alinéas 2 et 3. Ces derniers, qui traitent tous deux du respect du droit supérieur, ont en fait une "vocation" plus générale que celle que leur donne la systématique: d'une part, ils s'adressent, comme le texte de l'alinéa 2 l'indique explicitement, non seulement au droit cantonal mais aussi au

²²⁸ C'est ce système qu'a adopté, par exemple, le constituant neuchâtelois: voir l'art. 42 al. 2 et 3.

droit *communal* (pour le reste absent du titre V), ainsi que, probablement, aussi bien aux autorités communales qu'aux autorités cantonales²²⁹; d'autre part, la notion de "droit supérieur" vise non seulement – comme pourrait le laisser croire la succession des alinéas – la hiérarchie des normes du droit cantonal telle qu'elle est définie à l'alinéa 1^{er}, mais encore et surtout le droit fédéral et le droit international. On doit donc se demander si les alinéas 2 et 3 ne devraient pas être déplacés pour recevoir un ancrage qui reflète leur "vocation" générale. Ils pourraient l'être, par exemple, dans les "Dispositions générales" du titre premier de l'avant-projet, là où figurent les "Principes [juridiques²³⁰] fondamentaux", c'est-à-dire à l'article 7²³¹. C'est du reste ainsi que la nouvelle Constitution fédérale les a compris et placés (art. 5 al. 4).

Alinéa 1^{er}: Fond (cohérence matérielle): Indépendamment de cette question de systématique, l'alinéa 1^{er} doit être revu, dans la mesure où l'énumération de la hiérarchie des normes comporte diverses lacunes. Il y manque tout d'abord les "ordonnances", prévues par les articles 115 al. 3 et 125 al. 2 de l'avant-projet, qui devraient prendre place avant les "règlements"²³². Il y manque aussi les "concordats et traités", évoqués à plusieurs reprises par l'avant-projet (art. 78 let. c, 82 al. 1 let. c, 83 al. 1 let. c et 108 let. b, notamment), ainsi que, pour peu que l'Assemblée constituante maintienne cette notion, les "concordats organiques" (art. 83 al. 1 let. b). Ces " traités ..." sont toutefois plus difficiles à "placer" dans la hiérarchie, puisqu'ils ont, pour certains, le rang constitutionnel, pour d'autres le rang légal, pour d'autres encore le rang infralégal. D'une manière générale, cependant, ils l'emportent sur le droit cantonal *interne*, de sorte qu'ils devraient presque figurer en première place de la hiérarchie²³³.

²²⁹ A cela s'ajoute que, comme indiqué, cette exigence du respect du droit supérieur ne "toucherait" pas, en vertu de la systématique, la Cour des comptes. Sur ce point, voir ci-dessus, ad *Observations générales sur le titre V, Intitulé, structure générale et contenu*.

²³⁰ Car le principe du respect du droit supérieur est indiscutablement un principe à portée normative très forte, imposé du reste par la Constitution fédérale (art. 5 al. 4).

²³¹ Cette suggestion paraît du reste pouvoir s'harmoniser avec celle faite plus haut, s'agissant de la "séparation" des buts (politiques) et des principes (juridiques) aux articles 6 et 7.

²³² Voir aussi, sur la question des "ordonnances" au sens de l'art. 163 de la Constitution fédérale, correspondant aux "décrets" du droit bernois, la note 226 ci-dessus.

²³³ Une autre solution consisterait à prévoir une réserve générale de ces traités dans la phrase introductive de la disposition, par exemple: "Sous réserve des traités et concordats auxquels le Canton a adhéré, le droit cantonal s'exprime, en ordre d'importance, par ...". On pourrait aussi le dire dans un alinéa qui suivrait l'énumération: "Sont réservés les traités et concordats auxquels le Canton a adhéré".

Inversement, la notion d'*arrêtés*, qui figure dans la hiérarchie de l'alinéa 1^{er} (lettre *d*) n'est définie nulle part ailleurs dans l'avant-projet, de sorte qu'on ne voit pas de quel type d'acte il s'agit, ni de quelle autorité il émane et quelle est sa nature²³⁴. Il faut noter par ailleurs que si la notion désigne les décisions, c'est-à-dire les actes individuels et concrets du Conseil d'Etat, on ne voit alors pourquoi elle figure dans la hiérarchie des *normes*; ou, si elle y figure, pourquoi les *décisions* du Grand Conseil (art. 115 al. 1 let. c), elles, n'y figurent pas.

Enfin, on ne voit pas très bien si le droit communal entre dans cette hiérarchie²³⁵.

Ad article 92 *Principe de diligence*

Rédaction (cohérence formelle): La notion des "services publics" mentionnée dans cet article n'est pas claire et, probablement, elle est inutile. C'est du reste la seule disposition de l'avant-projet où cette notion apparaît, sous réserve de l'article 46 al. 1^{er}, où elle figure toutefois au singulier: "L'Etat assure un service public". Dès lors, on ne voit pas ce que la notion "les services publics" ajoute à celle d'"autorités", qui désigne toutes les autorités cantonales²³⁶.

Ad article 93 *Prescription*

Fond: J'avoue ne pas très bien comprendre la raison d'être de cette règle, plutôt inhabituelle dans une constitution. Elle est certes destinée, selon les explications de la Commission 5, à combler en quelque sorte une lacune juridique du droit cantonal ordinaire, dans lequel "la durée de prescription n'est pas réglée clairement"; on peut cependant se demander si c'est là le rôle de la constitution.

La Commission ajoute que le "caractère transversal et général d'une telle disposition justifie un ancrage constitutionnel"²³⁷. J'ai à ce sujet quelque doute, du moment que l'article 93 réserve n'importe quelle règle contraire, de quelque rang que ce soit, de sorte qu'il pourrait bien perdre rapidement son caractère général et transversal. Ce ris-

²³⁴ Le terme d'*arrêté* ne se trouve qu'à l'art. 164 al. 1 let. b, dans les compétences du conseil communal ou du conseil général (titre VII), ainsi qu'à l'art. 185 al. 5, sur la révision totale de la constitution (titre IX), ce qui ne contribue pas à déterminer son sens.

²³⁵ Il faut noter que tel était le cas dans les propositions de la Commission 5: cf. le Rapport de la Commission 5 à l'Assemblée constituante, du 30 juin 2000 (Les trois pouvoirs: législatif, exécutif et judiciaire), ad art. 50-2, p. 7.

²³⁶ Avec la réserve, évidemment de ce qui a été dit plus haut à propos de la Cour des comptes et du service de médiation.

²³⁷ Rapport de la Commission 5, précité (note 235), ad art. 50-2, p. 21.

que est d'autant plus grand que la prescription de cinq ans paraît trop indifférenciée pour ne pas devoir être nuancée dans bien des domaines²³⁸.

La règle peut donc tout au plus avoir le sens d'une disposition subsidiaire. Au surplus, on peut se demander pourquoi elle figure dans ce titre de l'avant-projet²³⁹.

Ad article 94 *Incompatibilités*

Fond (cohérence matérielle) et rédaction: L'article 94, qui traite une matière assez complexe, a été passablement remodelé dans sa systématique par la commission de rédaction, qui en a notamment extrait les règles concernant les autorités communales pour les placer dans le titre VII. Telle qu'elle est actuellement formulée, la disposition soulève cependant plusieurs difficultés d'interprétation, notamment s'agissant de la portée des différents renvois à la loi, permettant à celle-ci de "prévoir des exceptions". Les questions touchent à la fois la rédaction et le fond.

Alinéa 1^{er}: La première phrase ne pose pas de problèmes, sous la réserve, importante, de ce qui a été dit plus haut à propos de la Cour des comptes et du service de médiation²⁴⁰. La seconde phrase est en revanche hautement problématique si on la prend "à la lettre". La faculté de la loi de prévoir des exceptions porte en effet sur l'ensemble de la première phrase, ce qui n'est à l'évidence pas ce qui était voulu: je ne vois pas d'autres exceptions envisageables au système de la séparation *personnelle* des pouvoirs que celle qui permettrait à certains *membres non permanents d'une autorité judiciaire de siéger au Grand Conseil*²⁴¹. C'est donc cela – et cela seulement – qu'il faudrait dire²⁴².

Alinéa 2: La disposition soulève essentiellement des questions politiques. D'un point de vue "technique", on pourrait éventuellement discuter de la localisation des deux règles de l'alinéa 2 et se demander si elles ne devraient pas être déplacées, pour trouver un ancrage dans le chapitre relatif au Conseil d'Etat, là où sont traitées la com-

²³⁸ Ainsi, par exemple, en matière de responsabilité de l'Etat, il est probablement nécessaire de distinguer la prescription relative de la prescription absolue.

²³⁹ Ce qui exclut – du moins selon la systématique – son application aux créances du droit communal.

²⁴⁰ Voir ad *Observations générales sur le titre V, intitulé, structure générale et contenu*.

²⁴¹ C'est du reste aussi la seule hypothèse envisagée par le Rapport de la Commission 5, précité (note 235), ad art. 50-6, p. 21-22.

²⁴² Comme le fait la constitution neuchâteloise (art. 48 al. 1^{er}).

position ou l'organisation de ce dernier. Une telle localisation pourrait matériellement se justifier par le fait que, intrinsèquement, les règles en question ne relèvent pas des *incompatibilités entre les diverses fonctions ou les divers pouvoirs cantonaux* (thème qui est à la base de l'art. 94), mais du statut des membres du Conseil d'Etat. Toutefois, l'importance *politique* de ces règles, tout spécialement de l'une d'entre elles, me paraît justifier qu'elle figure à l'article 94.

Alinéas 3 et 4: Les alinéas 3 et 4 posent un problème analogue à celui évoqué à propos de l'alinéa 1^{er}. L'alinéa 4, tout d'abord, est – sur le fond – *dépourvu de sens* en tant qu'alinéa séparé, du moins s'agissant de sa première partie ("La loi peut prévoir des exceptions ...")²⁴³. En tant qu'alinéa séparé, il porte en effet sur tous les alinéas précédents, ce qui n'est à l'évidence pas ce que l'Assemblée constituante a pu vouloir: pour ce qui est de l'alinéa 1^{er}, les exceptions sont déjà réservées dans l'alinéa lui-même; et pour ce qui est de l'alinéa 2, on ne voit guère que la loi prévoie des exceptions. Logiquement, la première règle de l'alinéa 4 ne peut donc se rapporter qu'à l'alinéa 3, et encore, me semble-t-il, qu'à la *première phrase* de l'alinéa 3²⁴⁴. Ici encore, comme à l'alinéa 1^{er}, la possibilité de prévoir des exceptions vise, sur le fond, à permettre à une personne travaillant à temps partiel au greffe d'un tribunal d'exercer une autre fonction (partielle) au sein de l'administration (ou encore à un employé de l'administration de siéger au sein d'un organe de conciliation)²⁴⁵. Dès lors, la formulation de la réserve des exceptions devrait se rattacher – uniquement – à la première phrase de l'alinéa 3²⁴⁶.

Sur le fond, l'Assemblée devrait enfin vérifier que la formulation de l'article 94 al. 3 – la terminologie utilisée – est bien adaptée à sa décision de séparer les "services du Grand Conseil" de l'administration cantonale (art. 103): les incompatibilités de l'alinéa 3 valent-elles également pour le personnel de ces services? Si tel est le cas, la formulation devrait le préciser.

²⁴³ La seconde partie ("La loi peut prévoir ... d'autres incompatibilités"), en revanche, se conçoit parfaitement comme dernier alinéa de la disposition.

²⁴⁴ S'agissant de la *seconde* phrase, en effet, la loi aura pour tâche de définir ou préciser la notion d'"employés supérieurs", mais sans doute pas de prévoir des exceptions à la règle constitutionnelle.

²⁴⁵ Voir le Rapport de la Commission 5, précité (note 235), ad art. 50-6, p. 21-22.

