

**Rapport du groupe de travail à l'appui de l'avant-projet de
révision du titre premier de la Constitution valaisanne
du 8 mars 1907**

105

TABLE DES MATIERES

Abréviations	4
I. Présentation générale	5
1. La constitution du groupe de travail	
2. L'état des lieux	
3. L'exécution du mandat	
4. Les sources comparatives	
5. La structure formelle de l'avant-projet	
II. Encadrement du texte et préambule	11
6. L'encadrement du texte	
6.1 La désignation de l'Etat du Valais, la date de la Constitution et sa phrase introductive	
6.2 L'intitulé du titre premier	
6.3 Les titres de chapitres	
6.4 Les titres marginaux	
7. L'invocation divine et le préambule	
III. Commentaire du texte, article par article	16
Titre premier	
8. Remarques liminaires	
<i>Chapitre premier Dispositions générales</i>	
9. Article premier La République et canton du Valais	
10. Article 2 Armoiries	
11. Article 3 Capitale	
12. Article 4 Langues officielles	
13. Article 5 Bien commun	
14. Article 6 Principes de l'activité étatique	
15. Article 7 Séparation des pouvoirs et garanties de fonction	21
16. Article 8 Autonomie communale	
17. Article 9 Coopération extérieure	
18. Article 10 Règle de subsidiarité	
19. Article 11 Responsabilité des collectivités et établissements publics	
20. Article 12 Devoir des particuliers	
<i>Chapitre deuxième Droits fondamentaux</i>	27
21. Remarques liminaires	
22. Article 13 Effet des droits fondamentaux	
23. Article 14 Réception du droit supérieur	
24. Article 15 Garanties exprimées particulièrement dans la présente constitution	
25. Article 16 Dignité humaine	

26. Article 17	Droit à l'égalité et principe de non-discrimination	
27. Article 18	Protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi	
28. Article 19	Protection contre la rétroactivité des lois	
29. Article 20	Droit de créer un foyer	
30. Article 21	Liberté de conscience et de croyance	33
31. Article 22	Liberté de réunion et de manifestation	
32. Article 23	Droit à l'éducation	
Article 24	Droit à l'enseignement de base et aide à la formation professionnelle initiale	
33. Article 25	Liberté de la langue	
34. Article 26	Liberté d'information	
Article 27	Protection contre l'utilisation abusive de données personnelles	
35. Article 28	Garanties générales de procédure	37
36. Article 29	Droit de pétition	
37. Article 30	Principes applicables aux impôts	
Article 31	Principes applicables aux autres contributions	
Chapitre troisième Droits et buts sociaux		39
39. Remarque liminaire		
40. Article 32	Droits sociaux	
41. Article 33	Mandat social du canton et des communes	
Titre cinquième		42
Chapitre troisième		
44. Article 65bis	Conseil de la magistrature	
Dispositions finales (commentaire particulier)		44
Titre quatrième <i>Chapitre premier</i>		
42. Article 50	C. Liberté d'action des membres du Grand Conseil et garanties de session	
43. Article 51	D. Principes de gestion financière	

Quelques abréviations :

Remarque

On a évité toute abréviation inutile, afin de faciliter la lecture du texte ; il en reste quelques-unes dont la liste qui suit n'est pas nécessairement exhaustive.

AP	avant-projet
Abs.	alinéa (allemand)
Art.	article (allemand)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse (cités par volume dans l'ordre d'ancienneté)
<i>cf.</i>	voir ou par exemple etc. (<i>confer</i>)
CC	Code civil suisse
CO	Code fédéral des obligations
CP	Code pénal suisse
CPP	nouveau Code de procédure pénale suisse
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
Contra	en sens contraire (dans une citation)
Cst.	Constitution fédérale du 18 avril 1999
Cst./cant.	Constitution valaisanne de 1907
FF	Feuille fédérale
<i>id.</i>	<i>idem</i>
LACPP	loi valaisanne d'application du code de procédure pénale
LOCRP	
not.	notamment
op. cit.	ouvrage (<i>opus</i>) cité.
Pacte ONU I	Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques
Pacte ONU II	Pacte des Nations Unies sur les droits économiques, sociaux et culturels.
p.	page
p. ex.	par exemple
pp.	pages
RO	Recueil officiel des lois fédérales
RS	Recueil systématique des lois fédérales
RS/VS	Recueil systématique des lois valaisannes
spéc.	spécialement
ss.	suivantes
vol.	volume
ZH, BE etc.	Constitutions cantonales (du canton de Zurich, de Berne etc.) citées ainsi de suite selon le rang donné à chaque canton par l'article 1 Cst..

I. Présentation générale

1. La constitution du groupe de travail

1.1 Le 6 octobre 2010, le Conseil d'Etat du Valais a chargé un groupe de travail d'élaborer, pour le 30 juin 2011, « un avant-projet de révision constitutionnelle relatif aux droits fondamentaux et aux libertés individuelles » (ci-après : **P'avant projet** ou **AP**). Cette décision se fondait sur un rapport du Service des affaires intérieures et communales et participait de la volonté, exprimée antérieurement par le gouvernement cantonal, de réviser par étapes la Constitution valaisanne du 8 mars 1907 (ci-après : **la Constitution** ou **Cst./cant.**).

Le groupe de travail se composait de M. le Chancelier d'Etat Philippe Spörri, de Mme Nicole Langenegger Roux, Responsable du Secrétariat à l'égalité et à la famille, et de MM. Maurice Chevrier, Chef du Service des affaires intérieures et communales, Jean-Marie Cleusix, Secrétaire général du Département de l'éducation, de la culture et du sport, Paul-Henri Moix, Secrétaire général du Département des finances, des institutions et de la santé, Michel Perrin, Chef du Service administratif et juridique du Département de la sécurité, des affaires sociales et de l'intégration et Adrian Zumstein, Chef du Service administratif et juridique du Département des transports, de l'équipement et de l'environnement.

Le Conseil d'Etat a appelé le professeur Claude Rouiller, ancien Président du Tribunal fédéral, à faire partie de ce groupe et à le présider.

M. Pierre Jacquod, juriste près le Département des finances, des institutions et de la santé, a tenu le secrétariat du groupe de travail.

1.2.1 Dans sa première séance, tenue à Sion en date du 18 novembre 2010, le groupe de travail a défini le cadre de la révision et la méthode à suivre ; il a chargé son président d'établir une proposition d'avant-projet qui fut régulièrement soumise, dans l'intervalle des réunions, à un échange approfondi d'opinions, au sein du groupe de travail, tant sur l'ensemble du texte que sur chacun de ses articles.

1.2.2 La proposition d'avant-projet a été débattue par le groupe de travail dans une séance de deux jours qui s'est tenue à Champéry en dates des 24 et 25 février 2011, puis dans une séance tenue à Sion en date du 1^{er} avril 2011.

1.3.1 Le 1^{er} mars 2011, le Chef du Service des affaires intérieures et communales et le Chef du Service administratif et juridique du Département de la sécurité, des affaires sociales et de l'intégration, ont informé le Conseil d'Etat de l'avancement des travaux et lui ont posé la question de l'opportunité de créer une autorité indépendante de surveillance de la justice.

1.3.2 Par une nouvelle décision prise en date du 13 avril 2011, le Conseil d'Etat a étendu le mandat du groupe de travail « *à la modification du Titre V de la Constitution traitant des pouvoirs publics, pour donner une base constitutionnelle à l'institution d'un Conseil de la magistrature (article unique à la suite des articles consacrés au pouvoir judiciaire)* ». (§ 1)

1.3.3 Aux termes de la même décision (§ 2), le Conseil d'Etat a « *charg[é] l'expert, M. Claude Rouiller, ancien Président du Tribunal fédéral, de l'établissement d'un rapport circonstancié commentant chacune des dispositions révisées* ».

1.4.1 Après l'élaboration, par le groupe de travail, de la nouvelle modification demandée, l'expert a établi une version allemande de l'ensemble de l'avant-projet.

1.4.2 Cette version a été revue scrupuleusement en contradictoire avec les membres germanophones du groupe de travail.

1.4.3 Sa finalisation a bénéficié du concours judiciaire de M. Claude Pittet, fonctionnaire juriste cantonal de langue allemande rompu à cet exercice.

1.5.1 Le groupe de travail a tenu sa dernière séance à Sion le 30 juin 2011.

1.5.2 Il y a finalisé et adopté définitivement le texte français de l'avant-projet.

1.5.3 Il y a finalisé et adopté définitivement le texte allemand de l'avant-projet.

1.6 L'ensemble de l'avant-projet et chacune de ses dispositions sont le produit d'un consensus entre tous les membres du groupe de travail. L'expert tient à saluer la coopération fructueuse, au sein de ce groupe, de tous ses collègues, juristes ou non-juristes, dont les apports particuliers ont conduit à la rédaction finale d'un texte simple et cohérent, qui tend à répondre aux besoins actuels et prévisibles de la société valaisanne.

1.7 Au milieu du mois de juin, le texte du présent rapport a été porté à la connaissance du groupe de travail qui lui a donné son agrément au cours de la même séance du 30 juin 2011.

2. L'état des lieux

2.1 La Constitution valaisanne est plus que centenaire. Elle a été adoptée en votation populaire du 12 mai 1907 et garantie par l'Assemblée fédérale le 30 mars 1908. Elle a fait l'objet d'une quinzaine de révisions qui se sont échelonnées du 26 décembre 1920 au 21 octobre 2007. Ces révisions ont porté essentiellement sur les principes régissant la fiscalité, sur les incompatibilités et sur l'élection du Conseil d'Etat et des députés au Conseil des Etats (1920), sur l'exercice des droits populaires et sur l'organisation des pouvoirs d'Etat (1985, 1993, 2000), sur le régime communal et sur la démocratie communale (1975, 2004, octobre 2007), ainsi que sur l'état politique des citoyens (mars 2007).

2.2 Le titre premier de la Constitution¹ est resté dans l'ensemble ce qu'il était à l'origine. Il n'a jamais fait l'objet d'une révision générale, mais seulement de révisions partielles portant sur les rapports entre l'Eglise et l'Etat², les devoirs de l'Etat envers la famille³, les principes applicables aux impôts⁴ et la responsabilité de l'Etat et de ses agents⁵. Y ont été insérés en outre une note marginale sémantique sur l'égalité entre hommes et femmes⁶ et un mécanisme de frein aux dépenses⁷ qu'il y a lieu de transférer, sans changement, dans un autre titre.

2.2.1 A côté d'un catalogue embryonnaire et parfois confus des libertés individuelles, le titre premier de la Constitution actuelle comprend certains textes obsolètes, voire désuets, tels ceux qui parlent des charges censitaires, du juge naturel, du service militaire, de l'assurance du

¹ articles 1 à 25.

² article 2 modifié en 1974 et en 1990.

³ article 13bis adopté en 1999.

⁴ article 24 dans sa version de 1920.

⁵ article 21 accepté en 1976.

⁶ article 3 complété en 1993.

⁷ article 25 introduit en 2002.

bétail, des infirmeries régionales⁸. On y trouve aussi des textes programmatiques ou techniques dont le rappel dans une constitution cantonale a perdu de son utilité ou qui - lorsque ce n'est pas le cas - n'ont pas la qualité normative pour figurer dans l'introduction de la charte fondamentale d'un Etat moderne.

2.2.2 Ainsi rédigé, le titre premier de la Constitution ne donne pas une vue d'ensemble de la nature de l'Etat cantonal. Le Valais est donc confronté, pour cette partie initiale de sa charte fondamentale, à une situation comparable à celle qui a conduit la Confédération à entreprendre la révision de la Constitution du 29 mai 1874, achevée le 19 avril 1999 (ci-après : la **Constitution fédérale**, en abrégé **Cst.**).

3. L'exécution du mandat

3.1 S'il se fut tenu à une interprétation rigoureusement étroite de la décision du 6 octobre 2010, le groupe de travail eût dû se borner à établir un catalogue des droits fondamentaux⁹. Il eût suffi pour cela d'extraire du titre premier de la Constitution de 1907 les sept ou huit dispositions qui traitent de ces droits, de les moderniser, de les compléter et de donner une nouvelle numérotation aux dispositions sur la structure de l'Etat en faisant l'impasse sur l'inadéquation de certaines d'entre elles à la réalité institutionnelle et aux besoins de la société.

3.2 Cette méthode n'eût pas permis d'atteindre les objectifs de cette étape de la révision projetée par le gouvernement cantonal. Les droits fondamentaux sont en effet étroitement liés à la structure et aux principes d'activité de l'Etat¹⁰. L'avant-projet réside par conséquent dans un *aggiornamento* équilibré de l'ensemble du titre premier de la Constitution de 1907.

4. Les sources comparatives

4.1 Ainsi conçu, l'avant-projet ne se limite pas à une retouche des articles 1 à 25 Cst./cant., mais ne tend pas non plus à un bouleversement de ce qui existe dans le pays. Les solutions proposées résultent, dans une mesure importante, d'une analyse comparative de normes constitutionnelles en vigueur en Suisse ou à l'étranger.

4.2 Ont été mis ainsi en parallèle les textes de la Constitution fédérale et des constitutions cantonales les plus récentes, des textes constitutionnels plus anciens mais toujours dignes d'intérêt ou particulièrement originaux, de même que les traités multilatéraux qui traitent de la protection des droits individuels¹¹, ou qui ont pour objet l'élimination de toutes les formes de discrimination, notamment à l'égard des femmes et des minorités nationales, l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, la protection de l'enfance, de la femme et des personnes les plus faibles contre les abus, les injustices, le mépris ou la violence¹², voire la protection du patrimoine naturel et culturel, incluant celle de la diversité biologique.

⁸ articles 5, 7, 11, 16, 19.

⁹ le *bill of rights* des anglo-saxons.

¹⁰ voir à ce sujet Jörg Paul Müller, *Introduction aux droits fondamentaux*, dans *Commentaire de la Constitution fédérale de 1874*, 1993, volume premier, pp. 3ss.

¹¹ Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (RS 0.103.2 ; en abrégé Pacte ONU II) ; Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101 ; en abrégé Convention européenne des droits de l'homme et CEDH), traités entrés respectivement en vigueur pour la Suisse les 18 septembre 1992 et 28 novembre 1974.

¹² Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 (RS 0.103.1 ; en abrégé Pacte ONU I) ; Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965 (RS 0.104) ; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 (RS 0.105) ; Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du 26 novembre 1987 (RS 0.106) ; Convention des Nations

4.3 Invité, par la nature de sa mission, à réfléchir à des concepts tirés de la philosophie du droit public, le groupe de travail ne pouvait non plus ignorer les principes généraux qui sont à la base des créations constitutionnelles des grandes démocraties étrangères. Cela va jusqu'à la référence utile au *devoir de sollicitude*, reconnu dans le droit du travail et dans celui de la fonction publique nationale, après l'avoir été dans le droit de la fonction publique internationale¹³.

4.4 Le groupe de travail n'en a pas moins pris sérieusement en compte les particularités de la société valaisanne, qu'elles résultent de l'histoire, de la géographie, de la nature ou des anciennes structures sociales. Cette préoccupation est décelable, entre autres, dans le préambule et dans les normes relatives à l'*autonomie communale*¹⁴ et à la *liberté de conscience*.

Il s'est même penché sur l'antique loi du 4 septembre 1802 *sur le sceau de la République*¹⁵, dont la nature constitutionnelle n'est pas douteuse et qui est toujours en vigueur, bien que son texte n'ait pas été repris dans la constitution de 1907. On y reviendra, à propos du titre et du blason de l'Etat¹⁶.

4.5 Les innovations proposées dans l'avant-projet concernent principalement l'encadrement juridique du pouvoir d'Etat, la réception *dynamique* des droits fondamentaux et des droits sociaux reconnus dans le droit supérieur, la précision de la portée de droits fondamentaux universellement reconnus et la consécration de libertés particulières au droit cantonal.

5. La structure formelle de l'avant-projet

5.1 La révision du titre premier, qui pose les fondements de l'Etat, inclut un réexamen du titre général de la Constitution et l'ouverture du texte de celle-ci par un préambule.

5.2 L'Etat moderne étant la plus grande puissance créée par l'homme pour vivre en société, la description des limites de cette puissance sont prioritaires et essentielles pour la qualification d'un régime politique. Ces limites sont objectives et subjectives. Les limites objectives sont la structure de l'Etat et les principes qui régissent son activité; les limites subjectives¹⁷ sont les droits fondamentaux. Ce n'est qu'après avoir défini ces limites que l'Etat peut s'investir dans la réalisation du bien commun et la promotion des droits sociaux.

L'avant-projet suit ce schéma théorique comme l'ont fait le constituant fédéral et la quasi-totalité des constituants cantonaux. Intitulé *Bases de l'Etat*, le titre premier est donc subdivisé en trois chapitres disposés dans l'ordre suivant : *Dispositions générales (articles 1 à 12)*,

Unies relative aux droits de l'enfant (RS 0.107) ; Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979 (RS 0.108) ; Convention-cadre européenne pour la protection des minorités tous textes entrés respectivement en vigueur pour la Suisse les 18 septembre 1992, 29 décembre 1994, 26 juin 1987, 1^{er} février 1989, 26 mars 1997, 26 avril 1997, 1^{er} février 1999 et 1^{er} avril 1998. La Suisse ne l'ayant pas ratifiée, nous ne nous référons pas à la *Charte sociale du Conseil de l'Europe*, de 1961/1996, qui énonce des droits sociaux garantis par les Etats parties et dont les violations peuvent être déférées à un Comité quasi-juridictionnel (CEDS).

