

**REVUE FRIBOURGEOISE DE JURISPRUDENCE
FREIBURGER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSPRECHUNG**

Numéro spécial

Sondernummer

**LA NOUVELLE CONSTITUTION
FRIBOURGEOISE**

DIE NEUE FREIBURGISCHE VERFASSUNG

Editeurs / Herausgeber

**Rédaction RFJ /
Redaktion FZR**

PIERRE CORBOZ
HUGO CASANOVA
DENIS LOERTSCHER
LUC VOLLERY

**Secrétariat de la Constituante /
Sekretariat des Verfassungsrats**

ANTOINE GEINOZ
TARKAN GÖKSU
PIERRE SCYBOZ

Fribourg / Freiburg 2005

Mode de citation proposé / Zitiervorschlag:

A. GEINOZ, La Constituante, auteur éphémère d'une œuvre durable *in* La nouvelle Constitution fribourgeoise, RFJ Numéro spécial 2005, p. 7 ss

GÖKSU / PETRIG, Die Grund- und Sozialrechte *in* Die neue freiburgische Verfassung, FZR Sondernummer 2005, S. 123 ff.

Avant-propos

Le 16 mai 2004, le peuple fribourgeois s'est donné une nouvelle Constitution. Cette loi fondamentale, adoptée par une Constituante élue en mars 2000, est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005. Destinée à remplacer celle de 1857, elle comporte un certain nombre d'innovations, parfois très importantes, et a déjà entraîné l'ouverture d'un vaste chantier législatif (à cet égard, on consultera avec profit le rapport adressé le 15 novembre 2004 par le Conseil d'Etat au Grand Conseil).

Quelles sont ces innovations, quelle est leur portée précise, quel sens doit-on donner à telle ou telle disposition, comment faut-il de manière générale interpréter la nouvelle Constitution ? A l'évidence, de telles questions appelleraient un véritable commentaire, à l'image de ce qui s'est fait dans l'un ou l'autre canton. Comme la publication d'un tel ouvrage n'est pas prévue, la Revue fribourgeoise de jurisprudence est heureuse d'offrir ce numéro spécial à ses lecteurs et lectrices habituels, ainsi qu'aux autres personnes qui le reçoivent dans le cadre d'une diffusion élargie, tels les membres de la Constituante et du Grand Conseil.

La nouvelle Constitution y est présentée au travers d'une dizaine de contributions, qui couvrent pratiquement tous ses Titres en suivant l'ordre de ceux-ci. Ce panorama général est précédé de contributions consacrées à l'historique des travaux et aux aspects rédactionnels, sans oublier une préface politique ainsi qu'un indispensable et riche regard extérieur. Les contributions – qui respectent de manière assez fidèle la répartition linguistique du canton – sont l'œuvre de membres de la Constituante ou de son Secrétariat et de spécialistes du droit constitutionnel ou de la matière traitée.

Plusieurs annexes complètent l'ouvrage et en renforcent l'utilité pratique : un CD-ROM qui contient, sous une forme réorganisée pour faciliter l'accès à l'information, l'essentiel du site Internet consacré aux travaux de la Constituante (le mode d'emploi est décrit dans l'annexe 1, qui donne également des références à d'autres documents publiés) ; une table de concordance détaillée entre les dispositions de

la nouvelle Constitution et celles des diverses versions soumises à la Constituante, qui facilite les recherches historiques (annexe 2) ; enfin, un répertoire par articles permettant de retrouver plus aisément les passages des contributions traitant de telle ou telle disposition (annexe 3).

Pour réaliser ce numéro, le comité de rédaction de la Revue a pu compter sur le précieux concours de trois piliers du Secrétariat de la Constituante, à savoir son secrétaire général et ses deux conseillers juridiques. Cet apport a été d'autant plus apprécié que le comité s'était déjà investi, il y a moins de trois ans, dans la publication de l'ouvrage « Le droit en mouvement » marquant les dix ans d'existence de la Revue.

Afin que le numéro spécial puisse être publié le plus vite possible, des délais très serrés ont été imposés aux auteur-e-s. Par ailleurs, d'autres personnes ont collaboré à l'entreprise, en particulier Stephan Dillier qui a assisté les éditeurs à plusieurs égards. Qu'ils en soient tous vivement remerciés et en retirent la satisfaction d'avoir participé à la parution rapide d'un volume qui devrait rendre dans l'immédiat de précieux services et rester pendant plusieurs années un ouvrage de référence.

Fribourg, janvier 2005

Le comité de rédaction

Vorwort

Am 16. Mai 2004 hat sich das Freiburger Volk eine neue Verfassung gegeben. Dieses Grundgesetz, das von einem im März 2000 gewählten Verfassungsrat erlassen wurde, ist am 1. Januar 2005 in Kraft getreten. Gegenüber der Staatsverfassung von 1857, an deren Stelle sie tritt, umfasst die neue Verfassung eine Anzahl teils grundlegender Neuerungen und hat bereits zu einer gesetzgeberischen Grossbaustelle geführt (für weiterführende Informationen sei auf den lesenswerten Bericht des Staatsrats an den Grossen Rat vom 15. November 2004 verwiesen).

Um was für Neuerungen handelt es sich und welche Tragweite haben diese genau, wie ist diese oder jene Bestimmung zu verstehen und wie ist die neue Verfassung allgemein auszulegen? Es liegt auf der Hand, dass solche Fragen an sich in einem eigentlichen Kommentar erörtert werden müssten, wie dies in einzelnen Kantonen geschehen ist. Da es nicht vorgesehen ist, ein solches Werk herauszugeben, freut sich die Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung, ihren Stammleserinnen und -lesern sowie all jenen, die – wie die Mitglieder des Verfassungsrats und des Grossen Rates – zum erweiterten Adressatenkreis gehören, diese Sondernummer überreichen zu können.

Die neue Verfassung wird darin in zehn Beiträgen vorgestellt, wobei der Reihe nach praktisch alle Titel der Verfassung behandelt werden. Diesem Gesamtüberblick voraus gehen Beiträge zur Entstehungsgeschichte und zu redaktionellen Aspekten und ausserdem ein politisches Geleitwort sowie eine überaus wertvolle und aufschlussreiche Würdigung durch aussenstehende Fachleute. Die Beiträge – die das zahlenmässige Verhältnis der Sprachgemeinschaften im Kanton annähernd wahren – wurden von Mitgliedern des Verfassungsrats oder seines Sekretariats und von Spezialistinnen und Spezialisten des Verfassungsrechts oder der behandelten Materie verfasst.

Das Werk ergänzen mehrere Anhänge, die seinen praktischen Nutzen vergrössern: eine CD-ROM mit dem wesentlichen Inhalt der Website des Verfassungsrats, wobei die Materie neu geordnet worden ist, um den Zugang zur Information zu erleichtern (der Anhang 1 ent-

hält eine Bedienungsanleitung und weist zudem auf weitere veröffentlichte Dokumente hin); eine detaillierte Vergleichstabelle der Bestimmungen der neuen Verfassung und derjenigen der einzelnen Versionen des Entwurfs, über die der Verfassungsrat beriet, um historische Nachforschungen zu erleichtern (Anhang 2); schliesslich ein Register der Verfassungsartikel, dank dem die Stellen in den Beiträgen, in denen eine Bestimmung behandelt wird, leichter gefunden werden (Anhang 3).

Zur Realisierung dieser Sondernummer konnte der Redaktionsausschuss der FZR auf die wertvolle Mithilfe von drei Stützen des Sekretariats des Verfassungsrats zählen, nämlich diejenige des Generalsekretärs und der beiden juristischen Berater. Diese Unterstützung war umso willkommener, als der Ausschuss vor weniger als drei Jahren bereits die Herausgabe der Jubiläumsschrift «Recht im Umbruch» zum zehnjährigen Bestehen der Zeitschrift übernommen hatte.

Um die Sondernummer möglichst bald herausgeben zu können, mussten die Verfasserinnen und Verfasser sehr knappe Fristen einhalten. Zum Gelingen des Unternehmens trugen auch weitere Personen bei, so namentlich Stephan Dillier, der die Herausgeber in mehrfacher Hinsicht unterstützte. Ihnen allen sei hier ganz besonders gedankt; mögen sie die Genugtuung empfinden, zum raschen Erscheinen eines Bandes beigetragen zu haben, der in der ersten Zeit wertvolle Dienste leisten und noch mehrere Jahre lang ein Standardwerk bleiben dürfte.

Freiburg, im Januar 2005

Der Redaktionsausschuss

SOMMAIRE / INHALTSÜBERSICHT

Avant-propos / Vorwort.....III / V

Sommaire / Inhaltsübersicht VII

Table des matières / InhaltsverzeichnisIX

Abréviations / AbkürzungenXIX

Pascal Corminboeuf

Préface – De l’idée toute faite à l’audace réfléchie 1

Zum Geleit – Vom Klischee zum wohl bedachten, kühnen Wurf 3

Antoine Geinoz

La Constituante, auteur éphémère d’une œuvre durable..... 7

Jean-François Aubert / Pascal Mahon

Un regard extérieur 49

Antoinette de Weck / Monika Bürge-Leu

Aspects rédactionnels – Redaktionelle Überlegungen..... 79

Augustin Macheret

Le droit des langues 101

Tarkan Göksu / Anna Petrig

Die Grund- und Sozialrechte 123

Denis Barrelet

Les dispositions sur la transparence..... 157

Stephan Dillier

Die politischen Rechte 179

<i>Pierre Oberson</i>	
Tâches publiques et finances	205
<i>Pierre Scyboz</i>	
Pouvoirs législatif et exécutif : règles générales, organisation et fonctionnement.....	235
<i>Reinold Raemy</i>	
Organisation der Gerichtsbehörden	273
<i>Philippe Vallet</i>	
Les institutions judiciaires et le Conseil de la magistrature.....	289
<i>Laurent Schneuwly</i>	
Communes et structure territoriale.....	303
<i>Samantha Besson</i>	
La Constitution de la société civile.....	323

ANNEXES / ANHÄNGE

1. Travaux de la Constituante – Documentation et CD-ROM.....	349
Arbeiten des Verfassungsrats – Materialien und CD-ROM	352
2. La Constitution dans tous ses états – Table de concordance / Die Etappen der Verfassungsentstehung – Vergleichstabelle.....	355
3. Répertoire par articles / Register der Verfassungsartikel	383
4. CD-ROM « Archives de la Constituante 2000–2004 » / CD ROM « Archiv des Verfassungsrats 2000–2004 »	

TABLE DES MATIÈRES / INHALTSVERZEICHNIS

Avant-propos / Vorwort.....	III / V
Sommaire / Inhaltsübersicht	VII
Table des matières / Inhaltsverzeichnis	IX
Abréviations / Abkürzungen.....	XIX

Pascal Corminboeuf

Préface – De l'idée toute faite à l'audace réfléchie	1
Zum Geleit – Vom Klischee zum wohl bedachten, kühnen Wurf (Übertragung ins Deutsche: <i>Hugo Casanova</i>).....	3

La Constituante, auteur éphémère d'une œuvre durable	7
<i>Antoine Geinoz</i>	

I. Le périple	7
A. L'équipage.....	7
B. Les préparatifs	9
1. Les origines.....	9
2. Le lancement de la révision totale.....	10
3. La décision du peuple	12
C. Le temps de s'organiser.....	12
1. Un Bureau provisoire et des groupes définitifs.....	13
2. Le Règlement.....	14
3. L'élection des organes et l'assermentation	15
4. Un secrétariat propre.....	15
5. Le remue-méninges.....	16
D. Le labeur des commissions thématiques.....	18
1. Des regards divers sur une page blanche	18
2. L'élaboration de thèses	19
3. La coordination et les rapports finaux.....	20
E. La genèse d'une Constitution	21
1. La lecture 0	21
2. La rédaction de l'avant-projet.....	22
3. La 1 ^{re} lecture	23

4.	La procédure de consultation.....	24
a)	Une large participation.....	24
b)	Des critiques d'ensemble.....	25
5.	Le consensus de Posieux.....	26
6.	La 2 ^e lecture.....	28
a)	Les effets de la consultation.....	28
b)	Les différences avec la 1 ^{re} lecture.....	29
c)	La discussion rouverte.....	30
d)	La provenance des solutions adoptées.....	30
7.	La 3 ^e lecture.....	31
a)	Le contenu définitif du projet.....	31
b)	La question des variantes.....	33
8.	Le vote final.....	34
F.	Au souverain de parler.....	35
1.	La campagne.....	35
2.	La votation populaire.....	37
II.	Les instruments de navigation.....	38
A.	La structure de l'assemblée.....	38
1.	Les points communs avec le Grand Conseil.....	38
2.	La place des chefs de groupe.....	39
3.	Pragmatisme et transparence.....	40
B.	Les relations avec les autres autorités.....	40
1.	Le Conseil d'Etat.....	41
2.	Le Grand Conseil.....	41
3.	Les Tribunaux cantonaux.....	43
4.	Les assemblées constituantes d'autres cantons.....	43
C.	Le bilinguisme.....	44
1.	La traduction simultanée.....	44
2.	Un Secrétariat bilingue.....	45
3.	Le blocage d'une commission.....	46
III.	A bon port.....	47

Un regard extérieur.....49

Jean-François Aubert / Pascal Mahon

I.	Comparaison de diverses solutions constitutionnelles.....	50
A.	Questions générales.....	50
1.	Les droits sociaux.....	50
2.	Les devoirs.....	55
3.	Les tâches publiques.....	56
4.	Les rapports entre le Grand Conseil et le Conseil d'Etat de Fribourg.....	58

B.	Questions particulières	59
1.	Le système des droits fondamentaux	59
2.	Les langues	60
3.	La naturalisation ordinaire	61
4.	Les fusions de communes	62
5.	Le droit de vote et l'éligibilité des étrangers au plan communal.....	63
II.	Quelques observations sur le chapitre concernant la justice.....	66
A.	Le régime de la justice en général	66
B.	Conseil de la magistrature et mode de désignation des magistrats.....	69
1.	Le Conseil de la magistrature.....	69
2.	La modification du mode de désignation des magistrats.....	74

Aspects rédactionnels – Redaktionelle Überlegungen 79
Antoinette de Weck / Monika Bürge-Leu

	Introduction	79
I.	Rôle de la commission de rédaction.....	80
A.	Base légale et sens de l'à-propos	80
B.	Premiers travaux de la Constituante	80
1.	La méthode adoptée	80
2.	De la théorie à la pratique	81
3.	Des thèses aux articles	82
C.	Entrée en scène et travail de la Commission de rédaction	83
1.	Nomination et tâches.....	83
2.	Organisation et principes	84
3.	Examen de la transformation des thèses en articles	85
4.	Rapport de la Commission de rédaction	85
5.	Première lecture de l'avant-projet.....	86
6.	Procédure de consultation	87
7.	Les deuxième et troisième lectures	87
D.	Evaluation du rôle et du travail de la Commission de rédaction	88
E.	Réflexion finale : pas de forme sans fond.....	89
II.	Anforderungen an den Text.....	90
A.	Allgemeines	90
B.	Verständliche und prägnante Texte	91
1.	Grundsätzliches	91
2.	Gliederung	91
3.	Regelungsdichte	92

4. Sprache	93
a) Geschlechtergerechte Sprache	93
b) Zeitgemässe Formulierungen	94
C. Koredaktion	94
1. Begriffliches	94
2. Laufende Übersetzung oder Parallelredaktion?	95
D. Übereinstimmung der beiden Texte	96
E. Schluss	98

Le droit des langues 101

Augustin Macheret

I. Les délibérations de la Constituante	103
A. Climats du débat linguistique	103
B. L'élaboration de thèses et la lecture « 0 »	105
C. Première lecture ou l'art du compromis	107
D. Reliefs de la deuxième et de la troisième lecture	110
II. Quelques commentaires sur le nouveau droit constitutionnel des langues	112
A. Liberté de la langue et principe de territorialité	112
B. L'infléchissement du principe de territorialité	116
III. La concrétisation	118
A. La politique des langues au sens large	118
B. Faut-il légiférer sur les langues ?	118

Die Grund- und Sozialrechte 123

Tarkan Göksu / Anna Petrig

I. Allgemeines	123
II. Menschenwürde	125
III. Rechtsgleichheit	127
A. Geschlecht	127
B. Behinderung	129
IV. Andere Lebensgemeinschaften	130
A. Allgemeines	130
B. Lebensgemeinschaften	130
C. Registrierte Partnerschaft	134
V. Glaubens- und Gewissensfreiheit	136
VI. Wissenschaftsfreiheit	136
VII. Demonstrationsfreiheit	137
VIII. Petitionsrecht	139

IX.	Verfahrensgarantien	140
	A. Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung	140
	B. Begründungspflicht	140
	C. Besondere Situation von Kindern, Jugendlichen und jungem Erwachsenen	141
	D. Rechtsweggarantie	142
X.	Mutterschaft	143
	A. Grundsatz der materiellen Sicherheit vor und nach der Geburt	143
	B. Mutterschaftsversicherung für erwerbstätige Mütter	143
	C. Mutterschaftszulage für nicht erwerbstätige Mütter	144
	D. Gleichstellung der Adoption	145
	E. Justiziabilität	146
XI.	Kinder und Jugendliche	146
	A. Anspruch auf Hilfe, Ermutigung und Betreuung	147
	1. Anspruch auf Hilfe und Ermutigung in der Entwick- lung	147
	2. Anspruch auf Betreuung	147
	B. Erhöhtes Schutzbedürfnis (auch innerhalb der Familie)	149
XII.	Ältere Menschen	150
	A. Entstehungsgeschichte	150
	B. Einzelne Aspekte	150
	1. Anspruch auf Mitwirkung	150
	2. Anspruch auf Autonomie und Lebensqualität	152
	3. Anspruch auf Achtung der Persönlichkeit	153
XIII.	Notlagen	153
	A. Recht auf Existenzsicherung	153
	B. Opferhilfe	154

Les dispositions sur la transparence 157

Denis Barrelet

	Introduction	157
I.	La liberté d'opinion et la liberté d'information	159
II.	Le droit à l'information	161
	A. En général	161
	B. La situation en Suisse	163
	C. Le contenu	164
	D. Les exceptions	167
	E. La procédure en cas de contestation	169
III.	Médias	170
IV.	Le principe de la transparence	170

V. Le devoir d'informer.....	171
VI. Autres dispositions sur la transparence.....	175

Die politischen Rechte..... 179

Stephan Dillier

Einleitung.....	179
I. Kantonale Angelegenheiten.....	180
A. Stimmrecht.....	180
B. Wahlen und Wählbarkeit.....	182
C. Mitwirkungsrechte.....	183
1. Volksinitiative und Verfassungsrevision.....	183
2. Referendum.....	188
a) Allgemeines.....	188
b) Finanzreferendum.....	191
3. Volksmotion.....	194
II. Gemeindeangelegenheiten.....	195
A. Stimmrecht.....	195
B. Politische Rechte innerhalb der Gemeinden.....	197
C. Politische Rechte in den Gemeindeverbänden.....	198
III. Inkrafttreten der einzelnen Regelungen.....	199
Schlussbemerkung.....	202

Tâches publiques et finances..... 205

Pierre Oberson

Introduction.....	205
I. Tâches publiques.....	205
A. Généralités.....	205
1. Tâches ou missions ?.....	205
2. La portée de la liste de tâches et de l'ordre d'apparition de ces tâches.....	206
3. Choix d'une solution fribourgeoise.....	210
4. Un catalogue non exhaustif.....	211
B. Les dispositions générales.....	212
1. Le principe de subsidiarité.....	212
2. Des services publics de qualité et de proximité.....	213
3. La répartition des tâches entre l'Etat et les communes.....	215
4. Accomplissement de tâches par des tiers.....	219
C. Quelques dispositions spéciales.....	222
1. Sécurité matérielle.....	222
2. Economie.....	223

3. Familles.....	223
4. Etrangers et étrangers.....	225
5. Transports et communications.....	226
II. Finances.....	226
A. Généralités.....	226
B. Les contributions publiques.....	227
C. Principe d'économie.....	230
D. Equilibre budgétaire.....	230
E. Publicité et surveillance.....	232

Pouvoirs législatif et exécutif : règles générales, organisation et fonctionnement..... 235

Pierre Scyboz

Introduction.....	235
I. Dispositions générales.....	237
A. Remarques liminaires.....	237
1. Champ d'application.....	237
2. Règles déplacées ou supprimées.....	238
a. Une règle « générale » déplacée.....	238
b. Deux règles générales supprimées.....	240
B. Actes des autorités.....	240
1. Formes.....	241
2. Urgence.....	242
3. Délégation.....	243
a. Admissibilité.....	244
b. Veto du Grand Conseil.....	245
C. Autres règles.....	248
1. Responsabilité des collectivités publiques.....	248
2. Incompatibilités.....	249
3. Liberté de parole et immunité.....	251
4. Registre des intérêts.....	252
II. Pouvoir législatif.....	253
A. Remarques liminaires.....	253
1. Renforcement du législatif.....	253
2. Ce que la Constitution ne dit pas (ou plus).....	254
B. « Grandes » nouveautés.....	255
1. Nombre des députés.....	255
2. Secrétariat.....	257
C. Autres règles.....	260
1. Séances.....	260
2. Mandat.....	260
3. Droit de consultation du président.....	261

III. Pouvoir exécutif et administration	262
A. Remarques liminaires	262
B. Organisation et fonctionnement du Conseil d'Etat	263
1. Durée maximale du mandat de conseiller d'Etat	263
2. Relations avec le Grand Conseil	263
C. Administration	264
1. Organisation	264
2. Médiatisation	265
IV. Droit transitoire	267
Conclusion	269
<i>Post-scriptum</i>	269

Organisation der Gerichtsbehörden 273

Reinold Raemy

Einleitung	273
I. Die einzelnen Bestimmungen über die Justiz	274
A. Grundsätze	274
B. Unabhängigkeit	276
C. Beachtung übergeordneten Rechts	278
D. Zivil-, Straf- und Verwaltungsrechtspflege	278
E. Kantonsgericht	279
F. Justizrat	280
1. Stellung und Aufsichtskompetenz	280
2. Wahlen	281
3. Zusammensetzung und Bestellung	283
II. Einzelfragen	284
A. Gewaltenteilung und Unvereinbarkeiten	284
B. Information	284
C. Haftung	285
D. Gerichtssprache	285
E. Verfahrensgarantien	285
F. Übergangsrecht	286
Schlussbetrachtung	287

Les institutions judiciaires et le Conseil de la magistrature 289

Philippe Vallet

I. Le pouvoir judiciaire en Suisse	289
II. Les institutions judiciaires et le Conseil de la magistrature dans la Constitution du 16 mai 2004	292

Communes et structure territoriale 303

Laurent Schneuwly

Introduction	303
I. Les communes.....	304
A. Rôle et statut	304
B. Tâches.....	305
C. Organes.....	307
1. Le corps électoral.....	307
2. L'assemblée communale ou le conseil général	307
3. Le conseil communal	308
D. Finances.....	309
1. Taxes et impôts communaux.....	309
2. Péréquation financière.....	310
II. La collaboration intercommunale.....	311
A. Rôle de l'Etat.....	311
B. Associations de communes.....	312
1. Les types d'associations.....	312
2. Les droits politiques.....	313
C. Structures administratives régionales	314
III. Fusions	314
A. Rôle de l'Etat.....	314
B. Types de fusions	315
C. Organe communal décisionnel	317
IV. Structures territoriales	317
A. Le district administratif	318
B. Le préfet.....	319
Conclusions	320

La Constitution de la société civile 323

Samantha Besson

Introduction	323
I. La nature et les limites de la société civile	327
A. Le concept général de société civile	327
B. Le régime constitutionnel de la société civile.....	332
1. Le régime constitutionnel en général	332
2. Le régime constitutionnel fribourgeois	334
a) Analyse et critique.....	334
b) Propositions d'amendement	335
II. La relation entre la société civile et l'Etat.....	337
A. Les avantages et la promotion de la société civile.....	337
1. Les principaux avantages.....	337

2. Quelques mesures de promotion.....	339
B. Les dangers et la limitation de la société civile.....	342
1. Les principaux dangers.....	342
2. Quelques mesures de limitation.....	343
Conclusion	346

ANNEXES / ANHÄNGE

1. Travaux de la Constituante – Documentation et CD-ROM.....	349
Arbeiten des Verfassungsrats – Materialien und CD-ROM	352
2. La Constitution dans tous ses états – Table de concordance / Die Etappen der Verfassungsentscheidung – Vergleichstabelle.....	355
3. Répertoire par articles / Register der Verfassungsartikel	383
4. CD-ROM « Archives de la Constituante 2000–2004 » / CD ROM « Archiv des Verfassungsrats 2000–2004 »	



Les articles cités dans le présent numéro spécial sont, sauf précision contraire, ceux de la Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004.

Die in dieser Sondernummer angeführten Artikel sind, wo nicht anders angegeben, diejenigen der Verfassung des Kantons Freiburg vom 16. Mai 2004.

ABRÉVIATIONS / ABKÜRZUNGEN

§	paragraphe		derlassung der Ausländer (SR 142.20)
a.	ancienne teneur du texte ou de l'article concerné	anc.	ancienne teneur du texte ou de l'article concerné
ABI	Amtsblatt des Kantons Freiburg	AP	avant-projet
Abs.	Absatz	AR	Appenzell Ausserrhoden/ Appenzell Rh.-Ext.
ACE	Arrêté du Conseil d'Etat	Art.	Artikel
aCst.	ancienne Constitution du canton de Fribourg, du 7 mai 1857	art.	article
aCst. féd.	ancienne Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 29 mai 1874	AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
AG	Aargau/Argovie	ASF	Amtliche Sammlung des Kantons Freiburg
AggG	Gesetz vom 19. September 1995 über die Agglomerationen (SGF 140.2)	AsylG	Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (SR 142.31)
AGS	Amtliche Sammlung der Gesetze, Dekrete, Beschlüsse und anderer amtlicher Erlasse des Grossen Rates und des Staatsrates des Kantons Freiburg (Amtliche Gesetzessammlung)	ATA	arrêt du Tribunal administratif (<i>à défaut de précision, celui du canton de Fribourg</i>)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Pratique juridique actuelle)	ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
aKV	alte Staatsverfassung des Kantons Freiburg vom 7. Mai 1857	Aufl.	Auflage
al.	alinéa	BB	Bundesbeschluss
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung	BBI	Bundesblatt
ANAG	BG vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Nie-	BE	Bern/Berne
		BehiG	BG vom 13. Dezember 2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz) (SR 151.3)
		BG	Bundesgesetz

BGC	Bulletin officiel des séances du Grand Conseil du canton de Fribourg	CFG	Commission des finances et de gestion
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes	ch.	chiffre
BL	Basel-Landschaft/Bâle-Campagne	chap.	chapitre
"	Bulletin officiel des lois, décrets, arrêtés et autres actes publics du Grand Conseil et du Conseil d'Etat du canton de Fribourg (Bulletin des lois)	Cit.	groupe citoyen
BO	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale (partie consacrée au Conseil national/Conseil des Etats)	CO	Code des obligations: LF du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations; RS 220)
CN/CE	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale (partie consacrée au Conseil national/Conseil des Etats)	co-réd.	co-rédacteur
BOC	Bulletin officiel des séances de la Constituante du canton de Fribourg	CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
BR	Broye (cercle électoral/Wahlkreis)	CPC	Code du 28 avril 1953 de procédure civile (RSF 270.1)
Bst.	Buchstabe	CPJA	Code du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative (RSF 150.1)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)	CPP	Code du 14 novembre 1996 de procédure pénale (RSF 32.1)
bzw.	beziehungsweise	CRPF	Communauté romande du pays de Fribourg
c.	considérant	CSP	Christlichsoziale Fraktion
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)	Cst. ou Cst.FR	Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004
CEDH	Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (Convention européenne des Droits de l'Homme; RS 0.101)	Cst. ...	constitution du canton désigné (<i>ex: Cst. JU</i>)
cf.	<i>confer</i>	Cst. féd.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
		CVP	Christlichdemokratische Fraktion
		d. h.	das heisst
		DFAG	Deutschfreiburgische Arbeitsgemeinschaft
		dir.	sous la direction de
		Diss.	Dissertation

Dr docteur(e)
E. Erwägung
éd. édition
éd., édit. éditeur(s)
ég. également
EMRK Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention; SR 0.101)
en partic. en particulier
EOG BG vom 25. September 1952 über die Erwerbserersatzordnung für Dienstleistende in Armee, Zivildienst und Zivilschutz (Erwerbserersatzgesetz; SR 834.1)
et al. *et alii* (et les autres)
etc. *et c(a)etera*
f. und folgende (*z. B. Seite*)
FamPra.ch Die Praxis des Familienrechts / La pratique du droit de la famille
FDP Freisinnig-demokratische Fraktion
FF Feuille fédérale
ff. und folgende (*z. B. Seiten*)
FHG Gesetz vom 25. November 1994 über den Finanzhaushalt des Staates (SGF 610.1)
FHG ZH Gesetz vom 2. September 1979 über den Finanzhaushalt des Kantons (Zürich)
Fn. Fussnote
FNS Fonds national suisse de la recherche scientifique
FR Fribourg/Freiburg

Fr. Franken
FV Fribourg-Ville/Stadt Fribourg (cercle électoral/Wahlkreis)
FZR Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung
GABR Gesetz vom 18. Februar 1976 über die Ausübung der bürgerlichen Rechte (*in Kraft bis 31.7.2001*)
GG Gesetz vom 25. September 1980 über die Gemeinden (SGF 140.1)
GL Glarus/Glaris
GIG BG vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz; SR 151.1)
GOG Gesetz vom 22. November 1949 über die Gerichtsorganisation (SGF 131.0.1)
GR Graubünden/Grisons
 " Gruyère/Greyerz (cercle électoral/Wahlkreis)
GRRG Gesetz vom 15. Mai 1979 über das Reglement des Grossen Rates (SGF 121.1)
GTR Gesetzestechnische Richtlinien
Habil. Habilitation
Hrsg. Herausgeber/in(nen)
i. f. *in fine*
ibid. *ibidem* (au même endroit)
JU Jura
KV Verfassung des Kantons Freiburg vom 16. Mai 2004
KV ... Verfassung des angegebene(n) Kantons (*Bsp.: KV BE*)
LA Lac/See (cercle électoral/Wahlkreis)

LASoc loi du 14 novembre 1991 sur l'aide sociale (RSF 831.0.1)

LCo loi du 25 septembre 1980 sur les communes (RSF 140.1)

LDCF loi du 15 novembre 1996 sur le droit de cité fribourgeois (RSF 114.1.1)

LEDP loi du 6 avril 2001 sur l'exercice des droits politiques (RSF 115.1)

LeGes Législation & Evaluation (*avant 2000*: Législation d'aujourd'hui)

let. lettre

LF loi fédérale

LFE loi du 25 novembre 1994 sur les finances de l'Etat (RSF 610.1)

lit. *litera* (Buchstabe, lettre)

LOCEA loi du 16 octobre 2001 sur l'organisation du Conseil d'Etat et de l'administration (RSF 122.0.1)

LOJ loi du 22 novembre 1949 d'organisation judiciaire (RSF 131.0.1)

LOTA loi du 24 avril 1990 d'organisation du Tribunal administratif (RSF 151.1)

LParl loi du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (loi sur le Parlement; RS 171.10)

LResp loi du 16 septembre 1986 sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents (RSF 16.1)

LRGC loi du 15 mai 1979 portant règlement du Grand Conseil (RSF 121.1)

LS loi du 23 mai 1985 sur l'école enfantine, l'école primaire et l'école du cycle d'orientation (loi scolaire; RSF 411.0.1)

LSub loi du 17 novembre 1999 sur les subventions (RSF 616.1)

M.Jur.(Oxon) *Magister Juris (Oxonien-sis)*

m. w. H. mit weiteren Hinweisen

Mass. Massachusetts

M^e Maître

min. minute(s)

N (Rand-)Note

n. note, numéro marginal

NE Neuchâtel/Neuenburg

n^o, n^{os} numéro(s)

not. notamment

Nr. Nummer

NW Nidwalden/Nidwald

OHG BG vom 4. Oktober 1991 über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz; SR 312.5)

op. cit. *opus citatum, opere citato*

OR Schweizerisches Obligationenrecht: BG vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; SR 220)

Ouv. groupe Ouverture

OW Obwalden/Obwald

p. page(s)

p. ex., par ex. par exemple

ParlG BG vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz; SR 171.10)

PCS groupe chrétien-social

PD privat-docent/Privatdozent(in)

PDC groupe démocrate-chrétien

pp. pages

PRD Parti radical-démocratique

PRG Gesetz vom 6. April 2001 über die Ausübung der politischen Rechte (SGF 115.1)

PS groupe socialiste

pt point

RDAF Revue de droit administratif et de droit fiscal

RDS Revue de droit suisse

réd. rédacteur

RFJ Revue fribourgeoise de jurisprudence

RJJ Revue jurassienne de jurisprudence

RJN Recueil de jurisprudence neuchâteloise

ROF Recueil officiel fribourgeois

RS Recueil systématique du droit fédéral

RS ... Recueil systématique de la législation du canton désigné (*ex: RS JU*)

RSF Recueil systématique de la législation fribourgeoise

Rz Randzahl(en)

S. Seite(n)

s. et suivant(e)

SC Sarine-Campagne/Saane Land (cercle électoral/Wahlkreis)

SchKG BG vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1)

SE Sense/Singine (cercle électoral/Wahlkreis)

SGF Systematische Gesetzesammlung des Kantons Freiburg

SH Schaffhausen/Schaffhouse

SJZ Schweizerische Juristen-Zeitung

SO Solothurn/Soleure

sog. sogenannt

SP Sozialdemokratische Fraktion

SR Systematische Sammlung des Bundesrechts

ss et suivant(e)s

StGB Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)

StPG Gesetz vom 17. Oktober 2001 über die Staatspersonal (SGF 122.70.1)

StPO Strafprozessordnung vom 14. November 1996 (SGF 32.1)

t. tome

TF Tribunal fédéral

TG Thurgau/Thurgovie

TGR Amtliches Tagblatt der Sitzungen des Grossen Rates des Kantons Freiburg

th. thèse

TI Ticino/Tessin

TVR Amtliches Tagblatt der Sitzungen des Verfassungsrats des Kantons Freiburg

u. dgl. und dergleichen

u. E. unseres Erachtens

UDC groupe de l'Union démocratique du centre

UNO Organisation der Vereinten Nationen

UR Uri

USA Vereinigte Staaten von Amerika

usw. und so weiter

VD Vaud/Waadt

VE Veveyse/Vivisbach (cercle électoral/Wahlkreis)

vgl. vergleiche

vol. volume

VRG Gesetz vom 23. Mai 1991 über die Verwaltungspflege (SGF 150.1)

VS Valais/Wallis

z. B. zum Beispiel

ZBJV Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins

ZBI Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (*früher:* Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung)

ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)

ZH Zürich/Zurich

Ziff. Ziffer

ZPO Zivilprozessordnung vom 28. April 1953 (SGF 270.1)

Pascal Corminboeuf

Conseiller d'Etat, Directeur des institutions, de l'agriculture et des forêts

Staatsrat, Vorsteher der Direktion der Institutionen und der Land- und Forstwirtschaft

DE L'IDÉE TOUTE FAITE À L'AUDACE RÉFLÉCHIE

Que n'avait-on pas dit ou écrit sur les Fribourgeois, sur les descendants des bourgeois de Fribourg. Dans un portrait féroce de 1929, LÉON SAVARY brocardait : « *Leur voie, c'est le chemin bien tracé, l'ornière profonde. Ils aiment leurs aises, craignent les changements, opposent aux nouveautés un front d'airain. Ils sont, par définition, contre tout ce qui, n'existant pas encore, pourrait exister ...* ».

Pourtant, ce peuple est entré dans le XXI^{ème} siècle avec une règle de vie revisitée. Il a osé cette réflexion fondamentale dans une période peu propice, car d'habitude, c'est lors d'un changement radical qu'on rédige rapidement une Constitution pour ancrer la nouveauté décrétée. Cette fois, rien de pareil, mais un travail à la fois patient et imaginatif, transparent et déterminé, sans concession mais avec des compromis négociés. La fourmi travailleuse fribourgeoise peut être fière de sa fourmière consolidée.

Le corps électoral, à la suite du Grand Conseil, s'est montré favorable à cet aggiornamento proposé par le Conseil d'Etat dans son programme de législation 1997–2001.

Le Grand Conseil aurait volontiers pris le travail à son compte. Le souverain se décida pour une Constituante. Le mot fleurait bon les recommencements exaltants. Le parlement cantonal, après avoir toussé un peu, reprendra le témoin pour les modifications légales et devra pour cela mettre les bouchées doubles d'ici 2009, date de l'entrée en vigueur des dernières dispositions. C'est aussi cela, la réalité d'un système démocratique qui ne tombe pas du ciel, mais est chaque jour à consolider.

Le comité de pilotage, dont le Conseil d'Etat me confia la responsabilité, changea quelques équipiers en cours de route, mais resta cette équipe où le sérieux et l'humour firent toujours bon ménage. Il se

passionna pour la rédaction des cahiers d'idées, l'endroit idéal pour dépoussiérer d'abord, proposer ensuite des solutions paraissant trop osées de prime abord, avant de laisser un arrière-goût dans la bouche de ceux qui auraient parfois manqué d'audace.

Du même cocon sortit le comité de suivi qui servit d'accompagnateur et de relais entre la Constituante et le Conseil d'Etat. Une deuxième mutation fait de lui aujourd'hui le responsable de la mise en œuvre légale de notre Charte fondamentale.

Celles et ceux qui sont restés en marge de l'aventure constitutionnelle ont passé à côté d'une réflexion aiguë sur l'organisation de notre société qui abrite aussi bien l'adepte du self-service occasionnel que le partisan du tout à l'Etat-Providence. Le plat consistant mitonné par les maîtres queux chefs de groupe ressemble à un repas équilibré où les responsabilités individuelles se combinent avec le filet de sécurité indispensable.

Cette belle aventure humaine initiée en 1997 aura mobilisé ses acteurs successifs durant 12 ans lorsque se terminera la mise en œuvre. Elle aura servi de révélateur à de nombreuses citoyennes et citoyens qui se sont sentis pousser des ailes et qui ont déjà renouvelé le paysage politique cantonal et fédéral.

Notre canton s'est trop longtemps laissé porter par l'Histoire. Peut-être le fait qu'une de ses innombrables chapelles abrite les reliques de saint Modeste a-t-il influencé son caractère ? Il faut pourtant qu'enfin il prenne toute sa place dans le concert des cantons confédérés.

EMILE GARDAZ, qui fit ses humanités dans notre chef-lieu, dit mieux que personne la réalité de ce canton revivifié par cette nouvelle Constitution. Je vous propose ce texte précieux et prémonitoire :

Fribourg est resté notre île
Du dernier recours
On est troubadour en ville
Jongleur au labour.
On sait qu'ailleurs nous appelle
Le monde est nouveau.
On peut s'inventer des ailes
Mais rester fidèle.
Le cœur nous tient chaud.
C'est vrai, Fribourg, mes amours...
Mais à partager alentour.

VOM KLISCHEE ZUM WOHL BEDACHTEN, KÜHNEN WURF *

Wie wurde doch mit Wort und Feder über sie hergefahren, diese Nachkommen der Burger von Freyburg. In einer bissigen Schilderung spöttelte LÉON SAVARY im Jahre 1929: *«Ihr Weg ist vorgespurt und festgelegt. Sie neigen zur Bequemlichkeit, fürchten sich vor jeder Veränderung, begegnen allen Neuerungen mit Skepsis. Sie sind von Natur aus gegen alles, was da kommen könnte ...»*.

Und dennoch: Dieses Volk ist mit einer neuen Gesellschaftsordnung ins 21. Jahrhundert übergetreten. Es hat diese Grundsatzdiskussion in einer eher ungünstigen Zeit gewagt. Gewöhnlich wird ja eine Verfassung anlässlich eines radikalen Umbruchs hastig niedergeschrieben, um die verordneten Neuerungen zu verankern. Diesmal nichts dergleichen, sondern eine unermüdliche und schöpferische Arbeit, transparent, entschlossen an die Hand genommen, ohne Konzessionen, aber mit ausgehandelten Kompromissen. Das emsige Treiben hat sich nachhaltig gelohnt.

Die zeitgerechte Aufarbeitung des Grundgesetzes war im Legislaturprogramm 1997–2001 des Staatsrats enthalten. Nach dem Grossen Rat hat auch das Stimmvolk diesen Vorschlag gebilligt.

Allzu gerne hätte der Grosse Rat die Aufgabe selber übernommen. Der Souverän hat sich jedoch für einen Verfassungsrat entschieden. Die Aussicht auf einen solchen Verfassungsgeber löste Enthusiasmus für einen Aufbruch aus. Nach anfänglichem Räuspern hat das Kantonsparlament nun das Zepter übernommen. Es wird sich sputen müssen, um die notwendigen Gesetzesänderungen bis zum Jahr 2009 vornehmen zu können. Dannzumal müssen nämlich die letzten Bestimmungen in Kraft treten. Auch das gehört zur Realität eines demokratischen Systems, welches bekanntlich nicht vom Himmel fällt, sondern Tag für Tag konsolidiert werden muss.

Im Leitungsausschuss, dessen Vorsitz mir der Staatsrat anvertraut hatte, kam es im Laufe der Zeit zu verschiedenen personellen Änderungen. Geblieben ist ein Team, in dem sich seriöse Arbeit und locke-

* Übertragung ins Deutsche: HUGO CASANOVA.

rer Humor stets gut ergänzten. Es begeisterte sich für die Ausarbeitung der Ideenhefte, welche den idealen Rahmen darstellten, um Überholtes zu entstauben und dann Lösungen vorzuschlagen, die auf den ersten Blick allzu gewagt erschienen, dann jedoch selbst die Zauderer auf den Geschmack kommen liessen.

Der Leitungsausschuss wurde in der Folge zum Begleitausschuss, welcher eine Unterstützungsfunktion ausübte und darüber hinaus als Bindeglied zwischen dem Staatsrat und dem Verfassungsrat diente. Nach einem erneuten Rollenwechsel trägt er nun heute die Verantwortung für die Umsetzung unserer neuen Verfassung in den entsprechenden Gesetzen.

Wer dieses Abenteuer der Verfassungsgebung nicht eingegangen ist, hat eine grundlegende Auseinandersetzung mit unserer Gesellschaftsordnung versäumt, welche sowohl den Anhängern einer sporadischen Selbstbedienung als auch den Verfechtern des totalen Fürsorgestaates gerecht werden muss. Die schliesslich von den Fraktionsvorsitzenden ausgehandelten Kompromisse haben ein Werk ermöglicht, das insgesamt als ausgewogen erscheint: Eigenverantwortung und unentbehrliche soziale Sicherheit gehen fliegend ineinander über.

Dieses schöne zwischenmenschliche Abenteuer, welches 1997 in die Wege geleitet worden ist, wird seine Akteure bis zum Abschluss der Umsetzungsarbeiten während insgesamt 12 Jahren in Anspruch genommen haben. Bei vielen Bürgerinnen und Bürgern hat es das Interesse an der Politik geweckt. Das Projekt hat ihnen Flügel verliehen, und sie haben bereits sowohl die kantonale als auch die eidgenössische politische Landschaft verändert.

Unser Kanton liess sich zu lange von seiner Geschichte prägen. War nicht oft auch falsche Bescheidenheit im Spiel? Dabei ist es höchste Zeit, dass er als vollwertiger und selbstbewusster Gliedstaat der Eidgenossenschaft auftritt.

HUBERT SCHALLER, ein zeitgenössischer Schriftsteller Deutschfreiburgs, hat in einem seiner Gedichte treffend ausgedrückt, dass in unserer Gesellschaft immer wieder kritische Geister eine offene Hinterfragung provozieren müssen. Sonst wäre auch der mit der neuen Verfassung verbundene Wandel nicht zustande gekommen. Sein Text möge daher Leitsatz bleiben:

drùm

für aß menga
a bitz mee wiiß
va dem
wan er nit wot wüsse

für aß menga
a bitz mee redt
über das
wan er nit wot rede

für aß menga
a bitz mee wagt
va dem
wan er doch nie wagt

drùm
äbe drùm
bruucht es dii
was waage
va dem z rede
wa niemer
wot wüsse

LA CONSTITUANTE, AUTEUR ÉPHÉMÈRE D'UNE ŒUVRE DURABLE

Antoine Geinoz

Secrétaire général de la Constituante

I. LE PÉRIPLÉ

A. L'équipage

12 mars 2000, naissance d'une Constituante. Ils étaient 748 à y aspirer, 130 sont élus. L'image qui restera de cette journée d'élection, c'est la joie incrédule de trois jeunes de 18 ans et des poussières : Sophie Bugnon, Mélanie Maillard et Christian Pernet ont transformé un exercice d'instruction civique en victoire ! Candidats sur les listes « Energie nouvelle » lancées par le Collège du Sud en Gruyère et en Veveysse, ils créent la surprise du jour. Tarif immédiat pour Christian Pernet : la boule à zéro... Tout au long du parcours, le trio ne manquera pas les occasions de montrer de l'énergie et de la détermination.

L'horloge a déjà basculé dans le 13 mars depuis quelques minutes lorsque tombent les résultats de Sarine-Campagne. Cruel contraste : là, les jeunes ont le masque. Les candidats de la liste « Conseil des Jeunes » ont récolté 19'323 suffrages, mais les portes de la Constituante se ferment juste devant leur nez. Le quorum (7,5 %) ¹ s'élève à 19'701 suffrages ! D'autres groupes ont évité l'écueil en apparentant leurs listes, parvenant à décrocher des sièges avec des scores nettement inférieurs à celui du Conseil des Jeunes ².

¹ Ce quorum a été supprimé à la suite d'un arrêt du Tribunal fédéral tranchant les recours déposés contre les résultats de l'élection de la Constituante, recours qui ont cependant été rejetés (arrêt du 20 octobre 2000 dans la cause 1P.442/2000). Seule subsiste une modeste barre de 1 % à atteindre pour avoir droit à l'aide financière accordée aux partis politiques (art. 2 de la Loi du 22 juin 2001 sur la participation de l'Etat aux frais de campagne, RSF 115.6).