²⁴⁶ Voir la formulation de la constitution neuchâteloise (art. 48 al. 2, 1^{ère} phrase).

Ad chapitre 2 *Grand Conseil*

Ad A et article 95 *Principes*

Intitulé: Rédaction: Même remarque que pour les articles 73 et 74, à propos de la *technique législative* (intitulés identiques de la subdivision et de l'article unique qui la compose).

Libellé de l'article: Rédaction: On pourrait éventuellement remplacer l'expression "droits populaires", qui n'apparaît jamais dans le titre IV, là où sont institués les droits populaires, par celle de "droits du peuple", qui ferait référence à l'intitulé du titre IV²⁴⁷.

Ad article 101 *Commissions*

Alinéa 1^{er}: Rédaction (terminologie): On signalera simplement que la terminologie "commissions permanentes" ne paraît pas tout à fait la même que celle de la (nouvelle) loi sur le Grand Conseil, de 1998²⁴⁸.

Alinéa 3: Rédaction et fond: On peut se demander si l'exception finale ne devrait pas porter aussi sur les décrets. Selon les explications de la Commission 5, en effet, l'idée est de pouvoir déléguer aux commissions "certaines compétences décisionnelles"²⁴⁹. Or, selon la terminologie de l'article 115, cela correspond aux *décisions*, mais probablement pas aux décrets.

Ad article 104 *Indépendance des membres du Grand Conseil et publicité de leurs intérêts*

Alinéa 1^{er}: Rédaction: Le terme de "charge" ou celui de "mandat" serait peut-être préférable à celui de "fonction", qui se réfère généralement à la fonction publique. De plus, mais c'est sans doute une question de goût, la formulation de la disposition ne rend pas le contenu de la règle très explicite²⁵⁰.

Alinéa 2: Rédaction et fond: Il en va de même de l'alinéa 2, dont la formulation me semble un peu vague, et peut-être même "étroite", s'agissant de la notion de "groupes d'intérêts", par rapport au contenu

²⁴⁷ La suggestion vaut aussi pour l'art. 108 le seul autre endroit où l'expression "droits populaires" apparaît dans l'avant-projet.

²⁴⁸ Loi qui distingue les commissions ordinaires, les commissions permanentes (dans un sens semble-t-il différent de celui qui est visé par l'art. 101 al. 1^{er}), les commissions spécialisées et les commissions particulières.

²⁴⁹ Voir le Rapport de la Commission 5, précité (note 235), ad art. 523-5, p. 36-37.

²⁵⁰ Comparer par exemple la formulation, identique, des constitutions bernoise (art. 82 al. 1^{er}) et neuchâteloise (art. 54): "Les membres du Grand Conseil délibèrent et votent sans instructions".

du droit actuel, c'est-à-dire de l'article 8 de la loi sur le Grand Conseil²⁵¹.

Ad article 105 *Immunité*

Rédaction et fond: systématique: Cette disposition appelle une question de fond, liée à la systématique, qui est celle de savoir si l'immunité ne vaut réellement que pour les membres du Grand Conseil ou si elle s'étend aussi aux membres du Conseil d'Etat lorsque ceux-ci s'expriment devant le Grand Conseil ou l'un de ses organes²⁵².

Ad article 108 *Compétences législatives*

Rédaction: La "réserve des droits populaires" n'est pas vraiment nécessaire²⁵³.

Lettre b: Rédaction et fond (cohérence matérielle): La lettre *b*, sur l'approbation des concordats et traités, suscite diverses difficultés d'interprétation, déjà rencontrées, qui relèvent à la fois de la forme et du fond. Tout d'abord, comme on l'a vu, l'article 108 pose problème s'agissant de son articulation avec l'article 83, relatif au référendum facultatif²⁵⁴, ainsi qu'avec l'article 115, qui traite de la forme des actes du Grand Conseil²⁵⁵. Telle qu'elle est formulée, la lettre *b* semble en effet devoir être interprétée comme signifiant que, à l'exception de ceux qui relèvent de la compétence du Conseil d'Etat, *tous* les traités et concordats auxquels le canton adhère sont, puisque leur approbation est revêtue de la forme de la loi ou du décret, assujettis au référendum facultatif (ou soumis au référendum obligatoire). Or, ce n'est pas ce qui résulte des articles 82 et 83, lesquels disposent explicitement que sont assujettis au référendum facultatif les (seuls) traités qui dérogent à la loi ou la complètent, et soumis au référendum obligatoire les (seuls) traités qui dérogent à la constitution ou la complè-

²⁵¹ La formulation de la constitution bernoise (art. 82 al. 1^{er}) me paraît plus précise: "Sous réserve du secret professionnel, ils rendent publics les liens particuliers qui les rattachent à des intérêts privés et publics".

²⁵² Les constitutions bernoise (art. 82 al. 2) et neuchâteloise (art. 50) ont à cet égard des solutions différentes: celle de Berne est analogue à celle de l'avant-projet, alors qu'à Neuchâtel, la règle figure dans les dispositions générales du titre relatif aux autorités cantonales et vaut aussi pour le Conseil d'Etat.

²⁵³ Les constitutions bernoise (art. 74) et neuchâteloise (art. 55) ne la mentionnent pas. Puisqu'on est dans les questions de "goût", on mentionnera encore que le constituant neuchâtelois a choisi de consacrer aux traités une disposition séparée de celles des compétences législatives (art. 55 et 56), afin de mettre en évidence l'activité du Grand Conseil en matière de "politique extérieure".

²⁵⁴ A ce sujet, voir ad *article 83*, note 217.

²⁵⁵ Voir ad *Observations générales sur le titre V, Forme et désignation des actes*.

tent; cela laisse supposer qu'il y a des traités qui ne sont pas assujettis au référendum. Dès lors, doit-on déduire de la "combinaison" de l'article 108 et de ces deux dispositions que tous les traités qui ne dérogent pas à la loi ou à la constitution, c'est-à-dire qui ne sont pas assujettis ou soumis au référendum, tombent "automatiquement" dans la compétence du Conseil d'Etat? Ce qui serait assez paradoxal, et contredit du reste par la fin de la lettre *b* de l'article 108. Il y a donc, à ce sujet, un "défaut" dans le système de l'avant-projet. Mais peut-être n'ai-je pas compris le système voulu par l'Assemblée constituante.

Ce problème, si problème il y a, pourrait peut-être être résolu par la simple suppression, ici à l'article 108, de la précision relative à la forme de l'approbation des traités.

Quoi qu'il en soit, la lettre *b* de l'article 108 soulève une autre question de cohérence, plutôt formelle cette fois, avec une disposition ultérieure de l'avant-projet. Il résulte de la formulation de l'article 108 – et c'est indiscutable sur le fond comme dans la réalité des faits – qu'il y a des "concordats et traités" qui "relèvent de la seule compétence du Conseil d'Etat". Or, étonnamment, on ne trouve, dans le chapitre relatif au Conseil d'Etat, aucune disposition où figure cette compétence en matière de concordats et traités, à l'exception de l'alinéa 3 de l'article 126, qui – de manière presque un peu méprisante – permet au gouvernement cantonal de "conclure des contrats administratifs avec la Confédération ou avec les autres cantons". Il y a donc là un défaut de cohérence et de symétrie qu'il s'agirait de corriger (à l'art. 126).

Ad article 109 *Compétences de planification*

Fond (question de la forme de l'acte, cohérence matérielle): On retrouve ici la problématique évoquée à propos de l'article 83, à savoir celui de la forme des actes, en relation avec leur assujettissement au référendum facultatif. Même si l'article 109 ne précise pas en quelle forme le Grand Conseil "adopte" le plan directeur et les plans sectoriels, ces plans pourraient bien, si l'on s'en tient à la définition de la forme des actes de l'article 115, relever de la catégorie du *décret*, ce qui, aux termes de l'article 83 al. 1 let. *b*, signifie qu'ils sont assujettis au référendum facultatif²⁵⁶.

Ad article 110 *Compétences financières*

Question de la forme des actes (cohérence matérielle): Ici également, on retrouve la question de la forme des actes considérés, en relation

²⁵⁶ A ce sujet, voir *ad article 83*.

avec leur assujettissement au référendum: le verbe "décide" paraît exclure le référendum. On peut à cet égard renvoyer à ce qui a été dit plus haut²⁵⁷.

Ad article 111 *Compétences électives*

Rédaction (cohérence formelle): On peut se demander s'il ne conviendrait pas d'ajouter ici, dans la liste des personnes élues par le Grand Conseil, les membres de la (ou les) "commission de présentation" chargée de préavis sur la désignation des juges et suppléants du Tribunal cantonal (art. 138) et des membres de la Cour des comptes (art. 149).

D'autre part, pour ce qui est de la lettre *d*, la formulation ("le médiateur administratif") est différente de celle utilisée à l'article 46 al. 2, où il est question du "responsable" du "service de médiation administrative indépendant". Peut-être s'agirait-il d'harmoniser la désignation, mais la question en appelle une autre, qui est celle de la formulation épïcène, sur laquelle l'Assemblée constituante n'a à ma connaissance pas encore pris de décision.

Ad article 112 *Haute surveillance de l'Etat*

Rédaction (cohérence formelle): Indépendamment des questions de fond que soulève la disposition, qui relèvent de la politique, la formulation des deux alinéas diffère légèrement sur un point, celui de l'objet de la surveillance et du pouvoir d'enquête du Grand Conseil: l'alinéa 1^{er} parle de la *gestion* de l'Etat, alors que l'alinéa 2 se limite à l'*administration* du Conseil d'Etat, ce qui paraît a priori plus restreint. J'ignore cependant si cette différence est voulue ou non.

Intitulé et contenu: Rédaction (cohérence formelle): Dans un tout autre ordre d'idée, on peut se demander si l'article 112 ne devrait pas évoquer aussi la "Haute surveillance" du Grand Conseil sur le Tribunal cantonal, surveillance qui est prévue à l'article 141 de l'avant-projet, mais qui relève d'abord des compétences du Grand Conseil. Voir ci-dessous, ad *article 141*.

Ad article 113 *Compétences en matière de participation*

Question de la forme des actes (cohérence matérielle): Comme l'article 110, la disposition soulève la question de la forme des actes

²⁵⁷ Voir ad *article 83*, ainsi que, pour ce qui est de l'art. 115, ad *Observations générales sur le titre V*, Forme et désignation des actes.

considérés, en relation avec leur assujettissement au référendum: le verbe "décide" paraît exclure le référendum²⁵⁸.

Sur le fond, on notera que la formulation paraît exclure aussi toute délégation de compétences au Conseil d'Etat en la matière²⁵⁹.

Ad article 115 *Forme des actes et délégation des compétences législatives*

Fond (cohérence matérielle): Sur le fond, l'article 115 (al. 1^{er}) constitue probablement une des dispositions les plus "difficiles" de l'avant-projet. La problématique ayant déjà été exposée et illustrée à plusieurs reprises, il ne paraît pas nécessaire d'y revenir ici. Voir, en particulier, ad *article 83*, ainsi que, pour ce qui est de l'article 115 lui-même, ad *Observations générales sur le titre V, Forme et désignation des actes*. Cette définition de la forme des actes soulève aussi quelques difficultés s'agissant de l'objet du contrôle de la Cour constitutionnelle (voir ad *article 144*).

Pour ce qui est de l'alinéa 3, et de la notion d'*ordonnances*, voir aussi ad *article 91* et ad *article 125*.

Ad article 116 *Saisine et élaboration des actes du Grand Conseil*

Intitulé et alinéa 1^{er}: Fond et rédaction (cohérence matérielle et formelle): Telle qu'elle est rédigée, la disposition est quelque peu problématique sur le fond, dans la mesure où elle ne paraît pas très claire et explicite quant à son objet, c'est-à-dire à la règle qu'elle entend énoncer. L'expression "élaborer des actes destinés ..." est en effet à la fois vague et peu explicite. De plus, la disposition semble viser – et mélanger – des choses assez différentes.