¹³ pour la portée universelle de ce devoir, dont on reparlera encore, voir le jugement 2654, au considérant 7, du Tribunal de l'Organisation internationale du Travail, accessible sur le site *Triblex* ; ce concept a été introduit jadis dans le droit de la fonction publique nationale et internationale sous l'influence du regretté *André Grisel*, président du Tribunal fédéral qui fut le premier suisse à siéger au sein de cette juridiction internationale.

¹⁴ voir aussi à ce propos la *Charte européenne de l'autonomie locale* du 15 octobre 1985, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} juin 2005 (RS 0.102).

¹⁵ adoptée sous l'empire de la république satellite du Valais et restée en vigueur après l'adhésion de ce pays au Pacte fédéral de 1815. (RS/VS 111.1).

¹⁶ aux chiffres 6.1 et 10.2 du présent rapport.

¹⁷ si l'on s'en tient à la théorie de la *balance des pouvoirs*, le *check and balances* du droit public anglo-saxon.

Droits fondamentaux (articles 13 à 31) et Droits sociaux et mandat social du canton et des communes (articles 32 et 33).

5.3. Le classement des matières traitées au **chapitre premier** de l'avant-projet obéit également à des règles de cohérence, d'homogénéité et de clarté.

5.3.1 Les *articles 1 à 4* présentent la nature juridique de l'Etat et ses attributs externes qui sont ses armoiries, le siège de ses autorités supérieures et ses langues officielles. Le territoire cantonal n'est pas évoqué, Ce serait superflu. Les constitutions cantonales qui en parlent¹⁸ renvoient simplement à l'article 53/1, *in fine*, Cst..

5.3.2 Les *articles 5 à 9* traitent du *bien commun* et des instruments juridiques dont l'Etat doit se servir pour atteindre cet objectif. Guidé par des principes généraux et dirigé par des pouvoirs séparés, le canton se voue à cette tâche en coopération avec les collectivités publiques décentralisées, voire avec les régions voisines, suisses ou étrangères.

5.3.3 Les *articles 10 à 12* soulignent la portée de la règle de *subsidiarité* et rappellent les fondements de la *responsabilité* de la puissance publique et de ses agents, ainsi que le rapport nécessaire entre *les droits et les devoirs* des citoyens.

5.4. Les dispositions du **chapitre deuxième** sont rédigées de manière concise. Les droits fondamentaux y sont groupés de telle sorte que le lecteur en ait une vue d'ensemble.

5.4.1 Ce chapitre s'ouvre sur un rappel de l'effet de ces droits (*article 13*).

5.4.2 L'avant-projet ne reproduit pas, *in extenso*, le catalogue des droits fondamentaux reconnus dans la Constitution fédérale ; mais il ne se borne pas pour autant à renvoyer purement et simplement à ce catalogue. Suivant un modèle retenu dans d'autres constitutions cantonales récentes¹⁹, le Valais déclare qu'il reçoit les garanties contenues dans le droit supérieur, les résume en un article et s'engage à les concrétiser de manière dynamique. (*article 14*)

5.4.3 Cet engagement précède une définition générale de la portée des garanties propres au droit cantonal (*article 15*)²⁰.

5.4.4 Sont ensuite énoncées, en douze articles ou parties d'articles, des garanties qu'il s'impose de traiter de manière particulière²¹, et des garanties, rédigées parfois de manière originale²², qu'il se justifie de rappeler constamment aux détenteurs de la puissance publique²³. (*articles 16 à 29*)

Ce catalogue restreint s'achève par le rappel des principes régissant la fiscalité et la parafiscalité²⁴ qui, de rang éminemment constitutionnel, ne sont pourtant pas toujours présentés de manière assez systématique dans le droit édicté de la Confédération et du canton. (*articles 30 et 31*)

¹⁸ par exemple BE, 3/1, ce qui s'explique par la partition plus ou moins contrainte de ce canton à la fin des années 1970.

¹⁹ not. BS [2005].

²⁰ garanties consacrées aux articles 22, 25, deuxième et troisième phrases, et 29 AP.

²¹ articles 16, 20, 21, 24 *in parte qua*, 27.

²² articles 17 *in parte qua*, 25 *in fine*, 28, première phrase *in fine*.

²³ articles 17, 18, 19, 23, 24, 25 et 26.

²⁴ articles 30 et 31.

L.A.

5.5 Au **chapitre troisième**, l'article 32 AP exprime la volonté du canton de promouvoir les droits sociaux reconnus aujourd'hui ou qui pourraient l'être à l'avenir.²⁵ Le groupe de travail est arrivé à la conclusion qu'en l'état un catalogue des droits sociaux et économiques serait superflu, sortirait du cadre de la présente révision et déséquilibrerait le titre premier.

5.5.1 Il sera loisible au constituant, s'il l'estime utile, de cataloguer ou de détailler ces droits dans des étapes ultérieures de la révision de la Constitution.

5.5.2 L'article 33 AP présente quelques formules originales par rapport aux dispositions analogues d'autres constitutions cantonales. Il inclut (alinéa premier, lettre a) l'article 13bis Cst./cant. adopté par le peuple le 13 juin 1999 (politique familiale).

5.6 Les **dispositions finales** de l'avant-projet sont affectées à l'adaptation de certaines normes dispersées dans d'autres titres de la Constitution.

5.6.1 L'article 3 AP implique l'abrogation des alinéas 1 à 3 de l'article 27 Cst./cant., qui traitent du siège des autorités cantonales supérieures.

5.6.2 Les *garanties de session*²⁶ offertes aux parlementaires par l'article 50 Cst./cant. sont harmonisées avec les *garanties de fonction* qui sont instituées à l'article 7/s AP en conformité avec le nouveau droit suisse de procédure pénale et la loi cantonale d'application de ce droit.

5.6.3 Les actuels articles 50 (dont le bénéfice est étendu aux magistrats participant aux travaux parlementaires) et 51 sont réunis, sans autre changement matériel, dans l'article 50 AP.²⁷

Grâce à cette réunion, l'article 25 Cst./cant. peut être transposé à l'article 51 où il a sa place logique²⁸. L'avant-projet ne touche pas au texte de cette disposition qui, instituant un mécanisme de *frein aux dépenses*, a été adoptée par le peuple le 22 septembre 2002.

5.6.4 La modification du titre premier exige son raccordement formel aux titres deuxième à quatrième de la Constitution, qui ne sont pas affectés substantiellement par la révision projetée. Cette opération est exécutée par un changement de numérotation des dispositions contenues dans ces deux titres. Certaines de ces dispositions sont munies, dans l'avant-projet, d'un adjectif numérique latin (*bis*, *ter* etc.) selon la méthodologie constamment appliquée par le législateur valaisan.²⁹

5.6.5 Les renvois qui figurent dans quelques articles de la Constitution actuelle sont correctement adaptés à ces changements de numérotation.³⁰

5.7 L'institution d'une autorité de surveillance indépendante de la justice (*Conseil de la magistrature*), qui trouve place à l'article 65bis AP³¹, nécessite une adaptation mineure des articles 39/2 et 40/1 Cst./cant.³²

²⁵ article 32.

²⁶ on ne parle pas d'*immunité* ou d'*invulnérabilité* dans le texte constitutionnel ; ces termes pourraient en effet être mal perçus par l'opinion ; c'est pourquoi on a opté pour les terminologies *garanties de fonction* et *garanties de session* mais en donnant à la seconde une portée plus globale (réunissant *immunité* et *invulnérabilité* parlementaires relatives) que celle de chacun des articles 16, 17 et 20 LParl (loi sur l'Assemblée fédérale du 13 décembre 2002 ; RS 171.10).

²⁷ chiffre III/2 AP.

²⁸ chiffre III/3 AP.

²⁹ chiffre III/4 AP.

³⁰ chiffre III/5 AP.

³¹ chiffre II AP.

³² chiffre III/6 AP.

II. Encadrement du texte et préambule

6. L'encadrement du texte

6.1 La désignation de l'Etat du Valais, la date de la Constitution et sa phrase introductive

6.1.1 Les Constitutions romandes et tessinoises ont toujours donné au canton le titre de *République et canton*. Seuls font exception les Constitutions des cantons de Fribourg et de Vaud, vraisemblablement parce que, à l'époque de la Régénération, cette appellation eût réveillé chez les anciens sujets le souvenir des excès de pouvoir du patriciat urbain... et républicain.

6.1.1.1 Le choix de la plupart des cantons latins résulte de l'histoire, mais aussi de ce que, dans le langage administratif et politique de la France voisine, un canton n'est qu'une circonscription mineure dépourvue de toute autonomie. On imagine mal la Genève internationale prendre le risque d'être perçue par ses visiteurs comme un simple chef-lieu d'arrondissement!

6.1.1.2 Il serait fastidieux de rechercher les raisons pour lesquelles le constituant valaisan de 1907 n'a pas opté pour la même désignation, alors qu'il reconnaissait en toutes lettres la nature républicaine de l'Etat³³. Deux motivations ont pu l'y conduire : le souvenir mitigé laissé par la République valaisanne de 1802/1810 et la perception que les valaisans ultramontains de 1907 avaient sans doute du titre de *république* qui, dans l'Europe de leur temps, n'était porté que par une France alors violemment anticléricale³⁴.

6.1.1.3 Aujourd'hui, le Valais jouit, lui aussi, d'une notoriété internationale qu'il doit notamment à son offre touristique et culturelle, à ses productions dans les domaines de l'industrie, de l'agriculture et de l'énergie et à l'activité de ses créateurs ou de ses athlètes.

Le groupe de travail est arrivé à la conclusion que ce petit pays - que nos concitoyens haut-valaisans eux-mêmes se plaisent à situer dans la mouvance de la Romandie - est tout aussi légitimé que les autres cantons latins à porter la qualification de *République et canton*.

Cette désignation rappellera, à ses hôtes férus d'histoire, que le Valais est l'une des plus anciennes républiques d'Europe ; l'Etat rural des VII Dizains fut en effet républicain depuis le début du XVII^e siècle au moins, sa politique de domination du Bas-Valais ne changeant rien à cette réalité institutionnelle. C'est aussi en qualité de république que le Valais, démocratiquement unifié, entra dans la Confédération de 1815 et y est resté en 1848.

6.1.1.4 Au demeurant, ce changement n'aura pas d'incidence pratique notable. Les termes *République et canton* du Valais se lisent déjà dans des actes administratifs (p. ex. sur les formules d'autorisation de construire), sur le site des informations générales de l'Etat, et sur des annonces plus ou moins protocolaires (élection des présidents du Grand Conseil et du Conseil d'Etat).

A l'instar des autres Constitutions qui désignent l'Etat comme *république et canton* le corps de l'avant-projet ne parle que du *canton* ou du *Valais*, pour ne pas alourdir le texte. Il ne parle de la *République et canton du Valais* qu'à trois endroits (au titre général, au titre marginal de

³³ article 1/1 de la Constitution.

³⁴ hormis le micro-Etat de Saint-Marin en Italie centrale.

l'article premier, et à l'article 14 qui solennise l'engagement du Valais à l'égard des droits fondamentaux)

6.1.2 La date de la Constitution cantonale doit rester le 8 mars 1907. Il n'y aura lieu de la modifier qu'au terme de la dernière étape des révisions projetées.

6.1.3 La Constitution débute par les mots *Le peuple du Valais se donne la Constitution suivante*.

La formule a été choisie de préférence à d'autres comme *Le peuple valaisan adopte ...* C'est une pure question d'opportunité sur laquelle il n'y a pas lieu de s'attarder. On trouve indifféremment l'une ou l'autre en tête des diverses constitutions cantonales, sans que cela ne tire à conséquence. Trois cantons au moins ont choisi la même introduction que celle ici proposée³⁵.

6.2 L'intitulé du titre premier

L'intitulé *Bases de l'Etat* englobe les éléments divers traités dans le titre premier. La reconnaissance des droits fondamentaux et la promotion des droits sociaux (chapitres deuxième et troisième), sont en effet tout autant des bases de l'Etat démocratique que la description du mode de fonctionnement de celui-ci (chapitre premier).

6.3 Les titres de chapitres

Le titre du chapitre premier (*Dispositions générales*) est repris tel quel de celui du titre premier de la Constitution fédérale.

Le titre du chapitre deuxième (*Droits fondamentaux*) n'appelle aucune remarque.

Le titre du chapitre troisième (*Droits et buts sociaux*) présente bien le contenu des articles 32 et 33 AP. Les termes *buts sociaux* (utilisé dans le titre du chapitre, parce que plus large) et *mandat social* (utilisé dans le titre de l'article 33, parce que plus étroit) se trouvent dans plusieurs Constitutions cantonales récentes³⁶. Le groupe de travail les a estimés plus appropriés que d'autres comme *mission sociale*.

6.4 Les titres marginaux

6.4.1 Dans la Constitution fédérale et dans toutes les Constitutions cantonales récentes, chaque article est précédé d'un titre marginal, ce qui n'était le cas ni dans la Constitution de 1907, ni dans les Constitutions contemporaines de celle-ci³⁷.

Le constituant valaisan du vingt-et-unième siècle ne saurait s'écarter de cette méthode rédactionnelle qui facilite l'accès au texte par le plus grand nombre de ses destinataires.

6.4.2 Le groupe de travail a estimé que la présence temporaire dans la charte fondamentale de dispositions *à titre* et de dispositions *sans titre* ne pose pas de problème. Le titre premier nouveau forme de toute manière un tout et l'intitulé de la disposition sur le Conseil de la magistrature ne brise pas l'unité du titre cinquième.

³⁵ NW [1965], OW [1968] et UR [1984].

³⁶ p. ex. NE [2000] et ZH [2005].

³⁷ AI [1872], ZG [1894], SZ [1898].

6.4.3 Ni l'article 50, ni l'article 51 ne portent en revanche de titre sous-numérique. Il en va toujours ainsi des dispositions qui constituent à elles seules une section elle-même munie d'un titre³⁸.

Il n'y a pas lieu non plus de doter d'un titre marginal ceux des articles anciens qui sont adaptés, sans changement matériel, aux nouvelles dispositions proposées³⁹.

7. L'invocation divine et le préambule

7.1 La Constitution fédérale de 1999 s'ouvre sur une invocation divine, selon la tradition des pactes médiévaux et des chartes contractées entre les cantons avant la chute de l'ancienne Confédération (1798). Il en va de même de la Constitution de 1907 du Valais qui avait adhéré à bon nombre de ces chartes en sa qualité de pays *allié* de l'ancienne Confédération. C'est sur une formule semblable que s'ouvriraient tous les actes publics dans le Valais d'avant 1798.

7.2 Hormis ceux d'Uri (1984), Obwald (1968) et Nidwald (1965), tous les constituants cantonaux ont aujourd'hui abandonné l'invocation divine.

S'y sont-ils décidés afin de ménager l'esprit laïc croissant de leur population ?

N'ont-ils pas plutôt vu dans cette formule d'ouverture une sorte de tentative de justifier abusivement les œuvres des hommes par la volonté de la Providence, voire un signe anachronique de l'orgueil des hommes ou de leur aveuglement devant les leçons cruelles de l'histoire (*Gott mit uns !*)⁴⁰ ?

On l'ignore. On ne sait pas non plus pourquoi les cantons, alors très catholiques, des Rhodes-Intérieures, de Zoug et de Schwyz ont renoncé à cette invocation déjà dans leurs constitutions de 1872, 1894 et 1898, partant peut-être de l'idée qu'elle procédait d'une incongruité juridique après l'avènement de la souveraineté populaire.

7.3 En remplaçant l'invocation divine par un *préambule* adapté aux réalités contemporaines et aux aspirations présumables des habitants, l'avant-projet ne fait ni dans la singularité, ni dans le suivisme.

Bien qu'il n'ait pas de caractère normatif, un préambule donne en effet un sens politique particulier à l'œuvre du constituant historique dont il révèle la perception de la société et de ses besoins. Pour reprendre des mots utilisés par le Conseil fédéral dans son message à l'appui de la Constitution de 1999, le préambule doit *traduire l'esprit de la constitution et guider l'action de l'Etat*⁴¹. Il tend aussi à attirer l'attention des épigones - inévitablement appelés un jour ou l'autre à adapter la constitution à de nouvelles réalités - sur l'esprit dans lequel la charte fondamentale a été rédigée.

7.3.1 Un préambule constitutionnel doit être individualisé en ce sens qu'il ne saurait être repris purement et simplement de ceux qui figurent en tête d'autres Constitutions. Le groupe de travail n'en a pas moins examiné soigneusement toutes les formules, plus ou moins prolixes, qui introduisent les traités multilatéraux ratifiés par la Suisse, la Constitution

³⁸ en l'occurrence les sections C et D du chapitre premier du titre cinquième.

³⁹ articles 39 et 46.

⁴⁰ les constituants de Zurich et Bâle-Ville confessent, en préambule, leur *conscience des limites du pouvoir de l'être humain*.

⁴¹ Feuille fédérale (FF) 1997, volume premier, page 124.

A. J.

fédérale et les autres Constitutions cantonales. La formule choisie est le fruit d'une longue discussion close par un compromis raisonnable. Elle est concise et, en dépit de sa densité, lisible par tous. Aussi élégante que possible, cette rédaction ambitionne de tenir compte des grandes avancées de notre démocratie. Il fait appel à des notions de base dont la réunion est susceptible de recueillir l'adhésion de la plupart des citoyennes et citoyens. Ces notions sont exprimées sous des formes diverses dans le corps de la Constitution.