² Avec 14'190 suffrages, par exemple, la liste « Jeunesse radicale-démocratique » a obtenu 2 sièges ; avec 4841 suffrages seulement, la liste « Engagement social » a obtenu un siège (cf. Arrêté du 20 mars 2000 indiquant le résultat de l'élection de la Constituante du 12 mars 2000, BOC 2000, p. 4 ss). En Sarine-Campagne

Passé le suspense et l'excitation des péripéties électorales, le canton de Fribourg se réveille avec une assemblée toute neuve mandatée pour dessiner son avenir. Cent trente élus largement représentatifs de la société, comme en témoignent à la fois la statistique des âges et celle des catégories socio-professionnelles. La première nous apprend que 23 constituants ont moins de 30 ans, alors que 23 de leurs collègues également avouent 60 ans et plus. Malgré ses 84 ans, le doyen d'âge Joseph Rey s'apprête à jouer son rôle jusqu'au bout avec verve et persévérance. La moyenne d'âge se situe à 45 ans. Quant à la provenance professionnelle, les enseignants sont en tête avec 24 sièges, devant les juristes (16), les personnes actives dans la santé et le social (14), les agriculteurs et forestiers (13), les mères de famille (8) et les retraités (8). Côté sexes, les électeurs ont choisi 81 hommes et 49 femmes ³.

Aux novices de tous âges se joignent des figures politiques connues : Pierre Aeby, Rose-Marie Ducrot, Bernard Garnier, Hubert Lauper, Placide Meyer, Félicien Morel, Martial Pittet, Jean-Bernard Repond, Claude Schorderet... Et plusieurs élus ont profité de l'absence d'incompatibilité pour se porter candidats alors qu'ils n'auraient pu le faire au Grand Conseil : c'est le cas de plusieurs fonctionnaires cantonaux non enseignants ⁴, mais aussi de magistrats de l'ordre judiciaire, le juge cantonal Adrian Urwyler et les présidents de tribunal Reinold Raemy et Philippe Vallet, et d'un préfet, Placide Meyer. Cette levée de tous les obstacles explique en partie le succès de cette élection. Mais le nombre record de candidats (la course au Grand Conseil n'a jamais atteint la barre des 700 participants) doit sans doute beaucoup au caractère inédit et historique du mandat.

comme en Ville de Fribourg, les responsables de listes hors parti avaient tenté de contourner l'obstacle du quorum en proposant l'« apparemment total », qui réunirait toutes les listes du cercle électoral sans états d'âme idéologiques. C'était toutefois trop demander pour l'un ou l'autre parti traditionnel : à l'hésitation de se frotter à l'autre bord s'ajoutait le risque d'être mathématiquement perdant au profit des plus petits groupes.

³ Ces statistiques ont quelque peu évolué en cours de route, du fait des nombreuses mutations enregistrées (38). Le rapport hommes/femmes, en particulier, s'est fixé à 85/45 durant la dernière année d'existence de la Constituante.

⁴ L'année suivante, en 2001, la nouvelle loi sur l'exercice des droits politiques a ouvert beaucoup plus largement l'accès au Grand Conseil aux collaborateurs de l'Etat (art. 49 al. 1 let. e et al. 2 LEDP). Une disposition qui est compatible avec la nouvelle Constitution (cf. art. 87).

Même si aucun groupe d'électeurs n'a pu proposer un « programme politique »⁵, les candidats étaient en général conscients de l'importance de l'enjeu. C'est ainsi qu'avant d'être porté à la Constituante, le pasteur Daniel de Roche a déclaré : « Du moment que des valeurs fondamentales y seront débattues, nous devons y être attentifs. C'est une chance de se faire entendre. »⁶

L'expédition peut commencer. Mais elle n'aurait pas été possible sans préparatifs, sans réflexions et décisions préalables, sans quelques bagages.

B. Les préparatifs

1. Les origines

Il faut remonter assez loin pour retrouver la première tentative de lancer le processus de révision totale : en 1968, alors qu'en France les étudiants font leur révolution culturelle, à Fribourg c'est un député « conservateur » qui juge que la Constitution de 1857 a fait son temps. Dans une motion qui sera acceptée par ses collègues, Bruno Fasel demande au Conseil d'Etat d'examiner l'opportunité d'une révision totale⁷. Inspiré par une commission consultative, le Gouvernement préfère la politique des petits pas, soit des révisions partielles.

En 1987, c'est le député socialiste John Clerc qui tente de rallumer la flamme. Sans succès : constatant « une absence significative de volonté politique en faveur d'une révision totale »⁸, le Conseil d'Etat

⁵ La situation de départ était quelque peu différente dans le canton de Vaud, où l'Assemblée constituante élue en 1999 se trouvait en présence de deux avant-projets de Constitution : celui d'un groupe d'experts mandaté par l'éphémère conseiller d'Etat Josef Zysiadis et celui du groupe de réflexion « A propos », d'inspiration libérale. Malgré la présence au sein de l'assemblée de quatre représentants d'« A propos » et de Josef Zysiadis lui-même, « ces deux projets ne seront pratiquement pas utilisés par les commissions et seront rapidement oubliés » (F. CRETTEAZ, Chronique d'une révision accomplie, in P. MOOR (édit.), La Constitution vaudoise du 14 avril 2003, Berne 2004, p. 39 ss, 46).

⁶ *La Liberté* du 23 février 2000, p. 14. Daniel de Roche y évoque la représentation des milieux ecclésiastiques, mais ses propos expriment aussi la préoccupation de nombreux autres milieux.

⁷ BGC 1968, p. 688.

⁸ BGC 1988, p. 1787 s.

propose de refuser la motion, et le Grand Conseil le suit. Le vent va pourtant tourner en peu de temps. En 1992, une nouvelle intervention parlementaire, celle de l'UDC Jean-Luc Piller, et le programme de législature du Gouvernement coïncident dans le souhait de donner au canton une nouvelle Constitution. La motion Piller est acceptée sans opposition ⁹.

Le Gouvernement ne mettra pourtant guère d'empressement à lancer le chantier qu'il a lui-même appelé de ses vœux. Peut-être ce collègue largement renouvelé – 5 nouveaux sur 7 membres – a-t-il vu grand et s'est-il heurté à d'autres priorités, plus prosaïques ¹⁰.

C'est donc avec l'élection du Gouvernement suivant, fin 1996, que les opérations vont réellement se déclencher. Lors de l'élaboration du programme de législature, en 1997, sous l'impulsion d'un directeur de l'Intérieur déterminé, la révision totale de la Constitution réapparaît dans l'agenda politique.

Un mérite dont le canton de Fribourg ne saurait cependant se prévaloir, c'est celui de l'originalité : depuis la création du Jura en 1979 et jusqu'en 1997, neuf autres cantons ¹¹ se sont donné une nouvelle Constitution. Cinq cantons supplémentaires ¹² achèveront leur révision avant Fribourg tandis que trois autres ¹³ sont en cours de travaux en cette fin d'année 2004. Sachant que les chartes fondamentales de Nidwald et d'Obwald datent des années 1960, seuls cinq cantons ¹⁴ se satisfont encore aujourd'hui d'une Constitution du XIX^e siècle.

2. *Le lancement de la révision totale*

En 1997, donc, un comité de pilotage est mis sur pied pour organiser la révision totale fribourgeoise. Présidé par le conseiller d'Etat Pascal Corminboeuf, ce comité ne se contentera pas d'assister le Gou-

⁹ BGC 1992, p. 2572.

¹⁰ Il faut se souvenir que les années 1990 sont marquées par une longue crise économique, qui conduit le Conseil d'Etat à consacrer beaucoup de temps à des plans de mesures budgétaires et financières.

¹¹ AG, BL, UR, SO, TG, GL, BE, AR, TI.

¹² NE, SG, SH, VD, GR.

¹³ BS et ZH (votation en 2005) ; LU (2006 ou 2007).

¹⁴ GE, VS (1907), SZ, AI, ZG.

vernement dans la procédure : il lancera la réflexion de fond en publiant des « cahiers d'idées » qui aideront les futurs constituants à se préparer, mais aussi les simples citoyens et les groupements intéressés à s'associer au débat ¹⁵.

Le 20 novembre 1998, le Grand Conseil traite le projet de décret engageant la procédure de révision totale de la Constitution cantonale ¹⁶. Histoire de marquer la solennité du moment, le commissaire du Gouvernement Corminboeuf rompt les usages en s'exprimant debout. Tous les groupes parlementaires reconnaissent la nécessité et l'opportunité de cette révision totale. Le débat se concentre surtout sur la question de l'organe chargé de la mener à bien : Grand Conseil ou Constituante ? La Constitution en vigueur prévoit que le peuple choisit ¹⁷.

Pour les partisans de la formule « Constituante », il s'agit d'élargir le cercle des participants, de se donner 130 élus motivés et disponibles plutôt que de surcharger les députés, de donner un souffle novateur à l'exercice et d'offrir une chance aux jeunes. Rien n'empêchera d'ailleurs les députés intéressés de se présenter à l'élection de la Constituante. Pour les tenants de la formule « Grand Conseil », l'élaboration d'une nouvelle Constitution fait partie des responsabilités du Parlement en place : ses membres sont rompus au travail politique et pourront mieux coordonner la révision totale avec les réformes en cours. Ils ont plus de chances d'obtenir un succès devant le peuple. Enfin, confier la tâche au Grand Conseil en place serait moins onéreux.

La commission parlementaire, présidée par la future conseillère d'Etat Isabelle Chassot, est favorable à une Constituante, tout comme le Gouvernement. Le Grand Conseil opte au contraire pour garder le dossier entre ses mains par 63 voix contre 38.

¹⁵ Droits et devoirs de la personne, exercice des droits politiques, autorités cantonales, structures territoriales : l'essentiel de la matière constitutionnelle est passé au peigne fin dans 7 cahiers édités par la Direction de l'intérieur et de l'agriculture entre 1999 et 2000. Ces cahiers fourmillent d'informations et d'idées, mais aussi de questions. Sont-ils trop bien faits ? Le faible taux de réponse est en tout cas une déception pour leurs auteurs.

¹⁶ BGC 1998, p. 1405-1415.

¹⁷ Art. 80 al. 1 aCst. Cette disposition ne date toutefois que de 1978. A l'origine et jusque-là, la Constitution de 1857 prévoyait obligatoirement l'élection d'une Constituante.

3. *La décision du peuple*

Le peuple arbitrera ce match sept mois plus tard. Par 54,7 % des voix, le 13 juin 1999, il opte pour la Constituante. Mais sa grande décision du jour est un oui sans équivoque au principe d'une révision totale : 86 % des voix ! L'élan donné par Pascal Corminboeuf et suivi par l'ensemble de la classe politique est confirmé. La qualité de l'information fournie aux citoyens (par la brochure relative à la votation, mais aussi par un site Internet et par les cahiers d'idées) n'y est sans doute pas étrangère. Mais la nécessité d'une nouvelle Constitution s'impose aussi comme une évidence à des Fribourgeois qui ne veulent plus être les derniers de classe. Ceux qui prennent la peine de jeter un coup d'œil à la Constitution en vigueur se convainquent aisément de son caractère dysharmonieux et surtout désuet¹⁸.

Dans un troisième vote – sur lequel nous reviendrons –, le peuple approuve à 76,5 % la possibilité pour la Constituante de présenter des variantes pour certains articles de son projet de Constitution.

A peine sortis d'un automne électoral fédéral, les Fribourgeois devront donc se préparer à de nouvelles joutes. Les partis et groupes d'électeurs intéressés ont jusqu'au 31 janvier 2000 pour déposer leurs listes de candidats à la Constituante. Point de lassitude puisque, comme on l'a vu, cette élection connaît un succès sans précédent.

C. Le temps de s'organiser

Autorité nouvelle dans le paysage institutionnel fribourgeois, la Constituante trouvera ses marques – et la sécurité juridique de ses premiers pas – avec l'aide de ses devancières : le Grand Conseil et le Conseil d'Etat adoptent respectivement un décret et un arrêté concernant l'entrée en fonction de la Constituante. Tout y est, de la composition du Bureau provisoire à la validation de l'élection des membres, en

¹⁸ L'art. 8 aCst., par exemple, en disposant qu'« il ne pourra être prononcé de peine de mort pour cause de délit politique », laisse entendre que la peine capitale existe encore pour les crimes de droit commun ; l'art. 14 excluant le rétablissement des « majorats, substitutions et fidéicommiss de famille » laisserait bien des juristes contemporains perplexes ; peu d'enseignants, sans doute, connaissent l'art. 17 selon lequel l'éducation et l'instruction publiques « sont organisées et dirigées dans un sens religieux et patriotique »...

passant par la procédure de vote et la formule à utiliser pour s'adresser à l'assemblée – « Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs ». Sans oublier, bien sûr, l'ordre du jour de la séance constitutive, fixée au 30 mai 2000.

1. Un Bureau provisoire et des groupes définitifs

Le premier Bureau provisoire est formé des quatre constituants les plus âgés et des trois plus jeunes, alors que le secrétariat est confié à la Chancellerie d'Etat. Ce dernier élément, ajouté au lieu de séance – l'Hôtel cantonal –, donne un petit air de Grand Conseil à cette première réunion. Mais le rapprochement s'arrête là. « Nous n'avons pas été choisis pour devenir une doublure du Grand Conseil », précisera d'emblée le président-doyen d'âge Joseph Rey. « Nous n'avons pas davantage à lui faire concurrence, nos rôles étant totalement différents. » Avant de se découvrir d'autres différences avec leurs cousins députés, certains constituants tentent de s'opposer à une répartition des places dans la salle par groupe politique : « Je trouve qu'on n'est pas à un match de ping-pong, on veut élaborer une Constitution ensemble », professe Marie Garnier (Cit.), immédiatement relayée par une Marianne Terrapon (PDC) exprimant « l'espoir qu'on fasse autre chose que le Grand Conseil, qu'on fasse autre chose que de la politique partisane, donc qu'on reste placé autrement que par parti politique »¹⁹. En face, le président du groupe radical Denis Boivin ose une formule un peu cavalière : « Je crois que ce serait mieux pour le travail, plutôt que de courir à gauche et à droite, d'avoir tous ses moutons dans le même enclos. »²⁰

C'est que les groupes politiques ont « naturellement » pris forme. Onze élus venus de listes hors parti se réunissent à l'enseigne du « groupe citoyen », alors qu'un douzième, le Broyard Denis Chassot, rallie les rangs socialistes. Seul élu du Parti évangélique, le Lacois Daniel de Roche se joint au groupe démocrate-chrétien. Au bout du compte, sans oublier que certains candidats ont été élus sur des listes de parti sans en être membres, les 130 constituants se répartissent ainsi : PDC : 39 ; PRD : 27 ; PS : 27 ; Cit. : 11 ; UDC : 10 ; PCS : 9 ; Ouv. : 7.

¹⁹ BOC 2000, p. 52.

²⁰ BOC 2000, p. 51.

Une deuxième confrontation entre l'esprit « citoyen » et la tradition partisane intervient à l'occasion de la désignation du Bureau provisoire « définitif ». Le groupe socialiste propose en effet de maintenir en fonction le Bureau provisoire « provisoire ». Mais pour d'autres, démocrates-chrétiens en tête, le hasard de la pyramide des âges a mal fait les choses : en sélectionnant les quatre aînés et les trois benjamins, on a obtenu un chrétien-social, un radical, un socialiste et quatre « hors parti ». Les tenants d'un Bureau représentatif vont l'emporter, et cette instance est désignée avec à sa tête le radical Bernard Garnier ²¹.

2. *Le Règlement*

L'autre instance désignée lors de cette première séance plénière est la Commission du règlement (15 membres), avec à sa tête Nicolas Grand (PDC). Alors que la plupart de leurs collègues seront tranquilles jusqu'à l'automne, ces constituants vont aligner les séances (9 jusqu'au début septembre) pour délibérer sur la base d'un avant-projet de règlement fourni par le Conseil d'Etat.

Le projet de règlement sera le principal objet des séances plénières des 27 et 29 septembre 2000. Il est inspiré des règles de fonctionnement du Grand Conseil, mais tient compte des spécificités d'une Constituante. Le texte finalement adopté à l'unanimité ²² prévoit ainsi une Présidence tournante selon un rythme annuel, le président sortant

²¹ Né en 1927, également député, Bernard Garnier a la particularité d'avoir présidé à deux reprises le Grand Conseil en qualité de doyen d'âge, en 1991 et en 1996. Il va donc retrouver le perchoir, mais une fois mis en place les organes définitifs, il démissionnera de la Constituante avec cette explication : « Une situation un peu particulière a contribué à ma décision : d'une part, je suis encore député au Grand Conseil et d'autre part, ma fille Marie est membre de la Constituante. » (BOC 2001, p. 101).

²² Le Règlement subira par la suite deux modifications : le 31 janvier 2001, le Bureau propose avec succès au plénum de lui déléguer la compétence de valider le mandat des nouveaux constituants (art. 12 ch. 11). Il s'agit d'éviter qu'un élu soit empêché de siéger en commission durant une longue période sans séance plénière. Le 21 janvier 2003, la Constituante décide de se doter d'un troisième vice-président, qui sera président en 2004 (art. 10 principalement). Elle l'élit le jour même en la personne d'Adolphe Gremaud (Ouv.) Et elle profite de l'occasion pour ancrer dans le Règlement la possibilité de procéder aux élections par acclamation (art. 64 al. 6).

reprenant la deuxième vice-présidence. La Constituante se donne un secrétariat indépendant, rattaché administrativement à la Direction de l'intérieur. Au terme de discussions nourries, elle décide que les débats du plénum feront l'objet d'une traduction simultanée²³. Enfin, plusieurs articles portent directement sur le travail d'élaboration d'un projet de Constitution²⁴.

3. *L'élection des organes et l'assermentation*

Le 4 octobre 2000, la présidente et les deux vice-présidents sont élus par acclamation. Il s'agit de Rose-Marie Ducrot (PDC), de Katharina Hürlimann (PRD) et de Christian Levrat (PS). Le Bureau définitif est complété par un membre de chacun des sept groupes politiques²⁵.

En fin de journée, les constituants se déplacent à l'Aula de l'Université pour la cérémonie d'assermentation. Entre musique et chant, ils écoutent les propos de la présidente du Conseil d'Etat Ruth Lüthi et du conseiller fédéral Joseph Deiss, mais aussi de deux représentants du Conseil des jeunes, Muriel Bowie et Yann Grandjean. Ce dernier titille l'assemblée avec une certaine verve : « Trop souvent, dans le passé, notre canton est passé pour trop conservateur, voire réactionnaire. [...] Soyez l'imagination de notre République ! Laissez à d'autres le soin d'en être la raison ! »²⁶

4. *Un secrétariat propre*

La Constituante accorde ensuite un peu de repos à la plupart de ses « matelots » pendant que les capitaines achèvent de mettre au point l'embarcation. Le secrétariat passe de la Chancellerie à la Direction de l'intérieur, en attendant de trouver une existence propre. Responsable

²³ Nous y reviendrons sous le point II/C « Le bilinguisme ».

²⁴ En particulier art. 23 et 24 (commissions thématiques et Commission de rédaction), 30 (auditions et mandats), 52 à 55 (adoption du projet et variantes).

²⁵ Les considérations géographiques n'ont guère pesé dans ces choix : la Ville de Fribourg et la Sarine-Campagne sont absentes du trio sommital (composé d'une Veveysanne, d'une Lacoise et d'un Gruérien), mais se rattrapent avec trois sièges au Bureau. Lac et Sarine-Campagne se partagent la moitié des 10 sièges du Bureau, dont la Glâne et la Broye restent absents.

²⁶ Cité par R.-M. DUCROT, Faits et gestes de 130 défricheurs, in Avant-propos n° 1, 2001.

de la communication avec l'extérieur, le Bureau institue un groupe de travail chargé d'élaborer un concept de consultation et de communication. Les membres de ce groupe de travail présidé par Yvonne Gendre (PS) vont vivre un changement de siècle très actif, puisqu'ils tiendront cinq séances entre le 4 décembre 2000 et le 15 janvier 2001. La Présidence, elle, met au point la planification-cadre des travaux et le budget prévisionnel. Les présidents de groupe préparent le programme d'une journée de réflexion fixée au 10 janvier.

A la suite d'une mise au concours, le Bureau et les présidents de groupe auditionnent les quatre candidats au poste de secrétaire général sélectionnés par la Présidence le 5 décembre 2000. Leur choix se porte sur l'auteur de ces lignes, qui sera présenté comme candidat unique au plénum et élu par acclamation le 10 janvier 2001.

5. *Le remue-ménages*

Ce même jour, les constituants entendront des acteurs et experts des révisions constitutionnelles des cantons de Berne, Soleure, Neuchâtel et Vaud²⁷. Ils se répartiront ensuite en ateliers pour se livrer à un remue-ménages sur les trois thèmes suivants : droits et/ou buts sociaux, droits politiques des étrangers, structures territoriales et nombre de districts.

Avec le recul, en relisant les brèves synthèses de ces réflexions²⁸, on est frappé d'y trouver les prémisses assez nettes des débats ultérieurs. Pour les deux premiers thèmes, plusieurs éléments avancés vont même subsister jusqu'au projet de Constitution soumis au peuple (principe d'un catalogue de droits sociaux, droit de la famille, assurance maternité, promotion du civisme, droit de vote et d'éligibilité des étrangers au niveau communal). Sur le thème des structures territoriales, en revanche, les appétits de réforme exprimés vont

²⁷ Le professeur de l'Université de Berne Ulrich Zimmerli, ancien conseiller aux Etats, l'ancien secrétaire général de la Constituante soleuroise, Konrad Schwalder, devenu chancelier d'Etat, l'ancienne constituante soleuroise et conseillère nationale Ruth Grossenbacher, le professeur de l'Université de Neuchâtel Pascal Mahon, expert de la commission « Constitution » du Grand Conseil, et la coprésidente de l'Assemblée constituante du canton de Vaud Yvette Jaggi, ancienne conseillère aux Etats (BOC 2001, p. 10 ss).

²⁸ BOC 2001, p. 35 à 37.

s'estomper, la Constitution du 16 mai 2004 ne prévoyant ni la réduction du nombre de districts, ni la création de véritables régions.

La deuxième et avant-dernière séance plénière de l'année 2001, le 31 janvier, sera la dernière escale technique avant le grand voyage dans les flots constitutionnels. La Constituante y adopte la planification-cadre de ses travaux ²⁹, son budget 2001 et le budget prévisionnel 2002-2004 ³⁰, le Concept de consultation et de communication, ainsi que l'ordonnance instituant les commissions thématiques. Cette dernière et le message qui l'accompagne sont largement inspirés par les réflexions et propositions du Comité de pilotage. Au terme de leur présentation par le rapporteur du Bureau, ils ne font l'objet d'aucune discussion. Les constituants vont donc se répartir dans huit commissions thématiques dont les attributions sont les suivantes :

- Commission 1 : Principes fondamentaux, relations extérieures, langues ;
- Commission 2 : Droits et devoirs fondamentaux, buts sociaux ;
- Commission 3 : Tâches de l'Etat, finances ;
- Commission 4 : Droits politiques, révision de la Constitution, dispositions transitoires ;
- Commission 5 : Parlement et gouvernement (y compris l'administration) ;
- Commission 6 : Autorités judiciaires et médiation ;

²⁹ Cette planification prévoyait que le projet de Constitution serait sous toit à fin 2003, le message du Bureau nuancant toutefois en ces termes : « Il est précisé d'abord qu'il s'agit d'un objectif. Ainsi, l'échéance du 31 décembre 2003 ne doit pas être comprise comme un délai ultime à atteindre à tout prix. On ne saurait en particulier, au motif du respect absolu de cette date, escamoter les débats sur les questions fondamentales que suppose une révision constitutionnelle. » Le plénum n'a apporté par la suite qu'une seule modification, mais de taille, à cette planification : au lieu de lancer la procédure de consultation sur les thèses adoptées, dans la seconde partie de l'année 2002, on l'a fait sur l'avant-projet de Constitution, au printemps-été 2003, après la 1^{re} lecture. Le plénum a ainsi suivi une proposition du groupe démocrate-chrétien, qui jugeait important que les personnes et organismes consultés puissent se prononcer sur des textes précis (BOC 2002, p. 308-327). L'adoption du projet n'a finalement été retardée que d'un mois, mais le calendrier des votations fédérales a conduit la Constituante à repousser la votation au mois de mai 2004.

³⁰ BOC 2001, p. 94 à 100 et 115 s. Nous y reviendrons au point II/B consacré aux relations avec les autres autorités.

- Commission 7 : Structure territoriale ;
- Commission 8 : Eglises reconnues et autres communautés religieuses, associations, partis politiques.

Ces commissions comptent entre 15 et 17 membres, chaque groupe politique ayant le droit d'être représenté dans chacune d'elles³¹. Comme le groupe Ouverture ne compte que 7 membres, l'un d'eux, Maurice Reynaud, sera affecté à deux commissions (5 et 6). Chaque groupe politique a droit à une présidence de commission ; la dernière sera attribuée au plus grand groupe, celui du PDC.

D. Le labeur des commissions thématiques

1. Des regards divers sur une page blanche

C'est en toute liberté que les commissions thématiques empoignent le matériau constitutionnel. Lors de sa séance constitutive du 30 mai 2000, en effet, l'assemblée a choisi l'option de la « page blanche » : elle a refusé une proposition du groupe Ouverture tendant à mandater un ou des experts pour la rédaction d'un avant-projet qui servirait de base de travail. Elle a confirmé cette option à l'automne, lors de l'adoption de son Règlement, qui charge les commissions du travail de fond³². Mis à part la désignation des membres et du président par le Bureau, chaque commission thématique s'organise librement.

C'est ainsi que l'on peut observer d'importantes différences dans les méthodes de travail. La Commission 6, par exemple, reprend systématiquement les questions du cahier d'idées « Le pouvoir judiciaire » pour y apporter ses propres réponses. Le président de la Commission 2 demande à chaque membre de dresser la liste des droits fondamentaux qu'il souhaiterait inscrire dans la future Constitution. La Commission 4 demande au Secrétariat d'établir un tableau de tous les droits populaires existants dans les cantons suisses. La Commission 1 se divise en ateliers pour « dégrossir » des thèmes comme les relations extérieures ou les langues. La Commission 3 se distingue non seulement en étant la première à siéger, le 16 février 2001, mais

³¹ Art. 38 al. 2 du Règlement.

³² Art. 23, 30 et 31.

aussi en faisant le tour des districts, alors que les autres commissions siègent généralement dans le Grand-Fribourg.

Outre leurs connaissances personnelles et la documentation fournie par le Secrétariat, les constituants nourrissent leur réflexion de nombreuses auditions d'experts et de quelques auditions d'associations³³. La Constitution fédérale et les Constitutions cantonales récentes sont également une source d'inspiration importante³⁴, tout comme le projet en cours d'élaboration dans le canton de Vaud. Signe des eaux calmes dans lesquelles va mûrir le projet fribourgeois, les constituants se montrent aussi fort respectueux – presque trop – de la législation cantonale en vigueur...

2. *L'élaboration de thèses*

De février à décembre 2001, les commissions thématiques tiennent entre 16 (Commission 8) et 24 séances (Commission 6), pour un total de 165 séances. Bien que le Règlement prévoie qu'elles « élaborent des avant-projets de normes constitutionnelles »³⁵, le Bureau et le plénum leur ont demandé de présenter des thèses, appelées à être ultérieurement transformées en articles constitutionnels³⁶. Cette procédure se révélera heureuse, l'élaboration de thèses souffrant mieux la diversité des styles... La rédaction d'un avant-projet de Constitution se doit de suivre une ligne, et il est préférable de ne pas s'y mettre à 130 mains.

En revanche, il n'est pas inutile de se réunir pour faire le point à mi-parcours : le 28 septembre, le plénum se penche sur les rapports

³³ Au total, 44 auditions ont permis d'entendre 62 experts et 5 associations. La Commission 3 tient la palme avec 8 auditions, alors que la Commission 6 est la plus modeste avec 3 auditions.

³⁴ La Cst. BE (1993) et la Cst. NE (2000) sont les plus fréquemment citées dans les travaux.

³⁵ Art. 23 al. 1.

³⁶ L'ordonnance du 31 janvier 2001 relative à la planification-cadre des travaux de la Constituante parle de « thèses ou propositions » et le message l'accompagnant donne le commentaire suivant : « Le Bureau a ainsi pris en compte la volonté de la Constituante exprimée dans son Règlement (cf. art. 23) de confier à des commissions thématiques l'élaboration préalable de 'normes' constitutionnelles. La question de savoir sous quelle forme plus précise les commissions devront présenter à la Constituante les résultats de leurs travaux [...] ne relève pas de la présente ordonnance. » (BOC 2001, p. 91).

intermédiaires des huit commissions. Les présidents inaugurent leur rôle de rapporteurs. Le débat est ensuite limité aux porte-parole des groupes politiques et ne débouche sur aucune décision : simple prise de température, qui donne cependant des indications aux commissions sur les chances ultérieures de leurs thèses³⁷. C'est aussi l'occasion de constater publiquement la bonne ambiance de travail qui règne dans les commissions.

Et d'oublier le contexte tragique dans lequel s'inscrit cette séance. La veille, 27 septembre, c'était la tuerie du Grand Conseil zougais : en quelques instants, trois conseillers d'Etat et onze députés sont tombés sous les balles d'un forcené. Après une rapide analyse de la situation, la Présidence de la Constituante a considéré qu'il n'était pas pour autant nécessaire de prendre des mesures particulières de sécurité. Mais la présidente Rose-Marie Ducrot n'a pas manqué de dire son émotion et la sympathie de l'assemblée à l'égard des familles touchées et de la population du canton de Zoug. Pire encore : deux semaines et demie avant, c'étaient les attentats de New-York et de Washington, ce 11 Septembre qui, par le fait du terrorisme, allait devenir un nom propre.

Durant le 4^e trimestre de l'année, les commissions poursuivent leur labour chacune de son côté. Elles ont jusqu'au 31 décembre 2001 pour rendre leur rapport final, avec toutes les thèses qu'elles proposent au plénum.

3. La coordination et les rapports finaux

La coordination entre les commissions s'effectue parfois de manière bilatérale, mais aussi au sein de la Conférence des présidents, dont c'est la mission. Cette instance réunissant les présidents et vice-présidents des huit commissions ainsi que la Présidence siège à trois reprises durant l'année 2001. Elle règle dès le printemps les conflits de

³⁷ Tout est relatif, pourtant, la Constituante sachant que « seuls les imbéciles ne changent jamais d'avis »... L'introduction d'un système de députés-suppléants l'illustre bien : avancée par la Commission 5, cette thèse est bien accueillie le 28 septembre 2001, où seul le groupe UDC exprime son opposition tandis que le PDC se dit sceptique. En lecture 0, le plénum accepte la suppléance (sous forme potestative) par 72 voix contre 38. En lecture 1, elle est sauvée de justesse (55-54), mais tombe en lecture 2 (72-30). Le renoncement aux députés-suppléants sera confirmé en lecture 3 (90-21).

compétence entre commissions, sur la base d'un catalogue établi par les conseillers juridiques de la Constituante³⁸. La Conférence des présidents édicte en outre des directives sur le type de thèses à présenter ou sur la forme des rapports.

La fin de l'année sera palpitante pour les constituants et pour le Secrétariat. Certaines commissions ajoutent des séances à leur programme pour achever leur tâche ; leur président ou parfois un groupe de rédaction met la dernière main au rapport final, et tous les rapports arrivent dans le délai au Secrétariat, le dernier tombant à 16 heures ce 31 décembre. Parallèlement est lancée l'opération « traduction » : 8 documents d'une trentaine de pages à faire traduire en quelques jours... Le 11 janvier en effet, les rapports doivent être postés dans la langue maternelle de chaque constituant.

E. La genèse d'une Constitution

1. La lecture 0

Cinq sessions de 4 demi-journées³⁹ seront nécessaires à absorber la « lecture 0 », de janvier à mai 2002. Aux thèses des commissions font souvent face celles de leurs minorités, puis les amendements des groupes et ceux des constituants. Plusieurs thèses sont rejetées par le plénum, souvent pour des raisons formelles mais quelquefois aussi sur le fond. C'est le cas, par exemple, de la cantonalisation de l'aide sociale, de la limitation du mandat de député à trois législatures ou du droit de recours d'intérêt général pour les associations, qui disparaissent de l'avant-projet avant même sa mise en forme.

³⁸ Certaines commissions ont éprouvé de la peine à respecter la répartition des sujets convenue, peu disposées qu'elles étaient à lâcher un os dont elles s'étaient emparées. C'est ainsi par exemple que la Commission 5 a persisté à traiter l'élection des juges cantonaux, avec une solution différente de celle de la Commission 6 dont c'était la compétence. Quant aux Commissions 2 et 3, malgré une étroite coopération, elles ne sont pas toujours parvenues à laisser à la première les buts sociaux et à la seconde les tâches de l'Etat.

³⁹ Des demi-journées parfois fort longues, puisque le Bureau a adopté la formule *open-end*, à savoir que la séance n'est levée qu'une fois achevé l'ordre du jour obligatoire. Le mercredi 24 avril 2002, la Constituante a établi son record en siégeant jusqu'à 21 heures 54.

Le marathon de la lecture 0 s'achève le 23 mai 2002. Pas moins de 391 thèses ont été adoptées par le plénum. Les constituants ne sont nullement épuisés, plutôt heureux d'avoir pu en découdre, avec une conscience raffermie de l'importance de l'enjeu. La plupart d'entre eux seront tranquilles jusqu'à l'automne, saison de rentrée pour les commissions.

2. *La rédaction de l'avant-projet*

L'été est en effet réservé à un travail dans l'ombre, confié aux conseillers juridiques Tarkan Göksu et Pierre Scyboz : la transformation des thèses en articles constitutionnels, en d'autres termes la rédaction de l'avant-projet de Constitution. La « co-rédaction », conviendrait-il de dire, puisqu'il s'agit de rédiger simultanément une version française et une version allemande. L'exercice est donc ardu – tant sur le plan juridique que linguistique – mais visiblement passionnant. En cours de travaux déjà, les deux auteurs prennent l'avis de l'expert désigné par le Bureau, le professeur Marco Borghi. Et au terme de la rédaction, ils lui soumettent l'ensemble de leur(s) texte(s), afin de pouvoir tenir compte de ses remarques. Dans son attestation, l'expert portera un regard laudatif sur le travail des conseillers juridiques.

Le texte « définitif » de l'avant-projet est arrêté au milieu du mois de septembre. « Définitif » entre guillemets, car il est encore soumis à la sagacité de la Commission de rédaction, désignée par le Bureau avec à sa tête Antoinette de Weck (PRD)⁴⁰. Les commissions thématiques sont ensuite appelées, en novembre/décembre 2002, à vérifier l'adéquation des articles constitutionnels aux thèses adoptées. Elles ne peuvent toutefois que proposer des amendements au plénum, sans intervenir directement dans le texte.

A dix jours de la 1^{re} lecture, le 10 janvier 2003, l'avant-projet est présenté à la presse, qui lui accorde une large place, ravivant l'intérêt du public après de longs mois sans séance plénière. *La Liberté* adresse cependant à la Constituante de virulentes critiques pour son dispositif

⁴⁰ La Commission de rédaction est composée de deux sous-commissions, une par langue. Antoinette de Weck préside également la sous-commission de langue française, alors que la sous-commission de langue allemande est présidée par Monika Bürge-Leu (PDC). Ces deux constituantes évoquent le rôle de la Commission de rédaction dans leur contribution à ce numéro spécial.

sur les langues (art. 6 et 7 de l'avant-projet)⁴¹. S'il n'y avait eu aucune évolution par la suite, il est probable que le « quotidien romand édité à Fribourg » n'aurait pu inviter ses lecteurs, le jour venu, à voter oui.

3. La 1^{re} lecture

Le retour explicite du principe de territorialité des langues sera d'ailleurs la première modification d'importance décidée en 1^{re} lecture. On peut en citer quelques autres, qui vont subsister jusque dans le texte final : la suppression du salaire minimum (art. 60 de l'avant-projet), la naturalisation facilitée, avec droit de recours (art. 77⁴²), le passage de 130 à 110 députés (art. 106⁴³), l'institution obligatoire d'un organe de médiation en matière administrative (art. 134⁴⁴), l'élection de tous les magistrats de l'ordre judiciaire par le Grand Conseil, sur préavis du Conseil de la magistrature (art. 142 puis 143⁴⁵).

D'autres modifications intervenues en lecture 1, et non des moindres, ne vont pas résister aux lectures 2 et 3 : la suppression de tout partenariat enregistré (art. 15 de l'avant-projet)⁴⁶, le droit de vote des étrangers sur le plan cantonal, la suppression de la mention des districts au profit de possibles circonscriptions administratives.

La 1^{re} lecture aura aussi été l'occasion de parler pour la première fois en plénum du préambule de la nouvelle Constitution. Avant d'en traiter et conformément au Concept de consultation et de communication, la Commission 1 a organisé, au début de l'année 2002, un concours ouvert à tous les habitants du canton. Le jury présidé par Noël Ruffieux (PCS)⁴⁷ s'est penché sur 116 propositions de préam-

41 L. RUFFIEUX, « Au secours, un monstre ! » (*La Liberté* du 11 janvier 2003, p. 12).

42 Art. 69 du texte final.

43 Art. 95 al. 1 du texte final.

44 Art. 119 du texte final.

45 Art. 128 du texte final.

46 Dans l'avant-projet résultant de la lecture 0, l'al. 3 de l'art. 15 était ainsi libellé : « Les partenaires enregistrés, de même sexe ou de sexe opposé, et les couples mariés sont mis sur pied d'égalité. » Il a été biffé en lecture 1, et le partenariat pour les seuls couples homosexuels a été réintroduit en lecture 2, dans des termes différents (art. 14 al. 2 du texte final).

47 Désigné par le Bureau, le jury comprenait des représentants du Bureau lui-même, de la Commission 1 et du Secrétariat.

bule et 53 dessins. Plusieurs projets de qualité ont été primés, mais la Constituante s'en est par la suite considérablement éloignée – le règlement du concours prévoyait logiquement qu'elle ne serait pas liée par les résultats.

Le 21 mars 2003, début du printemps et « dessert » de la 1^{re} lecture, le plénum ouvre le débat sur le préambule... pour le refermer presque aussitôt. Une motion d'ordre du groupe Ouverture propose en effet de renoncer à toute discussion mais de sélectionner parmi les neuf textes soumis au plénum, en autant de votes, les trois meilleurs. L'heure avancée d'une part, mais d'autre part également le souci de laisser un choix lors de la procédure de consultation, assurent un succès aisé de la motion d'ordre (77-20)⁴⁸. Ce bref débat permet déjà de constater que le point le plus sensible du préambule est l'invocation divine. Une des trois formules retenues fait directement référence à Dieu, la deuxième se « contente » de la Création, alors que la troisième ne se réfère à rien puisqu'il s'agit, en fait, d'un non-préambule⁴⁹.

La session s'achève par le premier vote d'ensemble sur l'avant-projet : la version issue des débats de 1^{re} lecture est adoptée par 76 voix contre 19 (7 abstentions).

4. La procédure de consultation

a) Une large participation

Le printemps 2003 représente un peu l'heure de vérité pour la Constituante. Du 11 avril au 11 juillet, elle lance la procédure de consultation sur son avant-projet issu de la lecture 1. Même si l'ensemble des travaux ont connu une large publicité, même si le concours de création du préambule offrait un avant-goût de consultation, cette procédure est la véritable occasion de prendre la température et d'orienter les débats futurs vers le succès.

⁴⁸ BOC 2003, p. 425-428.

⁴⁹ « Le peuple fribourgeois se donne la Constitution suivante : [...] ». Cette proposition de Christian Seydoux (PS) a rallié plusieurs constituants souhaitant un préambule religieusement neutre ou estimant qu'à défaut de portée juridique, ces quelques lignes ouvrant une Constitution n'ont aucune valeur. La proposition de se passer de préambule ne sera toutefois pas rééditée lors des débats ultérieurs.

A disposition des personnes et organismes consultés : le texte de l'avant-projet avec un message explicatif, un questionnaire en 21 points et une lettre d'accompagnement. Ce matériel a été mis au point par le groupe de travail « consultation et communication », assisté du secrétaire général, et approuvé par le Bureau et les présidents de groupe. Pour certains articles sur lesquels la Constituante s'est montrée divisée, la version de la minorité est également mentionnée⁵⁰ afin d'enrichir et de faciliter la réflexion.

Le dossier de consultation est adressé à un public-cible de plus de 900 adresses (autorités cantonales, communes, partis, associations, écoles, Eglises, médias, ...) et offert à toute personne intéressée. Il est évidemment mis en ligne sur le site Internet de la Constituante, et le questionnaire est publié dans les quatre principaux journaux du canton. Cet effort de diffusion va se révéler payant, puisque pas moins de 2565 personnes et organisations répondent à la consultation. Parmi elles, 2486 remplissent le questionnaire (dont 500 utilisent également la page « autres remarques ») et près de 200 rédigent une prise de position séparée.

Ce succès inespéré place la Constituante du canton de Fribourg devant sa voisine vaudoise, qui n'a recueilli « que » 1930 questionnaires dans un canton deux fois et demi plus peuplé ! Mais il exige un redoublement d'efforts – et un renforcement temporaire – du Secrétariat pour accomplir le dépouillement dans des délais très serrés, qui peuvent difficilement être repoussés. Le Rapport de synthèse des résultats doit être remis aux constituants avant la mi-septembre, une période d'un mois étant alors prévue pour leur examen par les commissions thématiques. Pari tenu : le 11 septembre 2003, la Présidence et le Secrétariat tiennent conférence de presse afin de présenter les documents reçus le jour même par les constituants. En 145 pages, le Rapport de synthèse donne une bonne image des prises de positions rédigées et une analyse détaillée des réponses au questionnaire.

b) Des critiques d'ensemble

De ces résultats, on note un seul point sur lequel les « consultés » sont franchement en désaccord avec l'assemblée : la suppression de

⁵⁰ Au total, 25 propositions minoritaires, faciles à identifier par leur présentation graphique.

l'ancrage des districts et des préfets dans la Constitution, qui pourrait signifier leur disparition d'ici dix ans. Sur le droit de vote accordé aux étrangers au niveau cantonal, la balance penche légèrement du côté du non. Dans les remarques rédigées, la critique la plus fréquente porte sur le caractère trop détaillé du projet, en particulier dans les droits fondamentaux et sociaux et dans le catalogue des tâches de l'Etat. Nombre de dispositions ne seraient pas de rang constitutionnel, critique déjà entendue dans la salle de la Constituante. Un autre reproche souvent exprimé porte sur les conséquences financières de la nouvelle Constitution : pas évaluées⁵¹, trop lourdes, au-dessus des moyens du canton.

Dans l'ensemble, le bilan de la consultation est mitigé. La tendance est plutôt positive sur les articles de l'avant-projet considérés individuellement, mais des critiques globales assez péremptoires proviennent des organisations patronales (Union patronale et Chambre fribourgeoise du commerce, de l'industrie et des services) et de certains partis (Parti radical-démocratique et Union démocratique du centre).

5. *Le consensus de Posieux*

Le président Christian Levrat est convaincu que c'est le dernier moment pour redresser la barre. C'est-à-dire pour la tenir à la fois de la main gauche et de la main droite, renoncer aux affrontements partisans pour œuvrer à un consensus solide. Afin d'augmenter les chances de réussite de la 2^e lecture et, à terme, de la votation populaire, Christian Levrat prend l'initiative de réunir les sept présidents de groupe autour de la Présidence. Réunion informelle, mais sans doute capitale, qui se tient à Posieux⁵² en deux épisodes, les 16 octobre et

⁵¹ En réalité, les incidences financières de l'avant-projet ont été examinées par le Conseil d'Etat, à la demande de la Constituante. Dans un rapport de 25 pages daté du 28 octobre 2003, le Gouvernement donne de nombreuses informations sur les effets des innovations prévues, mais très peu d'éléments chiffrés. Il souligne que les incidences financières ne pourront être évaluées que lorsqu'on connaîtra l'ampleur donnée par le législateur à la concrétisation des dispositions constitutionnelles.

⁵² Lieu chargé d'histoire, puisque 151 ans plus tôt, les conservateurs fribourgeois y rassemblaient 15'000 personnes – alors que le canton comptait à peine 25'000 électeurs – pour contester la légitimité du régime radical et de sa Constitution de 1848. Cette assemblée fut à l'origine du renversement de majorité de 1856 et de

6 novembre 2003. L'invitation demande aux chefs de groupe comment ils envisagent les débats de la 2^e lecture et quel est leur sentiment sur la perception des travaux de la Constituante dans la population. Et elle leur pose surtout les questions suivantes : « Quelles sont, dans l'avant-projet de Constitution, les principales pierres d'achoppement ? Voyez-vous à leur propos des possibilités de compromis ? »

L'ambiance est aussi sérieuse que constructive, mais nullement tendue. Comme de coutume, les relations sont cordiales, et l'on perçoit une réelle envie d'obtenir du premier coup, au printemps 2004, la récompense de quatre années de travaux. Les participants indiquent franchement les écueils qui leur feraient quitter le bateau avec leurs troupes, mais ils ne cherchent pas à les multiplier. D'une séance à l'autre, on échafaude des propositions communes sur les thèmes sensibles.

C'est ainsi que, en vue des sessions de novembre et décembre, les présidents de groupe vont cosigner des amendements sur le préambule, l'assurance maternité, l'équilibre des finances, le Conseil de la magistrature et les districts. Ils manquent de peu un accord sur un sixième point, les droits politiques des étrangers. Sur les cinq premiers, à une nuance près pour l'assurance maternité, leurs propositions seront retenues par le plénum et figurent aujourd'hui dans la Constitution⁵³.