- Si j'ai bien compris, l'article 116 vise d'abord le *droit d'initiative*, c'est-à-dire la question de savoir qui peut saisir le Grand Conseil d'une proposition d'acte formel destiné à être adopté par celui-ci, c'est-à-dire d'un projet de loi, de décret ou encore de décision. Ce droit appartient, logiquement au Grand Conseil lui-même et au Conseil d'Etat (on peut considérer que c'est ce que dit l'alinéa 1^{er}, encore qu'il ne le dit pas clairement; pour le Conseil d'Etat, cela résulte de l'art. 124 al. 1^{er}). Mais, s'agissant du Grand Conseil, le droit en question doit bien être exercé par l'intermédiaire de *quelqu'un*: ce peut être un *membre du Grand Conseil* (c'est le droit d'initiative dont parle le début de l'alinéa 2), mais peut-être aussi –

²⁵⁸ Voir ad *article 83*, ainsi que, pour ce qui est de l'art. 115, ad *Observations générales sur le titre V, Forme et désignation des actes*.

²⁵⁹ L'art. 115 al. 2 n'est ici d'aucun secours, car il ne porte que sur les compétences "législatives".

l'article ne le dit cependant pas et semble donc l'exclure – une commission ou un groupe, ou encore le bureau²⁶⁰. A cela s'ajoute que l'article 116 "oublie" deux autres modes de saisine du Grand Conseil dont l'une équivaut au droit d'initiative prévu ici, et l'autre est même plus forte que ce dernier: la *motion* et l'*initiative* populaires²⁶¹.

- Toujours si j'ai bien compris, l'article 116 (al. 2 *in fine*) vise aussi autre chose: le droit des députés de déposer des *interventions parlementaires* diverses (motion, postulat, etc.), interventions qui se différencient toutefois nettement, du point de vue juridique, du droit d'initiative évoqué ci-dessus, en ce qu'elles n'ont jamais pour objet de proposer un acte formel à l'adoption du Grand Conseil²⁶². Il serait dès lors préférable de ne pas mélanger – comme le fait l'article 116 al. 2 – ces deux choses²⁶³.
- Enfin, l'article 116 ne traite pas, mais aurait pu le faire, la question du *droit de proposition* sur les objets en délibération²⁶⁴.

Le rédaction de l'article 116 mériterait donc d'être revue une fois que les décisions de fond que sa formulation actuelle laisse ouvertes auront été prises par l'Assemblée constituante.

Ad chapitre 3 *Conseil d'Etat*

Ad A et article 117 *Principes*

Intitulé: Rédaction: Même remarque que pour les articles 73, 74 et 95, à propos de la *technique législative* (intitulés identiques de la subdivision et de l'article unique qui la compose).

Libellé de l'article: Rédaction: On pourrait me semble-t-il supprimer la "réserve des droits du corps électoral et des pouvoirs du Grand Conseil", qui n'est pas nécessaire, puisque l'article 117 parle de "l'autorité *exécutive* supérieure du canton"; la réserve n'est du reste pas faite, à l'article 137, pour le Tribunal cantonal, "autorité *judiciaire* du canton". La réserve des droits populaires figure certes à l'article

²⁶⁰ Comparer l'art. 160 al. 1^{er} de la Constitution fédérale, ainsi que l'art. 64 al. 1^{er} de la constitution neuchâteloise.

²⁶¹ Comparer l'art. 64 al. 3 de la constitution neuchâteloise.

²⁶² Mais seulement de susciter une discussion et, pour la plus contraignante d'entre elles, la motion, d'inciter le Grand Conseil à inviter le Conseil d'Etat à faire usage de son droit d'initiative en proposant un tel projet d'acte formel; voir l'art. 147 de la loi sur le Grand Conseil.

²⁶³ Comparer l'art. 82 al. 3 de la constitution bernoise, qui traite certes les deux choses dans le même alinéa, mais en les séparant assez clairement.

²⁶⁴ Comparer l'art. 160 al. 2 de la Constitution fédérale.

95, pour le Grand Conseil, mais là, elle se justifie, puisque le Grand Conseil y est qualifié d'"autorité *suprême* du Canton", sans autre qualificatif restreignant la portée de cette suprématie²⁶⁵.

Ad article 118 *Composition, durée de la charge*

Rédaction: La répétition du substantif sujet ("Le Conseil d'Etat") à l'alinéa 2 alourdit la formulation. On pourrait, par souci de symétrie avec la disposition correspondante pour le Grand Conseil (art. 96), ne prévoir qu'un seul alinéa: "Le Conseil d'Etat se compose de sept membres, dont un président, élus pour ...".

Ad article 119 *Election du Conseil d'Etat*

Intitulé: Rédaction et systématique: L'intitulé de la disposition ne "couvre" pas vraiment le contenu des alinéas 3 et, surtout, 4. Ceux-ci pourraient éventuellement être transférés à l'article précédent, relatif à la durée de la charge, avec lequel ils ont peut-être plus de liens²⁶⁶. L'article 119 pourrait alors s'intituler "Mode d'élection ..." (comme la disposition correspondante du chapitre sur le Grand Conseil, l'art. 97).

Alinéa 1^{er}: Rédaction: Là encore par souci de symétrie avec la disposition correspondante pour le Grand Conseil (art. 97 al. 1^{er}), on pourrait ajouter "... sont élus *directement* par le corps électoral ...".

Alinéa 2: Rédaction: La formulation en une seule phrase me paraîtrait plus correcte et élégante: "Sont élus au premier tour les candidats ..., au second tour ceux ...".

Ad article 120 *Election du président du Conseil d'Etat*

Alinéa 2: Rédaction²⁶⁷: Le renvoi à l'alinéa 4 de l'article 119 ne me paraît pas nécessaire: si un conseiller d'Etat ne peut pas siéger en tant que tel plus de trois législatures à la suite, cela signifie nécessairement qu'il ne pourra pas non plus dépasser trois législatures de suite en tant que président.

²⁶⁵ Comparer la formulation des art. 148 al. 1^{er}, 174 et 188 al. 1^{er} de la Constitution fédérale.

²⁶⁶ Comparer l'art. 67 de la constitution neuchâteloise.

²⁶⁷ Ce rapport n'a évidemment pas à se prononcer sur le fond de cette disposition, qui relève de la politique. Toutefois, je me permets néanmoins une remarque qui touche aussi à la "technique": le système envisagé, de deux élections successives, peut s'avérer lourd en termes de scrutins; c'est pour cette raison que certaines collectivités qui connaissent l'élection populaire du président de l'exécutif ont choisi un système prévoyant la simultanéité des deux élections.

Ad C Organisation

Intitulé et contenu de la subdivision: Rédaction et fond: Suivant les décisions qui pourraient être prises s'agissant d'un éventuel transfert, dans cette subdivision, de certaines règles figurant actuellement à l'article 94 ou de l'article 131 de l'avant-projet, l'intitulé de la subdivision pourrait changer, pour devenir "Organisation et statut des membres" du Conseil d'Etat. Voir ad *article 94 al. 2* et ad *article 131*).

Ad article 123 Programme de législation

Systematique générale (cohérence matérielle et formelle): La disposition n'a pas d'équivalent ou de "pendant" dans le chapitre des compétences du Grand Conseil, alors même que son texte porte aussi bien sur une compétence de ce dernier (al. 2) que sur une compétence du Conseil d'Etat (al. 1^{er}). On pourrait donc songer à placer un (nouvel) article correspondant dans le catalogue des compétences du Grand Conseil (avec, pour contenu, ce qui figure dans les alinéas 2 et 5 de l'art. 123, du point de vue du Grand Conseil)²⁶⁸.

Alinéa 3: Fond: La portée juridique de la disposition n'est pas claire. Quelle serait la sanction, par exemple, d'une éventuelle "infraction" au caractère obligatoire du programme? La disposition doit probablement être "lue" en rapport avec la "responsabilité" particulière des membres du Conseil d'Etat que l'avant-projet entend instituer à l'article 131. Toutefois, cette disposition n'est elle-même pas claire quant à sa portée, comme on le verra.

Ad article 124 Compétences en matière législative

Alinéa 1^{er}: Rédaction et fond: Tel qu'il est formulé, l'alinéa 1^{er} de l'article 124, qui réserve explicitement l'article 116, n'est pas plus clair que celui-ci. On peut renvoyer à ce qui a été dit au sujet de ce dernier (ad *article 116*). L'article 124 al. 1^{er} n'a apparemment pas d'autre objet que de répéter, du point de vue du Conseil d'Etat cette fois, que celui-ci dispose de droit *d'initiative* devant le Grand Conseil²⁶⁹.

Alinéa 2: Comme l'article 116 al. 1^{er}, la disposition tend à "mélanger" des choses différentes (cf. ad article 116).

²⁶⁸ Une autre solution, mais qui s'éloignerait davantage de la logique ou de l'économie de l'avant-projet, consisterait à introduire, comme l'a fait la constitution neuchâtelaise, un chapitre sur les "Rapports entre le Grand Conseil et le Conseil d'Etat".

²⁶⁹ Voir les art. 160 et 181 de la Constitution fédérale, qui expriment très simplement ces deux "points de vue".

Ad article 125 Compétences réglementaires et déléguées

Sur l'absence des "ordonnances" prévues par l'alinéa 2 dans la hiérarchie des normes, voir ad *article 91 al. 1*.

Rédaction et fond: Techniquement, la création d'une distinction entre les "règlements", siège des règles législatives prend en vertu de sa compétence propre d'exécution (al. 1^{er}), et les "ordonnances", siège des normes qu'il adopte sur délégation (al. 2), ne paraît pas très heureuse: sachant que pour la plupart d'entre eux, sinon tous, les actes normatifs adoptés par un gouvernement contiennent les deux types de règles, le Conseil d'Etat aura bien de la peine à qualifier ses propres actes (à moins d'en adopter deux différents pour chaque loi qu'il exécute).

Ad article 126 Relations extérieures

Sur l'absence d'une disposition traitant de la compétence du Conseil d'Etat de conclure des concordats et traités, voir ci-dessus, ad *article 108 let. b (in fine)*.

Ad article 126bis Compétences financières (article manquant)

Cohérence formelle et matérielle: L'avant-projet ne contient, dans le catalogue des compétences du Conseil d'Etat, aucune disposition qui traite des *compétences financières* de ce dernier, et qui constituerait le "pendant" de l'article 110, relatif aux compétences financières du Grand Conseil. Le Conseil d'Etat a pourtant des compétences financières propres, qui sont prévues à l'article 146 al. 2. De plus, il prépare et présente, à l'attention du Grand Conseil, le budget et les comptes, le rapport sur l'endettement et la planification financière à moyen terme (cf. art. 110). Toutes ces compétences en matière financière pourraient être rassemblées et rappelées ici, dans une disposition formellement nouvelle²⁷⁰.

Ad article 127 Compétences administratives

Intitulé et contenu, en général: Rédaction et fond (cohérence formelle et matérielle): L'article 127 surprend un peu, à divers égards. Tout d'abord, parmi les nombreuses "Compétences administratives" du Conseil d'Etat – peut-être vaudrait-il mieux parler de "Compétences exécutives", du moment que c'est en principe la fonction première de l'"autorité exécutive supérieure" –, à qui incombe la responsabilité de

²⁷⁰ Voir, par exemple, les art. 71 de la constitution neuchâteloise et 89 de la constitution bernoise.

l'application de tout le droit cantonal et même du droit fédéral²⁷¹, l'article 127 ne mentionne qu'une partie au fond assez accessoire, la direction de l'administration et l'engagement du Chancelier et des cadres de l'administration. Or, ces deux aspects pourraient tout aussi bien – et même mieux – figurer sous la rubrique "Organisation" du Conseil d'Etat, c'est-à-dire sous la lettre C du chapitre 3, avec ou après les articles 121 et 122.