7.3.2 Dans une société en quête de repères, la référence aux *valeurs du christianisme*⁴² et à *d'autres valeurs humanistes léguées par l'histoire*, permet aux habitants de comprendre où se trouvent les racines de leur ordre constitutionnel. Nul - quelles que soient ses convictions - ne conteste de bonne foi que les *valeurs du christianisme* forment l'un des piliers de notre société ; en les associant, sans aucune exclusion, aux *valeurs humanistes* apportées au cours de l'histoire par d'autres conceptions religieuses, philosophiques, sociales et politiques, le préambule proposé se veut un signe de solidité, de rassemblement, d'acceptation d'autrui et d'ouverture au monde.

7.3.2.1 Dépourvue d'aspect confessionnel la formule n'est pas d'une originalité absolue. Le canton de Saint-Gall, dont l'histoire est celle d'une longue tolérance religieuse, l'a placée à l'article 1/2 de sa Constitution du 10 juin 2001 : [*Le canton de Saint-Gall*] est un Etat de droit libéral, démocratique et social construit sur des valeurs chrétiennes et humanistes.

7.3.2.2 L'avant-projet laisse délibérément de côté des étrangetés conceptuelles qui, pour être stéréotypées, n'en sont pas pour autant propices à une adhésion unanime. Parmi ces étrangetés, on peut penser aux « responsabilités devant Dieu et devant les hommes » (*GL*), termes prétentieux qui semblent tirés d'une rengaine des années cinquante, ou à la « responsabilité devant la Création » (*Cst.!*), notion controversée qu'aucun constitutionnaliste sérieux ne s'aventurerait à définir.

7.3.3 Le préambule énonce ensuite les objectifs généraux que le peuple du Valais cherche à atteindre en se dotant d'une Constitution adaptée à notre époque.

7.3.3.1 Il s'agit en premier lieu d'édifier une *société sûre, prospère, libre et ouverte au monde*. Ces buts ne sont guère contestables et ils ont tous la même valeur. Ils n'en sont pas moins énoncés dans un ordre logique dûment choisi, car il est difficile d'exiger de l'homme, menacé par le désordre ou dénué de tout, qu'il goûte à la liberté et jette un regard fraternel sur ce qui dépasse son horizon.

L'avant-projet concrétise notamment les différents termes de cette proclamation à ses articles 5, 8, 16, 17, 21, 25 et 33.

7.3.3.2 L'Etat ne peut se contenter de *sauvegarder* un cadre de vie (*environnement*), dans lequel les *générations actuelles* et *futures* pourront chercher leur *bonheur*⁴³. Il se doit aussi de *l'enrichir*. Ce cadre de vie est l'environnement physique établi par la nature et

⁴² termes préférés par le groupe de travail à valeurs *chrétiennes* qui pourrait être perçu comme un peu exclusif et à *tradition chrétienne* qui contiendrait une réminiscence historique peu judicieuse à cet endroit.

⁴³ le concept de *bonheur* est certes une abstraction qu'il appartient à chaque individu de se représenter ; mais l'action de l'Etat doit aider à cette représentation ou en tout cas ne pas l'empêcher ; c'est pourquoi un grand nombre de textes juridiques fondamentaux s'y réfèrent, au premier rang desquels on trouve la *Déclaration d'indépendance* américaine qui fait de la *recherche du bonheur* un *droit inaliénable de tous les hommes égaux en droit* ; la Convention relative aux droits de l'enfant, citée à la note 12 plus haut, le mentionne aussi dans son préambule (sixième paragraphe) ; plus près de nous, l'avocat *Maurice Troillet*, qui fut Conseiller d'Etat pendant quarante ans, disait lui-même : *S'il a fallu l'économique d'abord, l'objectif reste le bonheur.* (cité par *André Guex* dans *Le demi-siècle de M. T. Martigny* 1971, volume II p. 101, en haut)

l'environnement culturel créé par l'homme avec ou non - selon les convictions de chacun - le concours de la Providence.

Cette proclamation est concrétisée en particulier par les articles 5/4-5 et 33/2^e AP.

7.3.3.3 Le peuple du Valais veut aussi promouvoir la *solidarité* entre les personnes qui le constituent, leur *responsabilité* envers elles-mêmes et envers les autres, leur *respect* des autres, le *dialogue* et la *bienveillance* qui doivent essentiellement animer les rapports hiérarchiques et les relations entre les plus forts et les plus faibles.

7.3.3.3.1 Ce sont ici des normes de comportement éminentes avec lesquelles tout le monde peut être d'accord. Le groupe de travail a estimé nécessaire de les évoquer, dans une proclamation générale réduite à l'essentiel et d'où se dégage l'esprit de la Constitution.

7.3.3.3.2 Le concept le moins familier aux juristes est sans doute celui de la *bienveillance* ; mais il a une place importante dans un préambule constitutionnel parce qu'il va au-delà des devoirs normatifs ordinaires pour atteindre notamment, dans la mesure du possible, une certaine empathie entre le pouvoir et les administrés ou justiciables. Le *devoir de sollicitude* dont parle l'article 6/5 AP, en est une expression.

7.3.3.3.3 Hormis cette dernière disposition, on trouve une concrétisation de ces grandes lignes de conduite - sous des angles divers - aux articles 6, 11, 12 et 32 AP.

7.3.3.3.4 Exposant les objectifs généraux de l'Etat, le préambule écarte des poncifs périlleux.

L'un d'eux est le *devoir de mémoire*, valeur collective incontestée, mais dont la formulation ne se conçoit pas sans les corollaires, d'une part, du droit individuel à l'oubli et, d'autre part, du devoir collectif de tirer des l'histoire des conséquences utiles pour le présent et le futur.

Un autre est le devoir de *transparence*, concept dont la qualité pratique n'est pas en cause mais qui, s'il était élevé au rang de maxime constitutionnelle, normative ou non, pourrait servir de prétexte à la suspicion, à la délation ou, plus généralement, à des formes insidieuses d'inquisition, tant de la part de particuliers que de la part de l'Etat, et cela au préjudice des uns ou de l'autre. A l'heure où des techniques de communication toujours plus incisives ouvrent d'immenses champs d'investigation, sa consécration constitutionnelle appellerait des réserves expresses de toutes sortes pour ne pas compromettre le fonctionnement de l'Etat démocratique et la réalisation des droits fondamentaux (not. la protection de la sphère privée).

Cette problématique est résolue de manière satisfaisante en divers endroits de l'avant-projet.

7.3.3.4 L'Etat déclare enfin vouloir *garantir l'essor des droits individuels et de la justice sociale*. Cette manifestation de volonté est concrétisée tout au long de l'avant-projet.

7.4 En résumé, le préambule de l'avant-projet ne mentionne que des concepts de haut rang sur lesquels philosophes du droit, publicistes, éthiciens ou sociologues s'entendent assez généralement. Il n'en faut pas davantage.

III. Commentaire du texte, article par article

8. Remarques liminaires

8.1 Avant de présenter et de commenter une à une ses propositions, le groupe de travail tient à souligner qu'il a respecté rigoureusement les exigences normatives d'un texte de rang constitutionnel. L'avant-projet s'en tient donc aux principes et n'entre pas dans des détails relevant de la législation dite infra-constitutionnelle.

8.2 L'avant-projet est agencé comme un ensemble dont tous les éléments sont interdépendants et qui ouvre la voie à une éventuelle révision des autres titres de la Constitution. Le groupe de travail s'est ainsi attaché à donner une *économie globale* à son avant-projet.

8.3 Une constitution, charte fondamentale de l'Etat, perdrait de sa légitimité et de sa force créative si elle ne recueillait qu'une majorité étriquée en votation populaire. C'est dans cette perspective que les membres du groupe de travail ont mis à profit leur connaissance pratique et personnelle de la société valaisanne et de son évolution pour rechercher des formules dont il est présumable qu'elles seraient susceptibles, en fin de compte, de recueillir l'adhésion la plus large possible de la population.

8.4 Sans chercher une singularisation systématique, les auteurs de l'avant-projet ont rejeté la méthode du « copier-coller ». Ils ont cherché à donner un caractère distinctif - dans toute la mesure où cela leur paraissait judicieux et bénéfique - aux divers éléments du titre premier qui est en quelque sorte la toiture de l'édifice constitutionnel.

Ils se sont aussi gardés d'introduire des notions trop difficiles à concrétiser et une terminologie trop imprécise⁴⁴ pour que la Constitution ne devienne pas un pôle d'illusions sans rapport avec les attentes légitimes des hommes en société.

8.5 Les membres du groupe de travail se sont aussi préoccupés d'une certaine élégance dans la rédaction de chacune des dispositions proposées.

8.6 Chaque article est commenté sous un chiffre en caractères romains (droits) ; chaque subdivision de ce commentaire est numérotée en caractères italiques.

Lorsque cela s'impose, le commentaire est annoté par une liste de dispositions constitutionnelles analogues du droit fédéral ou cantonal, indiquées par abréviations⁴⁵.

⁴⁴ p. ex. le *bénévolat* au sens de 70 VD.

⁴⁵ Cst. pour la Constitution fédérale ; signe distinctif du canton (VS, VD etc.) pour chaque Constitution cantonale.

Chapitre premier Dispositions générales

9. Article premier La République et canton du Valais

9.1.1 alinéa premier Le Valais est un *Etat de droit* : il doit son existence à la loi et celle-ci dirige son action.

Il est *démocratique* : ses autorités sont élues, par voie directe ou indirecte, et leur action est contrôlée par les mécanismes de la démocratie directe.

Il est *libéral (freiheitlich)* : il garantit les droits fondamentaux, y compris les libertés économique et patrimoniale (*propriété privée, libre marché*).

Il est *social* : son but est de promouvoir le *bien commun* dans son acception la plus large et il soutient par des moyens appropriés et suffisants les membres les moins favorisés de la société.⁴⁶

9.1.2 L'avant-projet ne définit pas le Valais comme une démocratie *laïque*. Sous réserve de 1, NE, aucune disposition des Constitutions fédérale et cantonales (*s.e.o.o.*)⁴⁷ n'énonce en toutes lettres le principe de laïcité au sens qu'il a par exemple en droit public français⁴⁸. La politique intérieure traditionnelle de la Suisse est plutôt régie par un principe particulier issu de l'histoire, qu'on peut appeler *la neutralité confessionnelle relative*⁴⁹ et qui trouve son expression à l'article 2 Cst./cant..

La question des rapports entre l'Etat et les religions peut être résolue, de manière sûre, dans la norme relative à la liberté de conscience (*article 21/5 AP*) sans qu'il soit nécessaire de toucher à cette tradition historique⁵⁰. Toute autre solution attiserait de vaines querelles et amenuiserait les chances d'un consensus nécessaire à la légitimité constitutionnelle.

9.2 L'*alinéa 2* reprend *matériellement* l'article 1/1 Cst./cant. et n'appelle pas de commentaire.⁵¹

9.3 Répondant à un souci de cohérence, l'article 1/3-5 AP pose le principe de la souveraineté du peuple (*alinéa 3*) qui s'exprime directement ou par ses représentants (*alinéa 4*) et à l'abri de toute contrainte (*alinéa 5*); cette liberté est garantie fondamentalement par l'Etat (article 5/1 AP), en accord avec les exigences du droit supérieur (article 14/1, *in fine*, AP).

9.3.1 Les *alinéas 3 et 4* n'apportent, au demeurant, qu'une modification linguistique à l'article 1/2 Cst./cant. : l'accueil du concept de *pouvoir d'Etat*⁵² plus proche des réalités institutionnelles contemporaines.

9.3.2 Les mots *sans encourir de préjudice (alinéa 5)* sont une « formule consacrée », qu'on retrouvera à l'article 29 AP relatif au droit de pétition (voir le chiffre 36/4-5 du présent rapport). On peut penser que plus personne, dans le Valais égalitaire d'aujourd'hui, ne

⁴⁶ LU, FR, BS, AR, SH.

⁴⁷ voir cependant GE 164-167 et BS 135-136.

⁴⁸ article premier de la Constitution de la République française de 4 octobre 1958.

⁴⁹ voir Claude Rouiller, *Le principe de la neutralité confessionnelle relative*, dans *Aktuelle juristische Praxis (AJP/PJA)*, volume 8 (2003), pp. 944ss.

⁵⁰ voir le commentaire de l'article 21 AP, au chiffre 30.2-4 du présent rapport.

⁵¹ *id.* ZH, 1/1 ; BL, 1/1 ; AI, 1/1.

⁵² AG, 1 ; TG, sous-titre C du Titre II.

souffre, professionnellement ou socialement, de ses choix et convictions politiques. Mais l'ouvrage du constituant s'inscrit dans la durée et doit tirer des leçons de l'histoire générale qui enseigne qu'il n'est jamais vain d'insister sur l'étendue des garanties politiques.

10. Article 2 Armoiries

10.1 Les armoiries d'un Etat ne figurent pas toujours dans sa charte fondamentale et il a suffi d'un arrêté de l'Assemblée fédérale pour que cette question soit réglée au niveau de l'Etat central. Il semble en effet qu'à l'instar d'autres attributs de la souveraineté (date de la fête nationale, siège des autorités) les armoiries aient un fondement suffisant dans la *nature des choses*.⁵³

10.2 Après avoir été fixées dans la Constitution du 12 mai 1815, les armoiries du canton du Valais ne le sont plus aujourd'hui que dans la loi anachronique sur le sceau qui les décrivent et en reproduisent l'image. (voir, pour cette loi, le chiffre 4/4 du présent rapport)

L'avant-projet propose de les décrire dans le texte constitutionnel, comme l'ont fait de nombreux cantons - parmi lesquels tous les cantons romands et le Tessin - qui ont révisé récemment leur Constitution⁵⁴. Le constituant genevois, dont les travaux sont en cours, paraît s'acheminer vers une solution semblable⁵⁵.

10.3 Selon cette pratique, les armoiries sont reproduites en couleur dans la Constitution avec une description héraldique précise qui, présentées seules, revêtirait un caractère élitiste à rejeter dans un texte destiné à tout le peuple.

L'article 2 AP s'en tient à la description du blason valaisan donnée dans les ouvrages spécialisés⁵⁶. Il précise simplement que les treize étoiles sont à cinq branches (*pentacle*). Cette description est une représentation parfaite des armoiries du Valais.

10.4 Une éventuelle modification du découpage territorial du canton, qui pourrait être décidée plus tard en application de l'article 26/3 Cst./cant., n'affecterait pas cette description. Que le nombre des districts demeure ou non ce qu'il est aujourd'hui, les treize étoiles du Valais pourront rester la marque pérenne de ce que l'histoire a fait de ce petit pays en 1815 et 1848, après son entrée dans la Confédération suisse.

11. Article 3 Capitale

11.1 La Constitution fédérale ne traite pas de la capitale ou *ville fédérale*. Cette question a été réglée par une convention conclue le 22 juin 1875 entre le Conseil fédéral et le Conseil municipal de la ville de Berne. L'Assemblée fédérale a ratifié cette convention le 2 juillet suivant en abrogeant un arrêté du 27 novembre 1848 ayant le même objet (*RS 112 et 112/1 ; RO I/47*).

⁵³ arrêté fédéral du 12 décembre 1889 concernant les armoiries de la Confédération suisse, adopté par l'Assemblée fédérale en complément d'un arrêté de la Diète, du 4 juillet 1815 (*RS 111*) ; pour la *nature des choses* comme source du droit public, voir J. F. Aubert, *Traité de droit constitutionnel*, vol. I, chiffre 632.

⁵⁴ FR, 2/3 ; TI, 3 ; VD, 2 ; NE, 3 ; LU, 8 ; JU, 5 ; ces trois dernières, de même que la loi fédérale, reproduisent aussi l'image des armoiries.

⁵⁵ rapport du 28 avril 2010 de la Commission 1 de l'Assemblée constituante (*Al. Dufresne*), p. 11, chiffre 101. 11. i ; solution approuvée en séance plénière (vote indicatif) par 53 oui, 1 non et 10 abstentions.

⁵⁶ *Armorial valaisan* de 1946, *Introduction*, pp. XVIIss. ; *Louis Mühlemann ; Wappen und Fahnen der Schweiz, 700 Jahre Confoederatio Helvetica*, p. 140.

112

11.2 Ce qui a été dit aux chiffres 10.1 et 10.2 vaut aussi pour la question de savoir si le nom du chef-lieu doit ou non figurer dans le texte de la Constitution cantonale.

L'avant-projet maintient la solution adoptée par le constituant de 1907 (article 27), qui est d'ailleurs celle retenue par tous les cantons latins⁵⁷ à la seule exception du canton du Jura, qui s'explique par des particularités historiques.

11.3 L'actuel article 27 est cependant transféré dans le premier titre de l'avant-projet, ce qui est conforme à l'usage des autres constituants cantonaux. Il s'accompagne de l'abrogation des alinéas 2 à 3 de cet article⁵⁸, qui ne sont pas de niveau constitutionnel.

11.4 Le mot *chef-lieu*, qui figure dans le titre marginal et dans le texte de l'actuel article 27, est changé en celui de *capitale*, parce que le Valais n'est pas une *circonscription administrative* mais un *Etat* à souveraineté limitée⁵⁹.

11.5 *Sitten* a toujours été le seul nom allemand de *Sion* dans les documents officiels, sur les anciennes cartes et dans les chroniques nationales⁶⁰. Il est aujourd'hui encore usuel dans les actes publics et au sein de la population haut-valaisanne.

Or, en Suisse alémanique cette ville est de plus en plus souvent appelée *Sion*, prononcé d'ailleurs à l'allemande dans les médias audio-visuels d'Outre-Sarine. Le constituant cantonal n'a pas à s'incliner devant une pratique qui ne trouve aucun appui dans les usages culturels établis, et partant dignes de protection, de la minorité linguistique.