La dynamique du consensus est donc lancée. Elle s'exprime aussi dans la recherche d'articles de moindre importance auxquels on pourrait

la Constitution de 1857, la première soumise à votation populaire (cf. contribution de l'historien-député J.-P. DORAND, *La Constitution de 1857 : une étude historique*, annexe au Message n° 110 du 29 septembre 1998 accompagnant le projet de décret engageant la procédure de révision totale de la Constitution cantonale, BGC 1998, p. 1042 ss, 1045-1047). Le choix de Posieux pour les réunions beaucoup plus discrètes de l'automne 2003 répondait pourtant plus à des motifs pratiques qu'à un goût du symbole...

⁵³ Cela s'est fait d'extrême justesse pour l'art. 152 (art. 136 du texte final) sur les districts : les partisans de la version de 1^{re} lecture, qui prévoyaient simplement de possibles circoncriptions administratives, et ceux du maintien de l'ancrage constitutionnel des districts ont fait match nul (56-56). C'est la voix prépondérante du président Christian Levrat qui a tranché en faveur des districts. Parmi les constituants excusés pour cette séance du 11 décembre 2003, Laurent Schneuwly, président de la Commission 7 et partisan de la 1^{re} lecture, en train d'assister à la naissance de sa fille Marion. En venant au monde, la petite Marion a donc retourné la Constituante et sauvé les districts fribourgeois... (BOC 2003, p. 749 ss ; cf. également BOC 2004, p. 182, intervention de Laurent Schneuwly).

renoncer pour alléger le projet. Les constituants répondent ainsi à une des principales critiques émises lors de la consultation. Par rapport à sa version de 1^{re} lecture, le texte du projet perdra 12,6 % de son volume.

Les commissions thématiques sont aussi chargées de traiter les résultats de la consultation. Avec leurs propres tentatives de modifier le projet – le dernier moment approche ! – elles en tirent 88 amendements et 34 propositions de minorité.

6. *La 2^e lecture*

a) *Les effets de la consultation*

La lecture 2 se déroule dans de bonnes conditions. Sans faire l'économie de débats sur les thèmes sensibles et même sur quelques autres, les constituants absorbent le programme en neuf séances plénières au lieu des dix prévues. Ils se réfèrent souvent à la procédure de consultation sans pour autant en faire un guide que l'on suivrait aveuglément. Les responsables de l'assemblée l'ont d'ailleurs toujours dit : la consultation n'était ni une pré-votation, ni un sondage représentatif, puisqu'y participaient ceux qui le désiraient. C'était une prise de température, qu'il s'agit d'apprécier en finesse, en mesurant les risques ou les chances du maintien, de la suppression ou de la modification d'une disposition.

Sur deux points, la Constituante va s'écarter du résultat de la consultation : le partenariat enregistré (auquel une majorité de consultés étaient défavorables) et le nombre de députés (retour à 130 alors qu'une nette majorité de consultés approuvaient la réduction à 110). *La Liberté* en tirera un joli titre : « La Constituante joue au yo-yo avec le nombre de députés »⁵⁴. Et l'assemblée lui donnera raison en continuant l'exercice en 3^e lecture, où elle arrêtera définitivement le nombre de députés à 110.

Deux autres modifications seront « effacées » en 3^e lecture : la limitation aux mères de condition économique modeste du droit aux prestations de maternité pour femmes sans activité lucrative et la suppression du droit de vote des Suisses de l'étranger. Une dernière, l'art. 18^{bis} (« L'accès au savoir est garanti. ») disparaîtra au profit du

⁵⁴ *La Liberté* du 11 décembre 2003, p. 14.

« droit à un enseignement de base suffisant et gratuit » (art. 18 du texte final)⁵⁵.

b) Les différences avec la 1^{re} lecture

Dans l'ensemble, l'avant-projet subit en 2^e lecture une trentaine de modifications matérielles. Outre celles déjà évoquées, nous mentionnons ici les plus significatives. La liste des buts de l'Etat de l'art. 3 est flanquée d'un al. 2 précisant que « l'Etat poursuit ces buts dans le respect de la liberté et de la responsabilité de l'être humain ainsi que du principe de subsidiarité », un amendement venu du groupe démocrate-chrétien, qui obtient également une autre expression du principe de subsidiarité à l'art. 7^{bis}⁵⁶. Le « droit de mourir dans la dignité » (art. 39) est jugé superflu, la dignité humaine étant déclarée intangible à l'art. 8. La Constituante renonce au droit de vote des étrangers sur le plan cantonal (art. 44). Elle biffe aussi l'al. 1 de l'art. 60⁵⁷, qui demandait à l'Etat et aux communes de veiller à ce que « toute personne puisse assurer son entretien par un travail qu'elle exerce dans des conditions équitables » : ainsi s'évapore le dernier relent de salaire minimum... Les al. 2 et 3 de l'art. 76⁵⁸ sur la santé sont supprimés : ils attribuaient l'organisation de l'ensemble du réseau hospitalier à l'Etat et celle des services médico-sociaux à l'Etat et aux communes. La Constituante s'abstient ainsi de figer la répartition des tâches dans ce domaine. Le délai de compensation des éventuels déficits budgétaires (art. 92⁵⁹) est assoupli : ce n'est plus « dans les cinq ans » mais « dans les années suivantes ». Plusieurs compétences du Grand Conseil sont supprimées : l'élection du chancelier d'Etat et celle du

⁵⁵ Ephémère victoire du doyen d'âge Joseph Rey, l'« accès au savoir » a disparu du texte à la suite d'un malentendu entre lui et le président de la Commission 2, Jean Baeriswyl. En 3^e lecture, ce dernier a proposé au plénum de remplacer la notion d'« accès au savoir » par celle de « droit à l'enseignement », ajoutant avoir obtenu au préalable l'accord de Joseph Rey (BOC 2004, p. 120). La Commission de rédaction s'est chargée du travail, et ce point fut le seul contesté le jour du vote final du projet. La Constituante a tranché en faveur du droit à l'enseignement de base par 66 voix contre 44 (BOC 2004, p. 202-204).

⁵⁶ Art. 7 du texte final.

⁵⁷ Art. 55 du texte final.

⁵⁸ Art. 68 du texte final.

⁵⁹ Art. 83 du texte final.

trésorier (art. 117⁶⁰), le pouvoir de déclarer prioritaires certains éléments du programme de législation et du plan financier (art. 115⁶¹) et la faculté de donner son avis lors des consultations fédérales (art. 119⁶²). L'élan initial de renforcement du Parlement par rapport au Gouvernement est ainsi quelque peu freiné. Enfin, l'impôt de mandat, introduit sous forme potestative pour remplacer l'impôt ecclésiastique (art. 159), est abandonné.

c) La discussion rouverte

Au terme de la lecture 2, deux constituants demandent la réouverture d'une discussion telle que prévue par le Règlement (art. 52). Joseph Rey se la voit refuser pour son amendement visant à introduire dans la Constitution le principe d'un revenu minimum garanti. Bernadette Hänni a davantage de succès : non seulement elle obtient le feu vert pour la réouverture de la discussion sur l'article sur les langues (art. 6), mais elle fait aisément passer son amendement (83 voix contre 20 et 6 abstentions)⁶³. Pour la présidente de la Commission 1, les transformations opérées sur les art. 6 et 7, finalement fusionnés en un seul art. 6, ont malencontreusement fait perdre le mot « bilinguisme ». A l'al. 4 consacré au rôle de l'Etat dans la compréhension entre les communautés linguistiques, elle propose d'ajouter : « Il encourage le bilinguisme. »

d) La provenance des solutions adoptées

La lecture 2 s'achève par le vote nominal d'ensemble sur l'avant-projet. C'est par 64 voix contre 29 et 16 abstentions que celui-ci est accepté. Le camp du non est essentiellement composé des constituants UDC et radicaux.

En analysant la provenance des versions adoptées en 2^e lecture, on constate que sur 257 objets, la Constituante a maintenu le texte de 1^{re} lecture dans 122 cas. Sur les 135 modifications apportées, la moitié (69) est l'œuvre des commissions thématiques, alors que dans 5 cas,

⁶⁰ Art. 103 du texte final.

⁶¹ Art. 101 du texte final.

⁶² Art. 105 du texte final.

⁶³ BOC 2003, p. 759-761.

c'est un amendement de la Commission de rédaction qui a été retenu. Les présidents de groupes ont obtenu gain de cause à 8 reprises, soit quasiment sur toutes leurs propositions. Parmi les amendements individuels adoptés, 10 étaient « intergroupes ». Enfin, au hit-parade des groupes ayant fourni le plus d'amendements vainqueurs, le PDC arrive nettement en tête avec un total de 21. Il précède les groupes PRD (9), PS (6), PCS (4), Cit. (2), Ouv. (1) et UDC (0).

7. *La 3^e lecture*

a) *Le contenu définitif du projet*

Pour la 3^e lecture, fixée aux 15 et 16 janvier 2004, les constituants reçoivent une « synopse » présentant pour chaque disposition la version de lecture 2 en regard de la version de lecture 1. C'est en principe entre les deux que le plénum doit se déterminer, à moins qu'il n'en décide autrement à une majorité qualifiée⁶⁴. Des demandes d'élargir le débat à de nouvelles propositions seront tentées sur quatre points. Trois échouent, dont celle, pour le moins persévérante, de Joseph Rey visant à garantir un revenu minimum. Le seul article sur lequel le plénum s'autorise à débattre de nouvelles propositions est l'art. 34 sur la maternité⁶⁵. L'enjeu porte sur les femmes sans activité lucrative (totalement ou partiellement)⁶⁶ : à l'instigation du groupe démocrate-chrétien, la limitation du cercle des bénéficiaires de prestations aux mères « dans une situation économique modeste » est supprimée. Le retour à la version de 1^{re} lecture n'est pas souhaité en raison d'une formulation jugée peu heureuse. L'amendement du PDC est accepté à une nette majorité.

A l'usage, les règles autorisant la réouverture d'une discussion (art. 52 du Règlement) et l'ouverture du débat de 3^e lecture à de nou-

⁶⁴ La majorité absolue des membres de la Constituante, soit 66 élus (art. 53 al. 3 du Règlement).

⁶⁵ Art. 33 du texte final.

⁶⁶ Enjeu d'autant plus important que pour les mères ayant une activité lucrative, une solution fédérale a été votée le 26 septembre 2004. L'al. 2 de l'art. 33 (« Une assurance maternité couvre la perte de gain. » – avec la durée minimale de 14 semaines inscrite à l'art. 148) ne nécessite donc plus la création d'un système cantonal. Il reste cependant tout à fait pertinent pour « couvrir » le système fédéral dont bénéficieront les femmes fribourgeoises.

velles propositions (art. 53 al. 3) s'avèrent judicieuses. Elles permettent de corriger des imperfections ou de réparer d'éventuels oublis. Elles répondent au souci d'assurer pleinement le débat politique. La qualité finale d'un texte constitutionnel vaut certainement qu'on ne se refuse pas des occasions de l'améliorer. Ces règles sont utiles même si le temps séparant la 3^e lecture de la 2^e (un mois) est finalement beaucoup plus court qu'on ne le pensait lors de l'adoption du Règlement ⁶⁷. Au bilan final, force est de reconnaître que les constituants ont fait un usage modéré de ces possibilités.

Quant au contenu définitif du texte constitutionnel, il ressemble beaucoup à sa version de 2^e lecture. Sur les 113 votes utiles à trancher entre la 1^{re} et la 2^e lectures, seuls cinq le font en faveur de la première :

– A l'art. 44 ⁶⁸, le droit de vote des Suisses de l'étranger en matière cantonale est restauré. Il avait disparu de l'avant-projet pour une voix en lecture 2.

– A l'art. 52 ⁶⁹, l'al. 3 – « L'élection des membres du Conseil national est réglée par le droit fédéral. » – est rétabli : il s'agit, comme on le voit, d'une disposition à vocation purement informative, mais dont l'absence se faisait ressentir à la lecture de l'al. 2 consacré aux membres du Conseil des Etats.

– A l'art. 84 ⁷⁰, l'al. 2 – « L'Etat veille à la sûreté intérieure. » – est jugé superflu et peu clair. Il est donc supprimé.

– A l'art. 106 ⁷¹, la réduction du nombre de députés à 110 est préférée au statu quo (130) décidé en lecture 2.

– A l'art. 152 ⁷², l'al. 3 – « Lors de fusions de districts, les citoyennes et citoyens actifs des communes des districts concernés sont consultés. » – est supprimé. Cette disposition pourrait, aux yeux du plénum, paralyser une évolution peut-être souhaitable ; de plus, rien de tel n'existe dans la Constitution de 1857.

⁶⁷ BOC 2000, p. 214 s., en particulier l'intervention de Pierre Aeby, auteur de l'amendement relatif à la 3^e lecture.

⁶⁸ Art. 39 du texte final.

⁶⁹ Art. 40 du texte final.

⁷⁰ Art. 76 du texte final.

⁷¹ Art. 95 du texte final.

⁷² Art. 136 du texte final.

Les dispositions finales, fort peu controversées, fixent l'entrée en vigueur de la Constitution au 1^{er} janvier 2005, avec un délai d'adaptation de l'ensemble du droit cantonal au 1^{er} janvier 2009.

b) *La question des variantes*

Après cette 3^e lecture, la Constituante doit encore se prononcer sur l'opportunité de présenter des variantes sur trois objets au maximum et, en cas de décision de principe positive, désigner ces trois objets. Ce débat sera l'un des plus nourris de la brève histoire de la Constituante, puisque pas moins de 30 intervenants y prendront part. Le plénum est déchiré à la fois par une question tactique et par une question juridique. Question tactique : la présentation de variantes augmente-t-elle ou diminue-t-elle les chances de succès du projet devant le peuple ? Les partisans – UDC, PRD, minorité du PDC – plaident pour l'augmentation, chaque citoyen pouvant voter oui à la Constitution tout en refusant un point sensible. Les opposants – PS, Cit., PCS, Ouv., majorité du PDC – craignent au contraire que le citoyen soit conduit à voter non car il ne saurait plus exactement sur quelle Constitution il se prononce (trois points sensibles pouvant basculer le jour de la votation). De plus, la netteté des votes de 3^e lecture permet à la Constituante d'assumer l'intégralité de son œuvre ⁷³.

Quant à la question juridique, elle est soulevée par le président du groupe UDC, Ueli Johner : la Constituante n'est-elle pas liée par la votation du 13 juin 1999, où le peuple fribourgeois a dit oui à 76,5 % au principe des variantes ⁷⁴ ? L'orateur répond oui sans hésiter. On peut le comprendre en sachant qu'il a sous les yeux le bulletin de vote remis aux citoyens de langue allemande pour la votation de 1999 avec ces termes : « *Soll der zur Abstimmung unterbreitete Verfassungsentwurf Varianten enthalten, falls der Grundsatz der Totalrevision der Staatsverfassung vom 7. Mai 1857 gutgeheissen wird ?* » Hélas, cette formulation résultait d'une erreur de traduction, la question posée aux citoyens de langue française étant : « Si le principe de la révision totale de la Constitution du 7 mai 1857 est accepté, acceptez-vous que le projet qui sera soumis au vote *puisse* comporter des variantes ? »

⁷³ Cf. sur ce point l'intervention du président du groupe Ouverture, Félicien Morel (BOC 2004, p. 190).

⁷⁴ BOC 2004, p. 190 et 195.

La validité de cette forme potestative est attestée non seulement par le message adressé alors aux électeurs (dans les deux langues) et l'information qu'en a tirée la presse germanophone, mais aussi par les débats du Grand Conseil sur le principe de la révision totale ⁷⁵, puis sur la révision y relative de la LEDP ⁷⁶, et enfin par les art. 54 et 55 du Règlement et les débats y relatifs ⁷⁷. En ce 16 janvier 2004, la Constituante s'en convainc assez largement pour se sentir libre de recourir à des variantes ou non. Ce sera finalement non par 73 voix contre 35. On n'ose imaginer la longueur de cette séance qui s'est achevée un vendredi à 18 heures 20 s'il avait encore fallu se mettre « d'accord » sur des objets de variantes !

8. *Le vote final*

Le projet de Constitution se trouve donc matériellement dans sa version finale. Il subira encore quelques modifications de forme de la part de la Commission de rédaction avant d'être remis aux constituants pour le vote final du 30 janvier.

Pour cette séance où, en principe, tout se décide mais rien ne se discute, le Bureau et les chefs de groupe entendent donner la parole à ceux qui le souhaitent, ne serait-ce que pour faire part de leur motivation à dire oui ou non. Après les déclarations des porte-parole des groupes, place donc aux déclarations personnelles, mais sur inscription et avec une limite de temps ⁷⁸. Vingt et un constituants usent de cette possibilité. Les joutes oratoires s'ouvrent sur les propos doux-amers du citoyen Michel Bavaud, que le périple constituant n'a pas rendu moins sévère à l'égard des partis politiques : « Les mots d'ordre, hélas bien nommés, font bon ménage, me dit-on, avec la politique. Sont-ils concevables en démocratie ? Mais la liberté, nom de Zeus, ce n'est pas avant tout un droit revendicatif, elle est un devoir à pratiquer ! La liberté ne s'use, contrairement aux piles électriques, que

⁷⁵ BGC 1998, p. 1414 s.

⁷⁶ BGC 2001, p. 360 s.

⁷⁷ BOC 2000, p. 215 s.

⁷⁸ La seule limitation à 10 minutes par orateur prévue par le Règlement (art. 48 al. 4) n'aurait pas suffi en la circonstance. Le Bureau a réparti un total de 70 minutes accordées aux déclarations individuelles par groupe : PDC 20 min. ; PRD et PS 15 min. ; Cit, UDC, PCS et Ouv. 5 min.

si on ne l'emploie pas. C'est tellement plus facile de suivre en somnolant et d'obéir, plutôt que de s'engager de toute notre différence. »⁷⁹ L'exercice s'achèvera avec le plaidoyer du chrétien-social Noël Ruffieux qui, en égrenant quelques raisons de dire oui à la nouvelle charte du canton, traduit bien l'esprit de consensus qui en a marqué la genèse : « Parce que même si cette Constitution n'est pas tout à fait celle de son cœur, on peut vivre avec cette Constitution. Elle ne nous oblige à rien de mal et elle ne nous interdit pas de faire le bien. Parce qu'elle est une étape modeste vers une société plus juste, mais qu'elle n'oblige pas l'Etat à se substituer aux responsabilités des uns et des autres à l'égard des autres, mais qu'elle les soutient. Et parce qu'aucune constitution, aucun régime même démocratique n'est capable de faire le paradis sur Terre, mais elle peut empêcher que notre Terre devienne un enfer. »⁸⁰

C'est sur ces bonnes paroles que les constituants vont répondre à la question « Acceptez-vous le projet de Constitution du canton de Fribourg tel qu'il ressort de nos délibérations ? » Pour donner à ce vote la solennité qui lui sied, on a renoncé à l'usage de l'installation électronique, chacun étant appelé à dire « Oui », « Non » ou « Abstention » à haute voix.

Résultat : 97 oui, 21 non et 2 abstentions. Le camp du non est composé de 7 élus de l'UDC (les trois quarts du groupe), de 8 radicaux (le tiers du groupe) et de 6 voix éparses. A noter que tous les membres présents des groupes citoyen et chrétien-social soutiennent le projet. Ce quatrième et dernier vote d'ensemble est le plus net avec 82 % de oui.

F. Au souverain de parler

1. La campagne

Reste l'étape menant à la votation populaire du 16 mai. Le président Adolphe Gremaud appelle de ses vœux la formation d'un comité de soutien. Les membres de la Présidence et les chefs de groupe favorables au projet se réunissent informellement le 18 février afin

⁷⁹ BOC 2004, p. 211.

⁸⁰ BOC 2004, p. 220.

d'examiner les démarches possibles. Ils ne peuvent s'engager qu'à titre individuel dans la campagne, et la Constituante n'a pas de budget à y consacrer⁸¹. Les constituants vont y aller de leur poche, sacrifiant une partie de leurs indemnités de séance pour contribuer au financement de la campagne publicitaire.

Le 12 mars, quatrième anniversaire de l'élection de la Constituante, la Présidence présente le matériel de vote à la presse : une brochure contenant le texte de la nouvelle Constitution dans les deux langues et un message explicatif également publié dans les deux langues. Ce matériel a été conçu par le Groupe de travail « consultation et communication ». Le Conseil d'Etat a accepté d'y faire figurer son avis, qui recommande clairement aux citoyens de voter en faveur du projet. A l'occasion de cette présentation, les quatre présidents successifs de l'assemblée et le secrétaire général signent les deux versions originales de la Constitution.

Les présidents de groupe favorables au projet ont été invités à cette conférence de presse et y exposent brièvement leur point de vue. Cela suscite l'ire du seul groupe défavorable, l'UDC, qui tient sa propre conférence de presse le matin même. « La campagne démarre sur une polémique », titre *La Liberté* du lendemain. Elle va se poursuivre sur un ton assez musclé, les opposants se montrant très critiques à l'égard du projet de Constitution et parfois de ses auteurs.

Le fer de lance du non est l'Union patronale du canton de Fribourg, et en particulier son directeur, Jean-Pierre Siggen. L'Union patronale avait lancé une première attaque en janvier 2003, avant même la 1^{re} lecture. Malgré l'évolution du projet, souvent dans le sens requis par elle, l'association n'a pas modéré son opposition. Elle met en place un comité avec d'autres milieux patronaux ainsi que des personnalités politiques et la Communauté romande du Pays de Fribourg (CRPF). Son slogan : « Osons dire non à la nouvelle Constitution ».

⁸¹ Cf. à ce propos les ATF 121 I 252 et 117 Ia 41, selon lesquels l'autorité doit en principe se borner à une information objective mais n'est pas tenue à la neutralité. « En matière de votations, il est admis que l'autorité compétente recommande au peuple d'accepter le projet qu'elle lui soumet et qu'elle lui adresse un message explicatif, tandis qu'une intervention plus importante dans le débat ne se justifie qu'exceptionnellement et doit répondre à des motifs pertinents. » (ATF 121 I 252 c. 2).

En face, le comité « Oui à la nouvelle Constitution » s'est également formé, avec pour coprésidents rien moins que le président du Conseil d'Etat, Michel Pittet, et le conseiller national Hugo Fasel.

Les principaux défauts reprochés à la nouvelle Constitution sont d'être trop détaillée, trop interventionniste, trop chère. Les objets ponctuels de mécontentement sont le partenariat enregistré, les droits politiques des étrangers, l'assurance maternité et, pour la CRPF, les langues. De quoi nourrir une bonne dizaine de débats publics entre le 15 avril et le 6 mai, ainsi que des débats organisés dans les collèges du canton par le mouvement « Energie nouvelle ». A chaque fois, les constituants partisans du oui s'emploient à souligner les vertus et les limites du consensus, à démontrer qu'on ne pourrait offrir beaucoup « mieux » dans un cadre démocratique, à expliquer ce qui a motivé les innovations proposées, à rassurer sur des conséquences financières dont le texte lui-même empêche l'explosion.

Outre qu'ils accueillent un abondant courrier de lecteurs, les médias accomplissent un travail considérable de présentation des enjeux. Les derniers (?) Fribourgeois ignorants de l'arrivée d'une nouvelle Constitution ne peuvent plus l'être.

2. La votation populaire

Au matin du dimanche 16 mai, les paris sont ouverts. La place tôt occupée par les opposants dans la campagne, l'usage d'arguments émotionnels ou financiers fort accessibles suscitent quelques inquiétudes chez les auteurs du projet soumis au peuple. Elles seront rapidement dissipées : à 13 heures, avec les résultats des quarante premières communes, le oui frise les 60 %. Vers 15 heures tombe le résultat définitif : par 44'863 oui contre 32'446 non (58,03 % contre 41,97 %), le peuple fribourgeois s'est donné une nouvelle Constitution.

Avant d'aller retrouver leurs collègues pour fêter ça, les responsables de la Constituante tiennent un point presse en l'Hôtel cantonal, en compagnie des co-présidents du comité de soutien et du Directeur des institutions Pascal Corminboeuf, fidèle « parrain » des opérations : « Il n'y a pas de Constitution idéale », commente-t-il. « Forcément, ce texte ne peut satisfaire tout le monde. Mais il est équilibré. Et permettra à Fribourg de se hisser parmi les cantons les plus progressistes de

ce pays »⁸². Et la vice-présidente Rose-Marie Ducrot, qui fut syndique, députée et conseillère nationale, de s'exclamer : « C'était mon dernier mandat politique. Finir en beauté, c'est super ! »

II. LES INSTRUMENTS DE NAVIGATION

A. La structure de l'assemblée

Mettre en place une assemblée de 130 membres chargée de la plus haute mission d'un Etat n'est pas simple. Si une Constituante peut en partie se calquer sur l'organisation d'un Parlement traditionnel, elle doit également tenir compte de la spécificité de sa tâche et de sa nature éphémère. Celle du canton de Fribourg bénéficie d'un précieux appui scientifique avec le Comité de pilotage, qui va notamment élaborer un projet de règlement⁸³.

1. Les points communs avec le Grand Conseil

A Fribourg – comme dans d'autres cantons – le mode d'élection de la Constituante est le même que pour le Grand Conseil (les incompatibilités en moins). L'assemblée élue en 2000 emprunte en outre assez naturellement la salle de ce dernier, en l'Hôtel cantonal. Ses membres se répartissent en groupes politiques qui, pour la plupart, sont les mêmes qu'au Grand Conseil. Et la formation de groupes informels va suivre : à l'image des « clubs » créés par les députés (agricole, économique, alémanique, environnement, sport et loisirs, questions familiales, éducation et formation, communes), les constituants lancent Di@logue-Femmes, le groupe Langues et culture, Contact-Jeunes et le groupe Education et formation. Chacun dans son domaine, ces groupes approfondissent la réflexion et animent le débat, y compris sur la place publique ou dans les écoles. Un cinquième groupe informel va

⁸² *La Liberté* du 17 mai 2004, p. 11.

⁸³ La conception du projet de règlement a été confiée à la jeune juriste Christelle Luisier, qui œuvrait à Fribourg tout en étant constituante dans le canton de Vaud, où elle présidait même le groupe radical. L'expérience de Mme Luisier au sein de cette Assemblée qui avait une bonne année d'avance sur la Constituante fribourgeoise ainsi que ses qualités personnelles furent un apport très apprécié à plusieurs stades des travaux.

apparaître lors de la procédure de consultation, sous l'appellation « Eclairages ». Formé d'une quinzaine de constituants des quatre groupes de gauche et de centre-gauche, il diffuse une brochure qui commente et amende le projet de Constitution pour rendre celle-ci plus « nouvelle ».

Le Bureau de la Constituante est aussi composé de manière analogue à celui du Grand Conseil. Mais ici, le trio présidentiel évolue en « circuit fermé » : la présidente 2001 devient 2^e vice-présidente en 2002 et 1^{re} vice-présidente en 2003. La formule d'une Présidence tricéphale a cependant été adoptée dans l'idée que l'essentiel des travaux serait achevé fin 2003. La modification de la planification, avec un léger report de la votation de mars à mai 2004, conduit la Constituante à passer du triangle au carré, en élisant au début 2003 un troisième vice-président qui sera président en 2004. C'est le tour d'un représentant d'un petit groupe (le plus petit même), Adolphe Gremaud (Ouv.)⁸⁴.

2. *La place des chefs de groupe*

Le rôle des chefs de groupe dans l'organisation des travaux varie au cours des ans. Le Règlement prévoit que « le Bureau peut appeler les présidents et présidentes de groupe à siéger au Bureau, avec voix consultative » (art. 8 al. 3). Au tournant du siècle, les chefs de groupe sont très présents, en particulier dans le choix du secrétaire général, la répartition des présidences de commission, l'organisation de la journée de réflexion du 10 janvier 2001 ou l'adoption du Concept de consultation et de communication. Durant le reste de l'année 2001 et la première moitié de l'année 2002, le Bureau siège en général sans eux. D'aucuns estiment que c'est dommageable sur le plan de la communication entre le Bureau et le plénum et que le Bureau gagnerait en représentativité en associant systématiquement les présidents de groupe à ses travaux. Bien que ce point de vue n'emporte pas l'adhésion du Bureau, il va s'imposer dans les faits, les chefs de groupe étant convoqués à toutes les séances dès le mois de mars 2003. En outre, l'usage transforme leur voix consultative en voix délibérative.

⁸⁴ BOC 2003, p. 29 s. (Ordonnance du 21 janvier 2003 modifiant le règlement de la Constituante du canton de Fribourg [présidence 2004]) et p. 38-40 (Modification du Règlement de la Constituante et Election d'un nouveau membre de la Présidence).

Cette situation correspond assez largement à celle du Bureau du Grand Conseil, qui convie systématiquement depuis une vingtaine d'années les présidents de groupe à ses séances, bien que la Loi portant règlement du Grand Conseil ne le prévoit que sous forme potestative. De plus, pour les décisions d'ordre organisationnel, on les fait voter.

3. *Pragmatisme et transparence*

L'autre particularité de la structure de la Constituante est évidemment la présence de commissions thématiques. On peut considérer que durant l'année 2001, celles-ci se substituent en quelque sorte au plénum. Mais si l'on se replace dans une optique de comparaison avec le Grand Conseil, il faut plutôt leur reconnaître le rôle du Conseil d'Etat et de son administration dans la préparation et la présentation des projets. La Commission de rédaction, enfin, est aussi une spécificité constituante.

Avec le recul, on peut affirmer que les structures réglementaires étaient adaptées à la mission de la Constituante, à condition toutefois d'être maniées avec quelque souplesse. La Présidence, le Bureau et les chefs de groupe ont régulièrement su trouver la bonne mesure entre pragmatisme et formalisme pour assurer le bon fonctionnement de la machine. Ils l'ont fait dans la concertation et la transparence, notion que les constituants ne se sont pas contentés d'inscrire dans la nouvelle charte fondamentale... Cet état d'esprit était sans doute la clé du succès, les questions de procédure ou de compétence n'ayant pratiquement jamais fait l'objet de controverses.

B. Les relations avec les autres autorités

Pour une autorité nouvelle dans le paysage institutionnel, dernière-née mais promise à une disparition prochaine, il n'est pas facile de se faire reconnaître. Souvent, elle ne figure pas dans la liste des organismes à inviter à une manifestation. Au début 2001, on pense *in extremis* à inviter la présidente de la Constituante à la cérémonie des vœux de l'An des autorités.

1. *Le Conseil d'Etat*

L'ordre protocolaire des autorités cantonales est fixé dans un décret de 1836⁸⁵, antérieur aux deux dernières Constitutions ! Sans le modifier formellement, le Conseil d'Etat prend un arrêté fixant le rang de la Constituante entre le Grand Conseil et le Conseil d'Etat⁸⁶. Le Gouvernement accompagne d'ailleurs les premiers pas de la nouvelle assemblée en déléguant sa présidente, son président ou le directeur de l'Intérieur lors de moments-clés. Le 24 avril 2001, il rencontre *in corpore* le Bureau de la Constituante pour un échange de vues sur les relations entre les deux autorités et sur leurs travaux respectifs. D'autres rencontres sont organisées par la suite avec la délégation du Conseil d'Etat pour les affaires de la Constituante.

Le 25 septembre 2001, à la demande de la Constituante, le Gouvernement déclare renoncer – sauf cas d'urgence – à soumettre au Grand Conseil tout projet de loi « dont la portée relève plus ou moins directement du niveau constitutionnel ».

Par ailleurs, le Comité de pilotage, devenu « Comité de suivi », porte fort bien son nom. Il se tient informé des travaux en invitant régulièrement à ses séances le secrétaire général de la Constituante et il répond sans rechigner aux demandes de renseignements ou d'enquêtes des commissions.

2. *Le Grand Conseil*

Les relations sont moins harmonieuses avec le Grand Conseil qui, rappelons-le, avait souhaité conduire lui-même la révision totale de la Constitution. Certes, les Bureaux des deux « parlements » se rencontrent à deux reprises en 2001, les 1^{er} juin et 12 octobre. Mais ils peinent à s'entendre sur un *modus vivendi* : les députés entendent poursuivre leur travail parlementaire en toute indépendance, les constituants souhaitent que le Grand Conseil renonce provisoirement aux projets interférant avec la future Constitution. Il serait en effet malheureux qu'une loi, ou qui plus est une révision partielle de la Consti-

⁸⁵ Décret du 27 mai 1836 fixant le rang des autorités supérieures dans les cérémonies publiques (RSF 129.3.1).

⁸⁶ Arrêté du 13 mars 2001 fixant le rang de la Constituante dans les cérémonies publiques (BL 2001, p. 80).

tution, contredise la nouvelle Constitution quelques mois avant son passage devant le peuple. Il serait également regrettable que la Constituante se sente politiquement liée par une série de décisions récentes.

Sans avoir vraiment voulu les entendre, le Grand Conseil va finir par exaucer les vœux de sa « petite sœur ». A six reprises, il renonce à donner la suite usuelle à des interventions parlementaires ou projets de décret⁸⁷. A la fin de ses travaux, la Constituante adressera un rapport au Grand Conseil⁸⁸ sur le sort réservé à ces objets, manifestement toujours conforme aux objectifs de départ.

Mais comme on dit que l'argent est « le nerf de la guerre », l'épisode le plus désagréable dans les relations entre les deux autorités est d'ordre budgétaire. A la suite d'un malentendu sur le budget 2001, plutôt que de reconnaître la bonne foi de la Constituante, la Commission des finances et de gestion (CFG) opte pour des mesures de rétorsion sur le budget 2002. Sur 1,63 millions de dépenses prévues, elle propose au Grand Conseil de couper 200'000 francs, dont 150'000 sur les indemnités de séance et 50'000 sur les traitements du personnel. La Présidence de la Constituante l'apprend au dernier moment. Elle demande d'urgence une rencontre à la CFG, sans succès. Dans un vote très serré – deux voix d'écart – le Grand Conseil suit sa commission et met la Constituante dans l'embarras.

Tout en déployant d'importants efforts d'économie, le Bureau traverse l'année 2002 dans l'incertitude. Celui du Grand Conseil, qu'il rencontre le 12 avril, ne peut que lui faire part de sa « compréhension »⁸⁹. Le Conseil d'Etat est disposé à passer par la voie du dé-

⁸⁷ Le cas le plus remarquable est celui de la création d'un Conseil supérieur de la magistrature. Quelques jours après la première rencontre entre les deux Bureaux, en juin 2001, le Grand Conseil prenait en considération la motion Charles-Antoine Hartmann, qui impliquait une révision partielle de la Constitution de 1857. Le Conseil d'Etat fut ainsi contraint de préparer un projet de décret dans ce sens, mais il recommanda au Parlement de ne pas entrer en matière et de renvoyer l'objet à la Constituante. Ce qui fut fait par 79 voix contre 2, la Commission de justice (présidée par le même député Hartmann) s'étant rangée à cette position.

⁸⁸ BGC 2004, p. 1756 ss.

⁸⁹ Il faut noter qu'il s'agit d'un nouveau Grand Conseil, les élections ayant eu lieu quelques jours après les événements de novembre 2001. La CFG, en particulier, a été largement remaniée.

passement de crédit. Cette rallonge sera finalement de 70'000 francs, la Constituante bouclant les comptes 2002 130'000 francs en dessous de « son » budget ⁹⁰.

Pour les deux exercices suivants, les budgets adoptés par la Constituante passeront sans anicroche le cap du Parlement. Entre-temps, depuis février 2002, le processus de reconnaissance a trouvé une nouvelle illustration avec les couleurs du canton flottant sur le toit de l'Hôtel cantonal durant les sessions de la Constituante... Et les relations avec le Grand Conseil se sont « réchauffées » dans la neige, les constituants étant associés dès 2003 à la journée de sports d'hiver des députés.

3. *Les Tribunaux cantonaux*

Les échanges avec le Tribunal cantonal et le Tribunal administratif sont beaucoup plus rares. Hormis l'audition de juges par la Commission 6 et la prise de position des deux Cours lors de la consultation, un seul « incident » à signaler : le 19 janvier 2004, soit après la 3^e lecture, le Tribunal cantonal écrit à la Constituante pour déplorer de n'avoir pas été consulté sur les dispositions finales. Le Bureau lui apporte une réponse circonstanciée.

4. *Les assemblées constituantes d'autres cantons*

Le Bureau et le Secrétariat de la Constituante se sont régulièrement intéressés aux travaux de révision totale en cours dans d'autres cantons, en particulier Vaud et Bâle-Ville. Dans ces deux cas, une rencontre des Bureaux a été mise sur pied : le 22 juin 2001 à Châtel-St-Denis avec les Vaudois, le 22 août 2002 à Meyriez et Morat avec les Bâlois. Les collaborateurs des Secrétariats y ont ajouté des visites de leurs locaux et des échanges sur leurs méthodes de travail. Les discussions avec une Constituante en avance sur celle du canton de Fribourg et avec une autre légèrement en retard ont apporté de riches enseignements sur le fonctionnement. Une prise de conscience, aussi, d'une communauté de destin, qui s'est notamment traduite par le déplacement

⁹⁰ Le coût total des travaux de la Constituante (2000-2004) s'est élevé à 5,2 millions de francs. Les indemnités de séance et de déplacement des constituants représentent 40 % des dépenses, les traitements du personnel 30 %.

d'une délégation du Bureau à Lausanne, le jour de la votation populaire vaudoise, pour y féliciter le Comité de l'Assemblée constituante ⁹¹.

Quelques constituants vaudois avaient d'ailleurs rejoint leurs homologues fribourgeois pour prendre ensemble le départ du Morat-Fribourg 2001, arborant logo et slogan de circonstance (« Un canton qui bouge ! »).

C. Le bilinguisme

« Sa capitale est la ville de Fribourg, *Freiburg* en allemand »/« Die Hauptstadt ist Freiburg, auf Französisch *Fribourg* » : l'al. 2 de l'art. 2 de la nouvelle Constitution est aussi original que symptomatique. Original parce qu'aucun autre canton bilingue ou trilingue n'a traduit le nom de sa capitale dans chaque version de sa charte fondamentale. Symptomatique d'un besoin vivement ressenti d'affirmer le caractère bilingue du canton ⁹². Mais aussi d'un problème d'identification de la ville de Nuithonie par rapport à son homonyme de Brisgau (en allemand *Breisgau...*) ⁹³.

1. La traduction simultanée

Cela pour constater que le bilinguisme marque la Constitution du 16 mai 2004 dès ses premières lignes. Il a également marqué la vie de la Constituante dès ses débuts. Le 29 septembre 2000, lors des délibérations sur son règlement, l'assemblée a eu un long débat sur l'opportunité d'assurer une traduction simultanée aux séances plénières. Outre les questions de coûts, les opposants estimaient qu'un canton bilingue doit par nature permettre à chacun de parler sa langue et compter sur la « compréhension » de l'autre. Les partisans de la traduction simultanée relevaient au contraire que de nombreux constituants ne sont pas bilingues et que l'efficacité des débats postule qu'ils comprennent leur collègues. En outre, la minorité linguistique ferait fatalement les

⁹¹ C'était le 22 septembre 2002. Le peuple vaudois a dit oui à sa nouvelle Constitution par 56 % des voix.

⁹² Le thème des langues dans la nouvelle Constitution fait l'objet de la contribution d'AUGUSTIN MACHERET dans ce numéro spécial.

⁹³ BOC 2002, p. 37-38, introduction du débat sur la thèse 1.6.3 par le rapporteur Bernadette Hänni.

frais d'un renoncement à ce service : ses représentants devraient parler la langue de la majorité lorsqu'ils tiendraient à se faire entendre ⁹⁴.

C'est finalement par un vote très clair (84-25) que la Constituante trancha en faveur de la traduction simultanée. Elle n'eut jamais à le regretter. Elle bénéficia en particulier de la fidèle collaboration d'un interprète impressionnant d'aisance en la personne de Sulpice Piller. Déambulant micro en main à travers la salle afin d'être toujours proche de l'orateur, il traduisait dans les deux sens en termes choisis, semblant parfois précéder les fins de phrases de la version originale...

Lors des premières séances de l'année 2001, soixante casques de réception étaient à disposition et les constituants en réclamèrent davantage. C'est ainsi qu'ils disposèrent par la suite de huitante appareils, qu'ils utilisèrent plus ou moins régulièrement.

Cela ne suffit pourtant pas à mettre le plénum à l'abri de tout incident linguistique. Le 13 novembre 2003, un constituant germanophone propose de mettre un terme à la discussion sur les droits politiques des étrangers. Le président Christian Levrat lui demande en allemand s'il faut considérer son intervention comme une motion d'ordre, puis met celle-ci au vote, toujours dans la langue de Goethe. La motion d'ordre est largement acceptée. Un constituant francophone, qui avait omis de porter son récepteur, proteste : « Nous n'avons jamais eu l'habitude d'entendre le président parler en allemand. Et moi, je ne savais pas d'où venait cette voix et je n'ai même pas voté ! » ⁹⁵ La Constituante a alors confirmé son vote... en français.

2. *Un Secrétariat bilingue*

Autorité bilingue, la Constituante se devait d'avoir aussi un Secrétariat bilingue. Juste avant l'élection du secrétaire général, le 10 janvier 2001, la présidente Rose-Marie Ducrot promet que si ce dernier était francophone, on engagerait un conseiller juridique de langue allemande ⁹⁶. Dès le printemps 2002, en outre, le poste de collabora-

⁹⁴ BOC 2000, p. 202-209, en particulier sur ce dernier point l'intervention de Martial Pittet (p. 205).

⁹⁵ BOC 2003, p. 622 s. Cf. également *SECRETARIAT DE LA CONSTITUANTE, Je constitue, donc je suis – Le meilleur de la Constituante*, Fribourg juin 2004, p. 17.

⁹⁶ BOC 2001, p. 9.

trice administrative a été confié à une germanophone bilingue, Julia Brügger. Le Secrétariat fut ainsi en mesure de traiter la plupart du temps avec ses propres moyens les amendements qu'il s'agissait de fournir dans les deux langues aux 130 constituants⁹⁷. Pour d'autres travaux, il a évidemment dû recourir aux traductrices de la Direction des institutions, de l'agriculture et des forêts et à des traducteurs indépendants.

Selon une estimation grossière, le coût administratif du bilinguisme a été d'environ 70'000 francs par an, sans compter la contribution du personnel salarié du Secrétariat et de la Direction. Sans compter, non plus, les coûts spécifiques d'une Commission de rédaction à l'effectif étoffé (16 membres) et composée de deux sous-commissions pour répondre aux exigences du bilinguisme⁹⁸.

3. Le blocage d'une commission

Dès le départ, la Constituante a renoncé à introduire la traduction simultanée dans les séances de commission. Elle a pratiqué, en somme, exactement comme le Conseil national, considérant qu'il serait disproportionné de doter ces cercles restreints d'un interprète. Si les autres commissions s'en accommodèrent sans gros problèmes, la Commission thématique n° 1 adressa bien vite au Bureau une requête en vue de disposer d'une traduction simultanée. Cette commission comptait une légère majorité d'élus alémaniques et elle était présidée par une personne qui ne comprenait pas l'allemand. Bien que les constituants germanophones ne parlèrent pas toujours leur langue, les difficultés de fonctionnement étaient importantes. Le Bureau ayant refusé la requête de la commission en se référant aux décisions antérieures du plénum, la présidente de la Commission 1 présenta sa démission de la Constituante le 2 avril 2001.

Cet épisode et ses interprétations furent un des rares moments où l'image de la Constituante se trouva ternie. En matière de compréhension entre les deux communautés linguistiques, l'assemblée et ses organes ont plutôt pratiqué au quotidien ce qui allait devenir l'art. 6

⁹⁷ Pas moins de 264 amendements ont été déposés en 1^{re} lecture et 243 en 2^e lecture.

⁹⁸ Sur les aspects rédactionnels des travaux de la Constituante en lien avec l'existence de deux versions du projet de Constitution, voir la contribution de MONIKA BÜRGE-LEU dans ce numéro spécial.

al. 4 de la Constitution. Le mérite en revient particulièrement aux constituants alémaniques, qui ont souvent facilité la tâche de leurs collègues en s'exprimant en français. Et sans jamais se plaindre de cette inégalité de fait...

III. A BON PORT

16 juin 2004 : le navire arrive à bon port. La cérémonie de dissolution de la Constituante se déroule devant le chalet des Colombettes, à Vuadens⁹⁹. Rien de tel que le plein air gruérien pour se volatiliser ! Mais l'assemblée ne le fera pas sans remettre officiellement le texte de la Constitution « vieille » d'un mois au Conseil d'Etat. C'est des mains de sa benjamine, Sophie Bugnon, que le livre passe dans celles du président du Gouvernement, Michel Pittet. Quant au doyen d'âge Joseph Rey, saisissant le caractère exceptionnel du moment, il n'hésite pas à embrasser le magistrat !

Une fois célébrés l'équilibre, l'ouverture et la modernité de la nouvelle charte, le secrétaire général adresse ce souhait aux constituants : « Restez longtemps les auteurs de la Constitution en vigueur ! » Et le président Adolphe Gremaud devient solennel : « Avec la satisfaction du devoir accompli mais aussi avec un brin d'émotion, je déclare dissoute la Constituante du canton de Fribourg. »

Le périple est achevé. Reste à le relire, à le faire revivre à bord d'embarcations plus modestes peut-être, mais fidèles aux traits du vaisseau amiral. De quoi occuper des générations de juristes, de politiques, mais aussi de citoyennes et de citoyens.

⁹⁹ BOC 2004, p. 225 ss.

UN REGARD EXTÉRIEUR

Jean-François Aubert

Professeur honoraire de l'Université de Neuchâtel

Pascal Mahon

Professeur ordinaire à l'Université de Neuchâtel

1. Les éditeurs de l'ouvrage collectif consacré à la nouvelle Constitution de Fribourg ont demandé un « regard extérieur ». Extérieur, très bien, mais tout de même pas trop lointain, pas trop étranger aux problèmes particuliers que pose la préparation d'une Constitution dans un *canton suisse*. Pas, par exemple, un regard jeté de France, de Suède ou de Pologne, dont on aurait pu craindre qu'il serait peu sensible aux rigueurs de l'encadrement fédéral. Donc plutôt un regard venu d'un autre canton suisse et, de préférence, d'un canton qui aurait, lui aussi, changé récemment de Constitution.