Du reste, si on rapproche le contenu de l'article 127 de celui de ces derniers, en particulier de l'article 122, on constate immédiatement qu'il y a entre eux certaines redondances, mais aussi certaines "divergences" ou "dissonances". Ainsi, par exemple, on ne voit plus très bien qui dirige l'administration: chaque membre du Conseil d'Etat dirige son département (122 al. 1^{er}), le président dirige l'administration générale (122 al. 2), mais le Conseil d'Etat dirige l'administration cantonale (127 al. 1^{er}).

L'article 127 devrait donc être revu: son contenu actuel placé sous "Organisation du Conseil d'Etat", et remplacé par un contenu indiquant la responsabilité exécutive principale du Conseil d'Etat, à savoir la responsabilité de "l'application et de la mise en œuvre du droit cantonal ...".

Ad article 131 *Responsabilité des membres du Conseil d'Etat*

Fond (cohérence matérielle): La portée de cette disposition n'est pas claire. Sa formulation ne précise ni quel type de responsabilité est visé, ni à l'égard de qui cette responsabilité est engagée.

Dès lors, il pourrait, hypothétiquement, s'agir d'une responsabilité "civile" pour les dommages causés à des tiers, mais on devrait alors constater que la disposition fait double emploi avec celle de l'article 74, sur la "Responsabilité de l'Etat et des communes", laquelle "englobe" évidemment aussi les membres du Conseil d'Etat.

C'est donc très probablement un autre type de responsabilité qui est visé ici, une responsabilité *politique* des membres du gouvernement (peut-être en relation avec l'alinéa 3 de l'art. 123, sur le caractère obligatoire du programme de législature, par exemple). Toutefois, si l'hypothèse est la bonne, on peut s'interroger sur la portée de la disposition. On ne voit en effet pas quelle serait la sanction de cette "responsabilité", du moment que l'Assemblée constituante a renoncé à l'option d'un régime parlementaire: en quoi se traduirait cette responsabilité (démission, censure?) et devant quelle instance les membres du Conseil d'Etat seraient-ils responsables, devant le peu-

²⁷¹ Comparer à cet égard les art. 72 de la constitution neuchâteloise et 90 de la constitution bernoise.

ple, qui les a élus, ou devant le Grand Conseil – ce qui constituerait indéniablement une entorse de taille aux compétences du corps électoral –?

Systematique (cohérence formelle): Si elle est maintenue, la disposition pourrait, du point de vue de la systématique, être placée éventuellement dans la subdivision C du chapitre 3, dans la mesure où elle traite plus du statut des membres du Conseil d'Etat que des compétences de celui-ci (voir à ce sujet ci-dessus, ad *C Organisation*, ainsi qu'ad *article 94 al. 2* et ad *article 127*).

Ad chapitre 4 Tribunaux

Ad A Principes généraux

Remarque liminaire sur la structure et le contenu du chapitre et de la subdivision A: Pour ce qui est de la structure du chapitre 4, "Tribunaux", on ne retrouve pas la "symétrie" qui est présente dans les chapitres 2 et 3 du titre, relatifs au Grand Conseil et au Conseil d'Etat. Cela paraît toutefois assez logique, du moment que les tribunaux se différencient des autorités "politiques", dont ils doivent d'ailleurs, en vertu du droit fédéral (et international), être indépendants. Le chapitre 4 se divise donc en trois subdivisions. La première (lettre A) pose des "Principes généraux" applicables à l'ensemble des tribunaux, la deuxième (lettre B) traite du "Tribunal cantonal", "autorité judiciaire supérieure du Canton" (art. 137), et la troisième (lettre C) de la "Cour constitutionnelle". Bien que cette dernière soit conçue comme une section du Tribunal cantonal (art. 143), il se justifie de lui consacrer une subdivision propre, dans la mesure où elle exerce une fonction tout à fait spécifique et où son institution représente, sur le plan politique, une innovation de marque.

Pour ce qui est du contenu de la première subdivision du chapitre, on peut se demander si, parmi les "Principes généraux" valables pour tous les tribunaux, l'avant-projet ne devrait pas prévoir une disposition rappelant que ces tribunaux appliquent le droit fédéral et le droit cantonal, mais qu'ils n'appliquent pas les normes législatives ou réglementaires qui sont contraires au droit supérieur²⁷². En effet, si l'Assemblée constituante a, par l'institution de la Cour constitutionnelle, introduit un contrôle *abstrait* de la conformité des normes cantonales au droit supérieur, elle n'a rien dit du contrôle *concret* – c'est-à-dire du contrôle à l'occasion d'un cas d'application – de cette conformité. Or, si un tel contrôle s'impose, en vertu du droit fédéral, à toutes les autorités cantonales s'agissant de la conformité au droit

²⁷² Voir par exemple les art. 86 de la constitution neuchâteloise et 66 al. 3 de la constitution bernoise (ce dernier est toutefois placé dans les dispositions générales sur les autorités cantonales).

fédéral (et international), il n'en va pas de même s'agissant de la conformité à la constitution cantonale. Si elle entend imposer un tel contrôle, l'Assemblée constituante devrait donc le dire²⁷³. Un tel article pourrait prendre place dans la subdivision A.

Ad article 132 *Indépendance*

Intitulé: Rédaction: La disposition ne traite pas seulement de l'indépendance des tribunaux et des personnes exerçant un pouvoir judiciaire (al. 1 et 2), mais aussi de leur impartialité (al. 3). L'intitulé devrait éventuellement l'indiquer en reprenant les deux substantifs.

Ad article 135 *Double instance*

Rédaction et fond: La disposition suscite quelques difficultés d'interprétation.

Alinéa 1^{er}: Du point de vue rédactionnel, l'expression "décision non-contentieuse" qui figure dans la seconde phrase n'est pas très correcte²⁷⁴: en droit administratif, en effet la "*procédure non contentieuse*" est "celle qui mène à une décision prise par une autorité en première instance"²⁷⁵; la décision de première instance met donc fin à cette procédure non contentieuse, pour ouvrir la procédure contentieuse; elle n'est dès lors, en elle-même, pas "non contentieuse".

Sur le fond, toutefois, il faut noter que la règle concrétisée par cette expression représente une (première) "entorse", assez importante, ne serait-ce qu'en termes statistiques, au principe de la double instance posé de manière quelque peu absolue par la première phrase.

A cela s'ajoute que cette règle de la double instance semble en outre contredite une deuxième fois, par la suite, dans d'autres dispositions de l'avant-projet. C'est notamment le cas de l'article 140 al. 1 let. a, qui permet à la loi de confier certaines causes au Tribunal cantonal en première instance: on ne voit dès lors guère quelle est la seconde instance cantonale²⁷⁶. La règle est contredite en outre – et là de manière tout à fait claire – par l'article 144, s'agissant de la Cour consti-

²⁷³ Les alinéas 2 et 3 de l'art. 91 ne "couvrent" pas entièrement cette matière, car ils ne contiennent pas de "règle de conflit".

²⁷⁴ Le trait d'union est sans doute de trop.

²⁷⁵ PIERRE MOOR, *Droit administratif*, volume II: *Les actes administratifs et leur contrôle*, Berne, 1991, p. 126.

²⁷⁶ A moins d'envisager que le jugement du Tribunal cantonal en première instance est susceptible d'un recours auprès d'une autre instance du même Tribunal cantonal. Mais il est assez difficile de le deviner sur la base de la formulation de l'avant-projet. Le Rapport de la Commission 5, précité (note 235), n'aborde pas cette "contradiction".

tutionnelle, qui statue en instance (cantonale) unique dans certaines hypothèses (lettres *a* et *b* de l'art. 144). Peut-être faudrait-il donc réserver, à l'article 135 al. 1^{er}, les règles contraires prévues par la constitution elle-même et (éventuellement) la loi.

Alinéa 3: La disposition, qui est sans doute "juste", n'est cependant pas très explicite et mériterait un commentaire.

Ad article 136 *Opinions dissidentes*

Rédaction (et fond): La formulation de la disposition, en particulier en raison de la notion de "juridictions cantonales", qui n'est définie nulle part, ne permet pas de déterminer clairement la portée de la règle, notamment s'agissant de ses "destinataires": vise-t-elle tous les *tribunaux*, ou seulement les "juridictions cantonales" au sens du Tribunal cantonal²⁷⁷? La formulation devrait le préciser.

Ad article 138 *Composition, élection des juges*

Alinéa 3: Rédaction: La formulation de l'alinéa 3 ("Le choix des candidats se fonde ...") est ambiguë dans la mesure où, du point de vue strictement systématique, on peut hésiter sur la portée de la disposition: les alinéas 1 et 2 traitent en effet de deux désignations différentes, celle des juges (al. 1^{er}) et celle (des membres) de la commission de présentation (al. 2); or, matériellement, l'alinéa 3 porte, du moins me semble-t-il, sur les candidats au Tribunal cantonal, et non sur les candidats à la commission de présentation. Si tel est bien le cas, la formulation devrait être précisée en ce sens.

Ad article 140 *Compétences*

Alinéa 1^{er}: Sur la "contradiction" entre cette disposition (let. *a*) et l'article 135 al. 1^{er}, voir ad *article 135*.

Cas échéant, la rédaction de la lettre *b* de l'article 140 al. 1^{er} devrait être adaptée.

La rédaction de la lettre *b* devrait du reste préciser *par qui* des causes peuvent être "confiées expressément à une autre autorité" que le Tribunal cantonal. Sur le fond, ce ne peut guère être que la *loi*.

Ad article 141 *Haute surveillance*

²⁷⁷ La question n'est pas abordée dans le Rapport de la Commission 5, précité (note 235), qui semble donc admettre une application générale de la règle.

Intitulé: Pour être (plus) explicite, ou moins ambigu, quant à son objet, l'intitulé de l'article 141 devrait peut-être être complété pour indiquer de quelle "haute surveillance" il s'agit: de celle du Grand Conseil sur le Tribunal cantonal, et non de celle, prévue à l'article précédent, du Tribunal cantonal lui-même sur l'ordre judiciaire. On pourrait envisager de dire "Haute surveillance du Grand Conseil".

La disposition devrait du reste, du point de vue de la cohérence formelle et de la symétrie, avoir son "pendant" à l'article 112, dans le catalogue des compétences du Grand Conseil.

Ad article 142 *Principe*

Intitulé: On peut se demander si le terme "Principe" est approprié ici. Celui de "Fonction" semble préférable compte tenu du contenu de la disposition, qui est tout de même assez différent de celui des articles 95, 117 et 137.

Ad article 144 *Compétences*

Précision liminaire: La décision de l'Assemblée constituante d'instituer une Cour constitutionnelle appelée à exercer un contrôle abstrait de la "conformité d'une norme cantonale au droit supérieur", pour reprendre la formule de l'article 144 lettre a, relève bien évidemment de la politique. En conséquence, le présent rapport s'abstiendra de toute remarque concernant le principe de cette décision.

Cela dit, la solution concrète retenue dans l'avant-projet appelle quelques observations de caractère plus "technique". On a déjà évoqué, plus haut, les questions de la définition de la *qualité pour agir* et de la *mesure* du contrôle, ainsi que leurs implications possibles sur la justiciabilité de certains droits fondamentaux et de certaines tâches étatiques, et on n'y reviendra donc pas²⁷⁸. Il reste toutefois un problème "technique" s'agissant de l'*objet* du contrôle.

Lettre a: Rédaction et fond: Tout d'abord, il faut noter que la formulation ("... conformité d'une *norme* cantonale ...") exclut – contrairement à ce qu'indiquait le rapport de la Commission 5²⁷⁹ – le contrôle des actes cantonaux non normatifs, en particulier des actes individuels et concrets, comme les *décisions* du Grand Conseil ou du

²⁷⁸ Voir à ce sujet le chiffre 3. "Droits sociaux" – "Buts sociaux": la question de la justiciabilité, ad *Observations générales sur le titre II*, en particulier la note 66, ainsi qu'ad *Observations générales sur le titre III*, Justiciabilité des tâches?.