C'est l'une des raisons principales pour lesquelles on lit, dans le texte français de l'article 3 AP, *Sion* suivi de *Sitten* et, dans le texte allemand, *Sitten* suivi de *Sion*. Cette solution est celle de l'article 2/2 de la Constitution du canton bilingue de Fribourg, adoptée le 16 mai 2004.

12. Article 4 Langues officielles

12.1 La Constitution de nombreux cantons alémaniques ne traite nullement de la langue de l'Etat⁶¹.

12.1.1 Un tel silence ne serait concevable, ni dans la Constitution des cantons dont la seule langue officielle est une langue nationale minoritaire au sein de la Confédération (le français ou l'italien), ni dans celle des cantons dont le territoire est partagé entre des populations parlant des langues nationales différentes (BE, FR, GR, VS).

12.1.2 Si la forte proclamation identitaire de la Constitution tessinoise⁶² n'est pas adaptée à l'histoire et à la situation du Valais, il n'en va pas de même des formules choisies par les cantons bilingues et par les Grisons⁶³.

⁵⁷ FR, 2 ; TI, 5 ; VD, 4 ; NE, 2 ; contra OW, 2 ; LU, 9.

⁵⁸ voir au chiffre III/1 des dispositions finales AP.

⁵⁹ seuls OW et LU continuent à parler de *Hauptort*.

⁶⁰ ainsi la *Chronique de Stumpf* (*Gemeiner loblicher Eydgenoschafft Stetten, Landen und Völckeren...*), Zurich 1547/48, p. 90, et la *Topographie de Mérian* (*Beschreibung und eigentliche Abbildung der vornehmsten Städte und Plätze, in ... Wallis*), Francfort, 1654, pp. 337ss., écrivent toujours *Sitten*; les ouvrages du même genre, rédigés à la même époque en langue française, écrivent en revanche toujours *Sion* (p. ex. Oronville, *Histoire de la vie de Louis III de Bourbon*, Paris 1612, pp.359ss.) ou *Syon* (*Béradi, Histoire du glorieux S. Sigismond fondateur du monastère de Saint-Maurice... [premier livre en français imprimé en Valais], Sion, 1666*).

⁶¹ ZH, p. ex.

⁶² article 1/1.

⁶³ BE, 6 ; FR, 6 ; GR, 3 ; VS, 12.

L'avant-projet s'en tient néanmoins au texte des deux premiers alinéas de l'article 12 Cst./cant. qui ont protégé le pays, pendant plus d'un siècle, contre l'émergence de différends d'ordre linguistique entre le Haut- et le Bas-Valais.

Il serait téméraire d'exprimer en toutes lettres - tant à cette disposition qu'à l'article 12 AP - le principe de la territorialité (« on parle l'allemand ici et le français là ») censé résoudre des questions qui ne se posent pas et ne se sont jamais posées dans le canton du Valais.

12.2 A l'alinéa premier, les termes *langues nationales* de l'actuel article 12/2 sont remplacés par les termes *langues officielles*.

Les premiers figurent certes à l'article 6 Cst.. Mais s'ils ont un sens dans la Constitution d'un Etat central qui définit les nationalités, ce sens est moins évident pour la Constitution d'Etats fédérés. C'est pourquoi on ne les trouve plus guère⁶⁴, en droit cantonal, qu'à l'article 3 JU et à l'article 6 BE. Encore l'article 6 BE dit-t-il que l'allemand et le français sont *les langues nationales et officielles du canton*, sans que l'intérêt de ce cumul de qualifications soit décelable.

12.3 L'article 4/3 AP est entièrement nouveau. Rédigé avec prudence, il revêt un caractère programmatique.

12.4 La liberté de la langue est traitée à l'article 25 AP (voir le chiffre 33 du présent rapport).

13. Article 5 Bien commun

13.1 La notion de *bien commun* (*bonum commune*), est une notion juridique indéterminée, devenue peu à peu traditionnelle dans le droit public des Etats démocratiques. Le constituant tessinois l'a placée au centre de son préambule et le constituant vaudois l'a mise au premier rang de son énumération des buts et principes de l'Etat⁶⁵. Le droit valaisan ne l'ignore pas, qui s'y réfère à l'article 70 Cst./cant.⁶⁶.

13.2 L'article 5 AP n'énumère pas exhaustivement les éléments constitutifs du bien commun⁶⁷. Il s'inspire de notions du droit constitutionnel suisse, voire européen, et sa teneur reprend, sur plusieurs points, des dispositions de la Constitution fédérale ou d'autres Constitutions cantonales.

13.3 Son alinéa 4 établit un rapport non anodin entre la *cohésion interne* et la *prise en compte de la diversité culturelle*.

13.4 Quant à son alinéa 5, il tente de placer dans un contexte intelligible le concept de *développement durable*⁶⁸.

⁶⁴ voir LU, 7 ; FR, 6 ; GR, 3 ; NE, 4 ; VD, 3 ; pour le surplus nous renvoyons utilement au chiffre 33 du présent rapport.

⁶⁵ article 6 ; c'est une notion générique d'usage courant ; dans la version française de son rapport de gestion pour l'année 2010 (bas de la page 10), la coopérative *Swisslos*, qui est le pendant alémanique et tessinois de la *Loterie romande*, attribue au *bien commun* la part redistribuée de son bénéfice net, bien que la loi fédérale parle d'*utilité publique* et de *bienfaisance*.

⁶⁶ modifié le 28 septembre 1975.

⁶⁷ l'article 5 AP se différencie en cela de 6/1/a, VD, qui fait du *bien commun* un but, parmi d'autres, de l'activité de l'Etat, sans que le lecteur moyen puisse comprendre sa spécificité.

⁶⁸ l'article 2/2 Cst. énonce ce concept parmi d'autres (*prospérité commune, cohésion interne, diversité culturelle*) qui sont tous aussi devenus d'usage courant dans le droit constitutionnel de notre Etat fédératif.

14. Article 6 Principes de l'activité étatique

14.1 Le rappel, à cet endroit de l'avant-projet, de règles cardinales du droit fédéral est judicieux. Un simple renvoi implicite à la Constitution fédérale pourrait donner au lecteur non spécialisé une image imparfaite ou incomplète de notre Etat de droit.

14.1.1 Les *alinéas 1 à 3* reproduisent, de manière simple et claire, les principes énoncés notamment à l'article 5 Cst., en tête desquels figure le *principe de la légalité (alinéa premier)*.

14.1.1.1 L'*alinéa 3* complète l'énumération de ces principes par *l'interdiction de l'arbitraire*. Cette adjonction contribue à une certaine symétrie et à la cohésion de l'ensemble du titre premier : on parle ici d'une norme de comportement qui s'impose aux organes de l'Etat, et à l'article 18 AP d'un droit subjectif des particuliers sorte de corollaire de cette norme.

La même méthode, qu'on pourrait appeler *corrélative*, est appliquée pour le traitement du *principe de la bonne foi*.

Cette méthode donne une réponse claire et systématique à des préoccupations qui transparaissent dans d'autres textes constitutionnels cantonaux⁶⁹.

14.1.1.2 La proclamation des droits/devoirs des citoyens, contenue à l'article 12 permet d'éviter de reprendre la formule de *réciprocité* qu'on lit à l'article 5/3 Cst. et qui, dans le contexte de l'avant-projet, tiendrait un peu du mélange des genres.

14.2 L'*alinéa 4* est original et important pour la mise en pratique des principes rappelés aux alinéas qui le précèdent. Ces principes pourraient être vidés de leur substance si les délégataires de la puissance publique (p. ex. les concessionnaires) n'étaient pas rendus attentifs à leur devoir d'y conformer leur activité⁷⁰.

14.3 Le *devoir de sollicitude*, auquel l'*alinéa 5* se réfère, incombe tant à l'employeur public qu'à l'employeur privé. Il est essentiel que ce devoir soit souligné en la forme choisie dans l'avant-projet, pour s'assurer que les normes de comportement énoncées aux *alinéas 1 à 3* soient observées par toute personne exerçant la puissance publique⁷¹.

15. Article 7 Séparation des pouvoirs et garanties de fonction

15.1 L'*alinéa premier* reproduit une formule qu'on lit dans plusieurs constitutions cantonales⁷² et qui trace, de manière simple et expressive, la limite générale assignée à l'exercice du pouvoir d'Etat dans un pays libre.

15.2 C'est une introduction logique à l'*alinéa 2* qui consacre nommément la séparation des pouvoirs.

⁶⁹ ZH, 2; BS, 5; BL, 4; VD, 7.

⁷⁰ voir à ce propos l'article 35/2 Cst..

⁷¹ pour la portée de ce devoir, voir p. ex. à la note 12 ci-dessus ; voir aussi l'arrêt de la Cour de justice des communautés rendu le 31 mars 1992 dans l'affaire C-255/90 et publié au *Recueil de jurisprudence* 1992 page I-02253, sous le titre *Devoir de sollicitude et principe de bonne administration*. Pour l'application en droit suisse de ce principe, voir, entre autres, le commentaire de l'article 330a du Code fédéral des obligations (CO) sur le site www.mobbing-zentrale.ch.

⁷² p. ex. ZH, 3/2 ; BE, 66/1, deuxième phrase.

Objectif premier des révolutions anglaises de la fin du XVII^{ème} siècle, la séparation des pouvoirs - érigée en système par les deux plus éminents penseurs politiques qui se sont inspirés de ces événements⁷³ - reste la condition première de la démocratie libérale. Et pourtant, à l'instar de celles qui l'ont précédée et de la Constitution valaisanne de 1907, la Constitution fédérale de 1999 ne la garantit pas en toutes lettres, mais elle est exprimée sans ambages dans la législation, notamment à l'article 2 de la loi du 28 mars 1996 sur l'organisation des Conseils et les rapports entre les pouvoirs (LOCRP ; RS/VS 171.1).

Peut-être cette discrétion du constituant s'explique-t-elle par la relativité de la séparation du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif? Les rapports entre parlement et gouvernement présupposent en effet non pas une séparation absolue de leurs compétences respectives mais l'agencement raisonné de celles-ci et la soumission de l'action du gouvernement au principe de légalité⁷⁴. C'est pourquoi des auteurs de langue allemande parlent plutôt de *Gewaltenteilung*⁷⁵ (partage des pouvoirs ou répartition des compétences) que de *Gewaltentrennung* (séparation des pouvoirs).

15.3 La séparation des pouvoirs n'est pas seulement l'un des piliers de la démocratie. Elle est aussi la source d'un droit fondamental protégé⁷⁶. En l'inscrivant dans son titre premier, l'avant-projet répond donc à la mission de codifier de manière cohérente l'ensemble des droits fondamentaux.

Mais la séparation des pouvoirs reste au premier chef une sorte de règle organique. A l'instar de l'autonomie communale, et pour les mêmes raisons, elle sera donc inscrite non pas dans le chapitre deuxième du titre premier relatif aux droits fondamentaux mais dans le chapitre premier où est définie la structure de l'Etat. (voir, pour l'autonomie communale, le chiffre 16/2 du présent rapport)

La plupart des constitutions cantonales les plus récentes proclament elles aussi la séparation des pouvoirs^{77/78}.

15.4 L'avant-projet n'énumère pas les conséquences diverses de la séparation des pouvoirs, ce qui serait source de confusion sur l'étendue des effets de cette règle. Il s'arrête à la plus évidente de ces conséquences : l'indépendance effective du pouvoir judiciaire à l'égard des deux autres pouvoirs (article 7/3 AP).

15.4.1 Au même titre que leur impartialité, l'indépendance des juges est la condition du respect des *garanties générales de procédure* reconnues aux articles 14/1, *in fine*, et 28 AP. Elle vaut tant pour les magistrats que pour *les fonctionnaires* (greffiers, secrétaires etc.), dont l'influence sur le jugement peut être bien réelle dans des systèmes qui leur donnent voix consultative (article 348/2 CPP) ou leur confient d'importantes tâches préparatoires⁷⁹.

(C'est d'ailleurs la raison pour laquelle l'article 56 CPP déclare les motifs de récusation valables pour toute personne exerçant une fonction au sein d'une autorité pénale.)

⁷³ John Locke (1632-1704), *Two Treatises of government*, Londres, Churchill, 1690 ; Charles de Secondat de Montesquieu (1689-1755), *De l'Esprit des lois*, Genève, Barrillot, 1748.

⁷⁴ voir les articles 1/1, 6/1, 19 et 15/2 AP ; cf. ATF 133 I 179 ; 134 I 274 ; W. Haller/ A. Kötz/ Th. Gächter, *Allgemeines Staatsrecht*, pp. 191ss.

⁷⁵ p. ex. Haller/ Kötz/ Gächter, *op. cit.* p. 180 ; c'est la terminologie usitée en République fédérale d'Allemagne, alors même que l'article 20 de la loi fondamentale qui exprime cette règle ne lui donne pas un nom particulier ; la version allemande de l'avant-projet s'en tient néanmoins au terme de *Gewaltentrennung* qui est celui usité dans la jurisprudence du Tribunal fédéral.

⁷⁶ ATF 112 I a 226 ; 126 I 91 ; 133 I 179.

⁷⁷ Ont reconnu expressément la séparation des pouvoirs : ZH, 3 ; BE, 66 ; FR, 85 ; SO, 58 ; SH, 8 ; BS, 69 ; GR, 4 ; VD, 89 ; NE 46 ; JU, 55 ; contra LU.

⁷⁸ ZH, SH et GR placent aussi la séparation des pouvoirs en tête de leur charte fondamentale.

⁷⁹ voir l'arrêt *valaisan* ATF 119 Ia 81 ; et surtout le fameux arrêt *Achtari* publié aux ATF 115 Ia 224.

15.4.2 La deuxième phrase de l'alinéa 3 tend simplement à éviter qu'on tire de fausses conclusions de la distinction faite entre *Tribunaux* et *Autorités de poursuite pénale* aux articles 12 et 13 du Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007, entré en vigueur, le 1^{er} janvier 2011⁸⁰.

15.5 Les alinéas 4 et 5 sont interdépendants et tout à fait à leur place dans l'article sur la séparation des pouvoirs. Leur contenu (*garanties de fonction*) est néanmoins annoncé au titre marginal de cet article pour dissiper toute équivoque.

15.5.1 En vertu de l'alinéa 4 l'organisation du pouvoir d'Etat exclut tout privilège en faveur des personnes physiques qui l'exercent. Nombre d'événements contemporains montrent qu'il n'est pas vain de le déclarer dans un texte constitutionnel appelé à durer plusieurs générations.

Les avantages qui peuvent résulter de l'exercice du pouvoir ne sont octroyés que s'ils sont nécessaires à cet exercice (traitement, pensions, protection personnelle, infrastructures etc.).

15.5.2 Tel est le cas de la protection des magistrats contre des poursuites pénales abusives propres à paralyser l'action de l'Etat. Cette protection est réglée à l'alinéa 5 de l'article 7 AP.

15.5.2.1 Cet alinéa 5 reproduit en substance la lettre b, de l'article 7/2 CPP dont voici le texte :

Art. 7 Caractère impératif de la poursuite

1 Les autorités pénales sont tenues, dans les limites de leurs compétences, d'ouvrir et de conduire une procédure lorsqu'elles ont connaissance d'infractions ou d'indices permettant de présumer l'existence d'infractions.

2 Les cantons peuvent prévoir:

a. d'exclure ou de limiter la responsabilité pénale des membres de leurs autorités législatives et judiciaires ainsi que de leur gouvernement pour des propos tenus devant le Parlement cantonal;

b. de subordonner à l'autorisation d'une autorité non judiciaire l'ouverture d'une poursuite pénale contre des membres de leurs autorités exécutives ou judiciaires, pour des crimes ou des délits commis dans l'exercice de leurs fonctions.

Cette disposition a abrogé l'article 347/2 CP (*anciennement article 366*). Elle limite à deux cas les exceptions au caractère impératif de la poursuite pénale qui peuvent être introduites par les cantons : l'immunité pour les propos tenus au cours de travaux parlementaires (*lettre a*) et l'exigence d'une autorisation préalable pour poursuivre des magistrats auxquels on reproche des actes délictueux *commis dans l'exercice de leurs fonctions* (*lettre b*).

15.6. La poursuite pénale d'un magistrat pour des actes commis *en dehors de l'exercice de ses fonctions* ne nécessite pas une autorisation. Le magistrat qui commet des actes délictueux ou criminels dans sa vie privée est donc traité par la justice comme n'importe quel citoyen.

15.6.1 La seconde phrase de l'alinéa 5 pose le principe que seul un intérêt public prépondérant peut dispenser le magistrat poursuivi d'avoir à répondre en justice des actes qui lui sont reprochés.

⁸⁰ RS 312.0 ; en abrégé CPP ou Code de procédure pénale ; articles 5ss.

1.12

15.6.2 Définie restrictivement, l'exigence d'une autorisation préalable pour la poursuite pénale d'un magistrat n'a plus rien à voir avec un privilège. Selon les circonstances, elle n'en peut pas moins être perçue comme tel par la population. C'est pourquoi le cercle de ses bénéficiaires doit être étroit.

L'avant-projet limite donc aux Conseillers d'Etat, aux membres du Tribunal cantonal et au Chancelier d'Etat le bénéfice de son article 7/s et, partant, de l'article 7/2^b CPP. Cela se comprend car il s'agit certes de protéger l'Etat contre des tentatives de déstabilisation, mais aussi de préserver son image publique qui se reflète, en partie, dans la personnalité de ces magistrats supérieurs formant deux des trois corps constitués dirigeant l'Etat.