2. Seulement, même à cette condition-là, on sait que les éditeurs avaient l'embarras du choix : pour ne remonter qu'à l'an 2000, cinq cantons, avant Fribourg, venaient de faire leur révision totale¹. C'est finalement la proximité géographique qui semble avoir tranché : le regard extérieur serait vaudois ou neuchâtelois. Et, si l'on pense en termes de comparaison et notamment aux procédures de révision, il serait même plutôt neuchâtelois. Car si la Constitution vaudoise, comme celle de Fribourg, est l'œuvre d'une assemblée constituante, la Constitution neuchâteloise, adoptée par le peuple le 24 septembre 2000, a été rédigée par le Grand Conseil et préparée par l'une de ses commissions. Cette différence de procédure, on s'en doute, n'a pas été sans conséquence sur les travaux des uns et des autres. Les Constituantes de Vaud et de Fribourg, formées pour une bonne part de personnes nouvelles peu enclines à se soumettre à la routine parlementaire, se sont montrées en général curieuses et novatrices. Et comme, de surcroît, elles se sont donné du temps et que la Constitution était

¹ Neuchâtel (2000), Saint-Gall (2001), Schaffhouse (2002), Vaud (2002), les Grisons (2003).

leur principal souci, elles ont pu progresser par étapes et fonder leur texte définitif sur une série d'études préliminaires. Pour le Grand Conseil neuchâtelois, qui voyait dans sa tâche constituante une sorte de travail accessoire du type habituel, il s'agissait surtout de faire vite. La commission spéciale y a employé une trentaine de séances, de trois heures chacune en moyenne, et le Parlement lui-même, à peine quatre demi-journées. Au total guère plus de cent vingt heures de délibérations, pas de quoi essayer des solutions originales, dès lors du moins qu'elles seraient difficiles à élaborer et à traduire en textes juridiques.

3. La présente contribution est divisée en deux parties. La première (I) a pour objet de montrer, à l'aide de quelques exemples, comment la Constituante fribourgeoise et le Grand Conseil neuchâtelois ont traité certaines questions constitutionnelles. La seconde (II) considère de plus près un chapitre qui nous est apparu comme l'un des plus inventifs de la Constitution fribourgeoise, celui sur la justice.

I. COMPARAISON DE DIVERSES SOLUTIONS CONSTITUTIONNELLES

4. Nous nous arrêterons d'abord à quatre questions générales, avant d'examiner brièvement quelques points plus particuliers.

A. Questions générales

1. Les droits sociaux

5. Il y a longtemps que la doctrine, dans sa majorité, recommande de distinguer les droits fondamentaux des droits sociaux. Les droits fondamentaux sont, pour user de l'adjectif consacré, aisément *justiciables*, c'est-à-dire que le juge pourra, en s'appuyant directement sur la garantie constitutionnelle et sans recourir à une loi intermédiaire qui la concrétise, leur donner un effet ; par exemple annuler ou refuser d'appliquer un acte de l'Etat qui violerait la liberté personnelle ou le droit à l'égalité. Les droits sociaux, quant à eux, sont plus difficiles à satisfaire par le juge sans loi qui en précise le contenu ; par exemple fournir un emploi à un chômeur qui invoquerait un droit constitutionnel au travail. La différence paraissait même si évidente que le constituant bernois de 1993, pour prévenir toute confusion, décida de parler

de droits, d'une part, et de buts, de l'autre : d'un côté, les droits fondamentaux, éventuellement complétés par quelques droits sociaux faciles à réaliser ; de l'autre, des buts sociaux². Les premiers s'appliquent directement ; les seconds, qui nécessitent l'adoption de lois, impartissent à cette fin des mandats au législateur ordinaire. La notion bernoise des buts sociaux a été reprise par la Confédération en 1999³ et par plusieurs cantons, dont Neuchâtel⁴, au cours de ces dernières années.

6. Puis sont venus les Vaudois et les Fribourgeois, qui ont choisi une autre voie. Ils ont décidé d'ignorer la différence de nature entre les droits fondamentaux et les droits sociaux ordinaires, de renoncer à faire des buts sociaux une catégorie spéciale et de ranger les mandats qu'ils impliquent dans un vaste titre sur les tâches publiques⁵.

On peut admettre que l'écart entre des buts sociaux et des tâches publiques n'est pas grand. La Constitution bernoise, par exemple, a les uns et les autres, mais le Commentaire qui lui a été consacré a quelque peine à les distinguer⁶.

Reste l'assimilation des droits sociaux aux droits fondamentaux. La Constitution de Fribourg l'a poussée très loin, les règles sur les restrictions, par exemple (base légale, intérêt public, proportionnalité, etc.), seraient communes aux deux types de droits⁷. Rien, évidemment,

² Voir, d'un côté, les art. 9 à 28 (« droits fondamentaux ») et l'art. 29 (« droits sociaux » au sens étroit, de même nature que les droits fondamentaux) ; de l'autre, l'art. 30 (« buts sociaux »).

³ Art. 41 Cst. féd.

⁴ Art. 34 à 36 Cst. NE.

⁵ La Constitution vaudoise n'a même qu'une notion, les droits fondamentaux, qui inclut celle des droits sociaux. On notera que ni la Constitution fédérale de 1999, ni la Constitution neuchâteloise de 2000, n'ont de titre sur les tâches publiques. La Constitution fédérale a des règles sur le partage des compétences entre la Confédération et les cantons, ce qui est autre chose. La Constitution neuchâteloise a bien un article sur les tâches de l'Etat et des communes, mais ce texte n'a pas, comme ailleurs, de valeur normative ; voir, ci-dessous, la note 18.

⁶ Voir W. KÄLIN/U. BOLZ (éd.), Commentaire de la Constitution bernoise, Berne 1995, p. 68 et ad art. 30, no 1, p. 326.

⁷ Art. 38. – Mais la doctrine nous semble avoir démontré qu'il n'était pas approprié d'appliquer les règles ordinaires de restriction des libertés classiques aux droits sociaux (non plus d'ailleurs qu'au droit à l'égalité, à l'interdiction de l'arbitraire, au droit d'être entendu, etc.) ; sur cette question, cf. A. AUER/

n'empêche un constituant de simplifier le langage, la terminologie des juristes est plus souple que celle des botanistes ou des zoologues. Mais cela ne veut pas dire que le caractère de ces droits soit véritablement identique. Passe encore pour les droits sociaux au sens étroit, ceux qui se résument à une créance de biens et de services correspondant à un minimum vital, c'est-à-dire à ce qui est indispensable, comme dit la Constitution fédérale, « pour mener une existence conforme à la dignité humaine »⁸. Ici, un tribunal peut agir et il le fait depuis plusieurs années. De tels droits sociaux sont, en d'autres termes, assez précis pour être justiciables⁹ ; on en trouve d'ailleurs maintenant dans toutes les Constitutions récentes, parfois même dans le chapitre des droits fondamentaux¹⁰. Mais que faut-il penser des formules vagues et difficilement chiffrables ?

7. La Constitution de Fribourg a donc un chapitre sur les droits sociaux, complété, dans le titre sur les tâches publiques, par quelques mandats concernant notamment l'emploi, le logement, la famille, les jeunes, les personnes vulnérables, la santé et la formation et correspondant approximativement aux buts sociaux du modèle bernois (cf. ci-dessus, nos 5 et 6 *in initio*). Elle a même placé dans le chapitre sur les droits fondamentaux, comme l'ont fait la Constitution fédérale, la Constitution neuchâteloise et d'autres encore, le droit à un enseignement de base suffisant et gratuit.

8. Ce qu'il faut considérer maintenant, c'est le chapitre sur les droits sociaux. Il s'agit d'une série de quatre articles (33 à 36), dont l'hétérogénéité nous montre que la notion de droit social n'est pas

G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, t. II, Berne 2000, no 31, p. 12, et no 130, p. 65 ; U. HÄFELIN/W. HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5^{ème} éd., Zurich 2001, nos 302-303, p. 93-94 ; R. J. SCHWEIZER, in B. EHRENZELLER et al. (éd.), Commentaire de la Constitution fédérale, Lachen/Zurich 2002, ad art. 36, no 7 ; P. MAHON, in J.-F. AUBERT/P. MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale, Zurich 2003, ad art. 12, no 5, ainsi qu'ad art. 36, no 4 ; R. RHINOW, Grundzüge des schweizerischen Verfassungsrechts, Bâle 2003, nos 1102-1103, p. 200-201. Que signifie, par exemple, l'exigence d'une base légale pour *restreindre* un droit social quand il faut déjà une loi pour lui donner un contenu ?

⁸ Art. 12 Cst. féd.

⁹ Cf. déjà ATF 121 I 367, 371-373, *V.*, du 27 octobre 1995.

¹⁰ Voir, par exemple, les art. 12 et 19 Cst. féd., 13 et 14 Cst. NE, 13 à 16 Cst. SH, 33 à 36 Cst. VD.

simple. De ces quatre articles, il est vrai qu'il y en a un, l'art. 36, sur les situations de détresse, auquel on peut sans grande hésitation reconnaître un caractère justiciable.

9. L'art. 33, sur la maternité, est déjà plus difficile à qualifier. Voici comment le « regard extérieur » le comprend à la simple lecture du texte (s'il s'appuyait sur des procès-verbaux, des rapports et des commentaires, il ne serait plus tout à fait « extérieur ») :

Commençons par l'alinéa II, qui prévoit qu'« une assurance maternité couvre la perte de gain ». Ce texte n'est de toute évidence pas justiciable et ne contient qu'un mandat au législateur : aucun tribunal ne peut créer à lui seul un système d'assurance. Le législateur fribourgeois devra donc faire une loi sur l'assurance maternité des personnes qui exercent une activité lucrative (pour couvrir une « perte de gain »). Tout au plus le tribunal pourra-t-il vérifier, à supposer qu'il en ait la compétence, si la loi, une fois faite, est conforme au mandat ¹¹.

10. Le reste de l'article remplit une double fonction : avant l'entrée en vigueur de la loi d'assurance, il donne quelques directives très générales sur la protection de la maternité ; après l'entrée en vigueur de la loi, il maintient ces directives pour les femmes enceintes ou accouchées qui ne bénéficient pas de l'assurance ¹².

Le premier alinéa dit que « chaque femme a droit à des prestations qui garantissent sa sécurité matérielle avant et après l'accouchement ». Cet alinéa peut, à la rigueur, être considéré comme justiciable. Il signifie qu'en l'absence de prestations de tiers, notamment d'un employeur ou d'une caisse d'assurance, suffisantes pour garantir sa sécurité matérielle, la femme enceinte ou accouchée peut demander à l'Etat de les lui fournir. Il s'agira de prestations minimales, celles justement qui sont nécessaires pour garantir sa sécurité matérielle.

¹¹ Le rapport entre la législation fribourgeoise et la loi fédérale du 3 octobre 2003 introduisant une assurance maternité fédérale n'est pas traité ici. Voir, à ce sujet, l'art. 148 III.

¹² On ne peut pas dire, en revanche, qu'il contienne des indications sur le contenu de la future loi cantonale d'assurance. Les normes de l'art. 33 I et III (« sécurité matérielle », « minimum vital ») sont bien inférieures à celles d'une assurance maternité. Seul l'art. 148 I (cf. ci-dessous, no 11), avec ses quatorze semaines, peut être considéré comme impératif pour le législateur cantonal.

L'alinéa III donne une indication pour les mères sans activité lucrative : « au moins le montant de base du minimum vital ». Mais on ne peut pas ignorer qu'en fondant sur les alinéas I et III un droit invocable en justice, on accorde beaucoup de pouvoir au juge.

11. En admettant que le « montant de base du minimum vital » est une notion bien définie, il reste que plusieurs points importants sont laissés à l'appréciation des tribunaux. L'expression « au moins ». La durée des prestations. La disposition transitoire de l'art. 148 I nous apprend que c'est « au moins » (ici encore) « quatorze semaines ». Mais le texte ne vise manifestement que les prestations versées *après* l'accouchement ; rien n'est dit de celles qui devraient l'être *avant*. Et, pour les personnes qui ont une activité lucrative, rien n'est dit non plus de la fraction du salaire qui doit être compensée, ni du plafond des indemnités. D'ailleurs, le rapport entre la maternité et l'activité lucrative est assez difficile à saisir. Si la mère continue à travailler au lieu de veiller à sa grossesse puis de se rétablir et de s'occuper de l'enfant, elle n'a droit à aucune prestation, sa sécurité matérielle est garantie par son salaire et le but de l'art. 33 est manqué. Mais si elle cesse de travailler, on ne voit pas pourquoi, en l'absence de loi, elle serait mieux traitée que la femme qui n'a pas d'activité lucrative¹³.

12. Le même genre d'examen, appliqué aux art. 34 sur les enfants et les jeunes et 35 sur les personnes âgées, nous laisse encore plus perplexes. Les personnes âgées, nous dit l'art. 35, « ont droit à la participation, à l'autonomie, à la qualité de vie et au respect de leur personnalité ». Qu'est-ce qu'un juge peut en tirer, si ce n'est des directives d'interprétation dans l'application des lois cantonales, par exemple dans celle de la législation sur les établissements médico-sociaux ?¹⁴ En dehors des lois, il ne pourra pas faire grand-chose.

Conclusion : la décision du constituant fribourgeois doit évidemment être prise au sérieux, le juge fera tout ce qu'il pourra en se fondant

¹³ Le second membre de phrase de l'art. 33 III, sur l'activité lucrative à *temps partiel*, nous paraît encore plus difficile à interpréter. Si la mère interrompt cette activité pour cause de maternité, elle sera moins bien traitée que la femme qui n'a pas du tout d'activité lucrative et on n'en voit pas bien la raison.

¹⁴ Par exemple, ne pas attacher un vieillard à son lit ou à un radiateur. Mais faut-il vraiment écrire une phrase dans la Constitution pour empêcher cela ?

directement sur le texte constitutionnel ¹⁵. Mais il ne faut pas se cacher que la marge de manœuvre dont il disposera ainsi ne sera pas sans effet sur la répartition des pouvoirs. C'est probablement cette perspective qui a conduit le Grand Conseil neuchâtelois à maintenir la différence entre les droits fondamentaux qui sont justiciables et les buts sociaux qui ne le sont pas.

2. Les devoirs

13. La Constituante fribourgeoise n'a pas éludé la discussion sur les devoirs de l'homme et l'opportunité de les inscrire dans la Constitution. Puisqu'on y garantissait des droits fondamentaux, et même en nombre élevé, ne fallait-il pas, dans le même document, rappeler à leurs bénéficiaires qu'ils avaient aussi, comme en contrepartie, des devoirs envers l'Etat ou la société ? On peut le faire, évidemment, mais en tâchant d'éviter une erreur.

14. L'erreur, ce serait de vouloir présenter, dans le plan de la Constitution, les devoirs comme symétriques des droits, juxtaposer un chapitre sur les devoirs fondamentaux au chapitre sur les droits fondamentaux. Ce serait faux déjà d'un point de vue quantitatif : les droits fondamentaux garantis dans les Constitutions actuelles de la Suisse, celle de la Confédération et celles des cantons, sont en général au nombre de vingt ou trente, ce sont les droits dont les constituants modernes ont admis la nécessité pratique ; face à ces droits, la liste des devoirs qui méritent d'être nommés dans la Constitution n'atteint qu'avec peine la demi-douzaine : devoir fiscal, devoir militaire ou d'aide à la collectivité, obligation scolaire. Devant une telle disproportion, l'intention didactique et moralisante du catalogue risque bien de manquer son but, voire de se tourner en son contraire. Mais la symétrie est fautive également, et même doublement, du point de vue de la qualité. D'une part, l'inscription d'un devoir dans la Constitution n'a aucun effet si elle n'est pas suivie d'une législation qui en fixe le contenu et les limites et qui règle toutes sortes de modalités indispensables. C'est un peu comme avec les droits sociaux, et encore : on a vu que certains droits sociaux

¹⁵ Voir déjà, dans le même sens, P. MAHON, La Constitution vaudoise dans le contexte du mouvement constitutionnel suisse du dernier quart de siècle, *in* P. MOOR (éd.), La Constitution vaudoise du 14 avril 2003, Berne 2004, p. 1-38, spécialement 18.

pouvaient être définis assez précisément pour être invoqués directement devant un tribunal (cf. ci-dessus, no 6 *in fine*). Pour les devoirs, c'est, à notre avis, strictement impossible ; le devoir fiscal, par exemple, nécessite une loi qui indique au moins le débiteur de l'impôt, son objet, ainsi que la manière de le calculer et de le percevoir. D'autre part, et ceci nous paraît essentiel, ceux qui réclament l'introduction dans la Constitution d'un catalogue de devoirs ne tiennent pas suffisamment compte de la différence de fonction entre la garantie d'un droit et l'imposition d'un devoir. Quand elle garantit un droit, la Constitution, dans la plupart des cas, protège l'individu contre les entreprises excessives de l'Etat : elle interdit au législateur d'en faire trop. Si elle se mettait à imposer des devoirs, elle obligerait, en quelque sorte, le législateur à obliger, elle lui interdirait de n'en pas faire assez. Or, dans un régime libéral, c'est le législateur qui fixe les obligations des particuliers envers l'Etat et la Constitution est là non pas pour l'y pousser, mais pour le retenir.

Les constituants fribourgeois n'ont pas ignoré le problème. Après quelques hésitations, ils ont délibérément rejeté la symétrie. Mais, comme ils tenaient à mentionner les devoirs, ils leur ont consacré un article discret à la fin des Dispositions générales du Titre premier¹⁶.

3. *Les tâches publiques*

15. Les tâches publiques sont l'un des sujets où les deux Constitutions divergent le plus évidemment. Selon un modèle répandu¹⁷, les

¹⁶ Pour être discret, l'art. 7 n'en est pas moins un peu inconsistant. « Toute personne est tenue d'accomplir les devoirs que lui imposent la Constitution et la législation », dit l'alinéa I^{er}. Ce qui n'est rien d'autre que la définition du droit positif. Et le Professeur Kelsen nous rappellerait ici que ce n'est même pas ce texte qui donne force juridique à la Constitution de Fribourg, mais une norme qu'il faut chercher ailleurs. – « Toute personne assume sa part de responsabilité envers elle-même, autrui, la collectivité et les générations futures », poursuit l'alinéa II. Phrase qui a peut-être été inspirée par l'art. 6 Cst. féd. Elle impose bien un devoir aux particuliers (« toute personne assume »), mais on ne voit guère de quelle sanction son inobservation pourrait être suivie. Les atteintes à l'environnement commises à Fribourg, par exemple, sont combattues selon la législation sur l'environnement et non pas en vertu de l'art. 7 II. Sur la faible normativité de ce genre de dispositions, cf. P. MAHON (note 7), ad art. 6, no 4. La Constitution neuchâtelaise n'a pas d'article sur les devoirs.

¹⁷ Cf., par exemple, les art. 25 à 58 Cst. AG, 31 à 61 Cst. UR, 90 à 128 Cst. BL, 92 à 128 Cst. SO, 62 à 84 Cst. TG, 22 à 49 Cst. GL, 31 à 54 Cst. BE, etc.

Fribourgeois leur consacrent un titre entier (art. 52 à 80). Les Neuchâtelois n'en ont pas voulu¹⁸.

Sans doute avaient-ils quelque raison de principe à n'en pas vouloir. Quand ceux qui, aujourd'hui, écrivent une Constitution s'avisent de dire aux futures autorités, en même temps qu'ils les instituent, dans quel sens elles devront agir, il leur faut en effet se tenir soigneusement éloignés de deux écueils qui les menacent : ils s'efforceront de n'être ni trop vagues, ni trop précis. Car, s'ils sont trop vagues, leurs phrases, ne faisant que reproduire le programme de n'importe quel gouvernement libéral, ne serviront finalement pas à grand-chose. Et, s'ils sont trop précis, non seulement leur texte vieillira vite, mais encore, tant qu'il existe, il risque de faire naître, chez les administrés, l'idée d'attaquer devant les tribunaux les lois qui leur paraissent n'y pas être tout à fait conformes et, chez les juges les plus entreprenants, la tentation de diriger par ce moyen la politique législative du canton.

Mais la différence entre Fribourg et Neuchâtel a une explication plus simple. Si le Grand Conseil neuchâtelois a « fait l'impasse »¹⁹ sur les tâches publiques, c'est surtout, à notre souvenir, parce qu'il voulait aller vite et ne pas s'embarrasser d'un thème qui, malgré son intérêt, ne lui paraissait pas indispensable à une Constitution. Il a craint de s'enliser dans de difficiles confrontations de verbes et d'adjectifs. Faudrait-il dire, par exemple, que l'Etat « soutient », qu'il « veille », qu'il « pourvoit », qu'il « encourage », qu'il « favorise », qu'il « promeut » ou, dans un registre plus modeste, qu'il « a égard », qu'il « tient compte », qu'il « prend en compte », qu'il « prend en considération » ? Et les mesures envisagées devraient-elles être « rationnelles » ou « judicieuses », « économes » ou « optimales », « appropriées » ou « adéquates » ? Ces termes, souvent proches, ne sont jamais synonymes et il faut les peser longuement pour choisir celui qui convient. Les députés neuchâtelois ont préféré s'épargner ce travail.

¹⁸ Les tâches de l'Etat et des communes qu'énumère l'art. 5 Cst. NE (voir, ci-dessus, la note 5 *in fine*) n'ont pas la même nature. Il n'y a pas, dans cet article, de mandats du constituant au législateur ; c'est le législateur qui décide lui-même si et dans quelle mesure il confie une tâche aux collectivités publiques. Cf. P. MAHON (note 15), p. 19-20.

¹⁹ Cf. P. MAHON (note 15), p. 19.

4. Les rapports entre le Grand Conseil et le Conseil d'Etat

16. Les Constitutions nouvelles de la Suisse, celle de la Confédération, celles des cantons, ont en commun le souci de revaloriser le Parlement face au Gouvernement. Si les exécutifs ont dominé la scène politique pendant la majeure partie du siècle dernier, les récentes révisions totales ont été autant d'occasions de chercher à rendre au législatif une partie du pouvoir qu'il détenait au XIX^{ème} siècle et qu'il avait progressivement perdu. Deux questions, en particulier, étaient au centre du débat : si le Parlement pouvait donner des ordres au Gouvernement sur la manière dont celui-ci devait user de ses *propres* compétences ; si le Parlement pouvait obliger le Gouvernement à partager avec lui *toutes* les informations dont celui-ci disposait.

Sur ces deux points, Fribourg et Neuchâtel avaient des vues assez semblables. Mais, dans le détail, on découvre un intéressant chassé-croisé.

17. Quant à la première question : ici, Fribourg s'est montré plus hardi que Neuchâtel. Le Parlement fribourgeois peut ordonner, c'est tout à fait clair, l'art. 98 I parle d'un « mandat », qui est manifestement impératif²⁰. Neuchâtel, dans son atavique respect du Gouvernement, n'a pas osé aller aussi loin. Pendant les travaux préparatoires, le représentant du Conseil d'Etat a par deux fois fustigé la témérité des députés et il l'a emporté deux fois : il a obtenu, à l'art. 81 I, qu'« enjoindre » fût remplacé par « inviter » et « mandat » par « recommandation »²¹. Constituante et Grand Conseil, on le remarque et c'est assez normal²², n'avaient pas le même style. Reste à voir, natu-

²⁰ « Par le mandat, le Grand Conseil peut amener le Conseil d'Etat à prendre des mesures dans un domaine ressortissant à la compétence de ce dernier ». Le texte allemand est encore plus clair : « Der Grosse Rat kann den Staatsrat mit dem Auftrag auffordern ... ». C'est d'ailleurs la solution fédérale, art. 171 Cst. féd. et 120 II LParl, RS 171.10. On ajoutera que la revalorisation du Parlement fribourgeois est confirmée par le droit de veto que la Constitution lui donne, en son art. 93 III, sur les ordonnances des autorités déléguées, en premier lieu sur celles du Conseil d'Etat.

²¹ Retrouvant ainsi la manière de parler non moins déférente de l'ancien règlement du Conseil des Etats, abandonnée en 2002 lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi fédérale sur le Parlement (voir la note précédente).

²² La Constituante délibérait en l'absence du Conseil d'Etat, le Grand Conseil en sa présence.

rellement, si la différence de langage se fera sentir dans la pratique²³.

18. Neuchâtel a pris une sorte de petite revanche sur la seconde question : là, il a été plus incisif que Fribourg. Alors que la Constitution fribourgeoise s'est contentée de donner aux seuls président ou présidente du Grand Conseil le pouvoir de consulter les dossiers du Conseil d'Etat, art. 98 II²⁴, la Constitution neuchâteloise reconnaît au Grand Conseil et à ses commissions « le droit d'obtenir du Conseil d'Etat et de l'administration toutes les informations dont ils ont besoin pour accomplir leur tâche », art. 79 I 1, et, ce qui est probablement tout aussi important, habilite le Parlement à lever lui-même les objections que le Gouvernement pourrait lui opposer, art. 79 I 2.

B. Questions particulières

19. Ces questions se rapportent à des thèmes plus délimités où, sauf sur le premier, les solutions de Fribourg et de Neuchâtel présentent quelques divergences notables.

1. *Le système des droits fondamentaux*

20. Pour une raison didactique la Constitution fribourgeoise, comme celle de Neuchâtel, reproduit, dans presque tous ses détails, l'ensemble du catalogue des garanties fédérales. Voir les art. 8 à 32, correspondant à peu près aux art. 7 à 33 de la Constitution fédérale.

Mais il y a les « avancées », où le canton de Fribourg, cessant d'être simplement didactique, offre aux particuliers une protection plus large que la Confédération²⁵. Or il se trouve que ces avancées sont très

²³ En tout cas le nouvel art. 75*f*, introduit dans la loi de 1993 sur l'organisation du Grand Conseil par la loi du 19 juin 2001 pour mettre en œuvre l'instrument de la recommandation, montre clairement que celui-ci n'est pas impératif.

²⁴ Prérogative présidentielle qui pourrait avoir été empruntée à une vieille tradition bernoise ; voir le Commentaire de la Constitution bernoise (note 6), ad art. 82, no 6, p. 476. Et encore : si la règle bernoise vaut pour *tous* les dossiers du Gouvernement, la règle fribourgeoise ne s'applique qu'à ceux qui concernent le Grand Conseil.

²⁵ Sur ces « avancées », voir en général P. MAHON, *in* Petit Commentaire (note 7), Remarques liminaires au chapitre premier du titre II, no 12 ; ainsi que dans l'article précité (note 15), p. 14-17.

semblables à celles qu'on peut lire dans la Constitution neuchâteloise. Il s'agit, en résumé, du droit à l'information, c'est-à-dire du droit de consulter les documents officiels dans la mesure où aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose, à l'art. 19 II²⁶, du droit de manifester sur le domaine public, à l'art. 24²⁷, et du droit de pétition complété par celui d'obtenir de l'autorité interpellée une « réponse motivée », à l'art. 25²⁸.

2. Les langues

21. Evidemment, ici les réponses ne pouvaient être que divergentes : le canton de Fribourg est bilingue, le canton de Neuchâtel ne l'est pas. A Fribourg, le rapport des francophones aux germanophones est d'environ 2 à 1, la minorité linguistique doit donc avoir un statut. A Neuchâtel, le rapport est d'environ 15 à 1, on ne peut pas, sans faire violence aux mots, parler de bilinguisme. Cette différence fait qu'il y a deux langues officielles à Fribourg (art. 6), alors qu'il n'y en a qu'une à Neuchâtel (art. 4 Cst. NE).

²⁶ Correspondant à l'art. 18 Cst. NE. L'adoption d'une loi, que prévoit cette dernière disposition alors que le texte fribourgeois n'en parle pas, nous paraît pratiquement indispensable. – Voir maintenant, sur le même sujet, le projet de loi fédérale sur la transparence dans l'administration (fédérale), du 12 février 2003, FF 2003 1807 (preuve que, même sans garantie du droit à l'information dans la Constitution *fédérale*, le législateur fédéral s'est senti obligé de faire quelque chose).

²⁷ Correspondant matériellement à l'art. 20 Cst. NE. Le texte fribourgeois est à vrai dire plus explicite ; voir l'art. 24 III.

²⁸ Correspondant à peu près à l'art. 21 Cst. NE. On notera toutefois que le texte neuchâtelois, pour ménager leur indépendance, dispense les autorités *judiciaires* de l'obligation de répondre *sur le fond*. – A ces trois illustrations, on peut ajouter le droit de choisir une autre forme de vie en commun que le mariage, où la Constitution fribourgeoise (art. 14 II) semble même, avec son « partenariat enregistré » pour les unions homosexuelles, aller plus loin que la Constitution neuchâteloise (art. 12 II). Nous disons « semble », parce que la garantie neuchâteloise suppose presque nécessairement, elle aussi, une attestation de vie commune. – Voir maintenant, sur le même sujet et ici encore en l'absence de garantie constitutionnelle (cf. ci-dessus, la note 26 *in fine*), la loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe, FF 2004 2935, contre laquelle une demande de référendum a récemment abouti, FF 2004 5511 ; l'enregistrement fédéral d'un partenariat rendrait probablement superflu, même pour les effets de droit cantonal, tout enregistrement ou attestation fondé sur le droit cantonal.

Nous ne parlerons pas ici de l'épineux problème de la territorialité, où la solution, pourtant commandée par la Constitution fédérale (art. 70 II 2), a valu quelques adversaires à la nouvelle Constitution. Mais nous relèverons que l'existence de deux langues officielles a permis aux Fribourgeois de régler élégamment la question de l'enseignement des langues étrangères. Sans susciter de larges débats, il a été décidé tout naturellement que la première langue étrangère enseignée à l'école serait l' « autre langue officielle » (art. 64 III), ce qui était la manière la plus convaincante de faire progresser la « compréhension mutuelle » dont parle le Préambule, ainsi d'ailleurs que d'obéir à l'art. 70 III de la Constitution fédérale elle-même.

3. *La naturalisation ordinaire*

22. La naturalisation des étrangers est devenue, depuis quelques années, un sujet très chaud. Pour nous en tenir à la naturalisation ordinaire, on connaît le problème. Cette naturalisation est-elle une décision politique, par laquelle une société accueille un nouveau membre ? N'est-ce pas plutôt un acte administratif, qui consiste à vérifier qu'une personne s'est suffisamment intégrée dans le corps national pour en faire partie ? Longtemps, la première thèse a prévalu. Mais le Tribunal fédéral, inspiré par un large courant de la doctrine, s'est récemment rallié à la seconde²⁹. Cette nouvelle qualification a eu, comme on le sait, des conséquences directes sur la procédure : le candidat devait être entendu, un rejet devait être motivé (c'est le point le plus délicat), et une conséquence indirecte sur la désignation de l'autorité compétente : la naturalisation ne pouvait pas faire l'objet d'un scrutin populaire.

Ni Fribourg ni Neuchâtel n'ont prévu le scrutin populaire ; l'un et l'autre ont confié la décision, comme ils le faisaient auparavant, à une autorité constituée, plus précisément à une autorité politique. Mais c'est là que leurs chemins divergent. Fribourg est resté fidèle à la conception *politique* de la naturalisation, c'est toujours le Grand Conseil qui se prononce (art. 105, lettre d). Neuchâtel a été plus sensible à un mouvement de pensée qui privilégie l'approche *administrative*, ce n'est plus le Grand Conseil mais le Conseil d'Etat qui est

²⁹ Cf. ATF 129 I 232, *Schweizerische Volkspartei der Stadt Zürich*, du 9 juillet 2003.

compétent (art. 74, lettre e)³⁰. A vrai dire, on peut admettre que l'une et l'autre solution sont compatibles avec le droit fédéral. Pour Neuchâtel, cela nous semble évident : le Conseil d'Etat pourra toujours motiver un refus de naturalisation et sa décision pourra toujours faire ensuite l'objet d'un recours auprès d'un tribunal. Pour Fribourg, c'est un peu moins clair : la motivation d'un refus ne sera pas toujours facile à reconstituer³¹, les députés votant en général, dans ce genre d'affaires, sans dire ni comment ni pourquoi. Mais il restera la faculté de recourir, il faudra bien alors que le Grand Conseil s'explique d'une manière ou d'une autre et son acte pourra être annulé lorsqu'il existera des raisons suffisantes de considérer qu'il était discriminatoire ou entaché d'arbitraire. Quoi qu'il en soit, la compétence des Parlements en matière de naturalisation est encore largement reconnue en Suisse, elle a été confirmée dans plusieurs des Constitutions nouvelles³² et le Tribunal fédéral, dans sa jurisprudence récente, ne l'a pas remise en cause³³.

4. *Les fusions de communes*

23. Les fusions de communes sont devenues, elles aussi, un thème d'actualité.

Ces fusions peuvent être de types très variés : deux ou trois petites communes se réunissent pour former une commune un peu plus forte ; quelques petites communes s'agrègent à une grande commune voisine

³⁰ On n'oubliera pas qu'un problème du même genre se pose, dans la plupart des cantons, aussi au niveau des *communes*. A Neuchâtel, par exemple, l'attribution du droit de cité communal à un étranger est l'affaire de l'organe exécutif (conseil communal).

³¹ Le droit d'être entendu ne devrait guère poser de problème : le Grand Conseil peut charger l'une de ses commissions de procéder à l'audition.

³² Voir, par exemple, les art. 82 I, lettre i, Cst. AG, 67 I, lettre f, Cst. BL, 40 V Cst. TG, 79 I, lettre f, Cst. BE, 57 I, lettre e, Cst. SH.

³³ Du moins pas encore. Dans l'arrêt précité, il a pris soin de dire qu'il ne se prononçait que sur les scrutins populaires « à l'urne », non pas sur les décisions des assemblées de communes (ATF 129 I 243). On peut en conclure, à plus forte raison, qu'il ne s'est pas prononcé non plus sur les décisions des Parlements. – Sur diverses manières de concilier le vote en assemblées de communes avec la jurisprudence du Tribunal fédéral, cf. notamment, D. THÜRER/M. FREI, *Einbürgerung im Spannungsfeld zwischen direkter Demokratie und Rechtsstaatlichkeit*, RDS 2004 I 205 ss, en particulier 222-226.

ou, si l'on préfère, une grande commune absorbe les petites communes d'alentour. Mais il peut aussi s'agir d'autre chose ; par exemple, de plusieurs communes assez grandes, qui néanmoins se sentent dépassées par les difficultés de l'administration moderne et cherchent à se constituer en un grand centre, voire en une véritable région. Quoi qu'il en soit, une chose est claire : il y a dans chaque fusion, par définition, des communes qui disparaissent.

Ici encore, les constituants de Fribourg et de Neuchâtel ont empoigné le problème, mais ils ne l'ont pas résolu de la même manière.

Les Fribourgeois ont eu en vue l'*intérêt général*. Ils ont estimé que cet intérêt (communal, régional ou cantonal) pouvait justifier une fusion imposée (art. 135 IV), sous la réserve implicite du recours au Tribunal fédéral fondé sur la garantie d'existence des communes³⁴. Les Neuchâtelois, peut-être plus sentimentaux, en tout cas plus sensibles à la *personnalité* des communes, en ont jugé autrement. Ils ont décidé de donner un caractère absolu³⁵ à cette garantie d'existence en posant qu'à la différence de la législation antérieure, aucune fusion ne pourrait avoir lieu désormais sans le consentement de *toutes* les communes touchées (art. 91 III Cst. NE).

5. *Le droit de vote et l'éligibilité des étrangers au plan communal*

24. Une innovation notable de la nouvelle Constitution fribourgeoise – au moins au regard de l'ancienne – est l'introduction du droit de vote et d'éligibilité des étrangers au plan communal. Là encore, Neuchâtelois et Fribourgeois ont choisi des voies différentes.

L'art. 48 I prévoit, pour ce qui est de la citoyenneté *active*, qu'« ont le droit de voter et d'élire en matière communale, s'ils sont majeurs », les « étrangères et les étrangers domiciliés dans la commune qui sont domiciliés dans le canton depuis au moins cinq ans et au bénéfice

³⁴ Sur cette « garantie d'existence », reconnue par le Tribunal fédéral à côté de la « garantie d'autonomie », et qui ne donne aux communes que le droit de saisir le Tribunal fédéral et de lui faire contrôler la conformité au droit de l'acte qui menace leur existence, cf., par exemple, ATF 104 Ia 381, *Comune e Patriziato di Airolo*, du 1^{er} novembre 1978 ; W. KÄLIN, *Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde*, 2^{ème} éd., Berne 1994, p. 212.

³⁵ Sauf, évidemment, révision ultérieure de la disposition constitutionnelle elle-même.

d'une autorisation d'établissement » (lettre b)³⁶. L'art. 131 I ajoute, pour ce qui est de la citoyenneté *passive*, que « peuvent être membres des autorités [communales] toutes les personnes ayant la citoyenneté active en matière communale ».

On rappellera que l'avant-projet issu de la première lecture de la Constituante fribourgeoise allait beaucoup plus loin, puisqu'il reconnaissait aux mêmes étrangers – domiciliés dans le canton depuis au moins cinq ans et au bénéfice d'une autorisation d'établissement – le droit de vote et d'éligibilité en matière aussi bien cantonale que communale³⁷.

25. Même réduite au seul niveau des communes, l'innovation n'en place pas moins Fribourg dans la compagnie des quelques cantons qui, principalement en Suisse romande, ont fait ces dernières années un pas plus ou moins grand vers une ouverture de leur régime de citoyenneté, active ou active et passive, aux ressortissants étrangers résidant dans le pays depuis un certain temps³⁸.

On sait que Neuchâtel a été le premier, au XIX^{ème} siècle déjà (en 1849), à accorder le droit de vote – sans l'éligibilité – aux étrangers en matière communale³⁹. Il a ensuite fallu attendre plus d'un siècle pour voir le canton du Jura, à sa création en 1978, octroyer le droit de vote – mais non l'éligibilité – aux plans communal et cantonal (à l'exception de la matière constitutionnelle) aux étrangers résidant depuis dix ans sur son territoire. Vingt ans plus tard, en 1998, le même canton y a ajouté le droit d'éligibilité au sein des législatifs communaux⁴⁰.

³⁶ Ces personnes s'ajoutent aux Suissesses et aux Suisses domiciliés dans la commune, visés par la lettre a de l'alinéa I^{er}. L'alinéa II de l'art. 48 précise que la loi règle l'exclusion du droit de voter et d'élire.

³⁷ Art. 44 et 53. Fortement controversée, la première de ces dispositions n'a pas surmonté les deuxième et troisième lectures.

³⁸ Pour un examen approfondi de l'évolution en la matière, cf. P. HEUSSER, *Stimm- und Wahlrecht für Ausländerinnen und Ausländer*, Zurich 2001.

³⁹ A condition qu'ils fussent titulaires d'une autorisation d'établissement et domiciliés dans le canton depuis un an au moins.

⁴⁰ Voir P. HEUSSER (note 38), p. 57-63. On rappellera qu'à Neuchâtel, une modification législative allant dans le même sens, c'est-à-dire qui introduisait l'éligibilité des étrangères et des étrangers dans les conseils généraux (législatifs) des communes, avait été rejetée, en référendum, le 23 septembre 1990, à une courte majorité (56 % des votants); voir le Rapport de la Commission

L'octroi de droits politiques aux étrangers a continué à s'étendre à l'occasion de certaines révisions totales récentes des Constitutions cantonales. Ainsi, dans sa nouvelle Constitution, le canton de Neuchâtel a élargi ces droits en accordant le droit de vote – mais non l'éligibilité⁴¹ – au plan *cantonal* aux étrangers titulaires d'une autorisation d'établissement et domiciliés dans le canton depuis cinq ans au moins⁴². La nouvelle Constitution vaudoise du 14 avril 2003, adoptée le 22 septembre 2002, a quant à elle introduit les droits de vote et d'éligibilité au niveau *communal* – et non cantonal – pour les étrangers qui résident régulièrement en Suisse depuis dix ans au moins et sont domiciliés dans le canton depuis trois ans⁴³.

On notera encore que les cantons d'Appenzell Rhodes-Extérieures⁴⁴ et des Grisons⁴⁵ ont choisi pour leur part de déléguer aux communes la faculté d'accorder le droit de vote et d'éligibilité aux étrangers sur le plan communal. La même solution est proposée dans le projet de la Constituante de Bâle-Ville⁴⁶, lequel prévoit toutefois aussi que les étrangers qui remplissent les conditions de la naturalisation pourront demander le droit de vote et d'éligibilité au plan cantonal. L'Assemblée constituante zurichoise a par contre, non sans de vifs débats, exclu toute innovation en ce sens.

« Constitution » au Grand Conseil à l'appui d'un projet de nouvelle Constitution cantonale, du 22 novembre 1999, tiré à part, p. 73.

⁴¹ A cause de l'échec de 1990 (voir la note précédente).

⁴² Art. 37 I, lettre c, Cst. NE. Les étrangères et les étrangers ont pu faire usage de ce droit pour la première fois lors de l'élection au Conseil des Etats en octobre 2003. Sur cette innovation, voir notamment J.-F. AUBERT, *La révision totale de la Constitution neuchâteloise*, RJN 1998, p. 13-36, spécialement 28-30.

⁴³ Art. 142 I, lettre b, Cst. VD.

⁴⁴ Art. 105 de la Constitution du 30 avril 1995, qui exige une présence de dix ans en Suisse dont cinq dans le canton et le dépôt d'une demande des intéressés.

⁴⁵ Art. 9 IV de la Constitution du 18 mai 2003, qui n'est pas encore entrée en vigueur (cf. FF 2004 993). La disposition ne pose aucune condition spécifique.

⁴⁶ Art. 47 II et III du projet bâlois. On rappellera que les citoyennes et les citoyens de Bâle-Ville ont accepté, le 18 avril 1999, le principe d'une révision totale et élu, le 24 septembre 1999, une Assemblée constituante (« Verfassungsrat ») de 60 membres. Le projet issu de la première lecture de cette assemblée en date du 15 octobre 2003, et auquel on se réfère ici, a été mis en consultation de novembre 2003 à janvier 2004. Pour d'autres informations, et notamment le rapport relatif à cette consultation, voir le site www.verfassungsrat.bs.ch.

26. En choisissant de limiter l'innovation au plan *communal*, à l'exclusion de toute ouverture en matière cantonale, mais en accordant la citoyenneté passive – l'éligibilité – aussi bien que la citoyenneté active – le droit de vote –, la Constituante fribourgeoise s'est donc inspirée plutôt de la voie choisie par son homologue vaudoise que de celle du Grand Conseil neuchâtelois. Pour ce qui est des catégories d'étrangers visées, en revanche, la Constitution de Fribourg se distancie de la solution vaudoise pour se rapprocher de celle de Neuchâtel : comme cette dernière, elle subordonne l'accès à la citoyenneté à la possession d'une autorisation – fédérale – d'établissement (un « permis C ») et à une durée de résidence dans le canton de cinq ans ; la Constitution vaudoise, elle, n'exige aucune autorisation particulière, mais une durée de résidence (légale) de dix ans en Suisse et un délai d'attente de trois ans de domicile dans le canton⁴⁷.

II. QUELQUES OBSERVATIONS SUR LE CHAPITRE CONCERNANT LA JUSTICE

27. Ainsi qu'on l'a relevé plus haut (au no 3), parmi toutes les innovations de la Constitution fribourgeoise, le chapitre sur la « Justice » – quatrième et dernier chapitre du titre VI dédié aux « Autorités cantonales » – est peut-être celui qui comporte les nouveautés les plus remarquables, en tous les cas du point de vue de la comparaison avec les autres Constitutions cantonales récentes.

On s'attachera donc ici, après quelques observations générales sur le chapitre (A), à mettre brièvement en exergue les innovations qui nous semblent les plus originales. Il s'agit essentiellement de l'institution d'un Conseil de la magistrature et, en parallèle, de l'introduction d'un nouveau mode de désignation des magistrats (B).

A. Le régime de la justice en général

28. De manière générale, la nouvelle Constitution ne révolutionne pas l'organisation des autorités judiciaires du canton.

⁴⁷ Pour une analyse de ces conditions, qui soulèvent quelques questions fort délicates, voir B. VOUTAT, Les droits politiques dans la nouvelle Constitution vaudoise, in P. MOOR (éd.), La Constitution vaudoise du 14 avril 2003, Berne 2004, p. 179-228, spécialement 189-199.

On notera en particulier que la Constituante n'a pas jugé opportun de reprendre l'innovation introduite par son homologue vaudoise, puisqu'elle a renoncé à instituer une Cour constitutionnelle chargée du contrôle abstrait de la conformité des normes cantonales par rapport à la Constitution et au droit supérieur.

Si le canton du Jura a fait œuvre de pionnier en instaurant une telle Cour en 1978⁴⁸, il est longtemps resté le seul, aucun autre canton n'ayant vraiment fait le pas depuis. Le canton de Vaud, en instaurant lui aussi une Cour constitutionnelle, chargée pour l'essentiel des mêmes compétences que celles du Jura⁴⁹, a donc innové et, peut-être, lancé une vague de renouveau. Le canton des Grisons vient en effet également d'instaurer un contrôle *abstrait* de constitutionnalité dans sa nouvelle Constitution, en confiant toutefois cette tâche au Tribunal administratif plutôt qu'à une Cour créée spécifiquement à cet effet⁵⁰. Et deux des projets en cours prévoient par ailleurs eux aussi l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité abstrait, de manière toutefois limitée. Ainsi, dans le projet de la Constituante de Bâle-Ville, le contrôle abstrait, confié au Tribunal administratif, se borne pour ce qui est des lois au seul grief de la violation de l'autonomie communale⁵¹. Le projet de l'Assemblée constituante zurichoise prévoit pour sa part que les normes cantonales pourront faire l'objet d'un contrôle abstrait auprès d'une autorité qu'il appartiendra à la loi de désigner – probablement le Tribunal administratif –, avec toutefois

⁴⁸ Cour chargée avant tout du contrôle abstrait et préventif de la conformité des normes cantonales et communales avec la Constitution cantonale et le droit supérieur, des litiges relatifs à l'autonomie des communes et des Eglises reconnues, des litiges relatifs à la garantie des droits politiques et du règlement des conflits de compétence entre les différentes autorités cantonales (art. 104 Cst. JU). Il faut rappeler que le canton de Nidwald avait déjà introduit un contrôle abstrait de la conformité des actes normatifs cantonaux en 1965, contrôle confié à la Cour suprême (art. 69 Cst. NW).