²⁷⁹ Rapport précité (note 235), ad art. 512, p. 27: "... il doit être possible d'examiner si les lois, décrets, règlements et décisions du Conseil d'Etat ainsi que celles de ses agents sont conformes à la Constitution cantonale, au droit fédéral et aux engagements internationaux auxquels la Confédération a adhéré".

Conseil d'Etat. Le contrôle porte uniquement sur les normes²⁸⁰, c'est-à-dire sur les *règles générales et abstraites*.

La question qui se pose est celle de savoir ce qu'il en est de la catégorie intermédiaire des *décrets*, qui, dans l'économie de l'avant-projet, désigne les "actes généraux et concrets" (art. 115): peut-on les ranger parmi les "normes" au sens de l'article 144 ou doit-on, au contraire, considérer que ce ne sont pas des normes? La réponse me paraît aller dans la première direction s'agissant par exemple des plans (qui représentent un ensemble de normes, en quelque sorte).

Il conviendrait toutefois que l'Assemblée constituante précise quels sont les actes qui sont susceptibles de faire l'*objet* du contrôle.

Lettre b: Fond: Sur la relative "lourdeur" du système envisagé, voir ad *article 79bis al. 2*²⁸¹. Il faut ajouter que le délai de vingt jours imparti à la Cour pour statuer paraît excessivement court.

Lettre d: Fond: On peut se demander s'il ne conviendrait pas d'exclure les conflits de compétence auxquels sont parties la Cour elle-même et, peut-être, le Tribunal cantonal, dont elle forme une section²⁸².

G. Remarques relatives au titre VI

1. *Observations générales sur le titre*

Précision liminaire: Le titre VI, sur le "Régime des finances", n'avait pas encore été formellement adopté par l'Assemblée constituante au moment du travail de "retouches" effectué par la commission de rédaction en mai et en juin. Cela explique que certaines remarques relatives à ce titre n'ont pas pu être prises en considération avant la consultation.

Sur le plan de son "économie", le titre VI appelle les observations générales suivantes.

- Structure formelle du titre: Rédaction: Du point de vue de sa structure formelle, le titre VI "frappe" l'œil, tout d'abord, en ce qu'il est fortement "découpé", alors qu'il est le titre de loin le plus court de l'avant-projet: sept articles, pour quatre chapitres (dont deux ne comprennent qu'une seule disposition). Il y a là, sur le plan de ce

²⁸⁰ Cela résulte du reste déjà de l'art. 142.

²⁸¹ En particulier la note 205.

²⁸² Comparer l'art. 104 al. 2 let. d de la constitution jurassienne.

qu'on pourrait appeler "l'esthétique rédactionnelle", un certain déséquilibre, par rapport au "découpage" des autres titres – tous beaucoup plus longs –. Une "correction" pourrait être envisagée.

- Structure matérielle et contenu du titre: Rédaction et fond: Cela paraît d'autant plus "nécessaire" que le titre VI comprend quelques dispositions dont on peut se demander, sur le fond, si elles ne devraient pas figurer ailleurs, dans le titre sur les "Autorités cantonales": c'est le cas, on l'a déjà relevé, de l'article 149, relatif à la "Cour des comptes", ainsi que d'une partie de l'article 146 al. 2, sur les compétences financières du Conseil des Etats²⁸³. Mais cela vaut aussi pour l'article 152, sur la péréquation intercommunale, dont le placement dans le titre VII pourrait être envisagé²⁸⁴.

Ainsi, de manière générale, la relation des dispositions du titre VI avec celles des autres titres de l'avant-projet, notamment des titres III, V et VII, n'est pas très claire.

- Etat et communes?: Rédaction et fond: Enfin, le titre VI soulève la question – partiellement liée à la précédente – de ses "destinataires": en l'état, il traite aussi bien du régime des finances communales que de celui des finances cantonales, encore que de manière à vrai dire peu systématique: certaines de ces dispositions ne s'appliquent qu'au "niveau" cantonal (par exemple, les art. 146 al. 2 et 147 al. 3), quelques-unes ne visent que le "niveau" communal (l'art. 152, au moins l'alinéa 1^{er}), d'autres encore s'adressent explicitement aux deux "niveaux", à l'Etat et aux communes (art. 150 al. 1^{er} et 151 al. 1^{er}); pour les autres, on ne voit pas très bien, en les lisant, à quel "niveau" elles s'appliquent (voir, par exemple, ci-dessous ad *article 150 al. 3*).

La commission de rédaction s'était attachée, avant la consultation, à faire systématiquement le tri et à séparer clairement les dispositions applicables aux autorités cantonales, d'une part, placées dans le titre V, et les dispositions applicables aux autorités communales, d'autre part, placées dans le titre VII. Comme la commission n'avait toutefois pas revu le titre VI, cette question du tri et de la séparation demeure posée²⁸⁵.

²⁸³ Pour la "Cour des comptes", voir ad *Observations générales sur le titre V, intitulé, structure générale et contenu du titre*; pour les "compétences financières du Conseil d'Etat, ad *article 126bis*.

²⁸⁴ Ainsi, par exemple, l'art. 113 de la constitution bernoise, qui traite des impôts communaux et de la péréquation intercommunale, ne figure pas dans le chapitre sur le "Régime des finances", mais dans celui sur les "Communes".

²⁸⁵ Voir la note 284 pour la solution de la constitution bernoise. Voir aussi l'art. 93 de la constitution neuchâteloise, qui institue une solution identique (la constitution ne comporte toutefois pas de titre sur le régime des finances).

2. Observations article par article

Seules sont mentionnées les dispositions qui appellent un commentaire particulier.

Ad chapitre 1er Règles de fonctionnement

Intitulé: Rédaction: Pour peu que l'Assemblée constituante décide de maintenir différents chapitres dans le titre VI (voir ci-dessus, ad *Observations générales sur le titre*), l'intitulé du chapitre pourrait être "rebaptisé": "Principes généraux" ou "Principes généraux de la gestion financière" me paraîtraient plus adéquats au contenu des trois articles qui le composent.

Ad article 146 Base légale

Intitulé: Rédaction: On pourrait parler aussi de "Légalité".

Alinéa 1^{er}: Rédaction et fond: J'avoue ne pas comprendre, sur le fond, l'exigence d'une base légale pour "toute ... recette". Il est certain que les recettes issues de la fiscalité sont soumises au principe de la légalité, même à un principe de la légalité "renforcé"²⁸⁶; mais cela est dit à l'article 151 al. 1^{er} de l'avant-projet, qui traite du régime fiscal. Pour les autres recettes, par exemple un éventuel legs ou un don, ou encore une subvention fédérale, l'exigence d'une base légale paraît plutôt stricte²⁸⁷.

Alinéa 2: Rédaction et fond: Sur l'absence de disposition sur les "Compétences financières" du Conseil d'Etat dans le chapitre 3 du titre V, voir ci-dessus, ad *article 126bis*.

Ad chapitre 2 et ad article 149 Cour des comptes

Intitulé: Rédaction: Même remarque que pour les articles 73, 74, 95 et 117, à propos de la *technique législative* (intitulés identiques du chapitre et de l'article unique qui le compose).

Systematique: Sur l'emplacement de la disposition, voir ci-dessus, ad *Observations générales sur le titre V*, Intitulé, structure générale et contenu du titre, ainsi qu'ad *Observations générales sur le titre VI*.

²⁸⁶ Le Tribunal fédéral est plus strict s'agissant de la densité normative de la base légale pour les impôts et taxes que dans les autres domaines. Voir l'art. 127 al. 1^{er} de la Constitution fédérale, qui reprend cette jurisprudence pour le domaine fédéral: la loi doit définir les "principes généraux régissant le régime fiscal, notamment la qualité de contribuable, l'objet de l'impôt et son mode de calcul".

²⁸⁷ Comparer l'art. 105 de la constitution bernoise, qui exige une base légale pour "toute dépense" (seulement).

Alinéa 1^{er}: Rédaction et fond: La disposition devrait préciser si la "commission de présentation" dont il est question ici est la même – ou une autre – que celle qui est prévue pour l'examen des candidatures des juges au Tribunal cantonal (art. 138 al. 1 et 2). De plus, la formulation de la fin de l'alinéa laisse à désirer du point de vue linguistique. La commission n'a toutefois, sauf erreur, pas encore revu ces dispositions.

Plus généralement, sur le fond (mais on confine déjà à la politique), le "fonctionnement" du système, en particulier les relations entre la Cour des comptes et les autres "Autorités cantonales", notamment le Grand Conseil, mais aussi le Conseil d'Etat et, même, les tribunaux, ne paraissent pas clairement établis.

H. Remarques relatives au titre VII

1. *Observations générales sur le titre*

Précision liminaire: La commission de rédaction avait, avant la consultation, réaménagé assez profondément ce titre relatif aux communes et aux districts, notamment en y "rapatriant" toutes les dispositions qui se trouvaient auparavant dans le titre relatif aux autorités cantonales. Elle avait en outre tenté de donner à ce titre VII une structure à peu près cohérente. Il n'avait en revanche guère "touché", faute de temps, la formulation des différents articles.

En l'état, du point de vue de son "économie", le titre VII appelle les observations générales suivantes.

- Structure formelle du titre: Rédaction: Pour ce qui est de sa structure générale, le titre VII, qui traite donc des "Communes et districts", est divisé en trois chapitres, d'importance quantitative inégale. Le chapitre premier, sur les "Communes", est nettement le plus long (23 articles, art. 153 à 175). Il est suivi par deux chapitres courts, l'un sur les "Collaborations intercommunales et agglomérations" (chapitre 2, art. 176 et 177), l'autre sur les "Districts" (chapitre 3, art. 178 à 181).

Le chapitre premier, sur les communes, est lui-même divisé en trois parties: "Dispositions générales" (lettre A), "Organisation politique" (lettre B) et "Fusion de communes" (lettre C). Il faut noter que la deuxième de ces parties (lettre B) est elle-même subdivisée encore en trois: "Généralités" (lettre a), "Conseil communal ou conseil général" (lettre b) et "Municipalité" (lettre c).

Il en résulte, tout d'abord, que le titre VII est, dans l'avant-projet, celui qui est le plus fortement divisé (on y descend à quatre niveaux de subdivision dans le chapitre premier); cela résulte de la forte densité et du caractère très détaillé de l'avant-projet s'agissant des communes, l'Assemblée constituante ayant choisi de régler l'organisation communale de manière presque aussi détaillée et exhaustive, dans la constitution, que celle des autorités cantonales²⁸⁸. Ce choix est évidemment politique et, comme tel, il ne saurait être remis en question dans ce rapport. Toutefois, même en considérant ce choix comme "une donnée acquise", on peut constater que plusieurs dispositions du titre VII présentent des redondances: souvent, les mêmes idées y sont exprimées à deux ou plusieurs reprises, de manière légèrement différente (voir, par exemple, les art. 153 al. 2 et 155 al. 3; 155 al. 3 et 157; 171 al. 1^{er} et 173 al. 1^{er}). Aussi conviendrait-il peut-être que la commission de rédaction réfléchisse à une éventuelle simplification de la structure formelle et du "découpage" du titre, ainsi qu'à certains "regroupements" des idées exprimées, pour éviter si possible certains défauts en termes de technique législative et rédactionnelle qui apparaissent encore dans l'avant-projet.