15.7 Ayant ainsi fait usage d'une réserve en faveur du droit cantonal, l'avant-projet place l'autorisation de poursuivre dans la compétence du *Conseil de la magistrature* dont la création est proposée à l'article 65bis AP. Cette solution devrait contribuer à réduire les risques de lynchage médiatique qui font souvent peser une menace sérieuse sur la présomption d'innocence.

15.7.1 L'objet de l'article 7/s AP se distingue de celui de l'article 50 AP qui traite les garanties de session (*en conformité des alinéas 2 et 3 de l'article 50 Cst./cant. dont il n'y a pas lieu de changer la portée*) et de l'article 7/2/a CPP (*actuellement concrétisé par l'article 21 de la loi valaisanne d'application du 11 février 2009 [LACPP] qu'il n'y a pas lieu de modifier*). La décision relative à une demande d'autorisation de poursuivre les membres du Grand Conseil et les autorités exécutives et judiciaires pour des propos tenus au cours des travaux du parlement, de même que celle relative à la levée de l'inviolabilité de ces personnes au cours des sessions, sont des décisions politiques à prendre en opportunité. Elles doivent rester dans la compétence du Grand Conseil. (voir le chiffre 42/3/4 du présent rapport)

15.7.2 L'avant-projet clarifie ainsi, dans la Constitution même, le sens respectif de deux institutions qui sont essentielles pour le fonctionnement de la démocratie.

16. Article 8 Autonomie communale

16.1 L'article 50 Cst. consacre, depuis 1999, l'autonomie communale qu'il appartient au droit cantonal de définir. Prenant acte de la jurisprudence du Tribunal fédéral⁸¹, cette disposition manifeste la volonté de la Confédération de reconnaître le rôle nécessaire des communautés décentralisées à la réalisation de grandes œuvres modernes comme l'aménagement du territoire et la protection de l'environnement naturel et culturel.

16.2 A l'instar de la séparation des pouvoirs, l'autonomie communale est, d'une part, une composante majeure de notre Etat et, d'autre part, la source d'un droit subjectif que les titulaires peuvent invoquer devant les juridictions compétentes. (voir le chiffre 15/3 du présent rapport)

Il est donc conforme aux buts de la révision que, comme la séparation des pouvoirs, l'autonomie communale soit consacrée au titre premier AP qui traite des bases de l'Etat, et qu'elle figure dans le chapitre premier relatif aux dispositions générales plutôt que dans le chapitre deuxième relatif aux droits fondamentaux.

⁸¹ voir ATF 131 I 94 ; 133 I 130 ; 135 I 214 ; R. Kaegi-Diener, *ad Art. 50*, dans *Die Schweizerische Bundesverfassung*, pp. 613ss.

16.3 L'article 8 AP ne pose qu'un principe. Il ne fait donc pas double emploi avec l'article 69 Cst./cant. qui dit que les communes sont autonomes dans le cadre de la Constitution et des lois. Il n'y a pas de raison, de proposer l'abrogation ou la modification de l'article 69 Cst./cant. qui pourra être perçue comme une conséquence de l'article 8 AP.

16.4 En vertu de son *deuxième alinéa*, l'Etat *encourage* les fusions de communes et la coopération entre les communes en vue de réaliser le bien commun défini à l'article 5 AP.

Cette règle n'est qu'un cadre dans lequel s'inscrit l'article 71 Cst./cant. adopté en votation populaire du 21 septembre 1975, qui doit rester inchangé en l'état de la révision.

L'article 8/2 AP n'appelle ni un réexamen des articles 129 à 143 de la loi cantonale sur les communes du 5 février 2004 (*RS/VIS 175.1*), ni, partant, de l'ordonnance sur les fusions de communes du 8 juin 2005 (*RS/VIS 175.100*).

16.5 L'avant-projet laisse la porte ouverte à la reconnaissance éventuelle, selon les besoins, de l'autonomie d'autres collectivités décentralisées.

16.6 Il ne confère en revanche pas aux *établissements publics* la reconnaissance d'une autonomie juridiquement protégée. Les conséquences d'une telle reconnaissance sur l'exercice cohérent de la puissance publique seraient en effet imprévisibles. La définition de la nature juridique des établissements publics reste donc du domaine de la loi.

(On verra l'une des conséquences de cette solution sous chiffre 28/4, *deuxième phrase*, du présent rapport [article 19 AP ; *non rétroactivité*]. En revanche, l'absence d'une autonomie, juridiquement protégée, des établissements publics n'exclut pas que leur responsabilité soit engagée pour leurs actes dommageables [article 11 AP comme article 21 Cst./cant. ; voir note 84 du présent rapport]).

17. Article 9 Coopération extérieure

Pas de commentaire. L'article 9 AP reproduit, de façon succincte, un texte qu'on trouve dans beaucoup de constitutions d'autres cantons⁸².

18. Article 10 Règle de subsidiarité

Le 28 novembre 2004, le peuple et les cantons ont adopté l'article 5a Cst., aux termes duquel *l'attribution et l'accomplissement des tâches étatiques se fondent sur le principe de subsidiarité*.

La subsidiarité n'est pas un principe constitutionnel au même titre que ceux énoncés à l'article 6/1-3 AP, dont l'inobservation peut être invoquée devant le juge administratif ou constitutionnel. C'est pourquoi l'article 10 AP la qualifie de *règle* de comportement. Cela n'ôte rien à son importance, dès lors qu'elle contribue à caractériser l'Etat tel qu'il est défini à l'article 1/1 AP. La proposition du groupe de travail va dans le sens des récents articles 5/2 ZH et 3/2 FR.

⁸² FR, 5 ; BS, 3 ; SG, 1/3 ; AG, 4 ; VD, 5.

19. Article 11 Responsabilité des collectivités et établissements publics

19.1 Le fondement constitutionnel de la responsabilité de l'Etat réside aujourd'hui dans l'article 21 Cst./cant. entré en vigueur le premier janvier 1977.

L'article 11 AP reprend le contenu de cette disposition en tenant compte l'évolution du droit administratif depuis l'adoption de celle-ci.⁸³ Il distingue la responsabilité pour *actes illicites* de la responsabilité pour *actes licites* (*alinéa 2*)⁸⁴.

19.2 La responsabilité pour *actes illicites*, traitée à l'*alinéa premier* de l'article 11 AP, est en principe régie par les articles 41ss. CO.

19.2.1 L'article 11/1 AP s'inscrit dans le cadre de l'article 61/1 CO qui réserve l'adoption par les cantons de normes dérogatoires applicables à la responsabilité des fonctionnaires et employés publics pour le dommage ou le tort moral qu'ils causent dans l'exercice de leur charge, de telles dérogations étant exclues lorsque les actes concernés se rattachent à l'exercice d'une industrie.

19.2.2 Contrairement à l'article 46/2 ZH, l'article 11 AP ne traite pas de la responsabilité des personnes de droit privé accomplissant des tâches de droit public, question réglée par le droit privé fédéral.

19.2.3 En vertu de l'article 11/1, dernière phrase, AP le droit de recours contre le personnel fautif doit être réglé par la loi.

19.3 La responsabilité pour *actes licites* n'existe qu'en vertu d'une norme de droit fédéral ou de droit cantonal.

19.3.1 Dans la pratique cela concerne essentiellement la détention préventive d'une personne reconnue innocente au terme d'une instruction⁸⁵, l'expropriation matérielle et les *immissions licites* qui peuvent résulter d'une expropriation formelle⁸⁶.

19.3.2 L'article 11/2 AP n'a pas perdu son intérêt. Le canton reste en effet compétent notamment en matière d'expropriation formelle cantonale, de même que dans le domaine de l'indemnisation des conséquences dommageables de mesures de réquisition et de mesures de sécurité (par exemple les interventions de la police et des pompiers).

20. Article 12. Devoir des particuliers

20.1 L'article 12 AP est éminemment didactique. Il enseigne que la responsabilité sociale et individuelle de toute personne est le pendant des droits fondamentaux qui lui sont reconnus.

20.2 L'*alinéa premier* reprend l'essentiel de l'article 6 Cst., en remplaçant toutefois les termes *ses forces* par *ses capacités*. (voir aussi 8 VD)

⁸³ on trouve en effet des formules semblables, aux articles 146 Cst., 46 ZH, 71 BE, 90 FR, 73 VD et 6 NE.

⁸⁴ pour les sources de la distinction entre responsabilité de l'Etat pour actes licites et illicites, voir p. ex. ATF 111 I 151 ; 112 Ib 356 ; 113 I b 156 ; 122 III 103, 581 ; pour ce qui concerne la responsabilité des établissements publics, voir ce qui est dit sous chiffres 16.6 du présent rapport.

⁸⁵ cf. article 431 CPP.

⁸⁶ cf. articles 679 et 684 CC.

20.3 L'*alinéa 2* contribue à la cohérence du chapitre premier AP. Ainsi, dans la mesure où il traite de la bonne foi, il entre en relation avec l'article 6/3 *in fine* AP et, dans la mesure où il parle de l'environnement, il rappelle la définition du *bien commun* (article 5/5 AP).

20.4 Cette corrélation entre droits et devoirs est au demeurant une composante essentielle de l'Etat fondé sur le droit, reconnue non seulement en droit autonome, mais aussi, dans les termes suivants, au préambule de chacun des Pactes ONU I et II : *Prenant en considération le fait que l'individu a des devoirs envers autrui et envers la collectivité à laquelle il appartient et est tenu de promouvoir et de respecter les droits reconnus dans le présent Pacte ...*

Chapitre deuxième Droits fondamentaux

21. Remarques liminaires

21.1 L'*article 13* AP rappelle l'effet des droits fondamentaux et l'*article 14/2* AP proclame la volonté du Valais de pratiquer avec dynamisme ceux de ces droits qu'il accueille en vertu du droit supérieur.

L'*article 15* AP souligne que la réalisation des garanties particulières du droit cantonal est régie par les règles applicables à tous les droits fondamentaux.

21.2 Suit un catalogue des droits fondamentaux.

21.2.1 L'avant-projet aurait pu y énumérer tous les droits fondamentaux garantis par le droit supérieur et par le droit cantonal. C'est ce que fait notamment la Constitution vaudoise, au risque d'encombrer le texte constitutionnel et lui faire perdre de sa lisibilité pour tous.

Il aurait pu, au contraire, renvoyer en une courte phrase à la constitution fédérale et y ajouter les garanties particulières du droit cantonal. C'est ce que fait notamment le constituant lucernois, au risque de donner l'image d'un canton peu soucieux de la concrétisation des droits fondamentaux sur son territoire ?⁸⁷

21.2.2 L'avant-projet a opté pour une troisième solution.

21.2.2.1 A l'instar de Constitutions cantonales récentes, comme celle de Bâle-Ville, l'*article 14* AP présente succinctement une liste non exhaustive des droits fondamentaux garantis par le droit supérieur, chacun de ces droits y étant simplement résumé par son nom. (voir le chiffre 23 du présent rapport)

21.2.2.2 L'avant-projet articule ensuite quelques droits fondamentaux

- a) qui sont le corollaire des normes de comportement auxquelles l'Etat doit obéir selon l'article 6 AP (*articles 17, 18, 19*);
- b) sur l'importance desquels il entend attirer spécialement l'attention (*articles 20, 21, 23, 26, 27, 30, 31*);
- c) dont il définit la portée en tenant compte de besoins particuliers du canton (*articles 16, 21/5, 24, 28*).

⁸⁷ en théorie, il serait aussi concevable de placer le catalogue fédéral dans un appendice à la constitution cantonale selon la pratique d'Etats fédérés étrangers. Mais ne serait-ce pas *unschweizerisch* ?

d) qui sont des garanties nouvelles propres au droit cantonal (*articles 17/6, 22, 25 2^{ème} et 3^{ème} phrases, 29*).

21.2.3 Cette présentation est un tableau complet, aisément compréhensible par tous, des garanties constitutionnelles offertes aux habitants.

22. Article 13 Effet des droits fondamentaux

Les droits fondamentaux ne concernent en principe que les rapports entre la puissance publique (*Etat, communes, établissements publics*) et les particuliers (*effet vertical*). Ils ne concernent les rapports de droit privé que si leur nature les destine aussi à régir ces rapports ⁸⁸ (*effet horizontal*⁸⁹).

L'article 13 AP le rappelle en reprenant en substance l'article 35/3 Cst. Cette disposition rend les autorités cantonales attentives à leurs devoirs de réaliser les droits fondamentaux dans tous les domaines où cela est possible.

23. Article 14 Réception du droit supérieur

23.1 Cette disposition applique le modèle décrit sous chiffre 21.3.

23.1.1 Son *alinéa premier* n'est pas exhaustif et ne pourrait l'être ; l'adverbe *notamment* signifie que tous les droits de rang constitutionnel consacrés dans le droit supérieur, qu'ils soient ou non énoncés à l'article 14 AP, sont accueillis par le peuple du Valais et par ses autorités. La rédaction de l'article se veut solennelle (*la République et canton du Valais s'engage*) pour souligner que le canton est conscient de l'importance de sa mission dans ce domaine.

23.1.2 Le *second alinéa* est tout aussi important. Il souligne que le Valais n'entend pas somnoler sur l'ouvrage normatif supérieur, mais qu'il s'engage à développer au quotidien la portée pratique des droits reçus selon l'*alinéa premier* (*effet dynamique des droits fondamentaux*).

24. Article 15 Garanties exprimées particulièrement dans la présente constitution

24.1 La nature des choses fait que l'article 15 AP est probablement le texte de l'AP qui sacrifie le plus aux formes juridiques. C'est un cas d'application de la norme essentielle de l'article 14/2 AP.

24.2 Il s'applique tant aux garanties supérieures modulées spécialement par le droit constitutionnel cantonal⁹⁰ qu'aux garanties spécifiques offertes par ce droit⁹¹.

24.3 L'*alinéa premier* situe ces garanties au même niveau qualitatif que les garanties du droit supérieur ; il n'exclut pas que leur portée puisse être plus étendue que celles de garanties analogues qui sont ou pourraient être, un jour, codifiées dans le droit supérieur.

⁸⁸ c'est le cas des interdictions de discriminations, en particulier de la règle sur l'égalité de salaire entre hommes et femmes.

⁸⁹ en allemand *Drittwirkung*.

⁹⁰ p. ex. la dignité humaine ou la liberté de conscience.

⁹¹ p. ex. le langage des signes, la liberté de manifester et le droit de pétition.

24.4 L'adjonction de l'adverbe *aussi* au *second alinéa* rappelle, de façon implicite, que les règles concernées du droit supérieur⁹² valent pour tous les droits fondamentaux, qu'ils soient accueillis selon l'article 14 AP (voir le chiffre 23 du présent rapport) ou énoncés expressément dans la constitution cantonale.

25. Article 16 Dignité humaine

25.1 La dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine (ou à la personne humaine) figure en tête de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 et aussi, par conséquent, dans les Pactes ONU I et II ratifiés par la Suisse (voir les notes 11 et 12 du présent rapport).

25.2 En droit constitutionnel suisse autonome, la dignité humaine fut une création de la jurisprudence (*droit constitutionnel non écrit*) avant d'être consacrée dans la Constitution fédérale de 1999, en tête du catalogue des droits fondamentaux⁹³. L'article 7 Cst. se limite cependant à dire qu'elle doit être respectée et protégée, sans en définir le contenu et la portée concrète.

25.3 Pour des raisons historiques faciles à comprendre, la dignité humaine au sens de l'article 7 Cst. n'a pas une nature comparable à la dignité humaine au sens de l'article 1/1-2 de la *Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne* du 8 mai 1949 (*Grundgesetz*)⁹⁴. Elle n'en est pas moins le socle sur lequel est bâti l'édifice suisse des droits fondamentaux. C'est par exemple à cause de sa seule qualité d'être humain que la société interdit aux autorités qu'elle constitue, d'infliger à une personne des traitements dégradants, de restreindre

Page 30 :
la numérotation des paragraphes n'est pas correcte : 25.6 - 25.6.1 et 25.6.2

indûment sa liberté d'aller et de venir, ou d'aller fouiller dans sa vie privée à moins que cela ne soit exigé pour les besoins d'une enquête criminelle.

La dignité humaine doit donc être placée en tête des droits reconnus dans l'avant-projet, même si - selon les conceptions actuellement en vigueur en Suisse - il est rarement utile de s'en prévaloir pour appuyer le grief de violation d'un autre droit fondamental qui la spécifie en quelque sorte dans un domaine particulier.

25.4 Le *premier alinéa* de l'article 16 AP présente la dignité humaine comme le *droit de vivre et de mourir dans la dignité*.

En définissant ainsi la dignité humaine, l'avant-projet ne prend aucune position à l'égard d'autres questions de société majeures (p. ex. l'interdiction volontaire de grossesse ou l'assistance au suicide) qui ont été réglées ou qui devront l'être à d'autres niveaux ou en d'autres temps. Il entend simplement placer au niveau le plus élevé des garanties précises énumérées aux trois alinéas suivants de l'article 16.

25.5 Il s'agit tout d'abord des droits d'être protégé en situations de détresse ou de souffrance ; ils n'appellent pas de commentaire particulier. (*deuxième et troisième alinéas*)

⁹² principalement les articles 35 et 36 Cst..

⁹³ ATF 127 I 13 ; 132 I 54 ; 134 I 297, au considérant 3.2 ; 135 I 278 au considérant 4.5 ; voir la synthèse de Jörg Paul Müller dans *Grundrechte in der Schweiz*, 3. *Ausg.*, S. 1-5 ; et aussi Ph. Mastroradi, *ad Art. 7 BV*, dans *Die Schweizerische Bundesverfassung*, pp. 77ss.