⁴⁹ Art. 136 Cst. VD. Voir à ce sujet J.-C. DE HALLER, La constitution vaudoise du 14 avril 2003 et les institutions judiciaires, ou le retour vers le futur, in P. MOOR (éd.), La Constitution vaudoise du 14 avril 2003, Berne 2004, p. 267-289, spécialement 282-285.

⁵⁰ Voir l'art. 55 II de la nouvelle Constitution grisonne du 18 mai 2003.

⁵¹ Art. 125 (« Verfassungsgerichtsbarkeit ») du projet bâlois précité (note 46).

une exception pour les lois, lesquelles bénéficieront ainsi d'une sorte d'immunité, comme en droit fédéral⁵².

29. La Constituante du canton de Fribourg n'a donc pas suivi cette voie, préférant renoncer à toute forme de contrôle abstrait des normes cantonales. A l'instar de la Constitution neuchâteloise, elle s'est contentée d'une simple disposition imposant, sous l'intitulé « Respect du droit supérieur » (art. 122), un contrôle concret de la conformité de ces normes au droit supérieur, c'est-à-dire obligeant les autorités judiciaires cantonales à ne pas appliquer, dans un cas d'espèce, les normes (cantonales) qui seraient contraires au droit supérieur, c'est-à-dire contraires à la Constitution cantonale, mais aussi, évidemment, à la Constitution et aux lois et ordonnances fédérales ou encore au droit international qui lie la Suisse.

Il faut cependant relever que, telle qu'elle est formulée – « les autorités des juridictions civile, pénale et administrative n'appliquent pas les dispositions contraires au droit supérieur » –, la disposition est quelque peu ambiguë. Elle donne l'impression que les autorités judiciaires fribourgeoises sont appelées à refuser d'appliquer aussi les lois *fédérales* contraires à la Constitution fédérale, ce qui n'est évidemment pas ce que le constituant peut avoir voulu – l'art. 191 de la Constitution fédérale, comme l'ancien art. 113 III⁵³, l'interdisant⁵⁴.

⁵² Art. 79 (« Normenkontrolle ») du projet issu de la seconde lecture de l'Assemblée constituante zurichoise. On rappellera que le corps électoral zurichois a accepté, le 13 juin 1999, une loi constitutionnelle sur la révision totale de la Constitution cantonale. Une Assemblée constituante (« Verfassungsrat ») de 100 membres, élue le 18 juin 2000, a établi un projet de nouvelle Constitution, mis en consultation en 2003. Par la suite, entre le 10 juin et le 8 juillet 2004, l'Assemblée a adopté, en seconde lecture, une nouvelle mouture du projet, à laquelle on se réfère ici. Le texte de la nouvelle Constitution devrait être définitivement adopté par l'Assemblée fin octobre ou début novembre 2004, pour être ensuite présenté au vote populaire. Pour d'autres informations, voir le site www.verfassungsrat.zh.ch.

⁵³ Il a toujours été admis que l'art. 113 III liait non seulement le Tribunal fédéral, mais également toutes les autorités d'application, les autorités cantonales comme les autorités fédérales ; voir notamment W. BURCKHARDT, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, 3^{ème} éd., Berne 1931, p. 788-789. Il n'en va pas autrement de l'art. 191 de la nouvelle Constitution fédérale.

⁵⁴ Comparer à cet égard l'art. 86 Cst. NE, dont la troisième phrase réserve expressément « les règles du droit fédéral relatives à l'application des lois fédérales ».

30. Pour le reste, on relèvera encore que, dans le cadre des principes guidant l'organisation générale du pouvoir judiciaire, l'art. 120 II permet à la loi de « prévoir des modes de résolution extrajudiciaire des litiges ». Il s'agit là, à notre connaissance, d'une innovation dans le paysage constitutionnel cantonal, une fenêtre ouverte vers les modes alternatifs de résolution des conflits tels que la médiation, en matière civile (familiale, notamment) ou pénale, par exemple⁵⁵. L'exigence d'un fondement constitutionnel n'est certes pas nécessaire pour permettre au législateur de créer ou, simplement, de tolérer de tels modes alternatifs, mais la disposition constitue probablement un signe en leur faveur. Concrètement, il s'agit notamment de veiller à ce que ces modes alternatifs s'intègrent harmonieusement aux procédures traditionnelles, judiciaires, de résolution des conflits, le législateur étant par exemple appelé à régler la question de la suspension desdites procédures. La disposition l'autorise sans doute aussi à offrir un soutien financier à l'institution de tels modes alternatifs⁵⁶. Il faut noter cependant que sa portée risque de perdre en importance avec l'unification, prévue, des procédures civile et pénale.

B. Conseil de la magistrature et mode de désignation des magistrats

1. Le Conseil de la magistrature

31. Comme indiqué, l'innovation majeure du chapitre sur la justice, et sans doute l'une des plus originales de la nouvelle Constitution fribourgeoise, réside dans l'institution du Conseil de la magistrature, liée à la modification du mode de désignation des magistrats.

L'institution d'un Conseil de la magistrature n'est certes, en soi, pas nouvelle sur la scène constitutionnelle cantonale. Deux cantons ont en effet déjà ancré un tel Conseil dans leur Constitution : Genève, qui

⁵⁵ On mentionnera encore que, à l'instar de la Constitution vaudoise (art. 43 I), la nouvelle Constitution fribourgeoise prévoit par ailleurs, au chapitre du « Conseil d'Etat » et de l'administration, que « le Conseil d'Etat institue, en matière administrative, un organe de médiation indépendant » (art. 119). Sur la disposition analogue de la Constitution vaudoise, voir L. RECORDON, *Tâches de l'Etat et des communes*, in P. MOOR (éd.), *La Constitution vaudoise du 14 avril 2003*, Berne 2004, p. 139-177, spécialement 146-147.

⁵⁶ Voir à ce propos L. RECORDON (note précédente), p. 147.

connaît l'institution depuis 1942 (art. 135⁵⁷), et le Tessin, depuis 1993 (art. 79⁵⁸)⁵⁹. Néanmoins, le rôle et les compétences étendues, sensiblement plus larges que celles de ses homologues genevois et tessinois, que la Constitution fribourgeoise accorde au Conseil de la magistrature font de ce dernier un modèle assez original et innovateur dans le paysage constitutionnel suisse, modèle qui est celui qui se rapproche le plus, à certains égards au moins, de ceux qui existent à l'étranger.

Le constituant fribourgeois a du reste consacré à ce Conseil pas moins de quatre des neuf dispositions qui forment le chapitre sur la justice, ce qui témoigne de la place centrale qu'il a entendu lui reconnaître.

32. Si l'on peut sans doute voir en partie, dans l'institution du « Conseil de la magistrature », une conséquence de la crise qu'a traversée la justice fribourgeoise dans les années 1990 et au début des années 2000⁶⁰, il faut cependant voir aussi que la Constituante a en-

57 Le « Conseil supérieur de la magistrature » genevois avait été institué par une loi du 27 juin 1942, entrée en vigueur le 8 décembre 1942. Il a ensuite fait l'objet d'une profonde réforme à la fin des années 1990 ; une nouvelle loi instituant un conseil supérieur de la magistrature a été adoptée le 25 septembre 1997 et est entrée en vigueur le 27 juin 1998. Sur la composition, les compétences et le fonctionnement du Conseil de 1942 et l'opportunité d'une réforme, voir P. HEYER, *Le Conseil supérieur de la magistrature*, RDAF 1996, p. 331-343.

58 Le « Conseil de la magistrature » tessinois a été institué – en remplacement du conseil de discipline judiciaire prévu par l'art. 47 de l'ancienne Constitution – par une réforme de la loi cantonale d'organisation judiciaire du 5 octobre 1993, avant d'être « ancré » dans la nouvelle Constitution cantonale du 14 décembre 1997. Voir S. CHIESA, *Il Consiglio della magistratura del canton Ticino : ruolo e limiti d'intervento*, in C. L. CAIMI/F. COMETTA/G. CORTI, *Il Ticino e il diritto*, Raccolta di studi pubblicati in occasione delle Giornate dei giuristi svizzeri 1997, Lugano 1997, p. 267-285. Voir également, du même auteur, *Indicazioni giurisprudenziali del Consiglio della magistratura (II) et (III)*, in *Rivista di diritto amministrativo e tributario ticinese*, II-1997, p. 241-245, et II-1998, p. 375-379.

59 On mentionnera en outre que, dans le canton de Neuchâtel, une Commission d'enquête parlementaire, chargée d'examiner les relations entre les pouvoirs exécutif et judiciaire, a proposé elle aussi, dans son rapport du 7 novembre 2003, une révision partielle de la Constitution destinée à ancrer un Conseil de la magistrature. Par ailleurs, le canton du Jura possède également un « Conseil de surveillance de la magistrature », mais de rang légal (institué par les art. 66 ss de la loi d'organisation judiciaire du 23 février 2000) ; voir J. MORITZ, *La nouvelle organisation judiciaire du canton du Jura*, RJJ 2000, p. 181-247, spécialement 244-246.

60 La commission thématique n° 6 de l'Assemblée, qui a proposé l'innovation, s'exprimait ainsi : « ... s'il serait peu judicieux de modifier un système en fonc-

tendu mener – en dépit de l’opposition ou, du moins, des réticences du Tribunal cantonal ⁶¹ – une réforme assez fondamentale. Constatant que le système judiciaire fribourgeois « a fonctionné à satisfaction durant de nombreuses années », mais qu’il « devrait être revu pour tenir compte de l’évolution actuelle, savoir entre autres des causes qui deviennent de plus en plus compliquées, de l’évolution des mentalités, qui font que l’autorité judiciaire aussi est de plus en plus remise en question » ⁶², la commission thématique « Autorités judiciaires et médiation » a estimé qu’il fallait repenser tout le système et non seulement renforcer la surveillance exercée sur les autorités judiciaires. A cette fin, elle a proposé une définition large du rôle du Conseil de la magistrature, lequel serait non seulement doté de compétences en matière de surveillance administrative et disciplinaire, mais également en matière de désignation des magistrats.

33. La Constituante attendait donc du Conseil de la magistrature non seulement qu’il permette la mise en œuvre d’une surveillance effective et efficace des autorités judiciaires et du ministère public, mais aussi qu’il soit le garant de l’indépendance de la justice.

L’art. 125 de la Constitution définit ainsi, tout d’abord, comme l’indique son intitulé, le « rôle » du Conseil, qui est « l’autorité indépendante de surveillance du pouvoir judiciaire », appelée notamment à donner « son préavis lors des élections judiciaires ».

34. Pour ce qui est de la composition du Conseil et de la désignation de ses membres, l’avant-projet issu de la première lecture de la Constituante prévoyait un Conseil formé de sept membres, dont trois

tion de faits qui n’ont connu aucun précédent, et ne connaîtront, on peut l’espérer, aucune suite, l’on doit s’interroger sur le point de savoir si de tels événements ne sont pas dus au système lui-même » (rapport final de décembre 2001, www.fr.ch/constituante/doc/fichiers/rapp_comm/rapp_finaux/C6.doc). Il faut préciser que l’introduction d’un conseil de la magistrature avait, parallèlement, fait l’objet d’une motion Hartmann en novembre 2000.

⁶¹ Dans sa prise de position sur l’avant-projet mis en consultation en avril 2003, suite aux propositions des commissions thématiques, le Tribunal cantonal estimait en effet que l’instauration d’un Conseil de la magistrature est née « dans la précipitation suite aux turbulences connues en juin 2000 » (Synthèse des réponses à la procédure de consultation de septembre 2003, p. 51, www.fr.ch/constituante/doc/fichiers/consultation/resultats/rapport.pdf).

⁶² Rapport final de la commission n° 6, « Autorités judiciaires et médiation », du mois de décembre 2001 (note 60).

seulement seraient des magistrats de l'ordre judiciaire : un membre du Tribunal cantonal, un du Ministère public et un des autorités judiciaires de première instance ; les deux autres pouvoirs seraient également représentés en son sein, par un membre du Grand Conseil et un autre du Conseil d'Etat ; enfin, les deux derniers membres seraient des personnalités extérieures au monde politique, l'une issue de l'Ordre des avocats fribourgeois et l'autre titulaire d'une chaire de la Faculté de droit de l'Université (art. 141 I de l'avant-projet). Tous ces membres seraient élus par le Grand Conseil, sur proposition de l'autorité ou du groupe de personnes qu'ils représentent, pour une période de cinq ans, renouvelable une fois (art. 141 II et III). Le texte adopté en deuxième lecture et qui l'a emporté au final (art. 126) n'a pas modifié cette composition, si ce n'est pour ajouter aux sept évoqués ci-dessus « deux autres membres », de provenance non spécifiée, mais également désignés par le Grand Conseil, sur proposition du Conseil lui-même ⁶³.

Si on compare cette composition avec celles de ses homologues genevois et tessinois, on constate qu'elle est assez semblable quant au nombre des membres : le Conseil genevois compte onze membres, le « Consiglio della magistratura » tessinois sept.

35. En revanche, les différences sont assez sensibles quant à la provenance et au mode de désignation de ces membres. A Genève, les représentants de l'ordre judiciaire sont majoritaires au sein du Conseil et ils sont désignés d'office ou par leurs pairs : au président de la Cour de justice, qui préside le Conseil, et au procureur général, tous deux désignés ès fonctions, s'ajoutent quatre magistrats de carrière ou anciens magistrats de carrière du pouvoir judiciaire, élus par leurs pairs ⁶⁴, trois membres désignés par le Conseil d'Etat en fonction de leurs qualités personnelles et deux avocats au barreau ⁶⁵ ; hormis les

⁶³ Art. 126 I, lettre h, et 126 II *in fine*.

⁶⁴ Conformément à l'art. 2, lettre c, de la loi instituant un conseil supérieur de la magistrature, du 25 septembre 1997, ces représentants sont élus par les magistrats de carrière du pouvoir judiciaire en fonction, les juges titulaires de la Cour de cassation étant assimilés à des magistrats de carrière. Ils sont élus au bulletin secret et par correspondance, à la majorité relative des suffrages exprimés (voir aussi l'art. 1^{er} du règlement relatif à l'élection de certains membres du conseil supérieur de la magistrature, du 8 juin 1998).

⁶⁵ Ces deux avocats sont élus par les avocats inscrits au registre, au bulletin secret et par correspondance, à la majorité relative des suffrages exprimés (voir l'art. 2, lettre e, de la loi précitée [note précédente] et l'art. 2 du règlement également précité).

deux premiers, les membres du Conseil ont un mandat de trois ans, renouvelable.

Au Tessin quatre des sept membres sont élus par le Grand Conseil et trois par la magistrature elle-même. La loi institue un système de suppléance (avec cinq suppléants au total) et elle fixe à six ans la durée du mandat des membres du Conseil, mandat qui est renouvelable une fois⁶⁶. Les trois représentants du pouvoir judiciaire – ainsi que deux suppléants – sont élus par l’assemblée des magistrats à plein temps, à la majorité relative et en présence de deux tiers de ses membres. C’est également cette assemblée qui désigne, parmi les trois représentants qu’elle a élus, le président et le vice-président du Conseil, lesquels restent en fonction pour six ans⁶⁷. Les quatre membres – et trois autres suppléants – désignés par le Grand Conseil sont choisis parmi les autres magistrats, anciens magistrats ou autres citoyens actifs, la loi précisant que deux membres (et un suppléant) au maximum peuvent être choisis parmi les avocats inscrits au barreau⁶⁸.

36. C’est probablement en ce qui concerne ses compétences que le Conseil de la magistrature fribourgeoise se distingue le plus de ses homologues genevois et tessinois. Alors que ces derniers ont pour attribution essentielle ou en tout cas principale d’exercer la surveillance administrative et le pouvoir disciplinaire sur les magistrats, le Conseil fribourgeois a pour sa part des compétences de deux ordres. Comme indiqué, en effet, la Constituante entendait le doter de compétences en matière de surveillance administrative et disciplinaire, mais également en matière de désignation des magistrats.

Ainsi, la Constitution prévoit tout d’abord que le Conseil de la magistrature « est chargé de la surveillance administrative et disciplinaire du pouvoir judiciaire et du Ministère public » (art. 127 I). Elle lui permet de « déléguer au Tribunal cantonal la surveillance administrative des autorités judiciaires de première instance » (art. 127 II). Elle l’oblige en outre à renseigner « annuellement le Grand Conseil sur son activité » et à en faire « de même chaque fois que cette autorité le demande » (art. 127 III).

⁶⁶ Art. 78 III de la loi d’organisation judiciaire civile et pénale, du 24 novembre 1910 (selon révision du 14 décembre 1998).

⁶⁷ Voir l’art. 78a III de la loi précitée (note précédente).

⁶⁸ Art. 79 de la loi précitée (note 66).

37. Mais le Conseil a aussi, parallèlement à cette activité de surveillance administrative et disciplinaire, une fonction importante – et relativement nouvelle dans le paysage suisse ⁶⁹ – en matière d'élection des magistrats. Aux termes de l'art. 128, en effet, le Conseil de la magistrature « préavis à l'intention du Grand Conseil les candidatures aux postes du pouvoir judiciaire et du Ministère public, en se fondant sur la formation, l'expérience professionnelle et les qualités personnelles des candidates et des candidats ».

Il faut noter que la commission thématique de la Constituante proposait d'aller plus loin, en conférant au Conseil non seulement le soin de sélectionner, à l'intention du Grand Conseil et par le biais d'une décision définitive, les candidats aux postes de juge cantonal et de procureur général, mais aussi d'élire lui-même, directement, les autres membres du pouvoir judiciaire ainsi que les substituts du procureur général. Aux yeux de la commission, cette intervention du Conseil de la magistrature dans la désignation des magistrats devait permettre une « dépolitisation » des fonctions judiciaires et assurer ainsi que les meilleures candidatures seraient retenues. La Constituante n'a cependant pas suivi cette proposition, mais la minorité de sa commission qui souhaitait que toutes les candidatures à un poste de juge au Tribunal cantonal soient soumises, sans tri préalable, au Grand Conseil et que le Conseil de la magistrature ne procède dès lors pas à une véritable sélection, mais délivre simplement un préavis, et cela pour tous les magistrats.

2. *La modification du mode de désignation des magistrats*

38. Il faut préciser cependant que la Constituante n'a pas seulement institué ce préavis du Conseil de la magistrature s'agissant de

⁶⁹ On rappellera cependant que la Constitution vaudoise du 14 avril 2003, si elle n'institue pas un Conseil de la magistrature, crée néanmoins une institution nouvelle chargée d'une fonction analogue à celle confiée au Conseil fribourgeois : une « commission de présentation », composée de députés et d'experts indépendants désignés par le Grand Conseil, chargée de donner son préavis à ce dernier en ce qui concerne l'élection des juges et des juges suppléants du Tribunal cantonal, ainsi que des membres de la Cour des comptes (art. 131 et 166 I Cst. VD). Voir aussi, sur la question, et notamment pour le nouveau système adopté dans le canton du Tessin, l'ouvrage édité par S. BIANCHI/M. BORGHI/J. NOSEDA/L. PEDRAZZINI/P.-CH. WEBER, *L'indipendenza del giudice nell'ambito della procedura di elezione*, in particolare nel Cantone Ticino, Atti della giornata di studio del 17 settembre 2003, Bâle/Genève 2004.

l'élection des magistrats de l'ordre judiciaire, mais qu'elle a aussi sensiblement modifié le système même de l'élection de ces magistrats, ce qui confère au préavis une importance accrue.

Jusqu'ici, la Constitution cantonale prévoyait, pour les magistrats de l'ordre judiciaire – comme d'ailleurs pour les membres des deux autres pouvoirs – une durée de charge de cinq ans⁷⁰. Le système fribourgeois ne se distinguait donc pas fondamentalement – si ce n'est par la durée de *cinq* ans – du modèle en vigueur un peu partout en Suisse pour la désignation des magistrats, modèle que l'on peut caractériser comme suit, pour reprendre la synthèse qui en a été proposée à l'issue d'un colloque récent sur la question⁷¹ :

« En Suisse, les juges sont élus pour une période de fonction limitée, ce qui constitue une particularité dans l'espace juridique européen. En règle générale, ils sont élus par les parlements ou directement par le peuple, sur proposition des groupes ou des partis politiques qui sont représentés dans les parlements [...] Au terme de leur période de fonction, généralement d'une durée de quatre ou de six ans, les juges doivent poser leur candidature à une réélection par le parlement ou le peuple. A ce 'système de la justice de milice' découlant de la tradition démocratique suisse correspond l'image d'un juge qui est 'l'un des nôtres', issu du peuple, et qui met son savoir, ses compétences et sa personne au service de la communauté. Le juge n'est pas attaché à son siège [Sesselkleber], mais est prêt à prendre des responsabilités et à s'investir pour une justice indépendante qui n'est au service que du droit édicté par voie démocratique.

« Face à autant de tradition et d'idéalisme, on ne peut que se poser certaines questions critiques : ce système d'élection ne représente-t-il pas un danger pour l'indépendance des juges ? Ou de manière moins radicale : quels sont les dangers qui découlent de ce système d'élection pour l'indépendance des juges ? Et en définitive : est-ce qu'il y a de bonnes raisons pour réformer ce système d'élection ou même le supprimer ? »

⁷⁰ Voir les art. 39, 50 I et 60 aCst.

⁷¹ Voir, sous le titre « L'élection des juges », le rapport établi par S. PÖDER (et traduit par M. MOSER-SZELESS) sur la Journée organisée par la Faculté de droit de l'Université de Lucerne le 7 novembre 2003, RDAF 2004, p. 102-113, spécialement 102. Voir aussi l'ouvrage cité note 69.

39. Les pressions récentes, plus ou moins directes, exercées au travers des médias par les membres de certains partis en ce qui concerne la réélection des juges du Tribunal fédéral montrent que ces questions ne sont pas illégitimes. Quoi qu'il en soit, avant même ces événements, la Constituante fribourgeoise avait tranché en faveur d'une réforme du système.

L'art. 121, qui porte l'intitulé « Indépendance », et dont l'alinéa premier affirme que « l'indépendance du pouvoir judiciaire est garantie », prévoit à son alinéa II que les membres du pouvoir judiciaire et du Ministère public sont, certes, toujours « élus » par le Grand Conseil, mais qu'ils le sont « pour une durée indéterminée »⁷².

Le changement est notable dans le paysage judiciaire helvétique, puisque cela signifie qu'une fois élus, les magistrats ne sont plus soumis à réélection périodique. En d'autres termes, la nouvelle Constitution fribourgeoise maintient l'institution de l'élection des magistrats mais supprime celle de leur réélection périodique⁷³. Le rapport précité (au no 38 ci-dessus) voit dans ce changement « une voie nouvelle pour la Suisse dans le domaine de l'élection des juges. Pour la première fois, il est prévu dans un canton que les membres du pouvoir judiciaire et du Ministère public sont élus pour une durée indéterminée (...), afin de mieux garantir leur indépendance ». Il estime que ce « 'modèle fribourgeois' prévu par la Constitution peut être considéré comme un essai réussi de lier les anciens acquis à des innovations susceptibles de durer »⁷⁴. L'innovation fribourgeoise rapproche en tous les cas le « modèle » suisse de la légitimation démocratique de la justice du modèle de tradition anglaise, assez répandu à l'étranger, de l'inamovibilité des juges – sous réserve d'une procédure de destitution dans des cas exceptionnels⁷⁵.

⁷² C'est l'art. 103 I, lettre e, qui prévoit la compétence du Grand Conseil.

⁷³ La Constitution ne change rien, évidemment, pour les membres des deux autres pouvoirs, dont la durée de charge demeure limitée à cinq ans (voir les art. 106 II et 120 III).

⁷⁴ Rapport précité (note 71), p. 112.

⁷⁵ Voir notamment, pour ce modèle et d'autres exemples, R. KIENER, *Richterliche Unabhängigkeit, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte*, Berne 2001, p. 280.

40. La seconde phrase de l'art. 121 II ajoute que les membres du pouvoir judiciaire et du Ministère public « peuvent être révoqués par l'autorité d'élection dans les seuls cas prévus par la loi »⁷⁶.

Ainsi, les magistrats seront élus par le Grand Conseil, sur préavis du Conseil de la magistrature, pour une durée indéterminée, et ils ne pourront être révoqués, par le même Grand Conseil, que dans les cas prévus par la loi. Il appartiendra donc à la loi (formelle) de déterminer les conditions dans lesquelles une révocation est possible, ainsi que de fixer les modalités de la procédure de révocation, notamment de déterminer le rôle qui incombera, à cet égard, au Conseil de la magistrature, autorité chargée de la surveillance et du pouvoir disciplinaire sur les magistrats.

41. On terminera par une observation qui ne touche qu'indirectement le chapitre sur la justice, mais qui manifeste là aussi une certaine ouverture. S'il a refusé l'éligibilité des étrangers au plan cantonal, le constituant a néanmoins prévu que la « loi peut permettre l'accès aux fonctions de l'ordre judiciaire aux personnes de nationalité étrangère qui sont domiciliées dans le canton depuis au moins cinq ans et au bénéfice d'une autorisation d'établissement »⁷⁷.

⁷⁶ La précision de la fin de la phrase (« dans les seuls cas prévus par la loi ») a été ajoutée en deuxième lecture.

⁷⁷ Art. 86 II. On peut en rapprocher l'art. 47, 2^{ème} phrase, Cst. NE.

ASPECTS RÉDACTIONNELS REDAKTIONELLE ÜBERLEGUNGEN

Antoinette de Weck

Avocate, constituante, présidente de la Commission de rédaction

Monika Bürge-Leu

Rechtsanwältin und Mediatorin, Verfassungsrätin, Vizepräsidentin der Redaktionskommission

INTRODUCTION

La qualité rédactionnelle de la nouvelle Constitution a été une préoccupation constante de ses auteurs. Le défi était d'autant plus exigeant qu'il s'agissait de présenter deux versions, une française et une allemande, d'un même texte. La Constituante avait conçu dans ce sens la composition de sa Commission de rédaction. Celle-ci s'est mise à l'œuvre à l'automne 2002. Elle a pu s'appuyer sur les travaux du Secrétariat, en particulier des conseillers juridiques.

Im ersten (französischen) Teil dieses Beitrags werden Rolle und Arbeitsweise der Redaktionskommission erörtert. Daraus geht nicht nur hervor, dass die Grenzziehung zwischen den formellen Aspekten und dem Inhalt eines Textes ein schwieriges Unterfangen ist, sondern auch, dass es nicht möglich ist, alles vorausszusehen: Die Redaktionskommission verdankt es ihrer Anpassungsfähigkeit und dem Vertrauen des Plenums, dass sie ihre Aufgabe erfolgreich auszuführen vermochte.

La seconde partie (en allemand) est consacrée aux qualités attendues du texte constitutionnel et à la façon de les obtenir. Clarté de la structure, intelligibilité et densité du langage, respect de l'égalité des sexes : les objectifs étaient multiples. Mais le plus ambitieux résidait sans doute dans la concordance entre le texte français et le texte allemand. Commission et conseillers juridiques y sont parvenus en oscillant entre la corédaction et la rédaction parallèle.

I. RÔLE DE LA COMMISSION DE RÉDACTION

A. Base légale et sens de l'à-propos

Le Règlement du 4 octobre 2000 de la Constituante ne contient qu'une disposition, à savoir l'article 24, qui traite de la Commission de rédaction et indirectement de la rédaction de la nouvelle Constitution. Ce cadre légal assez élastique a permis à la Constituante, plus spécialement à son Bureau et à la Commission de rédaction, de réagir rapidement face aux imprévus qui ne pouvaient manquer de surgir vu le caractère exceptionnel de la tâche. Grâce à la bonne collaboration entre le secrétariat et ladite Commission, la rédaction de notre Constitution a pu suivre le rythme rapide imposé à la Constituante.

B. Premiers travaux de la Constituante

1. La méthode adoptée

Lors du premier plénum, en mai 2000¹, le constituant Félicien Morel du groupe « Ouverture » proposa que la Constituante entamât ses travaux à partir d'un avant-projet et non pas d'une feuille blanche. Selon le motionnaire, il ne fallait « pas interpréter cette proposition comme un geste de défiance face à la Constituante. Bien au contraire, il s'agit tout simplement, pour nous, de démontrer que nous sommes capables de faire preuve d'efficacité. Il va de soi que l'efficacité postule une certaine aide logistique qui pourrait, par exemple, nous venir du groupe de pilotage² qui, lui, pourrait mandater les experts qui ont élaboré les cahiers d'idées que nous avons tous vantés très souvent, aujourd'hui et en d'autres circonstances ». Cette proposition, soutenue uniquement par les groupes « Ouverture » et PCS, n'obtint pas la majorité, plusieurs opposants l'estimant prématurée. Lors de la session de septembre 2000, le groupe PDC tenta de revenir sur cette décision³. Il n'obtint pas plus de succès. Ultérieurement, cette décision,

¹ BOC 2000, p. 49 ss.

² Institué par le Conseil d'Etat, le Comité de pilotage était formé d'experts et de hauts fonctionnaires et présidé par le Directeur des institutions, Pascal Corminboeuf.

³ Proposition de Claude Schenker, BOC 2000, p. 179 ss.

lourde de conséquences, fut souvent regrettée! Avec ce premier choix, la Constituante n'avait certainement pas choisi la voie de la facilité.

Par ordonnance du 31 janvier 2001, la Constituante institua ses commissions thématiques. L'art. 3 disposait que les commissions thématiques devaient remettre au Bureau un rapport présentant leurs propositions au plus tard le 31 décembre 2001.

Dans le message qui accompagnait cette ordonnance, le Bureau de la Constituante a précisé que les rapports que devaient remettre les commissions thématiques « ne sont pas des avant-projets de chapitres de la Constitution rédigés. Il s'agit de thèses et de propositions ».

Cette notion de thèse a été sujette à diverses interprétations variant d'une commission à l'autre, voire d'un constituant à l'autre. Le souci légitime du Bureau, d'éviter que les commissions perdissent du temps à la rédaction des décisions prises, a eu pour conséquence de rendre les volontés de celles-ci moins facilement discernables (cf. ci-après pt 3 « Des thèses aux articles »).

2. De la théorie à la pratique...

Comme prévu, les commissions thématiques élaborèrent leur rapport pour décembre 2001 et, de janvier à mai 2002, le plénum examina les thèses approuvées par les commissions.

Selon le message accompagnant l'ordonnance relative à la planification-cadre des travaux⁴, à ce stade « les délibérations devraient consister dans un débat ouvert, sans nécessairement que des options soient arrêtées, mais que celles-ci soient formulées en vue de la préparation d'un 'dossier' qui sera soumis à une large procédure de consultation. Il va de soi enfin que, selon l'avancement des travaux, la forme et le contenu de ce dossier seront précisés ». Or, même si le débat fut très large, il aboutit à des votes sur chaque thèse et sur des amendements à la plupart d'entre elles. Ainsi, parmi plus de 400 thèses présentées, le plénum en adopta 391. Vu les positions très marquées prises lors de cette lecture, surgit alors la question de savoir s'il fallait suivre la procédure prévue par l'ordonnance, c'est-à-dire mettre en consultation toutes les thèses, même celles qui avaient été refusées. Il

⁴ BOC 2001, p. 91-93.

apparaissait qu'une consultation portant à la fois sur les thèses acceptées et celles refusées ne permettrait pas aux citoyens de se faire une idée de ce que serait finalement le contenu de la future Constitution. Une motion d'ordre ⁵ demandant que les thèses soient transformées en articles avant la procédure de consultation fut déposée par le PDC. Alors qu'elle était contestée par la gauche, la majorité du plénum l'accepta.

On peut en conclure que même des questions d'organisation du travail donnent lieu à des affrontements politiques, les partis de gauche estimant que la lumière naîtrait du brassage d'idées, la droite accordant plus de vertu à l'ordre !

3. *Des thèses aux articles*

Les conseillers juridiques de la Constituante, MM. Pierre Scyboz et Tarkan Göksu eurent la lourde tâche de transformer les 391 thèses en articles, rédigés parallèlement dans les deux langues officielles cantonales. La brièveté du temps disponible pour exécuter ce travail a certainement constitué la plus grande contrainte à laquelle ils furent soumis. Ils ne disposaient en effet que de deux mois, à mi-temps.

Dans une première étape, le conseiller Tarkan Göksu regroupa les thèses selon des thèmes et put en dégager trois projets de structure. Ensuite, les thèmes furent divisés par le nombre de jours à disposition. Il en résulta une moyenne de 8 articles par jour. Chaque article était travaillé simultanément dans les deux langues officielles. Si un article présentait une difficulté plus grande, chaque conseiller juridique le travaillait seul, dans sa langue, et les solutions trouvées étaient ensuite comparées.

Pour ce travail, les auteurs se soucièrent avant tout d'être concis. Ils suivirent quelques règles : des titres courts, une structure par des titres médians pour les articles traitant d'un même sujet, une phrase par alinéa et, en principe, pas plus de trois alinéas par article.

Comme cela a été relevé précédemment, une des plus grandes difficultés fut d'interpréter le contenu des thèses. Si certaines thèses pouvaient, après quelques retouches rédactionnelles, se glisser faci-

⁵ BOC 2002, p. 308 à 326.

lement dans le moule d'un article constitutionnel – par ex. la thèse 1.6.1 : « Le français et l'allemand sont les langues officielles » – d'autres thèses nécessitaient une réécriture complète, comme la thèse 4.1 : « Introduction de la motion populaire au niveau cantonal ». D'autres rendaient mal la volonté de leurs auteurs. Ainsi la thèse 3.38 : « La répartition des tâches publiques entre le canton et les communes privilégie l'intérêt des individus et des communautés concernées, le besoin de qualité et de proximité des services rendus et tient compte de l'efficacité économique ».

Les conseillers juridiques réussirent à s'acquitter de leur travail dans le délai fixé et, en septembre, purent soumettre leur avant-projet au Professeur Marco Borghi de l'Université de Fribourg. Cet expert l'examina sous l'angle de la conformité au droit supérieur, de la qualité formelle et de la portée de certaines notions juridiques. Ses remarques qui touchaient des questions de fond furent transmises aux commissions thématiques. Son avis était globalement très positif.

C. Entrée en scène et travail de la Commission de rédaction

1. Nomination et tâches

Le 25 juin 2002, le Bureau de la Constituante désigna les membres de la Commission de rédaction.

Selon l'art. 24 du Règlement, cette dernière devait être formée de deux sous-commissions. La sous-commission francophone fut composée de : Pierre Aeby (PS/FV), ancien conseiller d'Etat et conseiller aux Etats (jusqu'à sa démission de la Constituante en février 2003), Jean Baeriswyl (PDC/FV), ancien recteur du Collège St-Michel, Michel Bavaud (Cit./SC), ancien directeur de l'Ecole normale, Yvonne Gendre (PS/GR), conservatrice du registre foncier puis juge d'instruction, Pierre-André Liniger (UDC/BR), commerçant, Maurice Reynaud (Ouv./SC), enseignant retraité, Noël Ruffieux (PCS/SC), ancien proviseur du Collège Ste-Croix, Philippe Vallet (PDC/GR), président de tribunal, et Antoinette de Weck (PRD/FV), titulaire du brevet d'avocat, présidente de ladite commission. Quant à la sous-commission germanophone, elle comprenait : Monika Bürge-Leu (PDC/SE), avocate, vice-présidente de la Commission de rédaction, Claudine Brohy (Cit./FV), linguiste, Joseph Buchs (PDC/GR), chef de service à la retraite, Patrik Gruber (PS/SE), vice-président de la

Chambre pénale des mineurs, Anna Petrig (PS/SE), juriste, Robert Sturny (PCS/SE), anc. lieutenant de préfet, et Fabian Vollmer (PRD/SE), juriste.

Les missions de la Commission de rédaction étaient définies par l'article 24 du Règlement, à savoir « vérifier les textes et en arrêter la version définitive avant le vote final ; veiller à ce que les textes soient intelligibles et concis, s'assurer qu'ils sont conformes à la volonté de la Constituante et vérifier leur concordance dans les deux langues officielles. Elle ne procède à aucune modification de fond. (...) »

A ce premier stade, la Commission de rédaction eut pour tâche principale de vérifier si les 157 articles de l'avant-projet rédigé par les conseillers juridiques correspondaient aux 391 thèses approuvées par le plénum.

2. *Organisation et principes*

Lors de la première réunion de la Commission de rédaction, il fut décidé que les deux sous-commissions travailleraient séparément durant les trois premières séances et que la dernière serait consacrée à la mise en concordance des deux textes. Entre les séances, un petit groupe de travail composé des deux présidentes, des deux conseillers juridiques et du secrétaire général devait comparer les modifications apportées séparément aux deux versions et trouver des solutions concordantes pour les deux textes.

Or, dès sa première séance, le groupe de travail constata la difficulté de faire à nouveau concorder ce qui avait été désaccordé. Il fut alors décidé que, si aucune autre solution satisfaisant tant les germanophones que les francophones n'était trouvée, on conserverait la solution proposée par les deux conseillers juridiques.

Malgré cela, la commission dut se rendre à l'évidence : si quatre séances pouvaient suffire pour le travail en sous-commission, une journée ne suffirait pas pour trouver des solutions qui pourraient satisfaire les deux sous-commissions. Le groupe de travail dressa alors une liste des articles selon leur degré de priorité : tout d'abord ceux qu'il lui semblait indispensable de soumettre à l'ensemble de la commission, puis ceux où cette nécessité était moins apparente et enfin ceux qu'il était inutile de débattre en séance plénière, les articles non débattus étant traités par le groupe de travail.

3. *Examen de la transformation des thèses en articles*

En plus de la concordance des versions allemande et française, le travail de la commission fut de vérifier que « l'esprit des thèses », c'est-à-dire que ce qu'avait voulu le plénum se trouvait bien dans l'avant-projet rédigé par les conseillers juridiques. Voici quelques exemples :

– L'article 2 al. 2 AP (art. 2)⁶ prenait sa source à deux thèses, l'une qui affirmait que « la capitale est Fribourg » et l'autre « Le nom de la capitale est Fribourg en français et Freiburg en allemand... ». Les conseillers juridiques proposèrent : « La capitale est Fribourg ». Vou-lant être le plus près possible de la volonté de la Constituante, après la lecture des multiples interventions en plénum sur cette question⁷, la Commission de rédaction préféra mentionner les deux noms dans chaque version et choisit cette formulation : « Sa capitale est Fribourg, *Freiburg* en allemand ».

– Le principe d'équité de la thèse 1.3.6 n'a pas été repris à l'article 57 AP (art. 52), la Commission de rédaction faisant sien l'argument des conseillers juridiques selon lequel il était difficile de donner un contenu juridique à ce principe.

– A l'article 102 AP (art. 92) qui traite d'un acte du Grand Conseil déclaré urgent, les conseillers juridiques ont rajouté un second alinéa qui n'était contenu dans aucune thèse mais qui règle le cas particulier de l'acte soumis au référendum. La Commission de rédaction a approuvé ce rajout.

4. *Rapport de la Commission de rédaction*

Le 8 novembre 2002, la Commission de rédaction envoyait l'avant-projet avec son rapport aux huit commissions thématiques en leur demandant de préciser certaines questions de fond, précisions indispensables pour donner aux articles en cause une forme adéquate. Parmi les 18 articles renvoyés aux commissions, trois exemples :

– Est-ce que la Commission 2 approuvait que toute censure fût interdite même si la thèse en cause ne mentionnait que la censure préalable ?

⁶ Les articles entre parenthèses renvoient à la Constitution acceptée le 16 mai 2004.

⁷ BOC 2002, p. 37-40.

- La Commission de rédaction demanda à la Commission 3 si la neutralité de l'enseignement ne devait pas s'appliquer qu'aux écoles publiques.
- Elle pria la Commission 5 de se prononcer sur le caractère contraignant ou non du mandat de l'article 112 AP (art. 98).

Elle renvoya ainsi 18 articles aux commissions thématiques. Sur ces 18 articles, cinq ont été directement modifiés par les commissions thématiques selon les remarques de la Commission de rédaction, et pour un autre article, la commission thématique concernée a prié la Commission de rédaction de réécrire l'article en cause. Cinq autres articles ont été acceptés tels quels par les commissions thématiques. Les 7 autres articles concernaient des questions de fond et les commissions thématiques ont maintenu leur position.

5. *Première lecture de l'avant-projet*

La première lecture se déroula du 21 janvier au 21 mars 2003, à raison de cinq séances d'un demi-jour par mois.

Au début de la première séance, le président annonça que la présidente ou la vice-présidente de la Commission de rédaction pourrait intervenir directement après le rapporteur de la commission thématique si elle le jugeait utile, ce que fit la présidente à plusieurs reprises.

A la fin de la première lecture, le Bureau déclara la Commission de rédaction compétente pour la formulation définitive de l'avant-projet avant que ce dernier ne fût mis en consultation. La consultation commençant en avril, il n'était en effet matériellement plus possible de soumettre l'avant-projet corrigé aux commissions thématiques.

La Commission de rédaction eut besoin de deux séances pour effectuer son travail. Elle décida de travailler en commission plénière, estimant qu'elle pourrait ainsi tout de suite assurer la concordance entre les deux versions.

Durant ces deux séances, elle travailla parallèlement les deux textes, en utilisant un « beamer » qui projetait côte à côte les articles dans les deux langues ainsi que les modifications proposées en cours de séance. Elle examina ainsi les articles qui lui avaient été renvoyés, les amendements acceptés par le plénum ainsi que les propositions émanant directement de ses membres, soit en tout 44 articles.

L'avant-projet corrigé fut mit en consultation tel quel, sans que le Bureau n'eût besoin d'y apporter des corrections, à une exception près ⁸.

6. *Procédure de consultation*

La procédure de consultation a suscité pas moins de 2565 réponses individuelles ou collectives. Chaque commission thématique s'est réunie avant la seconde lecture et a examiné dans quelle mesure il fallait tenir compte des remarques la concernant qui ressortaient de la procédure de consultation.

Les rapports très circonstanciés rendus par le Conseil d'Etat et le Service de législation mettaient le doigt sur des problèmes de forme et de structures ainsi que sur des questions juridiques qui nécessitaient une réponse claire de la Constituante. Les conseillers juridiques ont, à cet effet, rencontré à deux reprises les responsables du Service de législation. Le résultat de ces entretiens fut soumis à la Commission de rédaction. Celle-ci fut autorisée par le Bureau à intégrer directement dans le texte les modifications de détails, les changements plus importants devant être présentés sous forme d'amendements. Elle modifia ainsi 43 articles et proposa 7 amendements.

Elle examina, en outre, les propositions d'amendements déposées par les commissions thématiques. Elle s'est même autorisée à intégrer directement ces propositions lorsqu'elle les estimait justifiées et que celles-ci ne concernaient que la forme. Enfin, les commissions thématiques ont prié la Commission de rédaction de trancher pas moins de quinze questions, acceptant par avance la décision qu'elle prendrait.

7. *Les deuxième et troisième lectures*

Durant la seconde lecture, sur les 7 amendements déposés par la Commission de rédaction, 6 ont été acceptés et l'un a suivi la chute de l'article auquel il avait trait. 16 articles ont été transmis à la Commission de rédaction pour réexamen.

Avant la troisième lecture, la Commission de rédaction a apporté des modifications formelles à 40 articles. Un seul de ces changements

⁸ Suppression de la mention des préfets aux art. 52 (art. 40), 96 (art. 87) et 98 (art. 88) et report dans les dispositions transitoires, afin d'adapter l'ensemble de l'AP à l'art. 152 (art. 136).

a suscité des interventions de la part de plusieurs constituants : à l'article 6 al. 2, les deux points avaient été remplacés par un point-virgule. Il en résultait que la seconde partie de l'alinéa perdait sa qualité d'explication du principe de territorialité. Face à ces remarques justifiées, la Commission de rédaction a réintroduit les deux points.

Après la troisième lecture, la Commission de rédaction put encore modifier le projet de Constitution, ce qu'elle fit pour 24 articles. Lors de la séance finale, une seule des modifications suscita un vote, qui confirma la solution choisie.

D. Evaluation du rôle et du travail de la Commission de rédaction

Finalement, la Commission de rédaction aura tenu 12 séances, dont la moitié d'un demi-jour et l'autre moitié d'un jour. Comme le secrétariat et le Bureau, elle constituait un des « moteurs » qui continuait à tourner entre les séances du plénum.

De peu défini au départ, le rôle de la Commission de rédaction a, au fil de l'élaboration de notre Constitution, pris de l'importance et elle a su asseoir son autorité. De par sa fonction et contrairement aux commissions thématiques, elle était la seule à avoir une vue sur l'ensemble du projet. Formée essentiellement de spécialistes de la langue et de juristes qui ont fait passer l'amour de leur langue avant des considérations politiques, elle eut comme premier souci de donner à ce texte fondamental une forme claire et concise qui puisse résister aux assauts du temps. Soumise à la volonté de la Constituante, elle n'a pas toujours pu éviter certains néologismes ou des tournures qui trahissent la sensibilité de la société actuelle.

La Commission de rédaction a aussi servi de lien entre le plénum et les membres du secrétariat. Ceux-ci ont souvent apporté les arguments sur lesquels la Commission de rédaction a, ensuite, fondé ses prises de position devant le plénum.

L'objectivité et le sérieux de ses avis ont conquis la confiance des constituants qui, au fil des lectures, ont de moins en moins hésité à lui transmettre certaines de leurs propositions plutôt que de les soumettre au vote du plénum. Il est même advenu que la Commission de rédaction ait dû refuser certaines transmissions car elles concernaient des

questions de fond. N'a-t-on pas entendu un membre de la Commission de rédaction se plaindre, en plénum, de cette attitude quelque peu paresseuse de certains constituants qui déversaient leurs doutes ou questions sur la Commission, comme dans « une corbeille à papier »⁹ ?