- Intitulé du titre: Rédaction: Parmi ces "défauts", on peut signaler tout d'abord que l'intitulé du titre ("Communes et districts") ne "couvre" effectivement que deux des trois chapitres que celui-ci contient: il y manque le contenu du deuxième chapitre, "Collaborations intercommunales et agglomérations". A priori, on ne voit toutefois pas très bien comment on pourrait "intégrer" ces éléments à l'intitulé du titre. A moins, toutefois, de modifier le contenu de ce chapitre, en transférant une de ses (deux) dispositions – ou les deux –, dans un des autres chapitres²⁸⁹.
- Droits politiques en matière communale: Fond (cohérence matérielle): Sur le fond, le titre VII suscite une difficulté particulière, qui a trait à l'interprétation de certaines de ses dispositions, plus précisément les articles 159, 165 et 174, mais qui a des conséquences sur la rédaction de plusieurs autres dispositions du titre, ce qui justifie qu'on la traite ici, dans les observations générales. La problématique est la suivante. L'article 159 al. 2 définit le contenu

²⁸⁸ Voir, par exemple, les art. 162 al. 2 et 164 al. 2 de l'avant-projet, qui vont très loin dans le détail pour des dispositions constitutionnelles, plus loin même à certains égards que les dispositions correspondantes au niveau cantonal.

²⁸⁹ On pourrait ainsi envisager de transférer l'art. 176 ("Collaborations intercommunales") dans le chapitre sur les "Communes" (chapitre 1^{er}), l'art. 177, sur les "Agglomérations" demeurant la seule disposition du chapitre 2. On pourrait aussi transférer *en outre* l'art. 177 dans le chapitre sur les "Districts" (dont l'intitulé deviendrait "Districts et agglomérations"), de sorte qu'il n'y aurait plus que deux chapitres dans le titre VII. Mais il y a sans doute d'autres possibilités.

des droits politiques en matière communale. A côté du droit d'élire, de voter et d'être élu, qui ne pose pas de problème, la disposition ajoute que les droits politiques ont aussi "pour objet ... la signature des demandes d'initiative et, le cas échéant, de référendum". L'expression "le cas échéant" – introduite par la commission de rédaction – se réfère à l'article 165 alinéa 1^{er}, aux termes duquel le "corps électoral dispose d'un droit de référendum sur les actes du *conseil communal* et d'un droit d'initiative". Il semble en effet que l'on doive déduire de cette disposition que le droit de référendum n'existe que dans les communes qui sont dotées d'un conseil communal, et non dans celles qui ont un conseil général; cette déduction paraît du reste assez logique, puisque dans les communes à conseil général, les décisions sont prises par l'ensemble du corps électoral (le référendum y est donc en quelque sorte inclus dans le "système"). La question qui se pose est celle de savoir si cette "logique" – pour autant évidemment que l'interprétation donnée ici corresponde à la volonté de l'Assemblée – vaut aussi pour l'initiative populaire: autrement dit, il s'agit de savoir si l'instrument de l'initiative populaire existe uniquement dans les communes qui connaissent le système du conseil communal, ou s'il existe aussi dans les communes n'ayant qu'un conseil général, formé de l'ensemble des électrices et des électeurs; là encore, la logique parlerait plutôt pour la première hypothèse²⁹⁰. Pourtant, l'avant-projet ne paraît pas clair – il semble même contradictoire – sur la réponse donnée à cette question. D'abord, la formulation de l'article 165 al. 1^{er} – qui n'a pas du tout été "touchée" par la commission de rédaction²⁹¹ – est très ambiguë: le droit de référendum y est lié et limité aux actes du conseil communal, mais le droit d'initiative ne l'est pas. D'autre part, et surtout, l'article 174, qui institue un droit d'initiative "spécial" en matière de fusion de communes, ne fait aucunement la distinction entre les communes ayant un conseil communal et les autres²⁹². C'est cette incertitude qui avait conduit la commission de rédaction à introduire l'expression "le cas échéant" de l'article 159 al. 2 s'agissant du référendum. Toutefois, selon la réponse donnée par l'Assemblée à la question de fond, cette expression

²⁹⁰ Dans les communes à conseil général, en effet, toute personne possédant la qualité d'électrice ou d'électeur devrait logiquement disposer du droit d'initiative individuel au sein de ce conseil, de sorte que l'instrument de l'initiative populaire ne paraît pas nécessaire.

²⁹¹ La disposition est absolument identique à (la première phrase de) l'art. 6.1.10 adopté par l'Assemblée constituante.

²⁹² Il faut noter que cette disposition a été légèrement "retouchée" par la commission de rédaction: la version originale (art. 6.1.13) était encore plus nette au sujet de la question évoquée ici, puisqu'elle précisait même explicitement que ce droit d'initiative "spécial" valait "[d]ans les communes à conseil communal ou général".

devrait porter non seulement sur le référendum, mais aussi sur l'initiative.

Il y a donc, sur ce point, une question de fond que l'Assemblée constituante devrait trancher – si tant est qu'elle ne l'a pas encore fait –: celle de savoir si les instruments de démocratie directe n'existent que dans les communes dotées d'un conseil communal, ou s'ils existent au contraire dans toutes les communes. La question se pose *en général*, mais aussi, *en particulier*, pour le droit d'initiative "spécial" de l'article 174. Seule la réponse à cette question permettra à la commission de rédaction de proposer la formulation correcte des dispositions correspondantes.

2. Observations article par article

Seules sont mentionnées les dispositions qui appellent un commentaire particulier.

Ad article 153 *Définition et buts*

Alinéa 2: Rédaction et fond: Il y a, à mon sens du moins, une redondance entre cette disposition et celle de l'article 155 al. 3, ainsi du reste qu'avec les dispositions des articles 6 et 7 al. 4 de l'avant-projet.

Ad article 155 *Tâches*

Alinéa 3: Rédaction et fond: Il y a, là encore, redondance entre cette disposition et celle de l'article 153 al. 2, mais aussi celle de l'article 157 (sous réserve d'une légère différence: "conformément au droit", d'un côté, et "conformément à la loi", de l'autre, ce qui n'est pas tout à fait la même chose). Il faut rappeler du reste que le principe du respect du droit et de la loi est déjà exprimé, de manière générale, à l'article 7. On ne voit donc pas pourquoi il faudrait le rappeler constamment. Cela a au contraire pour effet d'en "diluer" la portée.

Ad article 157 *Surveillance par l'Etat*

Rédaction et fond: Voir la remarque qui vient d'être faite, à propos de l'article 155 al. 3.

Ad B et ad a *Organisation politique et Généralités*

Sur la structure de ces subdivisions, voir ci-dessus, ad *Observations générales sur le titre VII*, Structure formelle du titre.

Ad article 158 *Organisation générale*

Voir ad article 161.

Ad article 159 *Droits politiques*

Alinéa 2: Sur la question de fond concernant l'étendue des droits politiques, en particulier des instruments de démocratie directe, suivant le "type" de commune, voir ci-dessus, ad *Observations générales sur le titre VII, Droits politiques en matière communale*.

Ad article 160 *Incompatibilités*

Alinéa 3: Fond (éventuellement conformité au droit fédéral): La disposition soulève une question de fond, voire même de compatibilité au droit fédéral. Elle interdit aux membres des municipalités, sauf pour deux d'entre eux au maximum, le cumul de cette "fonction" avec celles de député au Grand Conseil ou de député aux Chambres fédérales, le cumul des trois étant en tous les cas interdit. L'article "rappelle" donc, pour l'exécutif communal, et avec une certaine "ouverture", la règle prévue à l'article 94 al. 2 pour les membres du Conseil d'Etat.

Or, si cette dernière règle (l'interdiction du cumul pour les membres du Conseil d'Etat), qui existe dans d'autres cantons, n'a semble-t-il jamais soulevé de problème quant à sa conformité au droit fédéral, il n'est en revanche pas certain qu'il en aille de même de la règle appliquée aux membres de *tous* les exécutifs communaux. D'une part, la règle touche ici un nombre sensiblement plus considérable de personnes, qui sont ainsi exclues du droit d'être élues au Grand Conseil, mais aussi aux Chambres fédérales. D'autre part, il est douteux que la situation des exécutifs communaux soit en tous points comparable à celle du Conseil d'Etat: alors que la charge de conseiller d'Etat est évidemment une "fonction" complète (à plein temps), et s'il en va peut-être de même dans les grandes communes, ce n'est sans doute pas le cas dans *toutes* les communes. Ainsi, du point de vue du droit d'être élu (au Grand Conseil et, surtout, au Parlement fédéral), la règle de l'article 160 al. 3 implique une restriction considérable, en particulier pour les membres des exécutifs des petites communes, qui n'exercent cette fonction qu'à titre (très) accessoire. Aussi peut-on se demander si *l'interdiction générale et indifférenciée* du cumul n'est pas contraire au principe d'égalité de l'article 8 de la Constitution fédérale, principe qui exige notamment que les situations comparables soient traitées de manière égale, mais aussi que les situations différentes le soient de manière différente.

Ad article 161 *Principe*

Rédaction (et fond): La formulation, en particulier la forme potestative ("peuvent"), n'est pas très heureuse, dans la mesure où elle semble indiquer que les communes ont le choix entre plusieurs solutions, y compris celle de n'avoir aucun des deux organes (solution qui est bien évidemment exclue, cf. art. 158 al. 1^{er}). La formulation devrait donc être revue²⁹³.

Sur le plan de la systématique, cette règle pourrait d'ailleurs – et peut-être même devrait – être placée à l'article 158, comme second alinéa (nouveau): elle "poursuit" en effet l'idée exprimée par cette disposition.

Ad article 162 *Composition, élection et organisation du conseil communal*

Alinéa 1^{er}: Rédaction: La formulation, un peu "alambiquée", pourrait être améliorée, notamment en s'inspirant, par souci de symétrie, de celle, correspondante, valable pour les membres du Grand Conseil (art. 96 et 97)²⁹⁴.

Alinéa 2: Fond: Sur le caractère extrêmement détaillé de cette disposition, voir ci-dessus, ad *Observations générales sur le titre VII, Structure formelle du titre*²⁹⁵.

Ad article 163 *Composition du conseil général*

Rédaction: La formule "est ouvert à", qui donne l'impression d'une opération "portes ouvertes", devrait à mon avis être remplacée par "est formé de".

Ad article 164 *Compétences*

La disposition appelle quelques remarques d'ordre à la fois rédactionnel et matériel:

²⁹³ Peut-être pourrait-on dire, si c'est bien ce qui est voulu: "La loi détermine à quelles conditions les communes peuvent se doter d'un conseil communal en lieu et place du conseil général", ou "La loi détermine à quelles conditions les communes peuvent remplacer le conseil général par un conseil communal".

²⁹⁴ On pourrait formuler ainsi: "Les membres du conseil communal sont élus directement par le corps électoral, pour une durée de cinq ans. L'élection a lieu au scrutin proportionnel, sans quorum; le règlement communal peut toutefois prévoir le système du scrutin majoritaire". La rédaction pourrait cependant être différente (étalée sur plusieurs alinéas) en fonction du sort de l'alinéa 2.

²⁹⁵ Spécialement la note 288.

Alinéa 1^{er}, lettre a: Fond (cohérence matérielle): Sur l'absence de mention des "règlements" communaux dans la hiérarchie des normes du droit cantonal, voir ad *article 91 al. 1^{er}*.

Lettre b: Rédaction (cohérence formelle): Sur la notion d'*arrêté*, qui apparaît, elle, dans la hiérarchie des normes de l'article 91 al. 1^{er}, mais qui est utilisée à trois reprises dans l'avant-projet avec des significations différentes, voir aussi ad *article 91 al. 1^{er}*.

Lettre h: Fond (cohérence matérielle): La disposition soulève une petite difficulté de fond en relation avec l'article 171, *in fine*. Il paraît en effet résulter de la combinaison de ces deux dispositions, au moins si on les interprète à la lettre, qu'aucune des deux autorités communales, ni l'autorité délibérante, ni la municipalité, ne possède une compétence générale, qui lui permettrait d'assumer toutes les tâches qui ne sont pas confiées à une autre autorité. De sorte qu'il pourrait y avoir des tâches pour lesquelles personne n'est compétent.

Alinéa 2: Rédaction (cohérence formelle): Dans la seconde phrase, l'expression "pouvoir délibérant" pourrait être remplacée par celle d'"autorité délibérante", qui est l'expression utilisée dans les autres dispositions où apparaît la notion (comparer les art. 158, 160 al. 1^{er}, et 170 al. 1 et 2, notamment).