⁹⁴ L'article 1/2 GG se lit ainsi : *La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger. // En conséquence, le peuple allemand reconnaît à l'être humain des droits inviolables et inaliénables comme fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde.*

25.6 Il s'agit ensuite du *droit à une sépulture décente*. (alinéa 4)

25.6.1 Ce droit n'a pas été repris dans les dernières codifications constitutionnelles, parce que, issu du contexte historique suranné de 1848 et 1874 (sécularisation des cimetières en conformité du principe d'égalité), il semblait ne plus avoir d'actualité.

25.6.2 Mais il revêt aujourd'hui un sens nouveau et une utilité certaine dans un contexte social fort différent de celui du XIX^{ème} siècle.

En proclamant que chaque personne a le droit d'être ensevelie ou incinérée décemment (c'est-à-dire conformément aux usages généralement reconnus dans notre société), le constituant valaisan garantit, *en premier lieu*, le droit de toute personne à un traitement correct de la dépouille d'un proche ou d'un familier, ce qui pourrait ne pas toujours aller de soi dans une société de plus en plus urbanisée. *En second lieu*, le droit à une sépulture décente, tel que formulé à l'article 16/4, AP, prévient, implicitement au moins, des prétentions fantaisistes ou insolites, d'origine philosophique ou religieuse, qui seraient incompatibles avec notre ordre public⁹⁵. De ce point de vue, cette disposition est à mettre en relation étroite avec l'article 21/3, *in fine* AP.

26. Article 17 Droit à l'égalité et principe de non-discrimination⁹⁶

26.1 L'article 17 consacre l'interdiction de discrimination (norme de comportement) et le droit à l'égalité (droit subjectif), sous un *titre marginal* semblable à celui de l'article 8 de la Constitution neuchâteloise.

26.2 L'*alinéa premier* reproduit de surcroît l'*alinéa premier* de cette disposition cantonale.

26.3 L'*alinéa 2*, qui pose le principe de non-discrimination, reprend l'article 8/2 Cst. mais en change quelques termes pour tenir compte de l'évolution des perceptions linguistiques et de la réalité sociale au cours de la décennie écoulée depuis son adoption.

L'avant-projet parle ainsi de *couleur de peau* au lieu de *race*; il qualifie le terme *origine* par les adjectifs *culturelle*, *ethnique*, *géographique* et *sociale*; il dit *statut social* au lieu de *situation sociale* dont le sens exact n'est guère perceptible; il introduit les termes *orientation sexuelle*; il y joint ceux de *état de santé* et remplace ceux de *déficience corporelle*, *mentale* ou *psychique*, par ceux de *handicap* et de *quelconque particularité physique ou psychique*.

La justification de ces changements est éducative et se rapporte à la dignité de chaque personne. A titre d'exemple, ce n'est pas une *déficience* d'être laid, malade, géant, nain, obèse ou lourdaud, mais, dans une société tyrannisée par le culte absurde de l'apparence, ces états sont et resteront longtemps des causes de mépris et, un jour ou l'autre, de discrimination.

26.4 L'*alinéa 3* n'appelle pas de commentaire.

26.5 L'*alinéa 4* précise que le mandat du canton et des communes vaut aussi pour le cercle familial.

⁹⁵ voir, sur ce point précis, ce qui est écrit en pages 955ss dans l'étude citée à la note 49 du présent rapport.

⁹⁶ pour le rapport entre le droit à l'égalité et le principe de non-discrimination, voir not. ATF 131 V 15; 134 V 136 (discrimination sexuelle); 135 I 53/54; R. J. Schweizer *ad Art. 8/2*, dans *Die schweizerische Bundesverfassung*, 109ss.

26.6 Les *alinéas* 5 et 6 n'appellent pas de commentaire et doivent se lire en rapport avec l'article 33/2/c AP.

26.6.1 Il faut parler aujourd'hui de *personne en situation de handicap* et non plus de *handicapé*.

26.6.2 L'*alinéa* 6 traite avec toute la prudence nécessaire (deuxième phrase) de l'élimination de ce qu'on appelle encore parfois les *barrières* architecturales ; il place au niveau constitutionnel des règles posées notamment aux articles 2/3 et 3 LHand⁹⁷. On trouvera des formules semblables ou analogues aux articles 11/4 ZH et 8/3 BS.

27. Article 18 Protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi

La protection contre l'arbitraire et la protection de la bonne foi sont des garanties individuelles élémentaires et primordiales. Ces droits subjectifs sont les corollaires des deux normes de comportement essentielles inscrites à l'article 6/3 AP⁹⁸. Il est conforme à leur nature - et aussi à l'économie de l'avant-projet - de consacrer ces garanties de base à cet endroit.

Toutes les constitutions récentes des cantons romands ont adopté la même solution⁹⁹.

La rédaction est identique à celle de l'article 9 Cst., le mot *organes* étant toutefois remplacé par *autorités*.

Cette proposition n'appelle pas d'autre commentaire.¹⁰⁰

28. Article 19 Protection contre la rétroactivité des lois

28.1 Dans sa *Théorie du Code civil du Valais*¹⁰¹, Etienne-Bernard Crompt, qui fonda l'*Ecole de droit de Sion*, la dirigea pendant soixante-quinze ans et mourut centenaire - peu de temps avant elle - en 1896, a défini ainsi la portée de l'interdiction de la rétroactivité des lois :

*La loi n'a point d'effet rétroactif. C'est sur ce principe de souveraine justice que repose essentiellement la liberté civile, qui ne serait plus qu'un vain mot si le citoyen qui s'est conformé aux prescriptions de la loi existante, pouvait ensuite être troublé dans ses droits acquis, par une loi postérieure*¹⁰².

Sous l'impulsion de ce grand jurisconsulte, le Valais a été l'un des cantons qui, au dix-neuvième siècle, ont placé l'interdiction de la rétroactivité des lois au premier rang de leur édifice législatif¹⁰³.

⁹⁷ loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (loi sur l'égalité pour les handicapés, LHand ; RS 151.3)

⁹⁸ voir ce qui est dit au chiffre 14.1. du présent rapport.

⁹⁹ FR, 10 ; NE, 9 ; VD, 11, de même que BS, 10.

¹⁰⁰ sur l'état de la jurisprudence relative à ces deux droits voir ATF 133 I 91 ; 131 II 636 ; pour la bonne foi en droit public, voir l'arrêt de principe 109 I b 210 qui se rapporte à un défrichement sur le territoire de la *Commune de Randogne*. Pour la doctrine en langue française relative à la connexion structurelle entre les deux droits, voir Claude Rouiller, *Protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi*, in *Droit constitutionnel suisse*. Zürich : Schulthess, 2001. - P. 677-690 ; du même auteur, *La protection de l'individu contre l'arbitraire de l'Etat / rapport présenté à la Société suisse des juristes 1987*, in: *Revue de droit suisse*, vol. 106, partie 2, pp. 225-411, Bâle 1987.

¹⁰¹ Sion, *Laederich*, 1858.

¹⁰² volume premier, p. 12, § 10.

¹⁰³ article premier du Code civil du canton du Valais du 1^{er} décembre 185 ; il est vrai que cette disposition reprenait simplement l'article 2 du Code civil des Français (appelé souvent, par simplification, *Code Napoléon*).

Déclarer ce principe dans la Constitution valaisanne est donc un clin d'œil à ce que notre passé nous a légué de mieux, tant il est vrai qu'un texte constitutionnel trouve une légitimité accrue lorsqu'il se situe dans le courant progressiste de l'histoire de l'Etat auquel il s'applique.

28.2 Mais il y a naturellement plus.

Ce choix se justifie tout d'abord, *mutatis mutandis*, pour les mêmes raisons que celles énoncées, au chiffre 27 du présent rapport, au soutien de l'article 18 AP.

Certes, l'interdiction de la rétroactivité des lois n'est qu'un aspect du principe de la légalité énoncé à l'article 6/1 AP et elle est déjà consacrée à l'article deuxième du Titre final du Code civil et à l'article deuxième du Code pénal.

L'inscrire dans la Constitution cantonale n'en a pas moins le mérite de déclarer haut et fort que ce principe s'applique à tous les domaines du droit et qu'il donne naissance à un droit public subjectif, la jurisprudence ayant à définir sous quelle forme ce droit peut être invoqué devant le juge constitutionnel ou administratif¹⁰⁴. Cette seconde raison commande de l'inscrire au chapitre deuxième de l'avant-projet.

28.3 En proposant cette solution, l'avant-projet ne fait que suivre un nombre important de constituants cantonaux d'aujourd'hui¹⁰⁵, au nombre desquels figure le constituant neuchâtelois¹⁰⁶.

28.4 L'alinéa premier précise que l'interdiction de la rétroactivité des lois vaut aussi pour les rapports entre le canton et les collectivités de droit public décentralisées autonomes qui pourront donc invoquer ce droit à l'appui du grief d'une violation de l'autonomie qui leur est reconnue selon l'article 8 AP. Il n'y a en revanche pas lieu de parler ici des *établissements publics*, dont l'autonomie ne jouit pas d'une protection juridictionnelle sur la base de l'article 8 AP (voir le chiffre 16/5 du présent rapport).

28.5 L'alinéa 2 réserve les exceptions généralement admises en jurisprudence¹⁰⁷.

29. Article 20 Droit de créer un foyer

Le titre marginal a été choisi pour mieux cerner les conceptions contemporaines de la vie en commun.

Le texte insiste opportunément sur l'exclusion de toute contrainte en matière de conclusion de mariage ; il reprend ainsi un principe général inscrit notamment à l'article 10, paragraphe 1, dernière phrase, Pacte ONU II.

Il s'en tient pour le surplus à une formulation qu'on trouve notamment à l'article 14 VD.

L'avant-projet ne traite pas du *partenariat enregistré*, s'en remettant, sur ce point, à la législation fédérale.¹⁰⁸

¹⁰⁴ voir ATF 133 II 97.

¹⁰⁵ BE, 26 ; NW, 5 ; GL, 19 ; BL, 11 ; TG, 4 ; NE, 9/2.

¹⁰⁶ article 9/2 de la Constitution du 24 septembre 2000.

¹⁰⁷ ATF 115 II 195 ; 116 II 562, 581 ; 125 I 186 ; 128 V 316 ; 133 V 471.

30. Article 21 Liberté de conscience et de croyance

30.1 La liberté de conscience et de croyance est garantie aux articles 18 Pacte ONU II (tiré de l'article 18 de la Déclaration universelle des droits de l'homme), 9 CEDH et 15 de la Constitution fédérale de 1999.¹⁰⁸ Ces textes conditionnent l'exercice de cette liberté, et notamment la pratique des rites, par le respect de l'ordre public et de la liberté d'autrui, comme cela a déjà été souligné au chiffre 25.6.3 du présent rapport, au sujet du droit à une sépulture décente.

En théorie, l'avant-projet aurait donc pu se borner à renvoyer à ces dispositions du droit supérieur, selon la clause générale de son article 14. Mais cela eût été pour le moins insatisfaisant, vu l'histoire complexe des rapports de droit public entre l'Etat valaisan et les Eglises.

30.2 Contrairement à Neuchâtel et à Genève, le Valais n'est pas de tradition laïque. Dans sa teneur initiale, l'article 2/2 de la Constitution de 1907 faisait en effet de la religion catholique, apostolique et romaine *la religion de l'Etat*. Cette proclamation n'était pas sans conséquences sur la vie publique, par exemple dans les affaires communales et dans les domaines de l'enseignement, primaire et secondaire, voire de l'organisation hospitalière. Mais on doit à l'honnêteté de reconnaître qu'apparemment elle n'a pas conduit à des discriminations notables du point de vue de la liberté de conscience.

Il faut dire que cette disposition était suivie de deux alinéas aux termes desquels *la liberté de conscience et de croyance [était] inviolable et le libre exercice des cultes [était] garanti dans les limites compatibles avec l'ordre public et les bonnes mœurs*. En dépit de ces sortes d'assurances, la confiance de la Confédération ne fut pas totale d'emblée, puisqu'elle ne donna sa garantie que sous la réserve expresse des articles 49, 50 et 53 Cst., comme elle l'avait fait pour l'article 2/1 de la Constitution cantonale de 1875.¹¹⁰

30.3 En 1974, puis en 1990, l'article 2 de la Constitution de 1907 a fait l'objet de modifications qui ont momentanément vidé le débat, du moins pour ce qui concerne les rapports entre l'Etat et les deux confessions chrétiennes alors majoritaires dans le canton.

Après avoir défini la liberté de conscience, cette disposition reconnaît aujourd'hui la personnalité de droit public des Eglises catholique et réformée qui ont été au cœur de l'histoire de la Suisse. Elle prévoit la possibilité d'octroyer le même statut à d'autres confessions, dont l'organisation est régie, dans l'intervalle, par le droit privé. Ses alinéas 3 et 4 règlent la participation publique aux frais de fonctionnement de ces institutions.¹¹¹

30.4 Bien que cette solution constitutionnelle ait été garantie par la Confédération et soit conforme au droit supérieur, le groupe de travail a estimé qu'il était inopportun de la maintenir telle quelle dans un texte constitutionnel nouveau destiné à rester en vigueur pendant plusieurs générations.

Les problèmes que pose la concrétisation de la liberté de conscience et de croyance ne tiennent en effet plus aujourd'hui à la prépondérance des Eglises traditionnelles mais à des

¹⁰⁸ *contra* FR 14/2.

¹⁰⁹ sur la portée générale de la liberté de religion, voir ATF 134 I 51 ; 135 I 85 ; P. Saladin, *Grundrechte im Wandel*, pp. 2ss. ; U. J. Cavelli, *Glaubens- und Gewissensfreiheit*, dans *Die schweizerische Bundesverfassung, ad Art. 15*, pp. 222ss.

¹¹⁰ message du Conseil fédéral du 1^{er} septembre 1907, FF 1907, volume VI, p. 1-7.

¹¹¹ FF 1974, volume II, page 1508 ; 1991, volume IV, page 194.

mutations sociales profondes consécutives notamment à l'immigration de personnes se réclamant de traditions spirituelles différentes que l'Etat a le devoir de respecter dans les limites de l'ordre public.

L'imprévisibilité d'autres mutations sociales commande de confier au législateur la compétence de régler les rapports entre l'Etat et les institutions religieuses selon les besoins concrets auxquels il sera confronté au fil du temps. Il appartiendra, par conséquent, au Grand Conseil, avec l'accord expresse ou tacite du peuple, de décider s'il y a lieu de conférer le statut de droit public à des institutions religieuses ou de reconnaître leur intérêt public. C'est également la loi qui déterminera les conditions auxquelles les collectivités publiques (canton et communes) peuvent être appelées à contribuer, de manière appropriée, aux frais de fonctionnement de telles institutions.

30.5 L'article 21/s AP est une base constitutionnelle suffisante pour la loi actuelle sur les rapports entre les Eglises et l'Etat du 13 novembre 1991 et pour ses dispositions d'application¹¹², dont il ne requiert par conséquent ni l'abrogation ni la modification.

30.6 Nous renvoyons pour le surplus à ce qui est dit plus haut au chiffre 9.1.2 du présent rapport.

31. Article 22 Liberté de réunion et de manifestation

31.1 Ni la Constitution fédérale, ni la Constitution valaisanne de 1907 ne reconnaissent expressément la liberté de manifestation. Le Tribunal fédéral n'y a pas davantage vu un *droit constitutionnel non écrit*. Il en a cependant défini les aspects principaux, par une combinaison logique entre les libertés d'expression (article 16 Cst.) et de réunion (article 22 Cst.).¹¹³

31.2 L'évolution de la société, les facilités - offertes par les nouveaux moyens de communication de masse - de réunir aujourd'hui des foules importantes sur la voie publique, les risques de débordements, aggravés par les phénomènes de la provocation et du *hooliganisme*, ont incité les constituants cantonaux à reconnaître le droit de manifester comme un corollaire de la liberté de réunion et à l'encadrer pour protéger non seulement les personnes et les biens de tiers, mais aussi la sécurité des organisateurs et des participants.¹¹⁴

31.3 Les *alinéas 1, 2 et 4* proclament donc la liberté de se réunir et de manifester publiquement son opinion, en précisant que la loi ou un règlement communal peut soumettre à autorisation les réunions et manifestations organisées sur le domaine public.

31.4 Le droit de ne pas être obligé de se réunir et de manifester publiquement son opinion est une conquête importante de la démocratie. Sans doute découle-t-il de la liberté de réunion et de manifestation, mais sa particularité exige qu'on l'exprime distinctement. (*alinéa 3*).

31.5 Au demeurant, l'article 22 AP, dans son ensemble, reprend en substance le texte de 24 FR, 21 VD et 20 NE.

¹¹² RS/VS 180.1 et 180.100.

¹¹³ ATF 132 I 56 ; 259 ; voir C. Rohner, *Die Schweizerische Bundesverfassung, ad Art. 22*, pp. 293ss, spécialement p. 298.

¹¹⁴ not. BE, 19/2 ; GL, 12/2 ; FR, 24 ; SO, 13/2 ; AG, 17/2 ; VD, 21 ; NE, 20.

32. Articles 23 et 24 Droit à l'éducation Droit à l'enseignement de base et aide à la formation professionnelle initiale

32.1 L'article 26 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 part de l'idée que le droit à l'éducation est un droit fondamental, indispensable à l'exercice de tous les autres droits fondamentaux. La teneur de ce texte est la suivante :

Toute personne a droit à l'éducation. L'éducation doit être gratuite, au moins en ce qui concerne l'enseignement élémentaire et fondamental. L'enseignement élémentaire est obligatoire. L'enseignement technique et professionnel doit être généralisé ; l'accès aux études supérieures doit être ouvert en pleine égalité à tous en fonction de leur mérite.