La Commission de rédaction a toujours joué la carte de la transparence. Toutes les modifications apportées directement dans le texte étaient récapitulées dans une liste, ce qui en facilitait le contrôle. Cette rigueur a grandement facilité le travail au sein de ladite commission, les membres opposés à une modification étant assurés que celle-ci pourrait être facilement repérée par d'autres constituants et faire l'objet d'une proposition d'amendement.

Le renvoi à la Commission de rédaction a permis d'éviter que le plénum ne perdît du temps sur des questions de langue ou de structure. La confiance que les constituants ont accordé à la Commission de rédaction a été un des facteurs qui ont permis à la Constituante de terminer ses travaux dans les délais prévus.

E. Réflexion finale : pas de forme sans fond

Le vieil adage selon lequel « ce qui se conçoit bien s'énonce clairement et les mots pour le dire arrivent aisément » est souvent revenu à l'esprit des membres de la Commission de rédaction, tant la forme est intrinsèquement liée au fond.

Comme cela a été relevé ci-dessus (Chap. I, lit. B ch. 3), la volonté du plénum ne transparaisait pas toujours très clairement dans certaines thèses, puis dans certains articles. Il ne pouvait pas en être autrement puisque les thèses étaient le résultat de débats et de compromis au sein de commissions réunissant des constituants de diverses tendances politiques. Les modifications et les ajouts successifs nécessaires pour obtenir une majorité au plénum ont aussi contribué à l'opacité des articles adoptés.

La lecture des procès-verbaux des séances des commissions thématiques ainsi que de celles du plénum a été le seul et le plus sûr

⁹ Intervention du constituant Michel Bavaud, 14 novembre 2003 (BOC 2003, p. 641).

moyen pour trouver la volonté contenue dans les thèses ou les articles acceptés.

Une fois la volonté du plénum éclaircie, fallait-il encore lui donner la forme la plus légère qu'autorisait le contenu juridique. La commission n'a pas hésité à donner de grands coups de rabots pour supprimer redites, redondances et fioritures. Ce souci d'élégance a parfois donné lieu à des coups de ciseau intempestifs. Lors de sa toute dernière séance, la Commission de rédaction n'était-elle pas sur le point de supprimer à l'art. 40 l'expression « qui ont la citoyenneté active en matière cantonale » lorsqu'elle s'aperçut, grâce à la vigilance d'un de ses conseillers juridiques, que cela rendrait éligibles les enfants !

Comme quoi le style de Giacometti reste réservé à la sculpture !

II. ANFORDERUNGEN AN DEN TEXT

A. Allgemeines

Was allgemein bei der Redaktion von Gesetzestexten zu beachten ist, gilt umso mehr, wenn es darum geht, eine neue Verfassung zu redigieren. Grundlegend und auf Dauer angelegt, soll die Verfassung allgemein verständlich, kurz, klar und zeitgemäss sein. Für einen zweisprachigen Kanton besteht eine zusätzliche Herausforderung darin, die Verfassung gleichzeitig in beiden Amtssprachen zu erarbeiten. Der Freiburger Verfassungsrat hat sich im Verlauf seiner Arbeit verschiedentlich Gedanken zur Redaktion der neuen Verfassung gemacht. In seiner Geschäftsordnung hat er die Prüfung der Texte einer aus zwei Unterkommissionen zusammengesetzten Redaktionskommission übertragen, die darauf zu achten hat, dass die Texte verständlich und prägnant abgefasst sind, den Willen des Verfassungsrats wiedergeben und in den beiden Sprachen übereinstimmen¹⁰. Die folgenden Ausführungen beleuchten die neue Verfassung aus dem Blickwinkel dieser Anforderungen.

¹⁰ Art. 24 der Geschäftsordnung des Verfassungsrats des Kantons Freiburg.

B. Verständliche und prägnante Texte

1. Grundsätzliches

Ob ein Verfassungstext verständlich und prägnant ist, hängt von seiner Struktur, seiner Regelungsdichte und insbesondere von der verwendeten Sprache ab. Die beiden juristischen Berater waren beim Umgestalten der 391 Thesen in einen Verfassungstext bezüglich Gliederung und Sprache relativ frei. Was die Regelungsdichte anbelangt, hatten sie sich jedoch sehr eng an die vom Verfassungsrat angenommenen Thesen zu halten, die alle ihren Platz im Vorentwurf finden mussten. Es zeigte sich bei der Bearbeitung im Plenum, dass die Vorstellungen von einem verständlichen und prägnanten Verfassungstext oft weit auseinander lagen. Während die einen die erste Priorität auf einen verständlichen und darum auch ausführlicheren Text setzten, forderten andere vor allem einen auf das Wesentliche beschränkten, prägnanten Text. Ein Ordnungsantrag verlangte am Schluss der ersten Lesung eine grundsätzliche Überarbeitung, um wesentliche Verbesserungen in der Struktur, im Detaillierungsgrad und in der Sprache zu erreichen. Das Büro sollte unter Beizug von Experten dem Plenum einen Bericht mit Verbesserungsvorschlägen vorlegen¹¹. Die überwiegende Mehrheit des Plenums erachtete dies jedoch nicht für nötig, sah das angestrebte Ziel durch die Redaktionskommission genügend abgedeckt und wollte sich in ihrer Entscheidungsfreiheit nicht durch Vorschläge von aussen einschränken lassen. Der Antrag wurde schliesslich zurückgezogen und die Umsetzung nur als allgemeine Empfehlung den bestehenden Organen überlassen.

2. Gliederung

Der erste Blick in eine Verfassung gilt der Inhaltsübersicht. Der Benutzer, die Benutzerin soll sich möglichst schnell orientieren und das Gesuchte finden können. In formaler Hinsicht übernimmt die neue Verfassung die in der freiburgischen Gesetzgebung übliche Gliederung der Gesetzestexte in Titel, Kapitel und Abschnitte. Der erste Entwurf verpackte die Fülle der 391 Thesen in lediglich sechs Titel und bezeichnete sie nebst den allgemeinen Bestimmungen und den

¹¹ TVR 2003, S. 416 ff.

üblichen Übergangs- und Schlussbestimmungen mit «Individuum», «Volk», «Staat» und «Zivile Gesellschaft». Schon in der ersten Lesung gliederte das Plenum auf Antrag der zuständigen Sachkommission die Bestimmungen über die Kirchen und Religionsgemeinschaften aus dem Titel «Zivile Gesellschaft» aus und setzte sie unter einen eigenen Titel mit lediglich vier Bestimmungen¹². Dagegen nahm sich nun der Titel «Staat» mit nahezu 100 Artikeln übermächtig und wenig transparent aus. Zu vieles war zusammengefasst, was besser aufgliedert werden sollte. Schwierigkeiten ergaben sich auch aus der Verwendung des Begriffes «Staat» in unterschiedlicher Bedeutung. Dies führte in der zweiten Lesung zu Änderungen in den Formulierungen und zusätzlichen Titeln¹³. Unter einen eigenen Titel gestellt wurden schliesslich auch die Bestimmungen zur Verfassungsrevision¹⁴. Zu Gunsten einer besseren Lesbarkeit wich somit der an sich originelle Vorschlag einer Systematik, wie sie die meisten kürzlich revidierten Verfassungen aufweisen.

3. *Regelungsdichte*

Verständlichkeit und Prägnanz eines Gesetzestextes hängen auch mit seiner Regelungsdichte zusammen. Der Verfassungsrat führte mehrmals Diskussionen darüber, was in einen Verfassungstext aufzunehmen sei und was nicht. Dabei zeigte sich, dass er die Regelungsdichte nicht als redaktionelle Frage, sondern durchaus als politische Angelegenheit verstanden wissen wollte nach dem Motto: Verfassungsrang hat, was der Verfassungsgeber in die Verfassung aufnimmt. Mehrmals wurde betont, der Text habe auch eine pädagogisch-didaktische Bedeutung und eine gewisse Ausführlichkeit diene der besseren Verständlichkeit. So hat es der Verfassungsrat beispielsweise abgelehnt, die bereits in der Bundesverfassung garantierten Grundrechte lediglich in einem einzigen Artikel aufzulisten, wie dies in der zweiten Lesung verlangt wurde, sondern hat einer ausführlicheren Lösung den Vorzug gegeben¹⁵. Die Staatsaufgaben in Anlehnung an die Neuenburger Verfassung in einem einzigen Artikel aufzulisten,

¹² TVR 2003, S. 415 f.

¹³ TVR 2003, S. 539 f.

¹⁴ TVR 2004, S. 136.

¹⁵ TVR 2003, S. 557 ff.

hat der Verfassungsrat bereits im Stadium der Thesen verworfen, auch hier mit der Begründung, dass zur Verständlichkeit minimale Richtungsangaben bezüglich der öffentlichen Aufgaben für den Bürger und die Bürgerin wichtig seien. Da der Wille des Verfassungsrates für die Redaktionskommission massgebend war, hat sie in diesem Bereich grosse Zurückhaltung geübt.

4. *Sprache*

Den grössten Einfluss auf die Verständlichkeit und die Prägnanz eines Textes hat die Sprache. Sie wurde bei der Umformulierung der Thesen in Verfassungstext vereinheitlicht und wesentlich verbessert: Kurze Überschriften, allgemein verständliche, zeitgemässe Formulierungen und weitgehende Berücksichtigung der sprachlichen Gleichbehandlung von Frau und Mann prägten bereits den der Redaktionskommission unterbreiteten Entwurf der juristischen Berater.

a) *Geschlechtergerechte Sprache*

Die Redaktionskommission hat sich vorgängig ihrer Arbeit in einer separaten Sitzung unter Beizug von Experten mit dieser Frage auseinandergesetzt. In der französischsprachigen Unterkommission bestanden anfänglich Bedenken, sich ganz nach den Empfehlungen zur sprachlichen Gleichbehandlung von Frau und Mann zu richten, welche die Staatskanzlei und das Amt für Gesetzgebung erarbeitet hatten. Oftmals erwies sich auch, dass eine sprachlich befriedigende Lösung auf Deutsch einfacher zu finden war. Dennoch war für die Redaktionskommission klar, dass sie eine einheitliche Lösung für beide Fassungen anstreben wollte, und sie hat schliesslich die sprachliche Gleichstellung in beiden Fassungen konsequent durchgeführt. Die französische Unterkommission hat im Zuge dieser Arbeit sogar davon abgesehen, bei der Paarbildung die männliche Bezeichnung vor die weibliche zu setzen, wie dies sonst im Französischen im Gegensatz zur deutschen Sprache an sich üblich ist¹⁶.

¹⁶ Vgl. dazu die Gesetzestechnischen Richtlinien des Amtes für Gesetzgebung des Kantons Freiburg, GTR D3.

b) Zeitgemässe Formulierungen

Der Weg zwischen zeitgemäßem Stil und Modeworten ist oft eine Gratwanderung. Begriffe wie «zivile Gesellschaft» oder «nachhaltige Entwicklung» haben sich ohne weiteres durchgesetzt. Hingegen stiess das Wort «dynamisch» in der Präambel nicht bei allen auf Gegenliebe. Der französische Verbesserungsvorschlag lautete «prospère», was allerdings für die deutsche Fassung zu einer etwas schwerfälligeren Satzkonstruktion führte. Die Aufnahme in die Verfassung nicht geschafft hat die These «Le canton est bilingue»; sie scheiterte im Plenum an der für viele Französischsprachige unklaren Bedeutung von «bilingue».

Die Auseinandersetzung mit der Sprache blieb bis zum Schluss die Kernaufgabe der Redaktionskommission. Die intensive Arbeit an den Texten, oft bezüglich einzelner Wörter, zeigte bei den vielen Aspekten, die es zu berücksichtigen galt, auch immer wieder unterschiedliche Prioritäten sowohl innerhalb der beiden Sprachgruppen wie auch manchmal je nach Sprache.

C. Koredaktion

1. Begriffliches

Ein zweisprachiger Kanton kennt bei der Ausarbeitung von Erlassen verschiedene Redaktionsverfahren. Einsprachige Redaktion liegt vor, wenn die zweite Sprachfassung erst nachträglich durch Übersetzung entsteht. Von zweisprachiger Redaktion oder Koredaktion spricht man, wenn die beiden Sprachfassungen eines Erlasses gleichzeitig erarbeitet werden. Je bedeutender ein Gesetzgebungsvorhaben ist, desto eher ist das Verfahren der Koredaktion angezeigt. Daraus, wie auch aus der Tatsache, dass der mit der Ausarbeitung der neuen Verfassung beauftragte Verfassungsrat sich aus französischsprachigen und deutschsprachigen Mitgliedern zusammensetzte, ergab sich die zweisprachige Redaktion von selbst.

Offen blieb die konkrete Arbeitsweise bei der Koredaktion. Die Geschäftsordnung des Verfassungsrates äussert sich dazu nur andeutungsweise, indem sie festlegt, dass die mit der Prüfung der Texte beauftragte Redaktionskommission aus zwei Unterkommissionen bestehe, für jede Amtssprache eine. Dagegen befasst sich der Leitfaden zur Gesetzestechnik des kantonalen Amtes für Gesetzgebung mit

der Koredaktion und unterscheidet zwei verschiedene Arten: einerseits die laufende Übersetzung des in einer Sprache verfassten Entwurfes während der Ausarbeitungsphase, andererseits die Parallelredaktion. Unter Parallelredaktion wird das parallele Verfassen der beiden Sprachversionen verstanden, wobei die Ergebnisse in der Folge verglichen und aufeinander abgestimmt werden¹⁷. Nach Auffassung des Amtes für Gesetzgebung ermöglicht die Parallelredaktion am besten, den Eigenheiten jeder Amtssprache Rechnung zu tragen. Sie ist aber an bestimmte Voraussetzungen gebunden und hat grossen Koordinationsaufwand zur Folge, weshalb sie nur bei bedeutenden Erlassen eingesetzt werde. Als Beispiel wird dabei die Verfassung angeführt¹⁸. Bei der Beratung der Geschäftsordnung im Verfassungsrat wurde aber interessanterweise ein Antrag, der für die Redaktionskommission die parallele Arbeitsweise hätte festhalten wollen, als zu detailliert abgelehnt¹⁹.

2. Laufende Übersetzung oder Parallelredaktion?

Wie ist nun die neue Verfassung erarbeitet und überprüft worden? Konnte das anspruchsvolle Verfahren der Parallelredaktion durch die verschiedenen Etappen hindurch eingehalten werden? Von Parallelredaktion spricht man, wenn die beiden Fassungen gleichzeitig entstehen, sich parallel entwickeln und gegenseitig beeinflussen²⁰. Sie ist im parlamentarischen Betrieb unter zwei Bedingungen möglich: Einerseits muss das Organ, das den Verfassungstext ausarbeitet, in sprachlicher Hinsicht paritätisch zusammengesetzt sein, andererseits muss jedes Mitglied dieses Organs die Sprache der andern sehr gut verstehen²¹.

Sachkommissionen und Plenum des Freiburger Verfassungsrates wiesen weder paritätische Zusammensetzungen auf, noch verstanden sämtliche Mitglieder die andere Amtssprache perfekt. Die Verhandlungen im Plenum wurden zwar simultan übersetzt, nicht aber die Sitzungen der acht Sachkommissionen, deren sechs ausschliesslich

¹⁷ GTR D4 08.

¹⁸ GTR D4 10.

¹⁹ TVR 2000, S.186 f.

²⁰ PHILIPPE GERBER, Rédaction bilingue d'une Constitution cantonale, L'exemple du projet de la Constitution bernoise, in *Législation d'aujourd'hui* (LeGes) 1992/3, S. 75 ff., 76 f.

²¹ GERBER (Fn. 20), S. 82.

auf Französisch geleitet wurden. Von einer vollständig parallelen Erarbeitung kann in diesen Organen darum nicht gesprochen werden.

Die Voraussetzungen zur Parallelredaktion erfüllten jedoch die beiden juristischen Berater, welche die 391 Thesen gemeinsam in einen Verfassungstext umgossen. Sie erarbeiteten denn auch einige Themenbereiche parallel, andere teilten sie sich aus zeitlichen Gründen auf und übersetzten je die in einer Sprache erarbeiteten Themenbereiche des andern.

Die 16-köpfige Redaktionskommission war mit anfänglich neun, später acht Französischsprachigen und sieben Deutschsprachigen nahezu paritätisch zusammengesetzt und verfügte über viele Mitglieder, die entweder zweisprachig waren oder über sehr gute Kenntnisse der zweiten Amtssprache verfügten. Die Redaktionskommission hat aber nur für die Vorbereitung der ersten Lesung parallel in Unterkommissionen gearbeitet. Da der Koordinationsaufwand einerseits sehr gross war, andererseits gewisser Zeitdruck herrschte, hat sie alle weiteren Sitzungen gemeinsam durchgeführt und die Texte simultan bearbeitet. Die Mitglieder verfügten jeweils über beide Texte auf Papier und konnten die vorgenommenen Änderungen dank Projektion an die Leinwand in beiden Fassungen mitverfolgen und überprüfen. Die Leitung der Sitzung erfolgte auf Französisch, Sitzungssprache war, je nach zu bereinigendem Text, Deutsch oder Französisch, wobei die Deutschsprachigen ihre Anliegen, sofern sie nicht nur rein sprachlich begründet waren, sondern die Verständlichkeit oder den Sinn des Textes an sich betrafen, häufig auch Französisch darlegten, damit sich alle an der Diskussion beteiligen konnten.

Fazit: Die Voraussetzungen zur Parallelredaktion erfüllten eigentlich nur die beiden juristischen Berater vollständig und die Redaktionskommission annähernd. Beide haben aber häufig mit laufender Übersetzung gearbeitet, da für die aufwändige Koordinationsarbeit bei der Parallelredaktion nicht selten die Zeit fehlte. Doch auch so haben sich die beiden Fassungen gegenseitig stark beeinflusst, da für die laufende Übersetzung sowohl vom deutschen wie vom französischen Text ausgegangen wurde.

D. Übereinstimmung der beiden Texte

Da beide Sprachfassungen somit praktisch gleichzeitig entstanden, jedenfalls keine nur die blossе Übersetzung der andern ist, war die

Überprüfung ihrer Übereinstimmung von besonderer Bedeutung, denn beide Sprachfassungen sollen in gleicher Weise massgebend sein. Für die Redaktionskommission bedeutete dies, dass sie neben der sprachlichen Überprüfung der einzelnen Fassungen beide auch auf ihre inhaltliche Übereinstimmung zu prüfen hatte. Solange sie sich genau entsprachen, ergaben sich keine Probleme. Schwierigkeiten tauchten auf, wenn die verwendeten Begriffe nicht völlig übereinstimmten, z.B. in der einen Sprache eine zusätzliche Bedeutung mitenthielten, die in der anderen Sprache nicht vorhanden war. Konnte die Frage nach dem wahren Sinn anhand der Protokolle nicht geklärt werden, musste sie dem Plenum unterbreitet werden.

So hat beispielsweise das französische Äquivalent für «freiheitlich» in Art. 1 sowohl die zuständige Sachkommission wie das Plenum und die Redaktionskommission mehrmals beschäftigt. Während «libéral» anfänglich wegen seiner politischen Nebenbedeutung abgelehnt wurde, vermochten «garant des droits fondamentaux» wie «garant des libertés» und «garant des libertés fondamentales» aus sprachlichen und inhaltlichen Überlegungen nicht zu überzeugen. Schliesslich wurde der ursprüngliche Vorschlag der juristischen Berater wieder aufgenommen und «freiheitlich» mit «libéral» gleichgesetzt. Diskussionen entfachten sich auch über die Bedeutung und Abgrenzung der Begriffe «promouvoir/fördern» und «soutenir/unterstützen» und die Frage, welche Ansprüche sich daraus ableiten liessen.

Für die Redaktionskommission stellte sich mehrmals die Frage, wie sie mit Eigenheiten der beiden Sprachen umgehen wollte. Beim ersten Vorentwurf war interessant festzustellen, dass der deutsche Text häufig die deskriptive Form verwendete, während der französische Text eher normativ formuliert war. Obwohl der normative Charakter unabhängig von der Formulierung gegeben ist, hat die Redaktionskommission es vorgezogen, die Formulierung in beiden Fassungen anzugleichen, um keine Unklarheiten aufkommen zu lassen. Normalerweise wählte sie dabei die kürzere, deskriptive Form ²².

Unterschiedliche Auffassungen zeigten sich schliesslich bei der Verwendung der Begriffe «Staat» und «Kanton». Während für die

²² So war Art. 4 ursprünglich in Französisch normativ formuliert (Toute activité étatique doit avoir un fondement dans l'ordre juridique, [...]); heute heisst es wie im Deutschen schlicht: Toute activité de l'Etat se fonde sur le droit, [...].

Deutschsprachigen mit «Staat» und «staatlich» das öffentliche Gemeinwesen, also Kanton und Gemeinden, mit «Kanton» der Kanton unter Ausschluss der anderen Körperschaften gemeint ist, verwenden die Französischsprachigen «Staat» auch dann, wenn nur der Kanton gemeint ist, und fügen, sollen die Gemeinden auch angesprochen werden, diese explizit hinzu und verwenden «canton» nur im Verhältnis nach aussen. Andererseits sind Begriffe wie «Staatsrat», «Staatsvermögen» und «Staatshaushalt» auch im deutschsprachigen Kantonsteil so verankert (die alte Kantonsverfassung nannte sich auf Deutsch gar «Staatsverfassung des Kantons Freiburg»), dass sich die französische Begriffsdefinition schliesslich für beide Texte als sinnvoll erwies.

Weil abgesehen von den ersten Sitzungen der Redaktionskommission praktisch immer gleichzeitig an beiden Texten gearbeitet wurde, war die Überprüfung der Übereinstimmung ein Dauerthema und kein separater Arbeitsgang. Alle beteiligten sich daran, das Sekretariat, die Sachkommissionen, die juristischen Berater, die Redaktionskommission und das Plenum, wobei die letzte Verantwortung für die Übereinstimmung der beiden Texte bei der Redaktionskommission lag. Die Kontrolle wurde dabei vor allem von den zweisprachigen Kommissionsmitgliedern wahrgenommen, die in der deutschsprachigen Unterkommission stärker vertreten waren.

SCHLUSS

Die neue Kantonsverfassung ist praktisch gleichzeitig in beiden Amtssprachen entstanden. Mit dem engen zeitlichen Rahmen stiess die für die Verfassung an sich angezeigte Parallelredaktion allerdings an Grenzen. Im parlamentarischen Verfahren können die Voraussetzungen für eine reine Parallelredaktion zudem ohnehin selten erfüllt werden. Wenn auch ohne vollständige Parallelredaktion, so hat in den verschiedenen gemeinsamen Lesungen gleichwohl eine grosse gegenseitige Beeinflussung der beiden Sprachfassungen stattgefunden.

Schwierigkeiten bei der Suche nach dem gleichwertigen Ausdruck haben mehrmals inhaltliche Unklarheiten zu Tage gebracht, die vorab bereinigt werden mussten. So gesehen bedeutete die Erarbeitung in zwei Sprachen neben der zusätzlichen Arbeit auch eine zusätzliche inhaltliche Kontrolle. Vielleicht blieb auch einmal eine sprachliche

Verbesserung auf der Strecke, weil trotz allem Bemühen nicht gleich befriedigende Lösungen in beiden Sprachen gefunden werden konnten. Inhaltliche Übereinstimmung der beiden Texte blieb oberstes Gebot für die Redaktionskommission.

Die neue Freiburger Verfassung ist das Ergebnis eines vielfältigen, komplexen Zusammenspiels. Sie ist nicht der Wurf einer einzelnen Person, sondern in demokratischer Manier haben viele mit unterschiedlichen Vorstellungen daran gearbeitet. Was vorliegt, ist in einem intensiven politischen Prozess entstanden. Die neue Freiburger Kantonsverfassung ist nicht nur inhaltlich, sondern auch formal in beiden Sprachen ein gut verständliches, prägnantes, zeitgemässes Werk geworden. Daran zu bauen stellte ein spannendes, nicht alltägliches Unterfangen dar.

LE DROIT DES LANGUES

Augustin Macheret *

Professeur, a. Conseiller d'Etat

Le droit des langues a été l'un des thèmes les plus longuement débattus par la Constituante fribourgeoise. De l'élaboration des thèses initiales jusqu'au vote final du projet de Constitution, ce débat fut intense et âpre par moments. L'on ne saurait s'en étonner dans un canton en partie romand et en partie alémanique, sur le territoire duquel se rejoignent et parfois s'entrecroisent deux espaces linguistiques. Pour d'aucuns, cette position charnière offre au canton de Fribourg le privilège d'un double héritage culturel et des possibilités d'échanges et de médiation de tous ordres. Pour d'autres, elle impliquerait surtout la responsabilité d'une frontière linguistique et culturelle à défendre.

Demeurée relativement stable au cours des âges ¹, cette « frontière linguistique » ne correspond pas vraiment à un tracé précis ; c'est tout naturellement que de Fribourg à Morat, elle s'enrichit de multiples entrelacs et génère en série des minorités germanophones et francophones. Et n'oublions par Jaun/Bellegarde, une commune alémanique en Gruyère. Autre réalité majeure : sur le plan de la démographie linguistique, le canton de Fribourg représente en quelque sorte une Suisse à l'envers. Deux communautés linguistiques en forment la population traditionnelle dans la proportion de deux tiers/un tiers ². Majoritaires

* L'auteur tient à remercier Madame Andressa Curry Messer, licenciée en droit, de sa précieuse collaboration au plan de la recherche documentaire.

¹ Remontant au Haut Moyen Age, cette frontière linguistique français/allemand s'est stabilisée dans une large mesure au 15^{ème} siècle déjà. Depuis lors, elle n'a plus guère subi de modifications. Cf. E. STUDER, La colonisation du pays fribourgeois – l'aspect ethnolinguistique, in Histoire du canton de Fribourg, (dir. Roland Ruffieux), Fribourg 1981, vol. 1, p. 841 ss ; P. HASELBACH, Zwischen Linie und Zone, Freiburgs Sprachgrenze in der Zeit von 1890 bis 1960 – Ein Beitrag zur kantonalen Sprachgeschichte, Freiburg 2001, p. 26 ss.

² Population résidante dans le canton de Fribourg, par langue principale, au 31 décembre 2000 : francophones 152'766 ; germanophones 70'611 ; italophones 3100 ; romanches 131 et autres langues 15'098. Total : 241'706. Total des francophones et des germanophones : 223'377. Source officielle : Recensement fédéral de la population, 2000, Office fédéral de la statistique, Neuchâtel. Depuis

sur le plan cantonal, les francophones sont minoritaires sur le plan national, cependant que la minorité alémanique se trouve être dans la situation inverse. Plus précisément, les Alémaniques constituent sur le plan fribourgeois une minorité composite et complexe, adossée toutefois à une Suisse alémanique largement majoritaire non seulement du point de vue linguistique, mais aussi sur les plans économique et politique. Résultat : l'histoire fribourgeoise des langues a souvent pris au cours du 20^{ème} siècle les traits d'une histoire de minorités menacées ou offensées – dans les deux sens –, par une majorité hégémonique. Dans ce contexte général, la réglementation officielle de l'usage des langues s'avère politiquement complexe et sensible. Tout comme l'agencement des rapports entre les Eglises et l'Etat, elle touche à l'identité profonde des personnes et des groupes. Elle est susceptible d'affecter des intérêts bien concrets, notamment dans les domaines de l'éducation et de la formation, dans les sphères familiale et professionnelle, ainsi que dans la gestion administrative courante³. Au niveau constitutionnel, elle recourra nécessairement à des concepts très généraux, au point que même les initiés auront peine à en entrevoir la concrétisation. Tel est le cas, par exemple, de la liberté de la langue, des notions clés de langue officielle, de territorialité et de minorité linguistique.

Ainsi s'explique qu'il fallut à la Constituante persévérance et longueur de temps pour parvenir à un compromis linguistique qui puisse être qualifié d'équilibré et de réaliste par une majorité consistante.

1803, année durant laquelle le canton de Fribourg entra, de par l'incorporation définitive du Moratois, dans ses limites territoriales actuelles, le rapport global de deux tiers/un tiers est resté, lui aussi, relativement constant. Pour une présentation détaillée de l'évolution du taux des minorités linguistiques dans le canton de Fribourg, dans les districts et les communes du Lac et de la Sarine, cf. B. ALTERMATT, *La politique du bilinguisme dans le canton de Fribourg/Freiburg (1945-2000) – Entre innovation et improvisation*, Fribourg 2003, p. 324 ss. Sources officielles : Recensements fédéraux de la population de 1880 à 2000.

³ Sur l'histoire et la complexité d'une Suisse plurilingue et multiculturelle, cf. C. BÜCHI, *Mariage de raison – Romands et Alémaniques : une histoire suisse*, Genève 2001 (traduit de l'allemand par Ursula Gaillard) ; U. WINDISCH (en collaboration), *Les relations quotidiennes entre Romands et Alémaniques – Les cantons bilingues de Fribourg et du Valais*, Lausanne 1992, 2 vol. ; KRIESI/WERNLI/SCIARINI/GIANNI, *Le clivage linguistique – Problèmes de compréhension entre les communautés linguistiques en Suisse*, Office fédéral de la statistique, 1996 ; J. P. VOUGA (réd.) et M. E. HODEL (co-réd.), *La Suisse face à ses langues*, Annuaire de la Nouvelle Société Helvétique (NSH), Aarau, 1990/91.

I. LES DÉLIBÉRATIONS DE LA CONSTITUANTE

Suivant l'organisation générale qu'elle s'était donnée, la Constituante a commencé ses travaux par l'élaboration et l'adoption de thèses au sein de commissions thématiques d'abord (février – décembre 2001), puis en plénum dans le cadre d'une lecture dite « 0 » (janvier – mai 2002)⁴. Sur la base des thèses retenues, un avant-projet de Constitution a été rédigé⁵. Celui-ci a fait l'objet de trois lectures successives, pour être, le 30 janvier 2004, adopté en vote final par 97 voix contre 21 et deux abstentions⁶.

A. Climats du débat linguistique

S'agissant des langues, les délibérations de la Constituante (commissions et assemblée plénière) se sont inscrites dans le prolongement de celles qui avaient abouti en 1990 à une révision partielle de la Constitution cantonale. Par un nouvel article 21, celle-ci consacrait enfin la pleine égalité des deux langues officielles ; elle en soumettait formellement l'usage au principe de territorialité, tout en donnant à l'Etat le mandat de favoriser la compréhension entre les deux commu-

⁴ Cf. Rapport final présenté par la Commission thématique 1 au Bureau de la Constituante, du 20 décembre 2001 ; en annexe : Liste des thèses adoptées et des thèses de minorité, établie en vue de la lecture « 0 ». Quant aux thèses issues de la lecture « 0 », elles ont fait l'objet d'une Liste établie en juin 2002. Sur cette lecture « 0 » : BOC 2002, p. 27 ss, 267.

⁵ BOC 2003, p. 3 ss. Il est revenu aux deux conseillers juridiques de la Constituante, Tarkan Göksu et Pierre Scyboz, de transcrire les thèses en un avant-projet rédigé. Puis celui-ci a été soumis à l'examen du professeur Marco Borghi, à celui des commissions thématiques et à celui de la Commission de rédaction.

⁶ Ces délibérations se sont déroulées conformément au Règlement de la Constituante du 4 octobre 2000, en particulier de son article 53. Sur le plan linguistique, les travaux furent assez exemplaires : traduction simultanée des débats en assemblée plénière et corédaction dans les deux langues de l'avant-projet soumis à première lecture, une discipline à laquelle s'est également soumise la Commission de rédaction. La pratique est peu courante au sein de l'administration fribourgeoise, cf. D. LOERTSCHER, La rédaction législative plurilingue dans le canton de Fribourg, *in* LeGes 2001/3, p. 77 ss.

La Constitution du canton de Fribourg a été acceptée en votation populaire du 16 mai 2004 par 44'863 voix contre 32'446, c'est-à-dire par 58,03% de oui contre 41,97% de non.

nautés linguistiques⁷. Quoique bien conscients des difficultés d'une telle entreprise⁸, constituantes et constituants de l'an 2001 ont estimé, pour la plupart, devoir reprendre la question des langues dans un esprit nouveau. Maintes fois déclarée, l'intention était de dépasser les craintes et les ressentiments habituels. Le bilinguisme – un mot à préciser – ne devait plus être considéré comme une menace latente ou un handicap, mais bien comme une chance et un atout. L'objectif annoncé était d'aller au-delà de la simple prévention des conflits et de promouvoir un réel esprit de dialogue et de coopération entre francophones et germanophones. C'est ainsi seulement que pourrait être projetée vers l'extérieur, avec de multiples avantages, la réalité d'un canton et d'une capitale riches de deux cultures et ouverts à la Suisse et au monde. Dans l'ensemble, tel est le climat qui paraît avoir marqué les délibérations de la Constituante, du moins dans leur première phase⁹. Par la

⁷ En son article 21, la Constitution de 1857 disposait laconiquement que « *les lois, décrets et arrêtés devront être publiés dans les langues française et allemande. Le texte français est déclaré être le texte original* ». Cet article comportait donc une discrimination de la langue allemande. Autre carence : il n'en ressortait aucune règle générale sur les langues officielles. Sur motion déposée le 18 novembre 1982 par le député Erwin Jutzet (BGC 1982, p. 1688), l'article 21 aCst. a été révisé le 23 septembre 1990 et a pris la teneur suivante : « ¹ *Le français et l'allemand sont les langues officielles. Leur utilisation est réglée dans le respect du principe de territorialité.* ² *L'Etat favorise la compréhension entre les deux communautés linguistiques* ». Révision acceptée en votation populaire à la majorité imposante de 89,69% des voix ; promulguée par ACE du 18 décembre 1990.

⁸ Celles-ci étaient apparues de façon évidente dans trois études successives, à savoir : le *Rapport sur la motion Erwin Jutzet*, de C. GUGGENHEIM (Rapport GUGGENHEIM), du 27 janvier 1986 et son *Projet de loi sur les langues accompagné d'un rapport explicatif*, du 30 décembre 1988 ; l'avis de droit de J. VOYAME au sujet du nouvel article constitutionnel sur les langues officielles inséré dans la Constitution du canton de Fribourg et au sujet de son application dans la législation et la pratique (Rapport VOYAME), St. Brais (JU), du 30 septembre 1991, publié in BGC 1992, p. 2813 ss ; et le Rapport de la Commission d'étude pour l'application de l'article 21 de la Constitution fribourgeoise sur les langues officielles (Rapport SCHWALLER), Fribourg 1993. Quoique très instructifs, ces rapports sont demeurés sans résultats sur le plan législatif, du moins jusqu'à aujourd'hui.

⁹ Pour illustration : les déclarations faites par Bernadette HÄNNI (PS, LA), présidente de la Commission 1, dans le Rapport final du 20 décembre 2001, p. 9. Même à leur début, les travaux de la Constituante ne furent toutefois pas un ciel sans nuages, comme l'indique, par exemple, l'incident provoqué par la composition majoritairement alémanique de la Commission 1 préposée au domaine des

suite, l'impression fut souvent donnée d'un retour aux argumentations revendicatives et aux attitudes défensives. En fait, des clivages linguistiques se sont manifestés jusqu'à la fin des travaux, voire au-delà. Sur divers points, ils se sont exprimés avec force et ont mis à rude épreuve la cohésion de plusieurs formations politiques. Les votes intervenus en apportent la preuve. En dépit du durcissement progressif du ton et des fronts, certaines propositions ne sont jamais restées que très minoritaires au sein de la Constituante, ainsi celles qui postulaient le maintien pur et simple du statu quo ou, à l'opposé, le complet abandon du principe de territorialité. Dernière note d'ambiance : comme pour faire écho à l'invocation rituelle de la paix des langues, certaines craintes se manifestèrent tout au long du débat, jusqu'à celle du terme même de « bilinguisme ».

B. L'élaboration de thèses et la lecture « 0 »

De juin à décembre 2001, la Commission thématique 1 (ci-après : Commission 1) s'employa à élaborer des thèses dans les domaines qui lui avaient été attribués : « Principes fondamentaux, relations extérieures, langues ». Au départ, elle eut soin de recueillir l'avis de trois experts juristes, dont l'un des mérites a été de mettre en évidence les exigences du droit fédéral en matière linguistique. Par ailleurs, la Commission a pu s'appuyer sur de nombreuses autres sources, en particulier sur les résultats d'une enquête effectuée sur les pratiques linguistiques de l'administration cantonale ¹⁰.

Sur le thème spécifique des langues, la Commission a fini par retenir et transmettre à la Constituante une douzaine de thèses. A grands traits, les délibérations auxquelles celles-ci ont donné lieu en lecture « 0 » peuvent être résumées comme suit :

langues. La Communauté Romande du Pays de Fribourg (CRPF) a réagi vivement à cette fâcheuse surreprésentation, annonciatrice... d'intentions inquiétantes.

¹⁰ Voir les multiples sources (doctrine, jurisprudence, contributions de groupes d'intérêts, avis des groupes politiques de la Constituante et rapports divers) indiquées par le Rapport final de la Commission 1, p. 34 à 36. Effectuée au moyen d'un questionnaire, l'enquête a permis de rassembler une masse importante d'informations auprès des Directions du Conseil d'Etat, ainsi que des services et entités qui leur sont rattachés. La synthèse n'en a pas encore été faite. Experts consultés : les professeurs Marco Borghi, Peter Hänni et Joseph Voyame.

1. *Un consensus a pu se dégager assez aisément sur un certain nombre de points*, parmi lesquels : l'inscription de la liberté de la langue dans la Constitution cantonale (th. 1.5.1.) ; la reconnaissance de l'officialité du français et de l'allemand et de leur égalité constitutionnelle (th. 1.6.1.) ; l'encouragement de la compréhension, de la bonne entente et des échanges entre les deux communautés linguistiques (th. 1.5.2 + 1.5.5.) ; la reconnaissance au canton d'un rôle confédéral : celui de favoriser les relations entre les communautés linguistiques nationales, en particulier entre la Suisse romande et la Suisse alémanique (th. 1.4.6.) ; la désignation de l'une ou l'autre langue officielle comme première langue étrangère (*Einstiegsfremdsprache*) dans l'enseignement des langues à l'école obligatoire (th. 1.6.5.)¹¹. Quelques thèses relevant d'autres domaines peuvent compléter utilement cette énumération, ainsi le respect de la diversité culturelle (un but de l'Etat) (th. 1.2.3.) ; le devoir de coopération avec la Confédération et les autres cantons, les organisations régionales, nationales et internationales, ainsi que le devoir de favoriser la collaboration interrégionale : relations extérieures (thèses 1.4.1. à 1.4.7.). Demeurée sans contradicteurs ou presque, une dernière thèse est de caractère structurel : l'organisation territoriale du canton ne s'opère pas selon des critères linguistiques (th. 1.5.5.).

2. *D'autres thèses n'ont pu être retenues qu'après ample discussion*. Ainsi en fut-il de celle affirmant entre autres que « le bilinguisme constitue un élément essentiel de l'identité du canton et signifie un enrichissement » (th. 1.5.2.). Symptomatique de la difficulté du débat identitaire, cette thèse proclamatoire connaîtra un parcours tumultueux¹², pour disparaître finalement au profit d'une clause

¹¹ Cette thèse est à placer dans le contexte du singulier différend qui oppose les cantons sur la question de savoir quelle est la première langue étrangère à enseigner dans les écoles : une langue nationale ou l'anglais ? Elle a trouvé son expression définitive à l'article 64 al. 3 Cst. A noter que le domaine scolaire a suscité une deuxième thèse, relative à la *mobilité scolaire* (th. 1.6.6.). Reprise dans l'avant-projet rédigé en vue de la première lecture (art. 71 al.1), elle a été écartée parce que considérée comme étant de niveau plutôt législatif. Limitée aux cercles scolaires situés à la frontière linguistique, elle présentait aussi le risque de remettre en cause les pratiques libérales de communes n'appartenant pas à ce périmètre (Marly, Villars-sur-Glâne, Avry, Matran, Neyruz, Tavel, etc). Sur la question : Monika Bürge-Leu (PDC, SE), Bernadette Hänni (PS, LA), Fabienne Tâche (PS, VE), Beatrice Wüthrich (PDC, LA), BOC 2003, p. 161 ss.

¹² La thèse 1.5.2. n'a pas été reprise dans le premier avant-projet rédigé, sinon par la formule assez différente que voici : « Le canton de Fribourg et la capitale sont

d'encouragement du bilinguisme, elle aussi controversée. De leur côté, la dénomination de la Ville de Fribourg et la reconnaissance de son bilinguisme pourtant multiséculaire ont suscité nombre d'interventions chargées d'histoire et d'émotion, pour un résultat insignifiant¹³. Quant au principe de territorialité, il opposera surtout les partisans de la reprise pure et simple de l'article 21 alinéa 1 aCst. à celles et ceux qui en demandent l'assouplissement. Trois thèses sortiront de ce débat : a) le principe de territorialité est à reprendre mais selon la formulation de l'article 70 alinéa 2 de la Constitution fédérale (th. 1.6.4.1) ; b) le canton et les communes veillent à la répartition traditionnelle des langues et prennent en considération les minorités linguistiques autochtones (th. 1.6.4.2.) ; et c) dans les communes mixtes situées dans la zone sise le long de la frontière linguistique, le français et l'allemand sont les langues officielles (th. 1.6.4.3.). Reprises dans le premier avant-projet de Constitution, ces propositions annonçaient une première lecture animée.

C. Première lecture ou l'art du compromis

Pour une bonne part, les délibérations de première lecture se sont focalisées sur le principe de territorialité. De l'avis de ses partisans, ce dernier serait le garant incontournable de l'homogénéité et de la stabilité des régions linguistiques et, par là même, de la paix des langues¹⁴. Loin d'être négatif, il serait un principe clarifiant et intégrateur¹⁵.

bilingues ». Introduite en première lecture, elle ne passera pas le cap de la deuxième, non plus que l'intitulé « bilinguisme » du projet d'article 6.

¹³ Article 2 al. 2 de la nouvelle Constitution fribourgeoise : « Sa capitale est la ville de Fribourg, *Freiburg* en allemand ». Version de langue allemande : « Die Hauptstadt ist Freiburg, auf Französisch *Fribourg* ».

¹⁴ BOC 2002, p. 41 s. : s'exprimant au nom d'une minorité de la Commission 1, Christian Levrat (PS, GR) y postule une application conséquente de la territorialité, « principe qui traduit l'attachement important de notre population à un espace identitaire clairement déterminé, francophone ou germanophone ». Cependant, pour tenir compte de la jurisprudence du Tribunal fédéral qui fait, cas échéant, primer la liberté de la langue sur le principe de territorialité en matière scolaire (RFJ 2001, p. 366 ss), il propose d'aménager certains droits spécifiques en faveur des membres d'une minorité linguistique.

¹⁵ BOC 2003, p. 53 s. : intervention de Félicien Morel (Ouv., FV). Suivant une opinion largement partagée, ce constituant estime cependant que le principe doit être appliqué, au besoin, avec souplesse.

Pour ses adversaires, par contre, le principe de territorialité n'a jamais pu être défini avec précision. Responsable d'un bilinguisme de séparation, il serait inapte à résoudre les problèmes des régions linguistiquement mixtes. Dérivé de l'Etat-nation, il peut conduire à des interprétations dogmatiques opprimantes pour les minorités. Au lieu de promouvoir la paix des langues, il aurait été la cause d'incessants conflits au fil des dix dernières années, notamment dans le domaine de la justice et de l'école¹⁶. On le voit, cette controverse mettait en présence et en opposition deux conceptions très différentes du droit des langues, l'une territorialiste, fondée à l'extrême sur la maxime « un territoire, une langue », et l'autre personnaliste, reliée fondamentalement à la liberté de la langue. Sauf à mettre en péril l'œuvre de la Constituante dans son ensemble, un compromis devait impérativement concilier ces deux positions, dans le sens des solutions déjà esquissées partiellement en lecture « 0 ». Par chance, une majorité s'est à nouveau dégagée en faveur du maintien du principe. Précision intéressante : le ralliement de certains est intervenu à l'idée que la règle de la territorialité pouvait également couvrir de sa protection des minorités linguistiques historiques¹⁷. A partir de là, constituantes et constituants se sont divisés sur plusieurs questions jugées essentielles : fallait-il faire mention expresse du concept de territorialité dans la future Constitution ? Ou suffirait-il de le consacrer implicitement, dans les termes, par exemple, de l'article 70 alinéa 2 de la Constitution fédérale ? Pouvait-on éventuellement se contenter de reconduire simplement la formule plébiscitée en 1990 ? Le compromis « acceptable » a été adopté par la Constituante dans sa séance du 21 janvier 2003, sur la base d'une proposition d'amendement formulée par Ambros Lüthi (PS,

¹⁶ BOC 2003, p. 60 ss : lire notamment les interventions de Moritz Boschung-Vonlanthen (PDC, SE) ; Josef Vaucher (PS, SE) ; Patrik Gruber (PS, SE) et Anton Brühlart (PDC, SE).

¹⁷ BOC 2003, p. 63 : Patrik Gruber exprime ce point de vue comme suit : « Das Territorialitätsprinzip ist das Korrektiv, wie das Bundesgericht sagt, es hat eine Schutzfunktion. Es soll eben gerade die angestammte sprachliche Aufteilung in der Schweiz, aber dann auch in den einzelnen Kantonen, schützen. In diesem Sinne verstanden, kann ich das Territorialitätsprinzip unterschreiben... ». Cette opinion rejoint celle de plusieurs auteurs : cf. C. A. MORAND, Liberté de la langue et principe de territorialité. Variations sur un thème encore méconnu, *in* RDS 1993, p. 2 ; B. WILSON, La liberté de la langue des minorités dans l'enseignement, Bâle 1999, p. 156 ss ; ATF 106 Ia 299.