Pour ce qui est du fond, et sur le caractère extrêmement détaillé de cette disposition, voir ci-dessus, ad *Observations générales sur le titre VII, Structure formelle du titre*²⁹⁶.

Ad article 165 Référendum et initiative populaires

Fond: Sur la question concernant l'étendue des droits politiques, en particulier des instruments de démocratie directe, suivant le "type" de commune, voir ci-dessus, ad *Observations générales sur le titre VII, Droits politiques en matière communale*.

Ad article 166 Composition et durée de la législature

Rédaction: Peut-être serait-il préférable, pour la "lisibilité", de faire deux phrases.

Ad article 167 Election de la municipalité et révocation

Alinéas 1 et 2: Rédaction: La formulation des deux premiers alinéas est un peu "alambiquée", et pas toujours très explicite (notamment s'agissant de l'expression "scrutin individuel"). Il serait préférable de reprendre, par souci de symétrie, les formules qu'on trouve aux arti-

²⁹⁶ Spécialement la note 288.

cles 97 al. 1^{er}, 119 al. 1^{er} et, sous réserve de la remarque qui y est faite dans ce rapport, 162 al. 1^{er}, pour le Grand Conseil, le Conseil d'Etat et le conseil communal.

Ad article 168 *Election du syndic*

Fond: Voir, sur la relative "lourdeur" du système des deux élections successives, la remarque faite à propos de l'article 120²⁹⁷, remarque qui vaut d'autant plus, en l'occurrence, que le délai entre les deux votes n'est que d'un mois.

Ad article 169 *Organisation*

Voir ci-dessous, ad *article 171*.

Ad article 170 *Programme de législature*

Alinéas 1^{er}: Fond et rédaction (cohérence matérielle et formelle): La disposition n'a pas – mais pourrait ou devrait l'avoir – son "pendant" dans les compétences de l'autorité délibérante (art. 164); voir à ce sujet ce qui a été dit ad *article 123*.

Ad article 171 *Compétences*

Fond et rédaction (cohérence matérielle et formelle): On retrouve ici, à peu de choses près, une difficulté semblable à celle qui avait été évoquée à propos de l'organisation et des "Compétences administratives" du Conseil d'Etat (voir ad *article 127*). Il y a en effet à la fois certaines redondances et certaines divergences ou "dissonances" de fond entre l'article 171 et l'article 169, sur l'"Organisation" de la municipalité, de sorte qu'on ne voit pas très bien qui dirige quoi.

Sur la question de l'articulation de la fin de la disposition avec l'article 164 al. 1^{er}, lettre *h*, voir ce qui a été dit à propos de ce dernier.

Ad C *Fusion de communes*

Ad articles 172 *Principes* et 173 *Incitations*

Fond et rédaction (cohérence matérielle et formelle): Redondances: La commission de rédaction avait regroupé dans la subdivision de la lettre C, avant la consultation, toutes les dispositions auparavant éparpillées concernant la "Fusion de communes". Or, le simple fait de les avoir rassemblées permet de se rendre compte qu'il y a, dans ces

²⁹⁷ Plus précisément à la note 267.

dispositions, certaines redondances. Tel est en particulier le cas, du moins me semble-t-il, entre les deux premiers articles de la subdivision, les articles 172 et 173: la première phrase de l'alinéa 1^{er} de l'article 173 répète pratiquement l'alinéa 1^{er} de l'article 172; l'idée est même reprise, une troisième fois (!), par la fin de l'alinéa 2 de l'article 173. Un "toiletage" ou un "élagage" semble indispensable.

Sur le fond, le système mis sur pied, à la fois très détaillé sur certains aspects, mais aussi assez imprécis sur d'autres, suscite diverses questions d'interprétation et n'est pas très facile à "comprendre": on ne voit pas, par exemple, sur quoi le corps électoral communal se prononce (l'idée ou le principe de la fusion, sa concrétisation, c'est-à-dire les modalités de la fusion, ou encore les deux?); on ne voit pas non plus quel est le rôle de l'Etat (en dehors de l'art. 175, il semble n'en avoir aucun), etc. La "pertinence" du système devrait donc être vérifiée.

Ad article 174 *Droit d'initiative et procédure*

Sur la question générale de fond concernant l'étendue des droits politiques, en particulier des instruments de démocratie directe et de l'initiative "spéciale" prévue par l'article 174, en relation avec le "type" de commune considéré, voir ci-dessus, ad *Observations générales sur le titre VII, Droits politiques en matière communale*.

Pour le reste, la disposition appelle quelques remarques d'ordre plutôt rédactionnel.

Alinéa 1^{er}, troisième phrase: Rédaction (cohérence matérielle et formelle): Sur le fond, la phrase me paraît énoncer une évidence: l'autorité délibérante peut toujours, me semble-t-il, prendre l'initiative d'une fusion, ce qui suppose, dans la commune, l'organisation d'un référendum sur la question.

Si la phrase devait néanmoins être maintenue, l'expression "corps délibérant" pourrait être remplacée par celle d'"autorité délibérante", qui est l'expression utilisée dans les autres dispositions où apparaît la notion (comparer les art. 158, 160 al. 1^{er}, et 170 al. 1 et 2, notamment).

Alinéas 3 et 4: Fond: Sur l'absence de clarté et de précision quant à la "cohérence" du système, voir ci-dessus. En particulier, on ne voit pas, ici, si les alinéas 3 et 4 portent sur deux votes différents, l'un sur le principe d'une fusion, l'entrée en matière pourrait-on dire (al. 3), l'autre sur la fusion elle-même, c'est-à-dire le résultat concret des négociations entamées une fois que le principe de la fusion a été admis (al. 4). Le point n'est pas clair. Or, il me semble difficile d'admettre qu'un "oui" sur le principe de la fusion implique "automatiquement" la fusion, sans qu'un nouveau vote soit organisé, en fin de pro-

cédure, une fois les modalités de la fusion établies. Comme indiqué, le système même doit donc être revu, dans sa conception, avant de pouvoir être formulé en termes normatifs (pour autant, évidemment, qu'on veuille le régler dans la constitution).

Ad Chapitre 2 *Collaborations intercommunales et agglomérations*

Sur la structure et le contenu de ce chapitre, ainsi que l'emplacement de deux dispositions qui le composent, voir ci-dessus, ad *Observations générales sur le titre VII, Structure formelle du titre.*

Ad article 177 *Agglomérations*

Alinéa 1^{er}: Rédaction: On peut se demander si le terme "mieux", dans la formule "... en vue d'accomplir *mieux* en commun les tâches ...", est nécessaire.

Alinéa 3: Rédaction et fond: Plutôt que de dire "Elle peut être dotée ...", il conviendrait de préciser par qui elle peut l'être, ce qui devrait probablement être la loi: "La loi peut prévoir qu'elle est dotée de ...".

Ad Chapitre 3 *Districts*

Ad article 179 *Nombre et tâches*

Alinéa 1^{er}: Fond et rédaction: Si elle laisse ouverte la question du nombre des districts, la constitution devrait néanmoins dire à *qui* appartient la compétence d'en décider, de même du reste que la compétence de décider du rattachement de chaque commune à un district. A cet égard, on ne peut guère concevoir d'autre autorité que le législateur. La seconde phrase devrait donc être rédigée différemment, par exemple: "La loi en fixe le nombre et détermine le rattachement de chaque commune à un district" (à moins, bien sûr, que la compétence de décider le rattachement ne doive être déléguée à une autre autorité, le Conseil d'Etat, pour éviter une révision législative pour tout changement).

Alinéa 2: Rédaction: La formulation devrait être revue (les "tâches ... se font"). On pourrait dire, par exemple: "Les districts assument les tâches décentralisées par l'Etat".

Ad article 180 *Préfet*

Alinéa 1^{er}: Rédaction: On peut se demander, du moment que les articles précédents parlent toujours des districts au pluriel, s'il ne serait

pas préférable de dire: "*Un* préfet est nommé par le Conseil d'Etat à la tête *de chaque* district".

Alinéa 2: Rédaction: Une virgule me paraît nécessaire: "... ses tâches, qui sont ...".

I. Remarques relatives au titre VIII

1. **Observations générales sur le titre**

Précision liminaire: Les dispositions de ce titre ont été formellement adoptées par l'Assemblée constituante, en première lecture, *après* le travail de "retouches" effectué aux mois de mai et juin 2001 par la commission de rédaction. Autrement dit, elles n'ont pas été revues par cette dernière. Cela se "sent", si l'on peut dire: le titre VIII présente en effet, sur le plan de la technique législative et rédactionnelle, de graves lacunes, qui rendent un réexamen complet absolument nécessaire. On se limitera donc ici à mettre en évidence les principaux problèmes.

- Intitulé, structure générale et contenu du titre: Rédaction et fond: L'intitulé du titre, tout d'abord, "Autres institutions", est peu explicite – le lecteur ne voit pas, d'emblée, ce qui se cache derrière une telle expression – et même probablement inexact: si l'on peut certes admettre que les "Eglises et communautés religieuses" reconnues du chapitre 1^{er} constituent des "institutions", on ne saurait en dire autant de l'objet du chapitre 2, "Vie associative et bénévolat"²⁹⁸.

L'imprécision de l'intitulé ne fait toutefois que refléter le contenu parfaitement hétérogène du titre. Si pratiquement toutes les constitutions cantonales ont un titre ou un chapitre sur les Eglises et, éventuellement, les autres communautés religieuses, qui correspond dans les grandes lignes au chapitre premier du titre VIII, on ne voit en revanche pas du tout ce que le chapitre 2 vient faire *dans ce titre*. L'article 184, disposition unique qui compose ce chapitre, *n'institue* en fait – contrairement à ce que dit l'intitulé du titre – rien du tout; il ne fait que confier des mandats, ou des *tâ-*

²⁹⁸ Au moins dans le sens que l'on peut attendre du mot "institutions" dans une constitution.

ches, à l'Etat et aux communes. De par sa nature, cette disposition devrait donc figurer dans le titre III, et non ici²⁹⁹.

- Chapitre premier: Rédaction: Quant au chapitre premier, sa rédaction suscite, comme indiqué, de nombreuses difficultés d'interprétation, qu'on examinera dans l'analyse article par article.

2. Observations article par article

Ad article 182 *Principes*

Alinéa 1^{er}: Rédaction: La disposition reprend une formule analogue à celle qu'on rencontre dans d'autres constitutions cantonales, notamment à l'article 97 al. 1^{er} de la constitution neuchâteloise. Toutefois, du point de vue rédactionnel, on peut se demander si le verbe "reconnaît" est approprié: l'Etat peut-il vraiment "reconnaître la dimension spirituelle ..."? La question est d'autant plus légitime que, dans ce même chapitre, le verbe "reconnaître", ou son substantif, la "reconnaissance", réapparaît – c'est même l'objet principal de ce chapitre –, mais avec un sens très différent, qui est celui d'une reconnaissance *constitutive*.

Ad article 183 *Reconnaissance*

Rédaction, en général: La disposition est rédigée d'une manière telle que son sens est pratiquement indéchiffrable. Le simple fait qu'elle comporte 7 alinéas³⁰⁰, pour certains relativement longs, est du reste symptomatique. Elle devrait probablement être scindée en deux ou, même, en trois articles différents. En l'état, on ne voit en effet pas quelle est la signification et la portée de plusieurs de ces alinéas. Au surplus, l'article pose une question de fond, quant à sa conformité au droit fédéral.

Alinéa 1^{er}: L'alinéa vise les deux Eglises "traditionnelles", qui sont reconnues de par la constitution elle-même, en tant qu'*institutions de droit public*. Il ne pose, en lui-même pas de problème.