L'éducation doit viser au plein épanouissement de la personnalité humaine et au renforcement du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle doit favoriser la compréhension, la tolérance et l'amitié entre toutes les nations et tous les groupes raciaux ou religieux, ainsi que le développement des activités des Nations Unies pour le maintien de la paix.

Les parents ont, par priorité, le droit de choisir le genre d'éducation à donner à leurs enfants.

Le quatrième alinéa de l'article 18 Pacte ONU II précise que les Etats signataires s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions.

Ces principes, de même que le contenu du droit à l'instruction de base, sont plus précisément codifiés aux articles 13 et 14 Pacte ONU I.

Ils se retrouvent naturellement aussi dans la Convention relative aux droits de l'enfant.¹¹⁵

32.2 Le droit suisse autonome répond à ces exigences, qu'il exprime, dans leur principe, aux articles 11 et 41/1/f Cst.

Prenant acte du gigantisme des besoins sociaux dans ce domaine, l'avant-projet - qui, à son article 14, renvoie déjà aux droits de l'enfant reconnus en droit supérieur - s'en tient à un énoncé de principe, tant à ses articles 23 et 24 qu'à son article 33/1/b.

32.3 L'article 24/1-3 AP traite du droit à l'enseignement de base. Il reprend à cet endroit le contenu des deux premiers alinéas de l'article 13 Cst./cant..

S'y ajoute un quatrième alinéa, rédigé avec prudence, sur l'aide de l'Etat à la formation professionnelle initiale des personnes dans le besoin.

32.4 Ces dispositions n'appellent pas d'autre commentaire. On relèvera toutefois que l'avant-projet ne reprend pas l'article 13/3 Cst./cant., car la liberté d'enseignement résulte, dans toute son ampleur, du droit supérieur reçu en vertu de l'article 14 AP (voir le chiffre 23 du présent rapport).

33. Article 25 Liberté de la langue

33.1 La liberté de la langue fut un *droit constitutionnel non écrit*¹¹⁶ avant d'être inscrite à l'article 18 de la Constitution fédérale de 1999.

¹¹⁵ pour la réception en droit suisse et l'abréviation de tous ces instruments du droit des gens, voir la note 11 plus haut.

¹¹⁶ arrêt *Allthaus*, publié dans ATF 122 I 236 ; voir J. F. Aubert/P. Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale*, Zurich 2003, pp. 171-175 *passim*.

33.1.1 L'histoire montre que cette liberté, évidente dans nos démocraties occidentales, ne va pas de soi et que le simple usage de la langue naturelle peut être entravé par toutes sortes de vexations, voire simplement prohibé. Ce fut le cas, en Europe, des langues basque et catalane dans l'Espagne franquiste, des langues française, frioulane et slovène dans l'Italie fasciste, et, récemment encore, de la langue kurde dans la république turque.

Dans les démocraties dites avancées, le droit de s'exprimer dans la langue de son choix relève de la sphère privée et ne subit plus guère d'entrave, si ce n'est sur la place de travail.

33.1.2 La liberté de la langue, plus problématique dans les rapports de droit public, n'empêche pas l'Etat de désigner une ou plusieurs langues officielles sur tout ou partie de son territoire (*territorialité*). Elle ne donne pas le droit d'exiger que l'enseignement public soit donné dans une autre langue que la langue officielle du domicile, sous réserve de la dispensation, en école privée, de l'enseignement de base dans une langue étrangère, pour un temps limité et pour autant que la langue officielle du territoire ne soit pas mise de côté.¹¹⁷

33.1.3 La constitution d'un canton bilingue ne peut faire l'impasse sur la proclamation expresse de la liberté de la langue. C'est pourquoi l'article 25 AP reprend le texte des articles 18 Cst. qu'on retrouve, par exemple, à l'article 17/1 de la Constitution fribourgeoise de 2004.

L'exercice de la liberté de la langue est à mettre en relation avec l'article 4 AP qui énumère les langues officielle du canton.

33.2 L'article 25, deuxième et troisième phrases, AP introduit une *garantie cantonale particulière* qui se retrouve à l'article 12 de la Constitution zurichoise de 2005. Cette garantie de la *langue des signes* ou de moyens équivalents pour faciliter la communication des personnes en situation de handicap, est conforme aux besoins sociaux actuels. Elle n'apporte probablement rien de très nouveau par rapport à l'article 14//3/a LHAND, mais elle a le mérite d'introduire cette mesure dans le droit constitutionnel du canton. Elle s'inscrit ainsi dans le sillage des articles 17/s et 33/1/c AP.

Au demeurant, les obligations qui en résultent pour l'Etat se limitent à *favoriser* l'acquisition et l'usage de ces moyens nécessaires, selon des modalités qu'il appartient à la loi de définir.

34. Articles 26 et 27 Liberté d'information Protection contre l'utilisation abusive de données personnelles

34.1 L'article 26 AP met l'accent sur une garantie qu'il est utile d'inscrire dans l'avant-projet, même si sa portée n'est en principe pas plus étendue que celle de l'article 16/3 Cst.¹¹⁸.

34.2 Le même souci de mise en évidence est à la source de l'article 27 AP qui reprend matériellement l'article 13/2 Cst.. Cette garantie est un aspect de la protection de la sphère privée. Les conséquences en sont précisées succinctement, selon le modèle d'autres constitutions cantonales¹¹⁹.

34.3 On renvoie pour le surplus au chiffre 12 du présent rapport.

¹¹⁷ ATF 91 I 480, spéc. au considérant 3b ; A. Auer/ G. Malinverni/ M. Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, 2^{ème} éd. vol. II, pp. 307ss. spéc. 312/313.

¹¹⁸ *id.* ZH, 17 ; pour le rapport entre le droit à l'information et la liberté d'opinion et d'expression, voir ATF 131 III 491 ; 132 I 259.

¹¹⁹ BE, 18 ; FR, 12 ; VD, 15 ; NE, 11.

35. Article 28 Garanties générales de procédure

35.1 Les garanties générales de procédure offertes par les traités multilatéraux et la Constitution fédérale, sont aujourd'hui concrétisées avec soin dans le droit de procédure fédéral et cantonal¹²⁰. Elles figurent parmi les garanties du droit supérieur que le Constituant valaisan reçoit pleinement selon le mécanisme institué à l'article 14 AP (voir le chiffre 23 du présent rapport). Par ailleurs, leur cadre objectif est tracé par l'article 7/2-3 AP qui traite de l'indépendance de la justice (voir les chiffres 15/2-4 du présent rapport).

Il n'en est pas moins judicieux d'y consacrer un article particulier dans le chapitre deuxième sur les droits fondamentaux. Cet article est conçu comme un rappel constant des autorités administratives et judiciaires à quelques devoirs élémentaires.

35.2 L'avant-projet place l'équité et la *diligence* (i.e. le *soin*) avant la *célérité*. Cet ordre ne signifie pas que le devoir de statuer dans des délais raisonnables serait secondaire. Mais des jugements insuffisamment approfondis, par souci de ne pas accumuler des retards, ne seront jamais le gage d'une bonne justice. Il n'est pas inutile d'en donner un signe discret dans la Constitution, car la surcharge des tribunaux conduit trop souvent les autorités politiques investies de leur haute surveillance à apprécier avant tout les prestations des magistrats à l'aune de leur rendement quantitatif¹²¹.

35.3 L'économicité des procédures ne ressort pas expressément des droits de procédure mentionnés à l'article 14 AP. Le concept des *coûts de procédure raisonnables* semble donc aller de soi. Mais il vaut mieux l'exprimer pour le long terme, comme l'a fait le constituant zurichois¹²².

35.4 Le devoir d'indiquer *les voies de droit* est universellement reconnu. Mais, dans la pratique, cette indication n'est pas toujours des plus limpides. L'agencement souvent complexe des compétences, surtout en matière de droit public, justifie pleinement le rappel ici proposé. Même quand la loi prévoit le transfert automatique du dossier à l'autorité compétente, celui qui défend légitimement ses droits a un intérêt à savoir avec certitude - avant de rédiger son recours - à quelle autorité il doit s'adresser ; la présentation de ses griefs peut en effet différer selon le destinataire du recours. Il ne saurait donc lui incomber de vérifier la compétence des autorités dont le devoir est de prévenir la lésion injuste d'intérêts juridiquement protégés ou dignes de protection.

¹²⁰ voir la description de ces droits par Aubert/Mahon, *op. cit.* pp. 279ss.

¹²¹ dans les salles de facultés, on répétait naguère à l'envi deux brocards apparemment contradictoires : *il n'y a pire justice que justice tardive*, disait l'un; *bien juge qui juge tard*, disait l'autre citant Antoine Loisel (1536-1617 ; *Institutes coutumières*, 1611, réédition Paris Sirey 1935). Il est aujourd'hui plus prudent de conseiller à nos juges d'oublier ces sornettes et de méditer une phrase par laquelle le plus grand civiliste d'Allemagne qualifiait la *bonne justice* à partir des institutions romaines : *Distinction exacte entre les différents aspects du rapport juridique, entre les demandes et prétentions contradictoires, restriction sévère du litige à un point déterminé, et en même temps précision nette sur ce point; l'attention du juge fixée et mise à l'abri de toute erreur possible sur la question essentielle soumise à sa décision ; sûreté et simplicité de tout l'appareil procédurier, rapidité ; telles sont les qualités qui feront toujours de la procédure un objet plein d'attraits et une source précieuse d'instruction.* (Rudolf von Jhering [1818-1892], *L'esprit du droit romain* [*Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*], traduit par O. de Meulenaere, Paris, 1878, vol. IV, p. 130).

¹²² article 18/1 *in fine* ; cela mis à part, cette disposition n'insiste que sur la *rapidité* souhaitée des procédures, partant de l'idée discutable que les autres exigences de justice (équité, diligence) vont de soi au point qu'il serait inutile de répéter ce que le droit supérieur dit à leur propos.

36. Article 29 Droit de pétition

36.1 La pétition est un instrument peu coûteux de la vie publique, qui, selon les circonstances, peut éviter des recours parfois abusifs aux lourdes institutions de la démocratie directe. Elle permet aussi d'établir de manière simple un contact immédiat et souvent bienvenu entre le pouvoir et les citoyennes et citoyens.

36.2 Ni l'article 33 Cst., ni l'article 9 de la Constitution valaisanne ne reconnaissent cependant l'existence d'un véritable droit de pétition. L'un et l'autre donnent certes à toute personne le droit de s'adresser aux autorités par cette voie ; mais elles ne font pas à celles-ci l'obligation d'y répondre.

Les articles 126-128 LParl (voir note 26 plus haut) relèvent d'une interprétation plutôt généreuse du texte constitutionnel fédéral. A moins notamment que son contenu ne soit *manifestement aberrant, abusif ou offensant*, les Services du Parlement doivent en effet répondre même aux pétitions que la Commission parlementaire refuse de transmettre au plénum.

De son côté, le Tribunal fédéral s'est toujours refusé à voir dans le droit de pétition un *droit constitutionnel non écrit* ; il laisse aux constituants cantonaux la latitude d'en décider autrement¹²³.

36.3 On peut admettre que le devoir de l'autorité de répondre à une pétition relève déjà de la courtoise et de la *bienveillance* dont il est question dans le préambule de l'avant-projet. Il serait vain de discuter de la question de savoir si, selon les circonstances, il ne pourrait pas aussi mettre en jeu le droit d'être entendu qui est l'un des piliers de l'Etat fondé sur le droit.

36.4 Aussi la quasi-totalité des constitutions cantonales récentes consacrent-elles le droit de toute personne d'adresser, sans risque de représailles, une pétition individuelle ou collective aux autorités qui sont tenues d'y donner une réponse motivée¹²⁴.

Les solutions ne divergent qu'à propos du délai dans lequel l'autorité destinataire est tenue d'apporter sa réponse. La Constitution fribourgeoise est silencieuse sur ce point particulier¹²⁵. Les Constitutions zurichoises et bernoises ont opté pour un délai déterminé, six mois¹²⁶ pour la première et un an pour la seconde¹²⁷. Les Constitutions des Rhodes-Extérieures et de Neuchâtel ordonnent à l'autorité de répondre *le plus tôt possible*¹²⁸. Toutes les autres Constitutions disent que l'autorité doit répondre *dans un délai raisonnable*¹²⁹.

36.5 L'avant-projet propose d'adapter l'article 9 Cst./cant. à la réalité juridique du pays, en instituant le droit du pétitionnaire de recevoir une réponse.

36.6 Les mots *sans encourir de préjudice* sont une *formule consacrée* qui se lit déjà à l'article 4/s AP relatif à la liberté de vote (voir le chiffre 9/4 du présent rapport).

¹²³ voir l'intéressant arrêt fribourgeois *Stauffacher*, publié dans ATF 104 Ia 434 ; voir aussi ATF 109 I a 208 ; J. P. Müller, *Die schweizerische Bundesverfassung*, ad Art. 57, p. 86 ; J. E. Raissig, *Das Petitionsrecht in der Schweiz, Relikat oder Chance ?* Zürich 1977.

¹²⁴ c'est aussi le sens à donner à la garantie du droit de pétition qui figure au premier amendement de la Constitution des USA dans les termes suivants : *Congress shall make no law ... abridging ... the right of the people ... to petition the Government for a redress of grievances.*

¹²⁵ article 25.

¹²⁶ article 16.

¹²⁷ article 20.

¹²⁸ respectivement aux articles 21 et 16.

¹²⁹ So, 26 ; BS, 11/2/b ; BL, 10/1 ; SH, 19 ; AG, 19 ; TG, 12 ; TI, 8/2/1 ; VD 31.

36.7 L'exercice du droit de pétition ne doit naturellement pas entraver indûment l'activité de l'Etat. C'est pourquoi l'avant-projet précise que la réponse de l'autorité peut être *succincte* et qu'elle doit être donnée dans un *délat raisonnable*.

37. Article 30 et 31 Principes applicables aux impôts et aux autres contributions

37.1 L'article 30 AP reprend les termes de l'article 127/1-2 Cst. en y ajoutant d'heureuses formules qu'on lit à l'article 24 Cst./cant. adopté par le peuple le 26 décembre 1920. Cette codification se justifie notamment en raison de la souveraineté originaire des cantons en matière fiscale et de l'importance historique de l'égalité fiscale dans l'avènement de la démocratie moderne.

37.2 En conformité de l'économie et de la structure de l'avant-projet, l'article 30 AP s'en tient aux principes¹³⁰. Cette base constitutionnelle n'exclut nullement l'insertion ultérieure éventuelle de dispositions fiscales plus concrètes dans l'un des autres titres de la Constitution.

37.3 L'énoncé des principes qui régissent les impôts permet en outre d'inscrire, dans un système normatif cohérent, les principes qui régissent les *autres contributions*, c'est-à-dire les contributions causales, les taxes, les émoluments¹³¹. (*article 31 AP*)

L'utilité d'inscrire dans la Constitution les principes particuliers applicables aux autres contributions n'est guère contestable. De création jurisprudentielle¹³², ils sont en effet éparés dans le droit édicté. Leur insertion dans la Constitution va donc dans le sens de la *sécurité du droit* qui est aussi un objectif constitutionnel majeur.

Chapitre troisième Droits et buts sociaux

38. Remarque liminaire

38.1 La reconnaissance, dans l'avant-projet, de droits sociaux particuliers ou plus étendus que ceux reconnus dans la Constitution fédérale eût posé divers problèmes de nature *politique* (difficulté d'un consensus, pourtant nécessaire à l'établissement des bases de l'Etat), *structurelle* (perte de cohérence de l'avant-projet), *économique*, *financière* voire *juridique* (compatibilité avec le droit fédéral, restrictions consécutives des droits fondamentaux économiques [garantie de la propriété, liberté économique]).

Une telle reconnaissance est toujours un chantier de longue durée sur un terrain propre à l'affrontement des partenaires sociaux. Elle eût de toute manière été exorbitante du cadre de la révision générale du titre premier de la Constitution.

38.2 C'est pourquoi l'avant-projet n'énumère pas les droits sociaux, mais se limite à mettre en évidence l'engagement du canton du Valais d'en assurer la promotion et l'essor conformément au préambule de sa Constitution. L'article 32 AP est ainsi le pendant de l'article 14/2 AP et s'inscrit dans la ligne générale de la proposition de révision du titre

¹³⁰ VD 167/2 est moins strict de ce point de vue.

¹³¹ pour la distinction entre impôts et taxes, voir, par exemple, la distinction faite aux articles 61 et 62 de la *loi fédérale sur la navigation intérieure* du 3 octobre 1975 (LNI ; RS 747.201).

¹³² cf. ATF 131 II 739 ; 132 II 374 ; 135 I 133 ; voir l'étude approfondie d'A. Hungerbühler, *Grundsätze des Kausalabgaberechts*, dans *Schweizerischer Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl)* vol. 104 (2003), pp. 589ss.

premier. Il marque fortement le caractère social de l'Etat valaisan, et se situe dans la ligne des proclamations du préambule et de l'article 1 AP.

38.3 Cet engagement est illustré par un énoncé, naturellement non exhaustif, des buts sociaux (*mandat social*) de la puissance publique, que les communes et le canton doivent chercher à atteindre (*article 33 AP*).

39 Article 32 Droits sociaux et mandat social du canton et des communes

L'avant-projet proclame la volonté de la puissance publique, dont il a auparavant défini les contours et les limites juridiques, de jouer un rôle déterminant dans le développement des droits sociaux.