FV)¹⁸. Alors que plusieurs propositions étaient en concours pour un seul compromis, ce dernier réussit, non sans peine, à faire passer un texte combinant l'article 21 alinéa 1 de la Constitution cantonale avec l'article 70 alinéa 2 de la Constitution fédérale¹⁹, lequel dispose, en sa deuxième phrase, qu'« *afin de préserver l'harmonie entre les communautés linguistiques, ils (les cantons) veillent à la répartition traditionnelle des langues et prennent en considération les minorités linguistiques autochtones* ». De par cette synthèse inattendue, le principe de territorialité resterait mentionné *expressis verbis* dans la Charte cantonale, une exigence francophone. En contrepartie, la notion recevait un contenu par référence au droit constitutionnel fédéral. Qui plus est, le rappel des égards dus aux minorités linguistiques autochtones était de nature à prévenir les interprétations rigides et à satisfaire la sensibilité alémanique. La solution trouvée exprimait par ailleurs une autre option présentée, elle aussi, comme une idée-force : « *dans les communes avec une minorité linguistique autochtone importante, le français et l'allemand peuvent être les langues officielles* ». Très différent du texte proposé en vue de la première lecture²⁰, le compromis évite prudemment les expressions jugées suspectes de « commune bilingue » et de « frontière linguistique » pour ne les suggérer que très implicitement. Hommage (contesté) rendu à l'autonomie communale, il paraît laisser aux communes concernées le choix de leur appartenance et de leur statut linguistique. Seul contrepoids prévu pour éviter les décisions de circonstance : une procédure d'approbation par l'autorité cantonale. C'est dans cette version que le principe de territorialité a trouvé place dans le projet de Constitution soumis à consultation (11 avril – 11 juillet 2003)²¹. Elle sera confirmée en deuxième

¹⁸ BOC 2003, p. 56. Cf. A. LÜTHI, La question des langues dans la nouvelle Constitution du canton de Fribourg, in *LeGes* 2004/2, p. 93 ss.

¹⁹ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000.

²⁰ Dans sa première version de janvier 2003, l'article 7 disposait que « les langues officielles de la capitale et des communes bilingues jouxtant la frontière linguistique sont le français et l'allemand ». Concentré explosif, il est vrai, ce texte à été fraîchement commenté par Louis Ruffieux, sous le titre : « Au secours, un monstre ! » Journal « La Liberté » du 11 janvier 2003.

²¹ Sur la question des langues, cette procédure a donné des résultats difficiles à résumer. Les avis exprimés dans les prises de position dites libres sont très partagés. Quant aux réponses données au questionnaire, elles confirment plutôt les options prises par la Constituante. Cf. Rapport de synthèse, p. 13 ss, complété

lecture avec une majorité confortable, à l'exception cependant de l'exigence, pourtant raisonnable, d'une approbation cantonale. Celle-ci sera abandonnée sans débat approfondi. Le texte de compromis franchira le stade de la troisième lecture sans subir de modifications autres que rédactionnelles.

D. Reliefs de la deuxième et de la troisième lecture

1. Suivant une suggestion du Conseil d'Etat²², la deuxième lecture a amené le regroupement des articles 6 et 7, ainsi que, rescapé de la dernière heure, le rajout : « Il (l'Etat) encourage le bilinguisme » (art. 6 al. 4 in fine)²³. Malgré les nombreuses critiques émises dans le cadre de la consultation, notamment de la part d'associations linguistiques²⁴, l'avant projet n'a plus été amendé matériellement. En raison cependant de sa grande généralité, propre aux normes de rang constitutionnel, il a continué à soulever bon nombre d'interrogations. Selon quels critères juger de l'appartenance linguistique d'un certain nombre de communes lacoises et sarinoises ? Comment définir les minorités linguistiques autochtones importantes ? Comment prendre en considération les autres minorités linguistiques, autochtones ou non ? Comment concilier les pratiques d'autonomie communale avec la nécessité d'assurer en matière linguistique une certaine égalité de traitement et la sécurité juridique ? Ces diverses questions en ont rallumé une autre, récurrente depuis plus de vingt ans et qui a été au cœur de la deuxième lecture : pour tenter de résoudre autant de problèmes cruciaux, ne s'impose-t-il pas d'élaborer une loi générale sur les langues ? Cette question a divisé la Constituante. A plusieurs reprises, la proposition a été faite, avec de bons arguments, de préciser dans la Constitution que l'usage officiel des langues *est réglé par la loi*. Cette demande a été

par une Synthèse des réponses au questionnaire. Documents établis par le Secrétariat de la Constituante, Fribourg, septembre 2003.

²² Voir sa réponse à la consultation, du 9 juillet 2003, p. 6 ss ; classique, celle-ci a clairement influencé la rédaction des normes linguistiques de la nouvelle Constitution.

²³ BOC 2003, 759 ss.

²⁴ Voir en particulier la prise de position de la Communauté romande du pays de Fribourg (CRPF), du 24 juin 2003 ; ainsi que celle, de même date, de la Deutschfreiburgische Arbeitsgemeinschaft (DFAG), accompagnée d'une résolution du 22 mai 2003.

écartée par 60 voix contre 40, soit que ses adversaires ne voulaient pas d'une loi générale d'application ou qu'ils ne croyaient pas dans la possibilité d'y parvenir politiquement. Comme pour exprimer leur doute sur l'opportunité de légiférer, certains membres de la Constituante firent valoir que la précision demandée leur semblait aller de soi²⁵.

2. Alors qu'il paraissait stabilisé à la forme et sur le fond, l'article 6 du projet a suscité un débat de troisième lecture nourri, ponctué même d'une demande (rejetée) de réouverture de la discussion. Lors des séances des 15 et 30 janvier 2004, plusieurs constituants engagés de part et d'autre ont tenu à exprimer leur profonde insatisfaction sur quelques points névralgiques : « Insbesondere bedauern wir, dass nicht ausdrücklich festgehalten ist, dass der Kanton Freiburg ein zweisprachiger Kanton ist. Eine grosse Chance der echten Brückenfunktion und der stärkeren kulturellen und wirtschaftlichen Integration über die Saane hinweg ist vertan »²⁶. « Avec le principe de la territorialité des langues, on érige une frontière artificielle entre le territoire germanophone et le territoire francophone. Malheureusement, la majorité de cette Constituante a fait sienne cette idée rétrograde d'une frontière des langues rigide qui sépare nos deux communautés culturelles au lieu de leur offrir une zone de cohabitation bilingue où le bon voisinage peut être pratiqué tous les jours. Et tout cela, au nom d'un mythe, au nom de la soi-disant germanisation »²⁷. En sens opposé, un constituant déclara avec insistance que « l'article 6 inspire de sérieuses réserves par ce qu'il ne dit pas et aussi par ce qu'il dit. Ce qu'il ne dit pas : il n'est pas précisé que l'application du principe de territorialité est réglé par la loi. S'en prendre au principe de territorialité, c'est s'en prendre fatalement dans l'immédiat ou à long terme à la paix des langues dans le canton. En ce qui concerne l'adjonction 'l'Etat encourage le bilinguisme', là aussi de sérieuses réserves »²⁸. L'on pressent que la concrétisation des nouvelles normes constitutionnelles sera laborieuse.

²⁵ BOC 2003, p. 548 et p. 554 ; 2004, p. 113 : interventions de Félicien Morel et de Raphaël Chollet en faveur de l'annonce formelle de la loi. Contra : Moritz Boschung-Vonlanthen, BOC 2003, p. 553.

²⁶ BOC 2004, p. 210 : Intervention de Peter Jäggi (PCS, SE).

²⁷ BOC 2004, p. 212 : Intervention de Josef Vaucher.

²⁸ BOC 2004, p. 113 : Intervention de Raphaël Chollet.

II. QUELQUES COMMENTAIRES SUR LE NOUVEAU DROIT CONSTITUTIONNEL DES LANGUES

Alors que la Constitution de 1857/1990 ne consacrait aux langues que trois dispositions, la nouvelle en compte neuf²⁹. Ce nombre est bien plus élevé si l'on y ajoute les normes qui, relevant de domaines apparentés, sont susceptibles d'avoir des implications linguistiques³⁰. Cette progression quantitative laisse-t-elle présager des changements fondamentaux dans la politique fribourgeoise des langues ? Résultat de délibérations laborieuses et hésitantes, le nouveau droit paraît exclure une telle perspective. Il devrait par contre favoriser des évolutions positives sur les plans culturel, économique, social et politique.

A. Liberté de la langue et principe de territorialité

1. Suivant une option valable pour les droits fondamentaux dans leur ensemble, la liberté de la langue, déjà garantie à l'article 18 Cst. féd., a

²⁹ Ce sont les dispositions énoncées aux art. 2 al. 2, 6, 17, 64 al. 3.

– Intégré au *Titre premier, Dispositions générales*, l'art. 6 a la teneur suivante : « 1 Le français et l'allemand sont les langues officielles du canton. 2 Leur utilisation est réglée dans le respect du principe de territorialité : l'Etat et les communes veillent à la répartition territoriale traditionnelle des langues et prennent en considération les minorités linguistiques autochtones. 3 La langue officielle des communes est le français ou l'allemand. Dans les communes comprenant une minorité linguistique autochtone importante, le français et l'allemand peuvent être les langues officielles. 4 L'Etat favorise la compréhension, la bonne entente et les échanges entre les communautés linguistiques cantonales. Il encourage le bilinguisme. 5 Le canton favorise les relations entre les communautés linguistiques nationales. »

– La liberté de la langue a pris place dans le *Titre II, Droits fondamentaux et droits sociaux*. En voici l'art. 17 : « 1 La liberté de la langue est garantie. 2 Celui qui s'adresse à une autorité dont la compétence s'étend à l'ensemble du canton peut le faire dans la langue officielle de son choix ».

– Figurant dans le *Titre IV, Tâches publiques*, l'art. 64 al. 3 dispose : « La première langue étrangère enseignée est l'autre langue officielle ».

³⁰ Peuvent être cités ici : l'art. 3 al. 1 lettre f (cohésion cantonale et respect de la diversité culturelle) ; l'art. 5 (relations extérieures) ; l'art. 11 al. 2 (liberté de mouvement) ; l'art. 79 consacré aux tâches de l'Etat dans le domaine de la culture : « 1 L'Etat et les communes encouragent et soutiennent la vie culturelle dans sa diversité ainsi que la création artistique. 2 Ils encouragent la coopération et les échanges culturels entre les régions du canton et avec l'extérieur ». Selon le principe de l'interprétation coordonnée des normes constitutionnelles, ces diverses dispositions peuvent influencer sur l'interprétation de l'art. 6 précité.

été reprise à l'article 17 de la nouvelle Constitution fribourgeoise. Décision logique : pouvait-on écarter le droit à la langue d'un catalogue complet de droits et de libertés, pour ne mentionner formellement que l'exception, à savoir le principe de territorialité ? C'eût été confirmer l'une des carences de la Constitution de 1857/1990. En inscrivant la liberté de la langue dans la nouvelle Charte cantonale, la Constituante a entendu en souligner surtout l'importance essentielle, tant pour la personne et les relations interindividuelles que pour la société en général. Au nombre des valeurs représentées, l'on peut en effet citer la dignité humaine, la liberté personnelle et le respect de la vie privée et familiale. La liberté de la langue est aussi à la source de la liberté d'opinion, d'expression et d'information, fondements de la démocratie. Elle concerne toute langue, nationale ou étrangère, maternelle ou apprise, commune ou dialectale, etc. C'est dire que le droit à la langue recouvre aussi les langues de la migration³¹, ainsi que les patois et les dialectes. Sa garantie est dès lors liée à d'autres préoccupations : la sauvegarde du patrimoine linguistique et le respect de la diversité culturelle (thèse 1.2.3., Préambule, art. 3 al. 1, lettre f, art. 79). Universelle, la liberté de la langue peut être invoquée par chacun, indépendamment de sa nationalité et de son lieu de résidence ; elle peut l'être par les personnes morales. Globale, elle ne se limite pas aux relations privées, mais s'étend virtuellement aux rapports avec le secteur public, sauf restrictions de droit public.

2. Comme toute autre liberté constitutionnelle, la liberté de la langue n'est pas absolue. Des restrictions peuvent lui être apportées, pour autant qu'elles satisfassent aux trois exigences de l'article 36 Cst. féd., opportunément rappelées à l'article 38 Cst. : une base légale suffisante, un intérêt public pertinent et prépondérant et le respect du principe de proportionnalité. Les droits fondamentaux étant par ailleurs inviolables dans leur essence. Dans les rapports avec les collectivités publiques, une évidence s'impose : la possibilité d'user d'une langue ne dépend pas tant de la liberté de la langue que des réglementations

³¹ A la fois linguiste et membre de la Constituante, Claudine Brohy (Cit., FV) s'en est préoccupée dans un exposé adressé à la Commission 1. Cf. Réflexions pour la Commission 1 de la Constituante, 18 mars 2001. Faisant état de la richesse des langues parlées dans le canton et de leur éventail d'utilisation, elle a par ailleurs souhaité, dans un autre ordre d'idées, que la Constitution consacre, à côté du concept de langues officielles, celui de langues cantonales. Amendement rejeté (BOC 2002, p. 34 s.).

fédérales, cantonales et communales concernant les langues officielles et le principe de territorialité qui en est indissociable. Le droit à la langue s'en trouve globalement limité jusqu'à l'effacement. Cela dit, il est temps de rendre compte des relations complexes et controversées qu'entretiennent le droit fondamental d'une part et le principe constitutionnel de l'autre, ce d'autant plus qu'elles sont en pleine évolution. Selon l'article 70 alinéa 2, 1^{ère} phrase Cst. féd., les cantons sont compétents pour déterminer leurs langues officielles. Il faut entendre par cette notion la ou les langues parlées sur leur territoire et qui doivent en principe être obligatoirement utilisées dans les relations entre les autorités publiques d'une part et entre ces dernières et les particuliers d'autre part³². Les cantons bilingues ou plurilingues exercent cette compétence originaire et exclusive en tenant compte, évidemment, de la configuration linguistique de leur territoire, ainsi que de leur organisation politique, administrative et juridictionnelle à différents niveaux : commune, cercle, arrondissement, district, canton. Comme en a décidé, en partie, la Constituante fribourgeoise (art. 6 al. 3, 2^{ème} phrase), ils peuvent déléguer cette compétence aux communes. Dans le souci de préserver l'harmonie entre les communautés linguistiques, les cantons ont entre autres à veiller à la répartition traditionnelle des langues, tout en prenant en considération leurs minorités linguistiques autochtones (art. 70 al. 2, 2^{ème} phrase Cst. féd.). Ainsi définie et atténuée, la règle de la territorialité des langues est/devrait être propre à favoriser la paix des langues. Elle repose en effet sur quelques axiomes raisonnables : pour se maintenir, la langue doit avoir un territoire ; la bonne entente entre les communautés est mise en péril, lorsque les frontières linguistiques sont par trop instables ; les langues doivent être protégées dans leur aire traditionnelle de diffusion, en particulier lorsqu'elles sont menacées ; il en va en définitive de la sauvegarde du pluralisme linguistique et culturel d'un territoire donné³³.

³² Sur la notion de langue officielle (Amtssprachen des Bundes, kantonale Amtssprachen), cf. R. KÄGI-DIENER, *St. Galler Kommentar zu Art. 70 BV*, Zürich 2002, S. 810 ff.

³³ Ces diverses justifications ont été mises en doute par plusieurs auteurs. Voir, parmi d'autres, les critiques de C. A. MORAND, G. MALINVERNI, M. ROSSINELLI et C. MARTI-ROLLI, résumées dans le rapport intitulé « *Zustand und Zukunft der viersprachigen Schweiz* », *Abklärungen, Vorschläge und Empfehlungen einer Arbeitsgruppe des Eidgenössischen Departementes des Innern*, Bern 1989, p. 231 ss.

Juridiquement, le principe de territorialité se définit comme un principe de droit constitutionnel³⁴, en vertu duquel certaines restrictions peuvent être apportées à la liberté de chacun d'utiliser la langue de son choix, ce « dans le but de stabiliser les frontières linguistiques et de tendre, là où l'uniformité de la langue existe encore, vers une homogénéité aussi grande que possible dans la composition linguistique de la population »³⁵. Par définition, il repose sur une logique d'adaptation et d'assimilation des allophones. Il peut conduire à toutes sortes de mesures jugées nécessaires à protéger une communauté linguistique indigène contre les conséquences éventuellement négatives de l'immigration étrangère ou interne. Vu sous l'angle de la protection des minorités, l'application conséquente du principe pourra venir en aide, cas échéant, à une langue minoritaire menacée de perdre son emprise territoriale, voire de s'éteindre à terme. Constatons ici que le principe n'a que rarement servi efficacement les intérêts d'une minorité linguistique. Le sort réservé au romanche en est une illustration. Appelé à poursuivre des objectifs divers et parfois difficilement conciliables (conservation des aires linguistiques, protection des minorités linguistiques, garantie de la paix des langues, etc.), le principe de territorialité est d'une portée et d'un contenu difficiles à circonscrire et sujets à controverses. Quoiqu'il en soit, il vient restreindre la liberté de la langue ; qui plus est, il pourra justifier de mesures de droit public affectant d'autres droits fondamentaux, tels que la liberté personnelle, la liberté d'expression, la liberté d'établissement, la liberté économique et la garantie de l'autonomie communale. Il importe dès lors de rappeler avec force que son application est subordonnée aux conditions prescrites aux articles 36 Cst. féd. et 38 Cst., et tout particulièrement à celles de la proportionnalité³⁶.

³⁴ Comme tel, il ne confère pas en lui-même un droit constitutionnel personnel à l'individu. Partant, il ne peut être invoqué à titre principal (mais bien à titre incident) à l'appui d'un recours de droit public au Tribunal fédéral : ATF 122 I 236 ss, 239 ; 121 I 196 ; 116 I a 345 ss.

³⁵ ATF 106 Ia 299 ; TF, arrêt non publié du 4 mars 1993 en la cause C.R.J contre commune de Marly.

³⁶ TF, arrêt du 2 novembre 2001 (cause Amrein), *in* RFJ 2001, p. 373, arrêt de principe commenté par A. MACHERET et B. WILSON, *in* RFJ 2001, p. 380 ss. ATF 121 I 196 ss, 116 Ia 345 ss, 349, 351 ss. D'un avis différent : A. PAPAUX, Droit scolaire et territorialité des langues : bilan critique de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, *in* RFJ 2002, p. 1 ss, 3 ss ; ATF 106 Ia 299 ss, 303. Sur les

B. L'infléchissement du principe de territorialité

Pour tenir compte des exigences du droit international³⁷ et de celles de la Constitution fédérale, le Tribunal fédéral s'emploie depuis quelques années à relativiser le principe de territorialité et à reconnaître un poids accru aux droits et intérêts de la personne. La large référence qu'il fait à la doctrine récente soulignant la prééminence de la liberté de la langue, paraît même annoncer un infléchissement plus poussé encore du principe. On ne saurait l'exclure. En l'état, une observation essentielle s'impose : la jurisprudence du Tribunal fédéral ne tolère plus, comme ce fut le cas par le passé dans certaines affaires qui lui valurent de nombreuses critiques³⁸, des interprétations rigides de la territorialité. Dans cet esprit, l'arrêt Amrein ne manque pas de relever, tout en se référant aux travaux préparatoires, que l'article 21 aCst. doit

exigences de la proportionnalité et les mécanismes de son application : cf. A. MACHERET, La proportionnalité des actes étatiques : une appréciation difficile, *in* Le Droit en mouvement, numéro spécial « RFJ 10 ans », 2002, p. 187 ss.

³⁷ Diverses normes générales de droit international consacrent le principe de non-discrimination ou assurent la protection des minorités linguistiques. *Dans le cadre du Conseil de l'Europe* : l'art. 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme (CEDH), du 4 novembre 1950 (RS 0.101) ; la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, du 5 novembre 1992 (RS 0.441.2) ; la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, du 1^{er} février 1995 (RS 0.441.1). *Dans le cadre des Nations Unies* : l'art. 2 al. 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, du 16 décembre 1966 (RS 0.103.1) ; les art. 2 al. 2 et 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, de la même date (RS 0.103.2). Cet article 27 consacre un droit individuel dans les termes suivants : « *Dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue* ». Cf. Y. HANGARTNER, Minderheiten und Mehrheiten im Spannungsfeld der Grundrechte, RDS 1997 I, p. 105 ss ; KÄLIN/MALINVERNI/NOWAK, Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte – La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme, 2^{ème} éd., Bâle 1997, p. 52, 233 ss.

³⁸ Exemples : ATF 91 I 480 ss concernant l'Association de l'école française de Zürich ; 100 Ia 462 ss dans l'affaire Derungs. Sur les critiques émises par la doctrine, cf. B. WILSON, La liberté de la langue des minorités dans l'enseignement, Bâle 1999, p. 292 ss ; M. BORGHI, La liberté de la langue et ses limites, *in* Droit constitutionnel suisse, édité par Daniel Thürer, Jean-François Aubert et Jörg Paul Müller, Zürich 2001, p. 607 ss.

être appliqué avec une certaine retenue. Il paraît significatif au Tribunal fédéral que cette disposition consacre le principe de territorialité (alinéa 1), en le mettant aussitôt en relation avec le devoir de favoriser la compréhension entre les deux communautés linguistiques (alinéa 2). Dans la pesée des intérêts en présence, il en est venu à s'imposer en la matière un contrôle plus attentif et plus rigoureux des motifs d'intérêt public invoqués par l'autorité intimée, ainsi que de la proportionnalité de la mesure incriminée. « L'intérêt public lié à la sauvegarde de l'homogénéité linguistique d'une commune ne saurait, à lui seul, faire obstacle à la garantie constitutionnelle de la liberté de la langue »³⁹. C'est ainsi que le respect du principe de proportionnalité exige que l'intérêt privé des parents à pouvoir scolariser leur enfant dans la langue maternelle de la famille l'emporte, cas échéant, sur l'intérêt des autorités à prévoir à temps l'effectif des classes primaires et à sauvegarder l'homogénéité du territoire concerné. Autre précepte souvent évoqué par la doctrine et la jurisprudence : le principe de territorialité implique nécessairement une application différenciée, selon notamment les domaines et la situation géographique de la collectivité publique en cause.

On le voit, la tendance générale n'est plus aux interprétations dogmatiques de la territorialité, fidèles à une doctrine d'assimilation stricte. Par ailleurs, comment pourrait-on se crispier dans une telle position au regard du complément apporté au principe : le devoir de prendre en considération les minorités linguistiques autochtones ? Et comment la concilierait-on avec les dispositions constitutionnelles demandant à l'Etat de prendre des mesures actives pour favoriser la compréhension, la bonne entente et les échanges entre les communautés linguistiques (art. 70 al. 3 Cst. féd., art. 6 al. 4 Cst.) ? Pour autant, la règle de la territorialité des langues ne saurait être, à notre sens, contestée sur le principe, ni même considérée comme un simple moyen de politique linguistique ou un intérêt public parmi d'autres, à prendre en compte dans la pondération des intérêts. Solidement ancré constitutionnellement, il est l'un des corollaires du fédéralisme et de la diversité culturelle qui caractérisent la Suisse. C'est au niveau de sa concrétisation que des solutions équilibrées devront être désormais trouvées. Dans le canton de Fribourg, celles-ci ne pourront ignorer l'importance clairement reconnue au principe tant par la Constituante

³⁹ TF, arrêt du 2 novembre 2001 en la cause Amrein, *in* RFJ 2001, p. 366 ss.

que par la majorité du peuple fribourgeois. Sous réserve d'éventuelles dérogations et concessions consenties en faveur du principe de la personnalité (exemple : l'art. 17 al. 2), il doit sans doute être appliqué de manière conséquente aux territoires unilingues. Mais l'interprétation historique sera aussi là pour confirmer un souhait constamment exprimé par une large majorité de la Constituante : celui de voir appliquer le principe litigieux avec discernement et pragmatisme.

III. LA CONCRÉTISATION

A. La politique des langues au sens large

Le présent exposé ne saurait évoquer, ne serait-ce que superficiellement, l'ensemble des problèmes de la concrétisation. Dans son sens large, la politique des langues est à multiples facettes. Elle concerne non seulement les pouvoirs publics, mais aussi la société civile dans ses diverses composantes : formations politiques, acteurs culturels et sociaux, milieux économiques, vie associative, communautés religieuses, médias, etc. Elle ne s'épuise pas dans l'élaboration de textes législatifs et autres, mais recouvre également, par exemple, la représentation équitable des communautés linguistiques au sein des pouvoirs constitués, la gestion courante des services publics, les activités de formation, la dénomination des localités, rues, gares et indicateurs de direction⁴⁰. Face à tant de questions, nous prenons le parti de n'en aborder qu'une seule, maintes fois débattue au sein de la Constituante : les nouvelles normes constitutionnelles fribourgeoises impliquent-elles l'élaboration d'une loi générale sur les langues ?

B. Faut-il légiférer sur les langues ?

A maintes reprises, notamment lors de la discussion des dispositions linguistiques de lois spéciales, la venue d'une loi générale sur les langues a été annoncée comme prochaine. Celle-ci permettrait notamment de déterminer la langue officielle des communes, notion à laquelle la législation rattache des effets importants dans plusieurs

⁴⁰ Cf. J.-B. ZUFFEREY, Avis de droit sur l'appellation de la gare de Fribourg, Fribourg 1999.

secteurs⁴¹. Comme l'ont démontré les délibérations de la Constituante, les avis restent très partagés sur la nécessité, voire sur la simple opportunité d'une telle loi. Plutôt que de se réfugier derrière des arguments émotionnels, liés à la peur de provoquer un débat difficile, il nous paraît utile de rechercher une réponse à ces questions sur la base d'une analyse précise de la nature et du contenu des normes constitutionnelles en cause.

A l'exception d'une seule (l'alinéa 3, 2^{ème} phrase), les dispositions énoncées à l'article 6 sont impératives. Il en est même deux qui sont d'effet direct entre ses destinataires, c'est-à-dire l'autorité et le particulier : celles énoncées aux alinéas 1 et 3, 1^{ère} phrase. Ces premières observations ne plaident certes pas en faveur de l'élaboration d'une loi générale d'application. Mais il importe d'aller au delà de ce constat et de remarquer que les dispositions en question sont presque toutes émaillées de notions juridiques imprécises et/ou sont à caractère programmatique. Il n'en est à notre sens aucune qui puisse être appliquée sans le relais d'une réglementation. Sauf risque de disparités et d'arbitraire. Qu'en est-il de l'article 6 al. 3, 2^{ème} phrase qui exprime le compromis résulté de la proposition d'amendement Lüthi ? Sur le principe, cette disposition ouvre la voie au bilinguisme, mais pas nécessairement. Elle paraît décharger le canton du soin de légiférer sur l'appartenance et le statut linguistique des communes comprenant une « minorité linguistique autochtone importante », une expression très générale qui attend définition. Ce sont là autant d'observations qui postulent l'élaboration d'une loi qui ne serait qu'une loi-cadre, car en matière linguistique, légifère bien qui légifère le moins. Précisons que l'adoption d'un tel instrument législatif ne permettrait pas de faire l'économie des dispositions linguistiques usuellement intégrées dans la législation spéciales. Grâce à la loi générale, ces dernières pourraient cependant gagner en cohérence.

La future loi, que le Conseil d'Etat appelle lui-même de ses vœux⁴², devrait comporter quelques dispositions sur les langues offi-

⁴¹ Exemples : loi scolaire (LS) du 23 mai 1985, art. 7, RSF 411.0.11 ; code de procédure et de juridiction administrative (CPJA), du 23 mai 1991, art. 36, RSF 150.1 ; code de procédure civile (CPC), du 28 avril 1953, art. 10 ; code de procédure pénale (CPP), du 14 novembre 1996, art. 45 ss, RSF 32.1.

⁴² Dans sa réponse à la consultation, le Conseil d'Etat s'exprime à ce sujet comme suit : « Il appartiendra à la loi de définir ce principe de la territorialité et

cielles ; elle viendrait préciser les notions axiales ; créer le base légale nécessaire à certaines mesures spécifiques d'encouragement du bilinguisme, etc. « Une conception saine de la démocratie n'esquive pas les questions délicates »⁴³. La plus délicate d'entre toutes est et restera celle de la détermination des critères permettant de définir, pour la rendre opérationnelle, l'expression de « minorité linguistique autochtone importante », et conséquemment le cercle des communs susceptibles d'être officiellement bilingues. Les Rapports GUGGENHEIM, VOYAME et SCHWALLER pourront y contribuer utilement, de même que les éléments de solution déjà dégagés par la pratique administrative et la jurisprudence⁴⁴. Dans les limites du présent exposé, qu'il nous suffise de souligner que le caractère linguistique d'une commune sise à la frontière des langues ne saurait s'apprécier sur la base de critères purement quantitatifs⁴⁵. L'on devra, par exemple, tenir compte de la composition de la population, de la stabilité des proportions linguistiques, ainsi que de la situation géographique de la commune à l'intérieur du canton. A ces critères principaux, devront s'ajouter certains critères correctifs et subsidiaires, tels que l'historicité, la pratique communale, la qualité de chef-lieu, la volonté des citoyens⁴⁶. S'agissant des communes qui ne présenteraient pas les caractères

d'énoncer les critères nécessaires à la détermination des communes francophones, germanophones et bilingues. Il sera en particulier primordial, notamment d'un point de vue scolaire, de mieux définir la notion de 'minorité linguistique autochtone' ».

⁴³ Cf. Rapport SCHWALLER, p. 18.

⁴⁴ ATA du 8 juillet 1999, *in* RFJ 1993, p. 211 ss ; ATA du 18 avril 1996 en la cause X, Y et Z c. la commune de Cressier, p. 9 ss ; Rapport SCHWALLER, p. 22 ss.

⁴⁵ C'est-à-dire par simple référence à des pourcentages. La Commission Schwaller a formulé à cet égard la proposition suivante : « Une commune est reconnue bilingue si : a) le rapport du groupe linguistique minoritaire à l'ensemble de la population résidante des deux langues officielles est d'au moins 30% ; ce rapport est établi sur la base des résultats du dernier recensement fédéral et doit être confirmé par ceux des deux recensements précédents ; et que b) le territoire de la commune est en contact direct avec le territoire d'une commune unilingue d'une part et celui d'une commune de l'autre langue officielle ou d'une commune bilingue d'autre part ». Voir aussi l'ATF 106 Ia 305 (relatif à langue judiciaire du district de la Sarine).

⁴⁶ Ces critères, qui peuvent être combinés, sont le reflet de l'avis de la majorité de la Commission Schwaller. A noter que celle-ci n'a pas établi de hiérarchie parmi les critères correctifs.

d'une commune bilingue, tout en comportant une minorité linguistique significative, un statut particulier minimum pourrait être prévu au profit des minoritaires. Celui-ci pourrait être précisé et développé en niveau communal et inter-communal. En outre, soucieux de prévenir les disparités d'une commune à l'autre et d'éviter un gros contentieux de l'inégalité de traitement et de l'arbitraire, l'Etat ne pourra faire l'économie de quelques règles de fond, de procédure et d'organisation⁴⁷. Il s'agira en effet de discipliner, dans une certaine mesure, l'exercice de la liberté d'appréciation laissée aux communes par l'article 6 alinéa 3 Cst. L'alternative à la loi générale que nous préconisons ne pourrait être que juridictionnelle, avec les avantages et les inconvénients que présente cette voie, pas idéale sur le plan démocratique.

Au terme de cette réflexion, une question nous interpelle : les nouvelles dispositions constitutionnelles permettront-elles de promouvoir une politique des langues « pour demain », c'est-à-dire qui permette de faire face aux besoins d'une société de la communication en voie de mondialisation, marquée de surcroît par une mobilité professionnelle et géographique qui va en s'accroissant ? La réponse à cette question n'est peut-être pas à chercher dans les articles 6 et 17 de la Constitution cantonale, mais bien dans les mentalités. Textes d'orientation, ces dispositions expriment des règles qui, pour la plus part, sont générales et ouvertes. Souhaitons qu'elles soient interprétées et appliquées dans un esprit qui amène les Fribourgeois à vivre le bilinguisme plus positivement. Il en va de l'intérêt bien compris du canton sur les plans politique, culturel, économique et social, ainsi que de la crédibilité de son engagement linguistique sur le plan confédéral. Dans une époque marquée par l'hégémonie de la langue anglaise et en conséquence par l'érosion de nombreuses langues minoritaires, il serait temps que francophones et germanophones se reconnaissent quelques qualités.

⁴⁷ Sur le plan organisationnel, la loi générale devrait au moins préciser quel devrait être l'organe communal compétent pour décider de l'appartenance et du statut linguistique de la commune. Cette question n'a évidemment d'intérêt pratique que pour les territoires linguistiquement mixtes.

DIE GRUND- UND SOZIALRECHTE

Tarkan Göksu

Dr. iur., juristischer Berater des Verfassungsrats

Anna Petrig

Lic. iur., Verfassungsrätin

I. ALLGEMEINES

1. Die Bundesverfassung vom 18. April 1999 enthält einen umfassenden Grundrechtskatalog. Nichtsdestotrotz bleibt es den Kantonen unbenommen, über die Mindestgarantien der Bundesverfassung hinauszugehen, sei es, dass sie den bereits von Bundesverfassung wegen gewährten Garantien einen weitergehenden Gehalt zusprechen, sei es, dass sie gänzlich neue Grundrechtspositionen schöpfen¹. Dies hat der freiburgische Verfassungsgeber verschiedentlich getan.

2. Der Verfassungsrat diskutierte, ob ein *abschliessender Grundrechtskatalog* in die Verfassung aufzunehmen sei. Die Alternative, auf den Grundrechtskatalog der Bundesverfassung zu verweisen und lediglich über das Bundesrecht hinausgehende Garantien zu erwähnen, wurde schliesslich verworfen. Die Kantonsverfassung sollte ein in sich kohärentes Werk darstellen und ihre pädagogische Funktion erfüllen, ohne dass immerzu die Bundesverfassung für das umfassende Verständnis beigezogen werden müsste².

3. Der Grundrechtskatalog der Kantonsverfassung entspricht nicht demjenigen der Bundesverfassung. Bei einem *Vergleich der*

¹ Vgl. dazu JEAN-FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse* du 18 avril 1999, Zürich 2003, N 12 zu vor Art. 7 BV; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Volume II: Les droits fondamentaux, Bern 2000, N 81 ff.; vgl. auch JÖRG PAUL MÜLLER, *Grundrechte*, in: *Handbuch des bernischen Verfassungsrechts*, Walter Kälin/Urs Bolz [Hrsg.], Bern/Stuttgart/Wien 1995, S. 31 ff.

² Vgl. TVR 2003, S. 558 ff.

Verfassung mit der Bundesverfassung lassen sich vier Kategorien feststellen:

a. Zahlreiche Grundrechtsgarantien der Bundesverfassung wurden *ohne Änderung übernommen*.

b. Vereinzelt wurden Grundrechtsgarantien der Bundesverfassung *unter redaktionellen Änderungen übernommen*, ohne dass der Verfassungsgeber deren Gehalt hätte erweitern (oder einschränken) wollen³.

c. Einzelne Grundrechtsgarantien der Bundesverfassung wurden *nicht aufgenommen*. Es handelt sich um Rechtspositionen, welche entweder in der Kantonsverfassung indirekt eine Grundlage finden⁴ oder welche keinen Platz in der Kantonsverfassung haben⁵. Eine Ausnahme stellen die Garantien bei Freiheitsentzug (Art. 31 BV) dar, welche ohne erkennbaren Grund weggelassen wurden. Selbstverständlich gelten diese Garantien im Kanton Freiburg auch ohne ausdrückliche Nennung in der Verfassung.

d. Schliesslich enthält die Verfassung *selbstständige kantonale Grundrechte*. Auf diese verfassungsmässigen Rechte ist im Folgenden einzugehen⁶:

³ So beim Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV bzw. Art. 12), bei der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 Abs. 3 BV bzw. Art. 15 Abs. 3), bei der Niederlassungsfreiheit (Art. 24 BV bzw. Art. 16), bei der Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV bzw. Art. 19 Abs. 1), bei der Medienfreiheit (Art. 17 BV bzw. Art. 20), bei der Kunstfreiheit (Art. 21 BV bzw. Art. 21), bei der Vereinigungsfreiheit (Art. 23 BV bzw. Art. 23), beim Anspruch auf ein faires Verfahren (Art. 29 Abs. 1 BV bzw. Art. 29 Abs. 1) sowie bei den Strafverfahrensgarantien (Art. 32 BV bzw. Art. 32).

⁴ So ist beispielsweise das Verbot der Todesstrafe (Art. 10 Abs. 1 Satz 2 BV) im Recht auf Leben (Art. 11 Abs. 1) oder das Folterverbot (Art. 10 Abs. 3 BV) in der persönlichen Freiheit (Art. 11 Abs. 2) enthalten.

⁵ So ist beispielsweise der Schutz vor Ausweisung, Auslieferung und Ausschaffung (Art. 25 BV) typischerweise auf Bundesebene zu regeln. Ebenso stellt die Garantie des Wohnsitzgerichts (Art. 30 Abs. 2 BV) aufgrund ihres historischen Sinns, einen Beklagten nicht vor ein kantonsfremdes Gericht ziehen zu können (vgl. etwa REINHOLD HOTZ, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zürich/Lachen 2002, N 17 zu Art. 30 BV), eine typischerweise vom Bund zu gewährende Garantie dar.

⁶ Vgl. aber für die Sprachenfreiheit (Art. 17) und die Informationsfreiheit (Art. 19 Abs. 2) die Beiträge von AUGUSTIN MACHERET bzw. DENIS BARRELET in dieser Sondernummer.

II. MENSCHENWÜRDE

4. Gemäss Art. 8 ist die Menschenwürde *unantastbar*, während sie gemäss Art. 7 BV *zu achten und zu schützen* ist. Es handelt sich nicht bloss um eine redaktionelle Differenz. Die Formulierung wurde bewusst gewählt, um der Garantie den ihr gebührenden Ausdruck zu verleihen⁷.

5. Art. 8 geht einerseits weiter, und andererseits weniger weit als Art. 7 BV:

a. Gemäss Art. 7 BV ist die Würde des Menschen *zu schützen*. Die Formulierung spricht den programmatischen Aspekt der Garantie an⁸ und trägt mithin dem Staat auf, das Notwendige für den Schutz der Menschenwürde vorzukehren. Eine solche Aussage enthält Art. 8 nicht. Der Kanton Freiburg ist nichtsdestotrotz von Bundesverfassung wegen an diesen Auftrag gebunden.

b. Gemäss Art. 8 ist die Würde des Menschen nicht nur zu achten, sondern geradezu *unantastbar*⁹. Das heisst:

aa. Der Verfassungsrat wählte mit der Wendung eine klassische Grundrechtsformulierung als Abwehrrecht. Die Menschenwürde hat im Kanton Freiburg einen eigenständigen *subjektiv-rechtlichen Gehalt*¹⁰. Er kann immer dort selbstständig angerufen werden, wo nicht

⁷ Rédaction de l'avant-projet de Constitution – Rapport explicatif, Nr. 1 zu Art. 8; vgl. auch TVR 2003, S. 566 f.

⁸ Vgl. PHILIPPE MASTRONARDI, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zürich/Lachen 2002, N 24 zu Art. 7 BV; JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK, 3. Aufl., Bern 1999, S. 2.

⁹ Vgl. dagegen RENÉ RHINOW, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel/Genf/München 2003, N 173.

¹⁰ In der Lehre ist ansonsten umstritten, ob Art. 7 BV einen eigenständigen Gehalt aufweist (vgl. AUBERT/MAHON [Fn. 1], N 4 zu Art. 7 BV, m.w.H.; URS BOLZ, Teil II: Materialien und Kommentare, in: Walter Kälin/Urs Bolz [Hrsg.], Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern/Stuttgart/Wien 1995, Ziff. 2b zu Art. 9 KV BE; MASTRONARDI [Fn. 8], N 26 ff. zu Art. 7 BV; ALEXANDER MISIC, Der Grundrechtskatalog, in: Thomas Fleiner/Peter Forster/Alexander Misic/Urs Thalmann [Hrsg.], Die neue schweizerische Bundesverfassung, Föderalismus, Grundrechte, Wirtschaftsrecht und Staatsstruktur, Basel/Genf/München 2000,

andere Grundrechte, welche Aspekte der Menschenwürde schützen (z.B. das Diskriminierungsverbot), greifen. Insofern nimmt die Garantie der Menschenwürde als Auffanggrundrecht eine ähnliche Stellung in der Grundrechtsdogmatik ein wie die persönliche Freiheit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts¹¹.

bb. Die Menschenwürde ist im Kanton Freiburg unantastbar, und nicht etwa «nur» geschützt. Damit ist auch die *Kerngehaltsgarantie* angesprochen (vgl. Art. 36 Abs. 4 BV; Art. 38 Abs. 4). Der Schutzbereich und der Kerngehalt der Garantie fallen zusammen. Jeder Eingriff in das Grundrecht ist unzulässig und keiner Rechtfertigung zugänglich¹². Dieser Umstand wirkt sich umgekehrt auf den eigenständigen Schutzbereich der Garantie einschränkend aus. Die Menschenwürde ist im Bereich, wo er nicht von anderen Grundrechten konkretisiert wird, restriktiv auszulegen. Eine Verletzung liegt nur dort vor, wo das Menschsein an sich in Frage gestellt und der Mensch zum Objekt degradiert wird.

cc. Die Menschenwürde als Kerngehaltsgarantie bedeutet nicht, dass alle Grundrechte, welche in der Menschenwürde wurzeln, keiner Einschränkung zugänglich sind. Diese Grundrechte gehen bisweilen über die Garantie der Menschenwürde hinaus und können in diesem Umfang auch eingeschränkt werden (so z.B. einzelne Aspekte der persönlichen Freiheit). Wo aber der Eingriff geradezu die Menschenwürde berührt, ist er nicht mehr zulässig. Die Menschenwürde stellt alsdann den *Kerngehalt der betreffenden Grundrechte* dar¹³.

S. 77; RHINOW [Fn. 9], N 174; REGULA SCHLAURI, Ist die Menschenwürde Grundrecht oder Verfassungsprinzip?, Eine rechtsvergleichende Sicht, in: Thomas Gächter/Martin Bertschi [Hrsg.], Neue Akzente in der «nachgeführten» Bundesverfassung, Zürich 2000, S. 80 ff.).

¹¹ Vgl. BGE 97 I 45 E. 3.

¹² Vgl. MASTRONARDI (Fn. 8), N 52 zu Art. 7 BV. Vgl. etwa für das Recht auf Nothilfe als Ausfluss der Menschenwürde BGE 130 I 71 E. 4.1.

¹³ Vgl. zur Kerngehaltsfunktion der Menschenwürde auch AUBERT/MAHON (Fn. 1), N 4 zu Art. 7 BV; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Die neue Bundesverfassung, Zürich 2001, N 325; MASTRONARDI (Fn. 8), N 28 zu Art. 7 BV; PHILIPPE ANDREA MASTRONARDI, Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz, Diss. Bern 1978, S. 96; RENÉ WIEDERKEHR, Die Kerngehaltsgarantie am Beispiel kantonaler Grundrechte, Zugleich ein Beitrag zu den Grundrechten als Staatsaufgaben und zu den Grundrechtsverwirklichungsbestimmungen, Diss. St. Gallen 1999, S. 10.

6. Der *Begriff der Menschenwürde*, sofern er aufgrund seiner Eigenheit überhaupt gesetzgeberisch umschrieben werden kann¹⁴, orientiert sich an Art. 7 BV.

III. RECHTSGLEICHHEIT

7. Art. 9 entspricht weitgehend Art. 8 BV. Immerhin verzichtete der Verfassungsrat darauf, die nicht abschliessenden Diskriminierungsmerkmale des Art. 8 Abs. 2 BV eigens aufzuzählen, ohne indes den Gehalt des Diskriminierungsverbots ändern zu wollen¹⁵. Für zwei Diskriminierungsmerkmale, *Geschlecht und Behinderung*, führte der Verfassungsrat Neuerungen im Verhältnis zur Bundesverfassung ein:

A. Geschlecht

8. Staat und Gemeinden achten, soweit möglich, auf die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung von Mann und Frau beim Zugang zu öffentlichen Ämtern (Art. 9 Abs. 2 Satz 3). Dazu ist *viererlei* zu bemerken:

a. Die Bestimmung hat *keinen Grundrechtscharakter*, soweit sie einen über den allgemeinen Rechtsgleichheitsgrundsatz (Art. 9 Abs. 1) hinausgehenden Gehalt hat. Keine Frau kann aus Art. 9 Abs. 2 Satz 3 unmittelbar Rechte ableiten. Adressat der Bestimmung ist ausschliesslich der Staat.

b. Die Bestimmung enthält im Gegensatz zu Art. 8 Abs. 3 BV keinen Gesetzgebungsauftrag¹⁶. Staat und Gemeinden haben auf die Gleichstellung zu *achten*, und nicht, wie Art. 8 Abs. 3 BV statuiert, dafür zu sorgen. Mithin sind der Staat und die Gemeinden lediglich verpflichtet, bei ihrer Gesetzgebungs- und Verwaltungstätigkeit auch den Aspekt der Gleichstellung von Frau und Mann zu berücksichtigen und im Zweifelsfall diejenige Massnahme zu wählen, welche der Gleichstellung dienlicher ist. Ein kantonales Gleichstellungsgesetz mit einem

¹⁴ Vgl. auch MASTRONARDI (Fn. 8), N 38 zu Art. 7 BV; MISIC (Fn. 10), S. 76.

¹⁵ TVR 2002, S. 59 f.; TVR 2003, S. 73.