²⁹⁹ La problématique est semblable à celle évoquée pour le chapitre 4 du titre IV; mais ici, rien ne justifie que la disposition figure ailleurs que dans le titre III. Si l'Assemblée décidait le transfert de cette disposition dans le titre III, on pourrait alors envisager, dans ce titre, un chapitre (nouveau) dans lequel l'(actuel) art. 184 pourrait éventuellement figurer en compagnie d'autres dispositions de l'avant-projet portant sur des matières "proches". On peut songer, par exemple, à l'art. 66 ainsi qu'à certaines dispositions du chapitre 4 du titre IV. Voir à ce sujet la note 156 et ce qui a été dit à propos du chapitre 4 du titre IV.

³⁰⁰ C'est de ce point de vue la plus longue de tout l'avant-projet.

Alinéas 2 et 3: Ces deux alinéas doivent s'appliquer, dans la logique de la systématique, aux deux Eglises visées à l'alinéa 1^{er}, ce qui est du reste confirmé par le libellé de l'alinéa 2 ("leur assure", qui ne peut se référer qu'à celles-là). L'alinéa 3 se réfère toutefois directement à l'alinéa 2, dont il poursuit en quelque sorte l'idée, de sorte qu'il pourrait tout aussi bien – voire même mieux – y être intégré.

Quoi qu'il en soit, ces trois premiers alinéas forment un tout: ils visent tous trois les (deux) Eglises reconnues comme institutions de droit public. Ils pourraient former un premier article³⁰¹.

Alinéa 4: Fond: Conformité au droit fédéral: L'alinéa vise, pour sa part, les autres *communautés* religieuses, en faisant une distinction entre la communauté israélite, d'une part, qui est reconnue, de par la constitution elle-même, comme *institution d'intérêt public*, et les autres communautés, d'autre part, auxquelles l'Etat peut, sur demande, reconnaître un tel statut.

Sur le fond, on peut – et même on doit – se demander si cette distinction ne heurte pas le principe d'égalité posé par l'article 8 de la Constitution fédérale, en particulier l'interdiction des discriminations de l'article 8 al. 2, qui interdit notamment les discriminations fondées sur la religion. Or, si le fait de traiter séparément – et de privilégier – les Eglises traditionnelles du pays ne paraît pas susciter de problème à cet égard, du moins dans la conception largement dominante en Suisse, la question pourrait se poser en termes différents s'agissant d'une distinction entre les autres communautés, moins traditionnelles. Une telle distinction doit pouvoir se fonder, pour ne pas violer l'article 8 al. 2 de la Constitution fédérale, sur des motifs particulièrement pertinents, propres à justifier le traitement "privilégié" accordé à l'une ou à l'autre de ces communautés. Dans ce sens, il conviendrait que l'Assemblée constituante fournisse, dans un commentaire explicatif, les motifs qui l'ont conduite à différencier le statut des "autres communautés religieuses" (par exemple, le caractère traditionnel et séculaire de l'implantation de la communauté israélite, ou le fait qu'une demande existe s'agissant de cette dernière).

On peut cependant préciser, à cet égard, que la pratique de l'Assemblée fédérale semble relativement large: la constitution bernoise (art. 126) opère en effet une distinction identique à celle que propose l'avant-projet, et cette distinction n'a donné lieu à aucune "critique" au moment de la garantie fédérale³⁰². De plus, la disposition de l'avant-

³⁰¹ On doit en effet inférer de la systématique que les trois premiers alinéas ne visent pas les autres communautés religieuses, qui sont ou pourraient être reconnues en vertu des alinéas suivants. Concrètement, cela signifie, par exemple, que ces autres communautés ne perçoivent pas de prestations financières de l'Etat et des communes.

³⁰² Le message du Conseil fédéral, du 6 décembre 1993, précité (note 11), FF 1994 I 401, n'aborde pas du tout la question.

projet permet aux autres communautés de requérir leur reconnaissance et d'acquiescer ainsi, à situations égales, un traitement égal à celui de la communauté israélite, de sorte que la disposition est susceptible d'une interprétation conforme à la Constitution fédérale.

Du point de vue réactionnel (mais avec des incidences considérables sur le fond), l'alinéa devrait cependant préciser par qui la reconnaissance est accordée; le terme "l'Etat" est trop vague et il faut probablement dire quelle est l'autorité compétente: le "législateur" ou le Grand Conseil par voie de décret, etc. Cette précision a évidemment des conséquences en ce qui concerne les compétences de l'une ou l'autre des autorités cantonales et l'assujettissement éventuel de la reconnaissance au référendum facultatif, conséquences dont il conviendra de tenir compte dans la rédaction d'autres dispositions de l'avant-projet³⁰³.

Alinéas 5 à 7: Les trois derniers alinéas posent à nouveau des problèmes qui relèvent de la systématique. Dans la logique de cette dernière, on ne voit en effet pas auxquels des alinéas précédents ils s'appliquent. L'alinéa 5, tout d'abord, ne peut logiquement s'appliquer qu'aux communautés *autres* que les Eglises traditionnelles et la communauté israélite, puisque celles-ci sont *déjà* reconnues par la constitution elle-même. Le sort de l'alinéa semble donc lié à celui de l'alinéa 4 (et ces deux alinéas pourraient former un article). A vrai dire, toutefois, sur le fond, on pourrait se demander si ces deux exigences, des "principes démocratiques" et de la "transparence financière", ne devraient pas s'appliquer à *toutes* les Eglises et communautés reconnues, notamment en raison du principe de l'égalité et de l'interdiction des discriminations évoqué plus haut³⁰⁴.

Pour ce qui est des alinéas 6 et 7, ils semblent – du moins si l'on s'en tient à leur texte – devoir s'appliquer aussi bien aux Eglises traditionnelles qu'aux autres communautés reconnues (israélite et autres); mais la systématique, telle qu'elle est proposée par l'avant-projet, ne "joue" alors plus. Ces deux alinéas devraient donc faire l'objet d'un (troisième) article, séparé.

En résumé, l'article 183 nécessite un sérieux "toiletage" rédactionnel.

³⁰³ Comparer à ce sujet l'art. 99, en relation avec les art. 42 al. 2 let. f, 61 al. 1 let. e, et 74 let. d de la constitution neuchâteloise.

³⁰⁴ Mais, si telle est la volonté de l'Assemblée constituante, il faudrait alors rédiger les dispositions différemment.

Ad chapitre 2 et ad article 184 *Vie associative et bénévolat*

Sur la localisation du chapitre et de la disposition, voir ci-dessus, ad *Observations générales sur le titre VIII*.

J. Remarques relatives au titre IX

1. *Observations générales sur le titre*

Précision liminaire: Comme le titre précédent, et pour la même raison, le titre IX n'avait pas été revu par la commission de rédaction avant la consultation.

De manière générale, il soulève d'importantes questions de fond, qui ont déjà été abordées lors de l'examen du titre IV. On peut donc renvoyer, sur ce point, à ce qui a été dit alors (voir ad *chapitre 3* du titre IV).

On se limitera dès lors ici à quelques remarques de détail, étant entendu que les dispositions de ce titre devront de toute façon être réexaminées (et coordonnées avec celles du titre IV) en fonction des décisions matérielles que l'Assemblée constituante prendra au sujet des questions de fond évoquées.

2. *Observations article par article*

Ad article 185 *Révision totale*

La disposition appelle au surplus quelques remarques de détail, d'ordre rédactionnel et, parfois, matériel:

Alinéa 2: Sur la précision nécessaire, quant au fond, voir ad *chapitre 3* du titre IV.

Alinéa 3: Il conviendrait de préciser que la loi règle la procédure.

Alinéa 4: L'expression "selon les mêmes modalités que le Grand Conseil" est peu claire, sur le fond, dans la mesure où l'on ne sait pas précisément à quelles dispositions elle se réfère. Ainsi, par exemple, la "durée de la législature" de l'article 96 est-elle applicable? Probablement pas, mais cela résulte plus de la logique que du texte de l'avant-projet³⁰⁵.

³⁰⁵ Comparer l'art. 101 al. 3 de la constitution neuchâteloise, qui est à cet égard plus précis.

Alinéa 5: Sur la notion d'*arrêté*, qui apparaît dans la hiérarchie des normes de l'article 91 al. 1^{er}, mais est utilisée à trois reprises dans l'avant-projet avec des significations différentes, voir ad *article 91 al. 1^{er}*.

Ad article 186 *Révision partielle*

En plus de la question de sa coordination avec les dispositions du titre IV, la disposition appelle une remarque spécifique:

Alinéa 3: Rédaction et fond (cohérence formelle et matérielle): La procédure de vote en cas de "variantes" devrait être décrite, ici aussi, comme à l'article 185 al. 3 (et avec la même remarque).

K. Remarques relatives au titre X

Le titre X, qui, selon son intitulé, comprend les "Dispositions transitoires et finales", est incomplet: il ne contient en fait que des dispositions transitoires, et il lui manque donc des dispositions finales, sur *l'entrée en vigueur*, sur les *abrogations* nécessaires (notamment de la Constitution actuelle), ainsi qu'une disposition sur les *adaptations formelles* qui pourraient être nécessaires s'agissant, d'une part, des éventuelles révisions partielles de la Constitution actuelle que le peuple vaudois aurait acceptées entre le moment du vote final de l'Assemblée constituante et l'entrée en vigueur de la nouvelle constitution, et d'autre part, les initiatives populaires pendantes portant formellement sur l'"ancienne" constitution, mais qui ne seraient soumises au vote populaire qu'après l'entrée en vigueur de la nouvelle. L'Assemblée constituante pourrait s'inspirer par exemple, à cet égard, des articles 105 à 107 de la constitution neuchâteloise, ou encore des chiffres II, III et IV de l'arrêté fédéral relatif à une mise à jour de la Constitution fédérale, du 18 décembre 1998.

Ad chiffre 1 *Disposition liée à l'art. 54 al. 3*

Pour éviter toute ambiguïté de fond liée à cette disposition, dont le libellé n'est pas du tout clair et ne correspond probablement pas à la volonté de l'Assemblée³⁰⁶, il serait préférable de maintenir formellement en vigueur, pour la période transitoire, les dispositions existantes. Pour la technique législative à ce sujet, voir par exemple le chiffre II 2 de l'arrêté fédéral précité.

³⁰⁶ Prise à la lettre, la disposition permettrait en effet au législateur de supprimer ces protections concrètes.

III. Conclusions

Le présent rapport est, on l'aura constaté, relativement critique. C'est toutefois dans la nature des choses, puisque c'est précisément son rôle que de *mettre en évidence* les *problèmes* d'ordre juridique, de forme ou de fond, que pose l'avant-projet adopté en première lecture par l'Assemblée constituante. Or, l'avant-projet mis en consultation pose effectivement un certain nombre de problèmes.

Au terme de son examen détaillé, et indépendamment des quelques points sur lesquels sa conformité au droit fédéral n'est pas assurée, on peut, à mon sens, retenir les éléments suivants.

D'une part, l'avant-projet mériterait un travail – assez important – d'ordre rédactionnel et structurel, qui devrait lui permettre de gagner en clarté et en "lisibilité", mais aussi en rigueur et en précision juridiques. Concrètement, cela suppose toutefois, à mon sens, que l'Assemblée constituante accepte de renoncer à certaines formulations vagues, imprécises ou redondantes. Ce travail concerne tant la forme que le fond.

D'autre part, et probablement en amont de ce travail de "rédaction", l'avant-projet soulève, sur des points et dans des domaines relativement "techniques", des questions de fond. Ces questions nécessiteraient des décisions de principe de l'Assemblée constituante, des options ou des choix dont certains relèvent de la simple "méthode législative" (traitement exhaustif dans la constitution elle-même ou renvoi à la loi, par exemple), d'autres de la politique "pure". Seule la réponse à ces questions permettrait à la commission de rédaction de proposer ensuite un texte formellement et matériellement cohérent.

Veillez croire, Madame et Messieurs les Présidents de l'Assemblée constituante, Madame et Messieurs les membres de la commission de rédaction, à l'assurance de ma parfaite considération.

Neuchâtel, le 20 septembre 2001

Pascal Mahon