39.1 Il sied de mentionner ici expressément *les traités internationaux*, plutôt que d'employer la locution générique *droit supérieur*. A vues humaines, il ne fait en effet guère de doute que la nouvelle Constitution valaisanne n'aura pas été abrogée lorsque la Suisse se sera, dans ce domaine, engagée davantage qu'elle ne l'est aujourd'hui, à l'égard de la communauté internationale (*Charte du travail, Charte sociale européenne* etc.), à l'instar de ce qu'elle a fait au cours de ces dernières années dans des domaines particuliers comme la protection de l'enfance.

39.2 Il n'y a pas lieu d'en dire plus en l'état actuel de la révision de la Constitution. Ce mode de faire laisse en effet toute latitude au constituant, s'il l'estime utile, pour codifier plus tard des droits sociaux, en énonçant, dans la suite du texte, des droits sociaux nouveaux dont l'institution apparaîtrait opportune et possible au fil du temps.¹³³

39.3 Il n'y a pas lieu non plus de reprendre celles des dispositions programmatiques contenues dans le titre premier de la Constitution de 1907 qui sont soit obsolètes soit pleinement réalisées dans les faits.

40. Article 33 Mandat social du canton et des communes

40.1 Cette disposition énumère certains des buts sociaux que le canton et les communes doivent poursuivre selon une méthode utilisée par exemple au deuxième chapitre du deuxième titre de la Constitution neuchâteloise.

L'*alinéa premier* précise que le canton et les communes ne sont liés par leur mandat social que dans les limites de leurs compétences et de leurs moyens.

Le *bien-être* qu'ils ont le devoir de favoriser est un concept éminent du droit constitutionnel, dont parle par exemple le préambule de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant, ratifiée par la Suisse le 26 mars 1997 (cinquième paragraphe), le préambule de la Constitution fédérale de 1999 (dernier paragraphe)¹³⁴ et l'article 89/1 de la Constitution neuchâteloise qui détermine les tâches des collectivités locales. L'avant-projet l'a préféré au concept voisin de *qualité de la vie* parce que son acception est plus large, plus populaire et partant moins abstraite. Son sens étant notoire, on relèvera simplement que le *Dictionnaire de l'Académie* le définit notamment comme tout ce qui contribue à une existence agréable.

¹³³ cette méthode a été suivie par plusieurs constituants, dont le constituant soleurois (articles 16/17) mais le constituant fribourgeois a jugé opportun d'aller un peu plus loin (articles 33 et suivants).

¹³⁴ ce préambule parle d'ailleurs, un peu plus haut, d'*acquis communs*.

40.1.1 La liste des objectifs énumérés aux lettres *a* à *e* de l'*alinéa 2* est, sans être exhaustive, la plus complète possible à cet endroit de l'avant-projet.

40.1.1.1 La lettre *a* reprend en substance la norme programme de l'article 13bis Cst./cant.. Cette norme a été adoptée le 13 juin 1999, et il s'impose de respecter intégralement une volonté exprimée si récemment par le peuple.

L'article 13bis est un acquiescement implicite aux idéaux énoncés dans le préambule de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant. Ce préambule définit la famille comme l'*unité fondamentale de la société et le milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres* et comme le cadre le plus approprié à l'*épanouissement harmonieux de la personnalité de l'enfant qui doit grandir dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension et qu'il importe de préparer pleinement à avoir une vie individuelle dans la société*. C'est aussi le sens des articles 11 et 41/1/f-g de la Constitution fédérale de 1999.

40.1.1.2 Les droits de l'enfant sont accueillis dans le droit constitutionnel valaisan en vertu de l'article 14 AP (voir le chiffre 23 du présent rapport). La lettre *b* de l'article 33/1 AP peut donc être rédigée sobrement. Elle n'en inclut pas moins les droits de l'enfant au *respect* et à la *protection* qui sont les fils conducteurs de la Convention relative aux droits de l'enfant.

Cette lettre *b* est étroitement liée à la lettre *a* et aussi à l'esprit des articles 23 et 24 AP qui proclament le droit à l'éducation et à l'enseignement de base.

Nous renvoyons, pour le surplus, au chiffre 32 du présent rapport.

40.1.1.3 La lettre *c* est à rapprocher de l'article 17/2 et 5-6 AP, de même que, pour ce qui concerne les personnes en situation de handicap, de l'article 25, 2^{ème} et 3^{ème} phrases, AP (voir pour ces dernières les chiffres 26/6/2 et 33/2 du présent rapport).

40.1.1.4 La lettre *d* dit tout ce qu'on peut utilement dire ici en matière de promotion et de protection de l'emploi, à moins de reconnaître un *droit au travail*, qui excéderait les compétences cantonales.

40.1.1.5 La lettre *e* précise, par le mot *participative*, que les personnes étrangères concernées ont le devoir de participer pleinement aux mesures d'intégration que l'Etat et les communes sont appelées à prendre en leur faveur. Ce devoir se situe dans la ligne de l'article 12 AP.

40.2 Le programme social que le canton et les communes doivent mettre en œuvre selon l'*alinéa 2* ne saurait donner naissance à des droits subjectifs. Il sied de le préciser, comme l'ont fait d'autres constitutions cantonales¹³⁵, pour éviter que les prestations énumérées puissent faire l'objet de réclamations judiciaires. (*alinéa 3*)

¹³⁵ ZH, 19 ; BE, 29 (avec mention sommaire de quelques droits); SH, 22 ; BL, 16/17 ; AR, 24/25 ; SG, 9 ; TI, 13-14, NE 34.

Titre cinquième Chapitre troisième

41. Article 65bis Conseil de la magistrature

41.1 L'institution d'une autorité indépendante de surveillance de la justice, appelée *Conseil de la magistrature*, devrait accroître l'indépendance du pouvoir judiciaire (article 7 AP ; voir le chiffre 15/7 du présent rapport). Elle s'inscrit par conséquent dans la logique du chapitre deuxième du titre premier de l'avant-projet. L'énoncé des droits fondamentaux n'aurait en effet guère de sens, si les institutions vouées à leur protection (les tribunaux et le ministère public) ne jouissaient pas de l'indépendance requise pour cette protection.

41.2 La ligne générale de l'article 65bis AP est celle des articles 125/126 de la Constitution fribourgeoise du 16 mai 2004, qui, de l'avis des intéressés, donnent des résultats satisfaisants.

41.3 L'élection du Conseil de la magistrature est de la compétence du Grand Conseil (*alinéa premier*).

L'avant-projet ne fixe pas la *composition* du Conseil de la magistrature. Il s'écarte, sur ce point, de la solution retenue par le constituant fribourgeois. Il appartiendra donc au législateur (*alinéa 6*) de dire au sein de quel pouvoir d'Etat ou de quelle organisation de la société civile le Grand Conseil choisira les membres de cette autorité. Cette solution, relativement souple, permet des adaptations aux besoins nouveaux que l'expérience pourrait révéler.

41.4 Les *alinéas 2, 3 et 5* énumèrent exhaustivement les tâches du Conseil de la magistrature.

41.5 L'*alinéa 2* confie au Conseil de la magistrature la tâche de préparer les candidatures aux charges judiciaires supérieures dont l'élection demeure, sans autre changement, dans la compétence du Grand Conseil. Les critères que le Conseil de la magistrature doit prendre en considération sont non seulement la formation et l'expérience, mais aussi *l'éthique professionnelle*. Pour indéterminée qu'elle soit, l'éthique professionnelle est une notion qui peut être appréciée sans difficultés.

41.6 Il est chargé en second lieu de la surveillance administrative des autorités judiciaires (*alinéa 3*).

Selon la conception suisse de la séparation des pouvoirs, la surveillance de la justice par les autorités législatives ou leurs délégations ne concerne que l'administration et la gestion des tribunaux à l'exclusion de la jurisprudence (application du droit).

41.6.1 Pour ce qui regarde les jugements des autorités inférieures, les parties disposent en effet des voies de droit légales pour critiquer auprès des tribunaux supérieurs ceux de ces jugements qui ne leur donnent pas satisfaction. L'indépendance du pouvoir judiciaire est ainsi sauvegardée.

41.6.2 Pour la jurisprudence des autorités supérieures, le parlement et ses délégations peuvent être tentés d'aller voir les choses de plus près. Mais ils n'ont que le pouvoir de sanctionner l'un ou l'autre juge au moment de sa réélection. En l'absence d'une cause légale de révocation, cette sanction de type électoral est naturellement fort discutable du point de vue de la séparation des pouvoirs. L'indépendance d'un juge faible peut en effet être mise à mal par

sa crainte de ne pas être réélu. Mais il en ira ainsi tant que les magistrats judiciaires seront soumis à une réélection périodique.

41.6.3 Le Conseil de la magistrature peut déléguer au Tribunal cantonal la surveillance administrative des autorités judiciaires de première instance. (*alinéa 2, deuxième phrase*)

41.7.1 En vertu de l'article 65bis/2, première phrase, AP, la surveillance *disciplinaire* des autorités judiciaires relève également du Conseil de la magistrature. Les actes contraires à la discipline peuvent être de ceux qui sont accomplis dans l'exercice de la fonction (un juge qui déciderait de ne plus rien faire du tout sans cependant vouloir quitter sa charge) ou en dehors de l'exercice de la fonction (un juge qui causerait un scandale public)¹³⁶.

41.7.2 Contrairement à ce qui est le cas de leur surveillance *administrative*, le Conseil de la magistrature ne peut déléguer au Tribunal cantonal la surveillance *disciplinaire* des autorités judiciaires de première instance. (*alinéa 2, deuxième phrase*)

41.7.3 La *révocation disciplinaire* des magistrats élus par le Grand Conseil reste naturellement de la compétence de l'autorité de nomination, le Grand Conseil. (*alinéa 4*)

41.8 En vertu de l'*alinéa 5*, il incombe au Conseil de la magistrature de se prononcer sur les demandes d'autorisation de poursuivre au sens de l'article 7/s AP.

41.9 Il va de soi que le Conseil de la magistrature est placé sous la *haute surveillance* du Grand Conseil, comme c'est notamment le cas du Conseil d'Etat et du Tribunal cantonal. (*alinéa 6*).

Pour le contenu de la haute surveillance, on renvoie notamment aux articles 2/2 et 130ss LOCRP.

41.10 La loi arrête, pour le surplus, la composition et l'organisation du Conseil de la magistrature, ainsi que ses rapports avec le Grand Conseil et les autorités judiciaires. (*alinéa 7*).

41.11 Loin d'emporter une *capitis deminutio* du Grand Conseil, l'institution d'un Conseil de la magistrature libérera le parlement de l'accomplissement de tâches au caractère administratif prononcé (recherche et préparation de candidatures, surveillance administrative et disciplinaire, autorisation de poursuivre les magistrats supérieurs de tous ordres pour des délits commis dans l'exercice de leurs fonctions).

Ces tâches seront confiées à un organisme extra-parlementaire élu par lui et sur lequel il exercera de surcroît la *haute surveillance*.

Le Grand Conseil pourra ainsi se concentrer sur sa mission législative. Il continuera, de surcroît, à exercer les compétences essentielles qui lui sont dévolues par la Constitution dans le domaine de la justice : *élection des juges cantonaux et du ministère public* (article 39, alinéa 2), *haute surveillance des autorités judiciaires* (article 40, alinéa 1), *traitement de ces autorités* (article 41, chiffre 3), textes qui demeurent inchangés. Il se prononcera aussi sur la révocation disciplinaire des magistrats qu'il a nommés (article 65bis/3 AP).

¹³⁶ voir les exemples cités par W. J. Habscheid, *Droit judiciaire privé*, Genève 1975, p. 55.

Par ailleurs, le Grand Conseil conservera la compétence de lever ou non les *garanties de session* reconnues à ses membres et aux magistrats participant à ses travaux.

41.12 L'institution du Conseil de la magistrature implique une légère modification rédactionnelle des articles 39/2 et 40/1 Cst./cant.¹³⁷.

Dispositions finales (commentaire particulier)

Il n'y a pas lieu de revenir sur ce qui a été dit plus haut à propos des changements de numérotation qu'entraîne l'avant-projet et des modifications mineures consécutives à l'introduction d'un article 65 bis. (voir les chiffres 5/6-7 du présent rapport)

42. Articles 50 et 51 Cst./cant.

42.1 L'économie de l'avant-projet entraîne la réunion des actuels articles 50 et 51 Cst./cant.. Dans sa nouvelle structure, l'article 50 AP constitue à lui seul la section C intitulée *Liberté d'action des membres du Grand Conseil et garanties de session*. Sous la réserve de l'extension des garanties de session, déjà évoquée, la réunion des articles 50 et 51 Cst./cant. n'a qu'un caractère formel.

Elle facilite le transfert logique de l'actuel article 25 à l'article 51 AP où il formera à lui seul une section (voir le chiffre 43 du présent rapport).

42.2 Traitant de la *liberté d'action des membres du Grand Conseil*, les alinéas 1 et 2 de l'article 50 AP reprennent les alinéas premiers de chacun des actuels articles 50 et 51 Cst./cant..

Les seules modifications proposées se rapportent au titre de la section et au remplacement du terme *député* par les mots épicènes *membres du Grand Conseil*, employés déjà à l'alinéa premier de l'actuel article 51. L'article 50 AP, constituant une section, ne porte pas, comme tel, un titre marginal pour les raisons exposées au chiffre 6/4/3 du présent rapport.

42.3 Traitant des *garanties de session*, les alinéas 3 et 4 de l'article 50 AP reprennent en substance les alinéas 2 et 3 de l'actuel article 50. Les garanties de session doivent être distinguées soigneusement des *garanties de fonction* des magistrats traitées à l'article 7/5 AP (voir les chiffres 15/5-7 du présent rapport).

42.3.1 La question de *l'immunité pénale relative* pour les propos tenus par les parlementaires au cours de leurs travaux est actuellement résolue à l'article 50/2 Cst./cant.. L'*alinéa 3* de l'article 50 AP reprend cette disposition. Il étend cependant cette immunité aux propos tenus par les magistrats devant le parlement et ses commissions; il porte ainsi au niveau constitutionnel la garantie offerte par l'article 21 LACPP appliquant l'article 7/2/a CPP. Le cercle des bénéficiaires est moins étroit large que celui des magistrats bénéficiaires de la *garantie de fonction* prévue à l'article 7/5 AP (*Conseillers d'Etats, Juges cantonaux, Chancelier d'Etat*), qui peut plus facilement être perçue comme un privilège (voir le chiffre 15/6/2). Il inclut donc les membres des autorités judiciaires appelés à intervenir devant le parlement et ses commissions. On ne comprendrait pas qu'un magistrat du Ministère public

¹³⁷ chiffre III/6 AP.

ou un autre membre des autorités judiciaires puisse être poursuivi sans contrôle parlementaire préalable pour des renseignements donnés au Grand Conseil par écrit dans un rapport de gestion périodique ou oralement devant une commission parlementaire enquêtant sur le fonctionnement de la justice.

42.3.2 La question de l'*inviolabilité relative* de la personne des membres du Grand Conseil pendant les sessions est actuellement régie par l'article 50/3 Cst./cant.. L'*alinéa 4* de l'article 50 AP reprend cette disposition dont le champ d'application personnel est élargi de la même manière et pour les mêmes raisons qu'a été élargi le champ d'application personnel de l'*alinéa 3* de l'article 50 AP (voir le chiffre 42/3/1 du présent rapport).

Cette protection momentanée de la personne des membres du parlement, et de magistrats appelés à collaborer aux travaux de celui-ci, n'est pas une dispense de répondre de ses crimes ou délits. Elle diffère simplement les mesures de contrainte personnelle pour des raisons évidentes d'intérêt public. Rien dans le nouveau code de procédure pénale ne l'interdit et la solution choisie est calquée sur celle des articles 16ss. LParl, cités à la note 26 du présent rapport.

42.3.3 S'agissant, en apparence, de dérogations au principe d'égalité, justifiées par un intérêt public d'un niveau particulièrement élevé (exercice raisonnable du pouvoir législatif), il s'impose de les maintenir dans le texte constitutionnel nouveau.

42.3.4 Ces garanties sont dites *relatives* car elles peuvent être supprimées, après une pesée des intérêts en présence, par une décision du Grand Conseil lui-même.

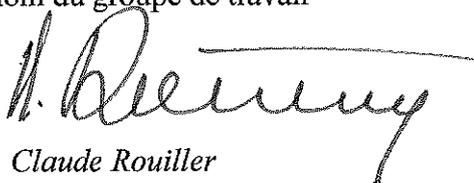
Il n'y a pas lieu de transférer au Conseil de la magistrature la compétence de statuer sur la levée des *garanties de session* au sens de l'article 50 Cst./cant.. Seul le Parlement est en mesure de se prononcer en connaissance de cause dans ce domaine, ce qui est moins le cas pour la levée des *garanties de fonction* au sens de l'article 7/5 AP (voir le chiffre 15/7 du présent rapport).

43. Article 51 Cst./cant.

Sous le titre *Principes de gestion financière*, l'article 25 portera le numéro 51 et constituera une nouvelle section (D), à cet endroit qui est sa place logique dans le corps de la Constitution. Pour les raisons évoquées plus haut, seule la section, et non l'article, porte un titre marginal. (voir le chiffre 42/1 du présent rapport)

Sion, ce 30 juin 2011

Au nom du groupe de travail



Claude Rouiller

*ancien président du Tribunal fédéral et professeur à la Faculté de droit de Neuchâtel
Juge au Tribunal de l'Organisation internationale du Travail (ILOAT)*