¹⁶ Vgl. AUBERT/MAHON (Fn. 1), N 20 zu Art. 8 BV; MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zürich/Lachen 2002, N 86 zu Art. 8 BV.

umfassenden und einschneidenden Massnahmenkatalog kann sich ohne weiteres auf Art. 9 Abs. 2 stützen; eine Pflicht zum Erlass eines solchen Gesetzes kann aber aus dieser Bestimmung nicht abgeleitet werden¹⁷.

c. Adressat der Pflicht sind *der Staat und die Gemeinden*. Die Pflicht erstreckt sich auf die gesamte staatliche Verwaltungs- und Gesetzgebungstätigkeit auf allen Ebenen. Sowohl der Staatsrat wie auch ein Gemeindeparlament haben bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben und im Rahmen ihrer Zuständigkeit dem Gleichstellungsauftrag im umschriebenen Sinn zu genügen. Einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage bedarf es dafür nicht; die entsprechende Kompetenz gründet unmittelbar auf der Kantonsverfassung. Gestützt auf diese Bestimmung könnte beispielsweise der Staatsrat auf dem Verordnungsweg Förderungsmassnahmen einführen, solange es sich dabei nicht um grundlegende Bestimmungen im Sinn von Art. 93 Abs. 2 handelt.

d. Einen Gleichstellungsauftrag beim *Zugang zu öffentlichen Ämtern* enthält die Bundesverfassung nicht ausdrücklich¹⁸. Insofern geht die Kantonsverfassung weiter:

aa. *Öffentliche Ämter*¹⁹ zielen nicht nur auf das Anstellungsverhältnis des Staatspersonals, wo der Gleichbehandlungsgrundsatz aufgrund des Gleichstellungsgesetzes ohnehin gilt (Art. 2 GlG; SR 151.1). Gemeint sind neben Kaderpositionen in der Kantonsverwaltung insbesondere auch politische Mandate jeglicher Art. Parlamente sind genauso erfasst wie Gerichtsbehörden oder besondere Kommissionen. Die politischen Mandate kennzeichnen sich dadurch aus, dass der Ernennung eine (politische) Wahl vorausgeht und somit die Besetzung der Stelle einen erhöhten willkürlichen bzw. aleatorischen Charakter hat und oftmals nicht sachlichen Motiven folgt.

bb. Die Kantonsverfassung fordert keine gleichmässige Verteilung der öffentlichen Ämter auf Männer und Frauen. Der Gleichstellungsauftrag bezieht sich lediglich auf den *Zugang* zu diesen Ämtern. Die Bestimmung hat also nur indirekt eine finale Wirkung, indem längerfristig mittelbar, eben durch die Gleichstellung bei den Zugangsmöglich-

¹⁷ Vgl. auch Eva Ecoffey (SP), TVR 2003, S. 75.

¹⁸ Immerhin sind die Gleichstellungsbereiche von Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV nicht abschliessend; vgl. auch BIGLER-EGGENBERGER (Fn. 16), N 86 zu Art. 8 BV.

¹⁹ Der französische Verfassungstext spricht von «fonction publique», was insbesondere das öffentliche Anstellungsverhältnis beschlägt.

keiten, eine gleichmässige Besetzung der entsprechenden Positionen durch Frauen und Männer erreicht wird. Kanton und die Gemeinden können Förderungsmassnahmen vorsehen, welche Frauen zur Bewerbung auf die entsprechende Stelle ermutigen. Dies kann etwa dadurch geschehen, dass vermehrt Teilzeitposten angeboten oder Frauen im Besonderen angesprochen werden. Bereits aus dem allgemeinen Gleichstellungsauftrag (Art. 8 Abs. 3 BV) ergibt sich überdies, dass Staat und Gemeinden Massnahmen zur Beseitigung der strukturell-gesellschaftlich bedingten Ungleichbehandlung von Frauen treffen können, was sich im Ergebnis ebenfalls auf die fairen Zugangsmöglichkeiten zu öffentlichen Ämtern auswirkt. Eine (starre) Quotenregelung für politische Mandate (sog. Mandatsquoten) lässt sich aus der Bestimmung weder ableiten, noch wünschte dies der Verfassungsrat²⁰, noch würde dies vor Bundesrecht standhalten²¹. Die Bestimmung rechtfertigt dagegen etwa Vorschriften, wonach Wahllisten einen bestimmten Frauenanteil enthalten müssen (sog. Nominationsquoten)²², da es sich bei den Wahllisten typischerweise um die Zugangsmöglichkeit zum betreffenden öffentlichen Amt handelt.

cc. Der Auftrag ist nur verbindlich, soweit diese Gleichstellung *möglich* ist. Der Zusatz wurde in der zweiten Lesung ohne Debatte eingefügt²³ und in der dritten Lesung ebenso diskussionslos bestätigt²⁴. Es versteht sich von selbst, dass Förderungsmassnahmen möglich bzw. geeignet sein müssen, zur Gleichstellung beim Zugang zu öffentlichen Ämtern zu führen, insbesondere wenn damit Ungleichbehandlungen von Männern einhergehen. Insofern ist das Erfordernis eine Selbstverständlichkeit.

B. Behinderung

9. Art. 9 Abs. 3 geht insoweit über sein bundesrechtliches Pendant in Art. 8 Abs. 4 BV hinaus, als Staat und Gemeinden Massnah-

²⁰ Catherine Fehlmann (FDP), TVR 2002, S. 60; Yvonne Gendre (SP), TVR 2003, S. 78; Placide Meyer (CVP) TVR 2003, S. 77; Erika Schnyder (SP), TVR 2003, S. 77.

²¹ Vgl. BGE 123 I 152; 125 I 21.

²² Vgl. auch BGE 125 I 21 E. 5c; 123 I 152 E. 6.

²³ TVR 2003, S. 603 f.

²⁴ TVR 2004, S. 115.

men zur Förderung der Unabhängigkeit sowie der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Integration von Behinderten vorsehen müssen. Die Bestimmung vermittelt *keine grundrechtliche Garantie*, enthält aber nach seinem Wortlaut einen *Gesetzgebungsauftrag* zuhanden des Staats und der Gemeinden.

10. Am 1. Januar 2004 ist das Behindertengleichstellungsgesetz in Kraft getreten (BehiG; SR 151.3)²⁵. Es will Rahmenbedingungen setzen, die es Behinderten erleichtern, am gesellschaftlichen Leben teilzunehmen und insbesondere selbstständig soziale Kontakte zu pflegen, sich aus- und fortzubilden und eine Erwerbstätigkeit auszuüben (Art. 1 Abs. 2 BehiG). Art. 5 BehiG verpflichtet die Kantone zu Massnahmen, um Benachteiligungen zu verhindern, zu verringern und zu beseitigen. Damit wird Art. 9 Abs. 3 nicht seines Gehalts entleert. Denn gemäss Art. 4 BehiG steht dieses Gesetz weitergehenden Bestimmungen der Kantone zu Gunsten der Menschen mit Behinderung nicht entgegen. Der Kanton Freiburg muss demnach von Verfassung wegen gesetzgeberisch tätig werden und Massnahmen zur Förderung der Unabhängigkeit sowie wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Integration der Behinderten vorsehen und insoweit *weitergehende Massnahmen als das Behindertengleichstellungsgesetz* treffen.

IV. ANDERE LEBENSGEMEINSCHAFTEN

A. Allgemeines

11. Art. 13 handelt von der Ehe und Familie; Art. 14 ist den anderen Lebensgemeinschaften gewidmet. Damit werden andere Lebensgemeinschaften zumindest systematisch gleich behandelt wie die Gemeinschaft der Ehegatten. Da die traditionelle Kernfamilie *alternativen Modellen des Zusammenlebens* weicht, zollte der Verfassungsrat Letzteren eine entsprechende Anerkennung auf Verfassungsstufe.

B. Lebensgemeinschaften

12. Die Anerkennung anderer Lebensgemeinschaften wurde zum ersten Mal in der bernischen Kantonsverfassung verankert und seither

²⁵ AS 2003 4487 ff.

vom appenzell-ausserrhodischen (Art. 10 Abs. 2 KV AR), schaffhausischen (Art. 12 Abs. 1 lit. c KV SH), neuenburgischen (Art. 12 Abs. 2 KV NE), waadtländischen (Art. 14 Abs. 2 KV VD) und nun vom freiburgischen Verfassungsgeber rezipiert. Anlässlich der Totalrevision der Bundesverfassung hat diese Garantie nicht Eingang in den Grundrechtskatalog gefunden. Doch ist hier wohl aufgrund der fortschreitenden Verbreitung in den kantonalen Verfassungen und dem allgemeinen diesbezüglichen Konsens ein *ungeschriebenes Grundrecht des Bundes* am Entstehen²⁶.

13. Während sich die Ehe formell bestimmt, kann das Vorliegen einer Lebensgemeinschaft nur nach inhaltlicher Prüfung des konkreten Verhältnisses bejaht werden. Eine *Lebensgemeinschaft* muss einerseits auf Dauer, aber nicht auf Lebenszeit, angelegt sein²⁷, und andererseits die gemeinsame Bewältigung von Alltagssituationen, des alltäglichen Lebens, zum Gegenstand haben. Eine emotionale Bindung zwischen den Partnern kann massgebliches Indiz für das Vorliegen einer solchen Lebensgemeinschaft sein²⁸. Nicht massgeblich ist, ob die Partner nicht heiraten wollen oder können oder ob sie gleichen oder verschiedenen Geschlechts sind²⁹. Auch ist das Vorliegen einer solchen Beziehung nicht von einer sexuellen Konnotation abhängig³⁰: Eine sich im Verkehr erschöpfende Beziehung ist keine Lebensgemeinschaft; umgekehrt vermag das Verhältnis von Partnern, die, ohne intim zu werden, bei wesentlichen Aspekten des alltäglichen Lebens am gleichen Strick ziehen, eine solche Lebensgemeinschaft darzustellen. Die Lebensgemeinschaft muss sich auch nicht auf ein Zweiparteienverhältnis beschränken: Zwei Personen mit gemeinsamen oder nicht gemeinsamen Kindern stellen genauso eine Lebensgemeinschaft dar, wie die allein erziehende Mutter³¹ oder eine Grossfamilie³². Keine solche Lebensgemeinschaften stellen aber das Verhältnis zwischen besten

²⁶ Vgl. dazu allgemein HÄFELIN/HALLER (Fn. 13), N 230.

²⁷ JEAN-FRANÇOIS AUBERT, La révision totale de la constitution neuchâteloise, in: RJN 1998, S. 24; BOLZ (Fn. 10), Ziff. 3b zu Art. 13 KV BE; CHRISTELLE LUISIER BRODARD, Les droits fondamentaux, in: Pierre Moor [Hrsg.], La Constitution vaudoise du 14 avril 2003, Bern 2004, S. 97.

²⁸ Vgl. auch AUBERT (Fn. 27), S. 24.

²⁹ AUBERT (Fn. 27), S. 24; BOLZ (Fn. 10), Ziff. 3a zu Art. 13 KV BE.

³⁰ Vgl. dagegen AUBERT (Fn. 27), S. 24; LUISIER BRODARD (Fn. 27), S. 97.

³¹ LUISIER BRODARD (Fn. 27), S. 97.

³² Vgl. BOLZ (Fn. 10), Ziff. 4 zu Art. 13 KV BE.

Freundinnen oder Bürokollegen, eine gewöhnliche Wohngemeinschaft³³, blossе Affären oder kurzlebige partnerschaftliche Beziehungen oder Gemeinschafts- oder Gesellschaftsverhältnisse, welche die Mitglieder nur punktuell in einzelnen, typischerweise wirtschaftlichen Interessen verbinden. Im Übrigen sind bei der Beurteilung alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen und danach zu fragen, wie stark das Verhältnis mit demjenigen in traditionellen Familien vergleichbar ist.

14. Das Recht auf Ehe und Familie ist gewährleistet, andere Lebensgemeinschaften sind nur (aber immerhin) anerkannt. Der Verfassungsrat wollte ausdrücklich *keine Gleichstellung* der alternativen Lebensgemeinschaften mit der traditionellen Familie, sondern eine *Annäherung* an diese, ohne deren Vorrang in Frage stellen zu wollen. Dies bedarf der Präzisierung:

a. Gemäss Art. 8 Abs. 2 BV darf niemand wegen der Lebensform diskriminiert werden. Als in diesem Sinn geschützte Lebensform gelten auch die anderen Lebensgemeinschaften³⁴. Soweit die Ungleichbehandlung einer alternativen Lebensgemeinschaft gegenüber der traditionellen Familie eine *Diskriminierung* darstellt, besteht umgekehrt schon von Bundesverfassung wegen Anspruch auf Gleichbehandlung. Die Kantonsverfassung kann mithin eine Gleichbehandlung nur dort ausschliessen (und sich mit der Annäherung begnügen), wo die entsprechende Ungleichbehandlung nicht auch eine Diskriminierung darstellt.

b. Die alternativen Lebensgemeinschaften werden anerkannt, nicht gewährleistet. Sie werden toleriert. Daraus folgt zunächst, dass die Rechtsordnung keine unmittelbaren Sanktionen an die entsprechende Gemeinschaftsform knüpfen darf, wie etwa die Homosexualität oder

³³ Vgl. aber BOLZ (Fn. 10), Ziff. 4 zu Art. 13 KV BE.

³⁴ BERNHARD PULVER, L'interdiction de la discrimination, Etude de l'article 8 alinéa 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, Diss. Neuenburg 2003, N 349; BERNHARD WALDMANN, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, Unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, in Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits, Bern 2003, S. 634 f. Vgl. auch YVO HANGARTNER, Verfassungsrechtliche Grundlagen einer registrierten Partnerschaft für gleichgeschlechtliche Paare, in: AJP 2001, S. 256.

das Konkubinat zu verbieten. Darüber hinaus sind aber auch indirekte «Sanktionen» im Verhältnis zu vergleichbaren Situationen, insbesondere zur Ehe, aufgrund der gewählten Lebensform nur mit grösster Zurückhaltung angebracht. Zwar soll die Ehe eine privilegierte Stellung haben, doch wird einer anderen Lebensgemeinschaft die verfassungsmässig geschuldete Anerkennung umso mehr abgesprochen, je eher die konkret in Frage stehende Lebensgemeinschaft mit dem Verhältnis von Ehegatten vergleichbar ist. Mithin ist die blossen Annäherung umso ungerechtfertigter, je intensiver sich die konkrete Lebensgemeinschaft darstellt. Dies kann im Einzelfall so weit gehen, dass eine bestimmte Lebensgemeinschaft aufgrund der starken Verbindung ihrer Mitglieder nicht anders als die Ehe behandelt werden darf. So liesse es sich mit Art. 14 Abs. 1 kaum mehr rechtfertigen, wenn Konkubinatspartner, die sich aufgrund der Dauer und Intensität ihrer Beziehung nur noch formal von den Mitgliedern einer durchschnittlich funktionierenden Ehe unterscheiden, anders als Ehegatten besteuert werden; massgebliches Indiz für die Intensität der Beziehung können dabei auch gemeinsame Kinder des Konkubinatspaares darstellen.

15. Die Anerkennung der anderen Lebensgemeinschaften beschränkt sich auf das *kantonale Recht*³⁵. Eine Annäherung oder Gleichstellung mit Ehegatten rechtfertigt sich beispielsweise beim Zeugnisverweigerungsrecht, für Besuche im Spital oder in Haft, bei der Zustimmung zu medizinischen Eingriffen, wenn der Partner urteilsunfähig ist, bei der Organisation der Bestattung, bei der Zustimmung zur Vornahme einer Autopsie oder zur Organentnahme, bei Familienzulagen, bei den Erbschaftssteuern³⁶.

16. Schliesslich enthält Art. 14 Abs. 1 nebst seinem subjektivrechtlichen Gehalt auch einen Gesetzgebungsauftrag und stellt die verfassungsmässige Grundlage für entsprechende *Gesetzgebungsmassnahmen* dar. Die Gleichstellung des Konkubinats oder homosexueller Partner oder ihre Reglementierung kann sich unmittelbar auf diese Bestimmung abstützen. Eine Konsequenz aus diesem Gehalt der Bestimmung hat der Verfassungsgeber gleich selber gezogen, indem er in Art. 14 Abs. 2 die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare gewährleistet:

³⁵ AUBERT (Fn. 27), S. 25.

³⁶ AUBERT (Fn. 27), S. 25 f.; LUISIER BRODARD (Fn. 27), S. 97.

C. Registrierte Partnerschaft

17. Das Recht zur Eintragung einer Partnerschaft für gleichgeschlechtliche Paare ist gewährleistet (Art. 14 Abs. 2). Die Garantie stellt ein *Novum* in der schweizerischen Verfassungslandschaft dar. In der sog. Null-Lesung beschloss der Verfassungsrat noch, dass gleich- und verschiedengeschlechtliche Paare, die ihre Partnerschaft eintragen lassen, Anspruch auf Gleichbehandlung mit Ehegatten haben³⁷. Der im Anschluss daran redigierte Art. 15 Abs. 3 des Vorentwurfs stellte gleichgeschlechtliche und verschiedengeschlechtliche eingetragene Partner den Ehegatten gleich. In der ersten Lesung wurde die Bestimmung ersatzlos gestrichen³⁸. Im Anschluss an das Vernehmlassungsverfahren wurde in der zweiten Lesung im Sinn eines Kompromisses der jetzige Verfassungstext beschlossen³⁹ und in der dritten Lesung bestätigt⁴⁰.

18. Das Recht auf Eintragung der gleichgeschlechtlichen Partnerschaft ist wie die Ehefreiheit⁴¹ vom Tätigwerden des Gesetzgebers abhängig. Dieser muss das *Institut* erst einrichten, damit die Garantie überhaupt in Anspruch genommen werden kann. In Ermangelung besonderer übergangsrechtlicher Anordnungen muss das Institut spätestens am 1. Januar 2009 zur Verfügung stehen (Art. 147 Abs. 1).

19. Damit das Recht beansprucht werden kann, muss der Gesetzgeber insbesondere die *Voraussetzungen* formeller (Verfahren, Organisation, Zuständigkeit) und materieller (beispielsweise Mündigkeit und Urteilsfähigkeit der Partner, keine verwandtschaftliche Beziehung, keine andere eingetragene Partnerschaft bzw. keine Ehe usw.) Natur der Eintragung, das *Verfahren* zur Löschung der Eintragung (beispielsweise analog zur Auflösung der Ehe) sowie die *Wirkungen* der Eintragung regeln. Das Ermessen des Gesetzgebers findet seine Grenzen in der Institutsgarantie. So wäre es etwa verfassungswidrig, wenn der Gesetzgeber zwar tätig wird, aber ohne sachlichen Anlass Eintragungsvoraussetzungen vorsieht, die kaum jemals erfüllt werden

³⁷ TVR 2002, S. 66 ff.

³⁸ TVR 2003, S. 84 ff.

³⁹ TVR 2003, S. 568 ff.

⁴⁰ TVR 2003, S. 115 ff.

⁴¹ Vgl. MÜLLER (Fn. 8), S. 102 f.; RUTH REUSSER, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zürich/Lachen 2002, N 17 zu Art. 14 BV.

können, und so das Institut seines Gehalts entleert. Ebenso läge eine Verletzung der Garantie vor, wenn die Wirkungen der Eintragung derart marginal sind, dass sie kaum mehr als Besserstellung gleichgeschlechtlicher Paare verstanden werden können⁴².

20. Der *persönliche Schutzbereich* der Garantie beschränkt sich auf gleichgeschlechtliche Paare. Dass ein Partner bisexuell ist, schadet, wie übrigens auch bei der Ehe, nicht. Immerhin müssen wohl eigentliche Missbrauchstatbestände vorbehalten werden, wenn bei einem Paar keinerlei homosexuelle Neigungen und Wille zur partnerschaftlichen Bewältigung von Lebenssituationen vorliegen. Ferner stellt sich die Frage, wie interkantonale Sachverhalte zu behandeln sind. U.E. genügt es, wenn ein Partner seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Kanton hat. Es ist also nicht erforderlich, dass beide Partner ihren Lebensmittelpunkt im Kanton Freiburg haben. Auch ist denkbar, dass durch Gesetz in anderen Kantonen eingetragenen Partnern oder homosexuellen Partnern in Kantonen ohne Eintragungsmöglichkeit nach Nachweis einer stabilen Lebensgemeinschaft die gleichen Rechte gewährt werden.

21. *Inhalt der verfassungsmässigen Garantie* ist lediglich die Eintragung. Insbesondere ergibt sich aus Art. 14 Abs. 2 kein Anspruch auf Gleichbehandlung wie Ehegatten, so wenig wie die Wirkungen der Eintragung überhaupt von der Verfassung geregelt werden. Es wurde dem Gesetzgeber überlassen, die konkreten Rechtsfolgen einer Eintragung zu bestimmen. Immerhin ist sein Ermessensspielraum nicht so gross. Da bereits Art. 14 Abs. 1 andere Formen des gemeinschaftlichen Lebens anerkennt, kann sich der Gesetzgeber nicht bloss mit einer Annäherung der eingetragenen Partnerschaften begnügen, sondern muss grundsätzlich eine Gleichschaltung mit Ehegatten vornehmen, es sei denn, sachliche Gründe würden ausnahmsweise dagegen sprechen⁴³. Schliesslich versteht es sich von selbst, dass sich die Wirkungen der Eintragung auf das kantonale Recht beschränken.

22. Am 18. Juni 2004 verabschiedeten die eidgenössischen Räte das *Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare* (Partnerschaftsgesetz); dagegen wurde das Refe-

⁴² Vgl. aber unten Ziff. 21.

⁴³ So auch für das eidgenössische Partnerschaftsgesetz MYRIAM GRÜTTER/DANIEL SUMMERMATTER, Das Partnerschaftsgesetz, in: FamPra.ch 2004, S. 450.

rendum ergriffen⁴⁴. Selbst wenn dieses Bundesgesetz vom Schweizer Stimmvolk angenommen werden sollte, würde Art. 14 Abs. 2 seine Bedeutung nicht verlieren. Zwar könnte der Kanton Freiburg alsdann darauf verzichten, insbesondere das Verfahren der Eintragung und der Auflösung zu regeln. Dagegen enthält das Partnerschaftsgesetz aus Gründen der föderalistischen Kompetenzordnung keine Bestimmung, wonach sich die Wirkungen der Eintragung auch auf das kantonale Recht erstrecken würden. Die Kantone sind daher auch bei der Einrichtung einer bundesrechtlichen eingetragenen Partnerschaft frei, die Wirkungen der eingetragenen Partnerschaft in ihren Kompetenzbereichen zu bestimmen, unter Vorbehalt des übergeordnete Bundesprivatrechts und der Grundrechte⁴⁵. Die vom kantonalen Gesetzgeber vorgesehenen Wirkungen der Eintragung werden demnach auch bei einem allfälligen Inkrafttreten des eidgenössischen Partnerschaftsgesetzes ihre Berechtigung beibehalten, sofern das übergeordnete Recht nicht ausnahmsweise weitergehende Wirkungen erfordert.

V. GLAUBENS- UND GEWISSENSFREIHEIT

23. Gemäss Art. 15 Abs. 4 sind *Zwang, Machtmissbrauch und Manipulation* in Glaubens- und Gewissensfragen verboten. Soweit dies vom Staat ausgeht, ergibt sich das entsprechende Verbot schon aus Art. 15 BV, sodass die kantonale Bestimmung nichts Neues enthält. Soweit Private Zwang u.dgl. ausüben, ist die Drittwirkung der Grundrechte angesprochen. Allerdings stellt auch hier das übergeordnete Bundesstraf- und Bundesprivatrecht die notwendigen Behelfe zur Verfügung. Immerhin kann der Bestimmung wohl dahin gehend ein bescheidener, selbstständiger Gehalt abgewonnen werden, dass die zuständigen Behörden ein besonderes Augenmerk auf unzulässige, insbesondere subtile Einflussnahme in religiösen Angelegenheiten zu legen und entsprechend zu verfolgen haben.

VI. WISSENSCHAFTSFREIHEIT

24. Die Freiheit der wissenschaftlichen Lehre und Forschung ist schon von Bundesverfassung wegen gewährleistet (Art. 20 BV).

⁴⁴ BBl 2004 3137 ff. und 5865.

⁴⁵ Vgl. BBl 2003 1327 f.

Art. 22 Abs. 2 statuiert aber darüber hinaus, dass Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler ihre *Verantwortung gegenüber Menschen, Tieren, Pflanzen und deren Lebensgrundlagen* wahrzunehmen haben. Der Verfassungsrat liess sich dabei von Art. 21 Abs. 2 KV BE inspirieren (vgl. aber auch § 14 KV AG), welcher allerdings von der Verantwortung gegenüber der Integrität des Lebens von Menschen, Tieren usw. spricht. In der Redaktionskommission wurde bewusst die jetzige Formulierung gewählt in der Meinung, dass sich die Verantwortung nicht nur auf die Unverletzlichkeit des Lebens von Mensch und Tier beschränkt, sondern sie in einem allgemeinen und somit weitest möglichen Sinn zu verstehen ist⁴⁶.

25. *Adressat dieser Verpflichtung* sind die Forschenden selbst im Rahmen ihrer Tätigkeit sowie der Staat, welcher über die Einhaltung dieser Pflicht zu wachen und gegebenenfalls einzuschreiten hat.

26. Der genaue *Inhalt der Verpflichtung* bleibt stark konkretisierungsbedürftig. Die Verpflichtung stellt eine Grenze der Wissenschaftsfreiheit dar. Wo gegen diese Verpflichtung verstossen wird, kann die Wissenschaftsfreiheit nicht mehr zum Schutz angerufen werden. Art. 22 Abs. 2 umschreibt insofern negativ den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit. Wird also einem Wissenschaftler, welcher gegen diese Verpflichtung verstösst, die Forschung in diesem Umfang untersagt, bedarf dieses Verbot keiner weiteren Rechtfertigung, ausser aus Art. 20 BV würde sich etwas anderes ergeben. Ob aber die Verpflichtung jemals rechtsgenüchlich umschrieben werden kann, ist fraglich. Art. 22 Abs. 2 ist deshalb mehr als Deklaration und als Appell an das Gewissen der Forschenden zu verstehen⁴⁷.

VII. DEMONSTRATIONSFREIHEIT

27. Das Bundesgericht anerkennt keine eigentliche Demonstrationsfreiheit im Sinn eines Anspruchs auf lediglich durch polizeiliche Gründe beschränkte Inanspruchnahme des öffentlichen Grunds für Veranstaltungen mit Appellwirkung an die Öffentlichkeit. Indessen geniessen solche Veranstaltungen den Schutz der Meinungsäusse-

⁴⁶ Vgl. TVR 2003, S. 91 f.

⁴⁷ Vgl. auch BOLZ (Fn. 10), Ziff. 4 zu Art. 21 KV BE.

rungs- und Versammlungsfreiheit⁴⁸. Im Ergebnis ist es daher unerheblich, ob Demonstrationen durch ein spezielles Grundrecht oder im Rahmen der Meinungsäusserungs- und Versammlungsfreiheit geschützt werden⁴⁹. Art. 24 Abs. 1 verbürgt nun eine *selbstständige Demonstrationsfreiheit*, ohne aber inhaltlich über die Rechtsprechung des Bundesgerichts hinausgehen zu wollen.

28. Nach der kritisierten⁵⁰ bundesgerichtlichen Rechtsprechung können Demonstrationen auf öffentlichem Grund wegen des gesteigerten Gemeingebrauchs einer *Bewilligung* unterstellt werden, auch wenn eine formellgesetzliche Grundlage fehlt⁵¹. Art. 24 Abs. 2 stellt nun klar, dass Versammlungen und Demonstrationen einer Bewilligung unterstellt werden können, wenn es das Gesetz vorsieht; ohne gesetzliche Grundlage sind Versammlungen und Demonstrationen auf öffentlichem Grund bewilligungsfrei⁵². Als formellgesetzliche Grundlage kommt nur ein kantonales Gesetz im Sinn von Art. 91 Abs. 1 in Betracht. In der ursprünglichen Fassung hätte auch ein Gemeindereglement eine hinreichende Grundlage dargestellt. Der Passus wurde aber vom Verfassungsrat in der zweiten Lesung gestrichen⁵³. Eine formellgesetzliche Grundlage für die Bewilligungspflicht würde sich in Art. 19 Abs. 2 des Gesetzes vom 4. Februar 1972 über die öffentlichen Sachen (SGF 750.1) anbieten. Danach ist gesteigerter Gemeingebrauch *in der Regel* bewilligungspflichtig. Aus der Bestimmung ergibt sich nicht eindeutig, welche Arten des gesteigerten Gemeingebrauchs und insbesondere ob Demonstrationen bewilligungspflichtig sind. Insofern genügt diese Bestimmung dem Erfordernis der Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage nicht⁵⁴. Auch der staatsrätliche Beschluss vom 4. September 1920 zwecks Festsetzung von Massnahmen zur Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung (SGF 550.14), welcher für öffentliche Versammlungen und Umzüge die Ermächti-

⁴⁸ BGE 127 I 164 E. 3a, m.w.H.

⁴⁹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (Fn. 1), N 819; LUISIER BRODARD (Fn. 27), S. 104; MÜLLER (Fn. 8), S. 334.

⁵⁰ MÜLLER (Fn. 8), S. 217.

⁵¹ BGE 100 Ia 392 E. 3; 121 I 279 E. 2b; 119 Ia 445 E. 2a.

⁵² Vgl. auch BOLZ (Fn. 10), Ziff. 4b zu Art. 19 KV BE; LUISIER BRODARD (Fn. 27), S. 105.

⁵³ TVR 2003, S. 583 f.

⁵⁴ Vgl. etwa BGE 109 Ia 273 E. 4d; 117 Ia 472 E. 3e.

gung des Oberamts voraussetzt, stellt keine hinreichende gesetzliche Grundlage für die Bewilligungspflicht dar, da es sich bei diesem Erlass nicht um ein Gesetz im formellen Sinn handelt. Beim jetzigen Stand der Gesetzgebung dürfte daher u.E. für Demonstrationen keine Bewilligung verlangt werden.

29. Art. 24 Abs. 3 umschreibt die Voraussetzungen der Bewilligung. Die Bestimmung gelangt nur zur Anwendung, wenn Demonstrationen durch Gesetz und somit in Anwendung von Art. 24 Abs. 2 überhaupt der Bewilligungspflicht unterstellt werden. Ist zu erwarten, dass durch die Versammlung oder Demonstration die Interessen der anderen Benützenden nicht unverhältnismässig beeinträchtigt werden und dass ein geordneter Ablauf sichergestellt ist, besteht ein Rechtsanspruch auf Bewilligungserteilung⁵⁵. Das Gesetz darf daher keine zusätzlichen Voraussetzungen vorsehen. Es kann aber die beiden Voraussetzungen konkretisieren oder im Rahmen der Voraussetzungen differenzierte Lösungen bieten, beispielsweise kleinere Manifestationen von der Bewilligungspflicht ausnehmen oder die Voraussetzungen oder das Verfahren lockern. Im Übrigen verfügt die Bewilligungsbehörde naturgemäss über ein weites Ermessen, das sie im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit auszuüben hat⁵⁶. Nicht berührt wird vom Verfassungstext die Möglichkeit, Demonstrationen bei gegebenen Voraussetzungen (so bei Gewaltausbrüchen oder strafbaren Aufmärschen) aufzulösen.

VIII. PETITIONSRECHT

30. Gemäss Art. 25 ist das Petitionsrecht gewährleistet. Insofern geht die Kantonsverfassung nicht über die Bundesverfassung hinaus. Von Bundesverfassung wegen müssen Petitionen lediglich zur Kenntnis genommen werden. Der Verfassungsrat hat die daran geäusserte Kritik⁵⁷ aufgenommen. Im Kanton Freiburg besteht ein verfassungs-

⁵⁵ Vgl. auch BOLZ (Fn. 10), Ziff. 5a zu Art. 19 KV BE.

⁵⁶ Vgl. dazu etwa BGE 127 I 164 E. 3b und 3c.

⁵⁷ Vgl. etwa HÄFELIN/HALLER (Fn. 13), N 893; MÜLLER (Fn. 8), S. 389 ff.; GEROLD STEINMANN, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zürich/Lachen 2002, N 9 zu Art. 33 BV.

mässiger Anspruch⁵⁸, dass die angesprochene Behörde Petitionen nicht nur zur Kenntnis nimmt, sondern auch eine *begründete Antwort* gibt⁵⁹. Abgelehnt wurde es dagegen, die Behörde an eine Frist zu binden. Nach der ersten Lesung wäre die Behörde noch verpflichtet gewesen, innert nützlicher Frist zu antworten. In der zweiten Lesung wurde die Fristbestimmung, wohl letztlich im Bestreben, den Verfassungstext prägnant zu halten, ersatzlos gestrichen⁶⁰.

31. Adressat der Garantie sind sämtliche *kommunalen und kantonalen Behörden*.

IX. VERFAHRENSGARANTIEN

A. Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung

32. Gemäss Art. 29 Abs. 1 haben die Parteien Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung. Dieser allgemeine Anspruch gilt im Unterschied zu Art. 29 Abs. 1 BV nicht nur in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen, sondern *in allen Verfahren*. Die Kantonsverfassung geht dahin gehend über sein bundesrechtliches Pendant hinaus, dass die Verfahrensgarantien von Art. 29 auch in Verfahren vor ordentlichen Gesetzgebungsorganen, also dem kantonalen und kommunalen Gesetzgeber, zum Tragen kommen. Einzige Voraussetzung ist, dass den Betroffenen *Parteistellung* zukommt, wie etwa in Einbürgerungsentscheiden der Gemeindeversammlung oder in Begnadigungsentscheiden des Grossen Rats⁶¹.

B. Begründungspflicht

33. Aus dem rechtlichen Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) fliesst der Anspruch auf Begründung eines Entscheids⁶². Art. 29 Abs. 3 hält

⁵⁸ Vgl. Guido Müller (SP), TVR 2003, S. 586.

⁵⁹ Vgl. dazu auch PHILIPPE NORDMANN, Les droits fondamentaux formels, in: Pierre Moor [Hrsg.], La Constitution vaudoise du 14 avril 2003, Bern 2004, S. 129.

⁶⁰ TVR 2003, S. 585 ff.

⁶¹ Vgl. auch REINHOLD HOTZ, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zürich/Lachen 2002, N 23 zu Art. 29 BV.

⁶² Vgl. etwa AUBERT/MAHON (Fn. 1), N 6 zu Art. 29 BV; HÄFELIN/HALLER (Fn. 13), N 838; MÜLLER (Fn. 8), S. 535 f.

ausdrücklich fest, dass Entscheide schriftlich zu begründen sind⁶³. Eine mündliche Begründung genügt in keinem Fall.

34. Immerhin kann das Gesetz im Sinn von Art. 91 Abs. 1 *Ausnahmen* vorsehen. Der Verfassungsrat hatte dabei insbesondere die zivil- und strafprozessualen Regeln im Auge, wonach Entscheide erst auf Verlangen einer Partei vollständig begründet werden müssen (vgl. Art. 269 Abs. 1 ZPO; Art. 186 Abs. 3 StPO)⁶⁴. Die Bestimmung erlaubt, im Rahmen der bundesrechtlichen Garantien durch Gesetz weitere Ausnahmen vorzusehen, beispielsweise von der Begründungspflicht gänzlich zu dispensieren, wenn in einem nichtstreitigen Verfahren den Begehren vollumfänglich entsprochen wird, oder in einzelnen, weiterziehbaren Fällen (beispielsweise im Strafbefehlsverfahren) lediglich summarische Begründungen (beispielsweise unter blosser Erwähnung der angewendeten Normen) zuzulassen.

C. Besondere Situation von Kindern, Jugendlichen und jungen Erwachsenen

35. In allen Verfahren ist auf die besondere Situation von Kindern, Jugendlichen und jungen Erwachsenen Rücksicht zu nehmen (Art. 29 Abs. 5). Die Bestimmung vermittelt in Ermangelung eines justiziablen Gehalts keine unmittelbaren Ansprüche. Immerhin ist sie als Konkretisierung des Art. 12 der UNO-Kinderrechtskonvention (SR 0.107) zu verstehen⁶⁵, wonach die Meinung des Kindes angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife zu berücksichtigen ist und dafür das Kind Gelegenheit erhalten soll, gehört zu werden. Die Konventionsbestimmung ist sowohl in Gerichts- als auch in Verwaltungsverfahren unmittelbar anwendbar⁶⁶. Im Übrigen enthalten das Opferhilfegesetz (vgl. Art. 10a ff. OHG), das Strafgesetzbuch (vgl. Art. 82 ff. StGB) und das Zivilgesetzbuch (vgl. etwa Art. 254, 280, 308 f. ZGB) sowie vereinzelt Vorschriften in Verwaltungsgesetzen (vgl. etwa Art. 17 Abs. 2 und 3 AsylG) hinreichende Regeln für Verfahren, in denen Kinder beteiligt sind. Insbesondere für Verwaltungsverfahren kann sich aber im Einzelfall aufdrängen, dass die Verwal-

⁶³ Vgl. Schlussbericht der Kommission 6, S. 36 f.

⁶⁴ Vgl. Schlussbericht der Kommission 6, S. 36 f.

⁶⁵ Anna Petrig (SP), TVR 2002, S. 197.

⁶⁶ BGE 126 III 497 E. 4b; 124 II 361 E. 3c; 124 II 90 E. 3a.

tungsbehörde in Anlehnung an Art. 29 Abs. 5 angemessene Massnahmen für die beteiligten Kinder und Jugendlichen trifft. Ohne ausdrückliche gesetzliche Umsetzung besteht aber allein aufgrund von Art. 29 Abs. 5 kein besonderer verfahrensmässiger Anspruch.

D. Rechtsweggarantie

36. Gemäss Art. 30 hat jede Person bei Rechtsstreitigkeiten *Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde*. Durch Gesetz kann die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausgeschlossen werden. Die Bestimmung wurde in der ersten Lesung auf Antrag von Verfassungsrat Reinold Raemy ohne besondere Diskussion angenommen⁶⁷. Sie ist gleichlautend mit Art. 29a BV und hat insofern keinen weitergehenden Gehalt.

37. Art. 29a BV wurde noch nicht in Kraft gesetzt. Dementsprechend wurde die kantonale Gerichtsorganisation auch nicht angepasst. Es stellt sich daher übergangsrechtlich die Frage, ob Art. 30 bereits am 1. Januar 2005 *in Kraft treten* kann oder ob er Ausführungsbestimmungen gemäss Art. 147 Abs. 2 erfordert, ohne deren Erlass die Garantie nicht zu verwirklichen ist. In der freiburgischen Gerichtsorganisation ist die Rechtsweggarantie weitgehend verwirklicht. Lücken existieren insbesondere in einzelnen Verwaltungsverfahren, wo Entscheide an keine richterliche Behörde weitergezogen werden können. In diesen Fällen müsste die Gesetzgebung angepasst werden. Indessen kann in verfassungskonformer Auslegung von Art. 114 Abs. 2 lit. b VRG eine Notzuständigkeit des Verwaltungsgerichts begründet werden⁶⁸. Eine Ausführungsgesetzgebung zu Art. 30 wäre mithin aus Gründen der Rechtssicherheit wünschbar, aber u.E. insbesondere auch im Interesse einer raschen Umsetzung von Grundrechtspositionen nicht absolut notwendig. Deshalb trat Art. 30 am 1. Januar 2005 in Kraft.

⁶⁷ Vgl. TVR 2003, S. 105.

⁶⁸ Nach dieser Bestimmung ist das Verwaltungsgericht Beschwerdeinstanz, wenn die vom Bundesrecht oder vom internationalen Recht verlangte richterliche Überprüfung nicht schon von einer anderen Behörde wahrgenommen wird. Wäre Art. 29a BV schon in Kraft, könnte sich die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts unmittelbar auf diese Bestimmung abstützen. So kann sich aber die Notzuständigkeit des Verwaltungsgerichts nur über eine verfassungskonforme Auslegung des Art. 114 Abs. 2 lit. b VRG bzw. deren analoge Anwendung ergeben.

X. MUTTERSCHAFT

A. Grundsatz der materiellen Sicherheit vor und nach der Geburt

38. Wie in anderen neueren Kantonsverfassungen⁶⁹ wird auch in der Freiburger Verfassung ein *Anspruch auf materielle Sicherheit vor und nach der Geburt bei Mutterschaft* statuiert. Der Art. 33 stellt aber insofern eine Einzigartigkeit in der schweizerischen Verfassungslandschaft dar, als in der Verfassung selbst konkretisiert wird, wie dieser Anspruch zu verwirklichen ist (Art. 33 Abs. 2 bis 4):

B. Mutterschaftsversicherung für erwerbstätige Mütter

39. Für erwerbstätige Mütter soll die materielle Sicherheit vor und nach der Geburt mittels einer *Mutterschaftsversicherung*, welche den *Erwerbsausfall deckt*, gewährleistet werden. Die Bestimmung schweigt sich darüber aus, ob der Bund oder der Kanton die Versicherung einrichten soll. Der Kanton wird nur dann zur Einrichtung einer solchen verpflichtet, wenn keine eidgenössische Mutterschaftsversicherung für erwerbstätige Mütter besteht (Art. 148 Abs. 3). Mit der Annahme der Revision des Erwerbsersatzgesetzes (EOG)⁷⁰ anlässlich der Volksabstimmung vom 26. September 2004 kommen künftig erwerbstätige Mütter⁷¹ in den Genuss einer Mutterschaftsentschädigung. Somit ist der Freiburger Gesetzgeber von der Schaffung einer kantonalen Mutterschaftsversicherung für erwerbstätige Mütter dispensiert. Dadurch, dass in Art. 33 Abs. 2 nicht von einer *kantonalen*⁷² Mutterschaftsversicherung die Rede ist, behält die Bestimmung ihre Gültigkeit, und eine Anpassung an die neue Gegebenheit erübrigt sich. Ein selbstständiger Gehalt würde der Bestimmung jedoch wieder bei einem allfälligen Wegfall der Bundeslösung zukommen.

⁶⁹ So beispielsweise in Art. 35 KV VD, Art. 30 KV BE, Art. 25 KV AR und Art. 14 KV TI.

⁷⁰ Bundesgesetz über die Erwerbsersatzordnung für Dienstleistende in Armee, Zivildienst und Zivilschutz, Änderung vom 3. Oktober 2003, BBl 2003 1112.

⁷¹ Die Anspruchsberechtigung ergibt sich aus Art. 16b EOG.

⁷² Das Wort «kantonal» wurde von der Redaktionskommission aufgrund dieser Überlegung gestrichen; vgl. dazu Antoinette de Weck (FDP), TVR 2004, S. 124.

C. Mutterschaftszulage für nicht erwerbstätige Mütter

40. Für nicht erwerbstätige Mütter sieht Art. 33 Abs. 3 eine *Mutterschaftszulage* vor. Da die Kategorie der nicht erwerbstätigen Mütter gemäss revidiertem EOG keinen Anspruch auf die eidgenössische Mutterschaftsentschädigung hat⁷³, ist der Freiburger Gesetzgeber verpflichtet, ein kantonales Leistungssystem einzurichten (Art. 148 Abs. 3). Dabei ist Folgendes zu berücksichtigen:

a. *Anspruchsberechtigt* sind gemäss Abs. 3 alle nicht erwerbstätigen Mütter. Anlässlich der zweiten Lesung wurde der Zusatz «...und in finanziell bescheidenen Verhältnissen leben» als weitere, die Anspruchsberechtigung einschränkende Voraussetzung in den Verfassungsentwurf aufgenommen⁷⁴. In der letzten Lesung wurde diese Voraussetzung gestrichen in der Meinung, dass *alle* nicht erwerbstätigen Mütter unabhängig von ihrer finanziellen Situation eine Zulage erhalten sollen⁷⁵. Der Leistungsanspruch ist somit nicht von einer Bedürftigkeit abhängig.

b. Die *Höhe der Leistung* hat *mindestens* dem Grundbetrag des Existenzminimums zu entsprechen. Gemeint ist der Grundbetrag gemäss den Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums⁷⁶, welcher in Abhängigkeit der familiären Verhältnisse der Anspruchsberechtigten bestimmt wird. Der Verfassungsgeber ging von einem minimalen Betrag von Fr. 1'100.- im Monat, aufgerechnet auf 14 Wochen (148 Abs. 1), aus. Im Übrigen ist aber der Gesetzgeber insbesondere nach oben frei bei der Bestimmung der Leistung⁷⁷.

c. Frauen, die *teilzeitlich erwerbstätig* sind, haben proportional Anspruch auf die Zulage. Ist eine Frau beispielsweise zu 60% erwerbstätig, erhält sie neben der Deckung ihres Erwerbsausfalls gestützt auf das EOG 40% der kantonalen Zulage. Bei einem unregelmässigen Arbeitspensum (beispielsweise bei Arbeit auf Abruf) ist von einem Durchschnittswert auszugehen.

⁷³ Art. 16b EOG *e contrario*.

⁷⁴ TVR 2003, S. 592 ff.

⁷⁵ TVR 2004, S. 124 ff.

⁷⁶ Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums (Notbedarf) nach Art. 93 SchKG der Konferenz der Betriebs- und Konkursbeamten der Schweiz vom 24. November 2000.

⁷⁷ Vgl. insbesondere Claude Schenker (CVP), TVR 2003, S. 107 und 594.

41. Sollte eine Mutterschaftsleistung für nicht erwerbstätige Mütter auf Bundesebene vorgesehen werden, so würde die *Zahlung der kantonalen Leistung eingestellt*. Während nach der ersten Lesung noch davon ausgegangen wurde, dass die kantonalen Massnahmen solange in Kraft bleiben, bis der Bund *gleichwertige* Leistungen ausschüttet, geht Art. 148 Abs. 3 weniger weit: Die kantonalen Leistungen werden schon dann eingestellt, wenn ein Leistungssystem für nicht erwerbstätige Mütter geschaffen wird, das bezüglich Leistungsdauer oder -höhe weniger weit geht als die kantonale Zulage. Damit sollen Parallelstrukturen bedingt durch relativ geringfügige Leistungsunterschiede zwischen kantonalem und eidgenössischem Modell vermieden werden⁷⁸.

D. Gleichstellung der Adoption

42. In Abs. 4 schliesslich wird die *Adoption* der Geburt gleichgestellt, sofern das adoptierte Kind nicht dasjenige des Ehegatten ist und soweit das Alter oder die Situation des Kindes dies rechtfertigen. Die Voraussetzungen des Alters und der Situation des Kindes sind alternativ zu verstehen. Gedacht wurde dabei insbesondere an Adoptivkinder, die sich zwar nicht mehr im Kleinkindalter befinden, aber aus anderen Gründen (Behinderung, Kriegstrauma etc.) in der ersten Zeit nach der Adoption einer intensiven Betreuung bedürfen.

43. Das revidierte *EOG* kennt für die Mutterschaftsentschädigung einzig den Anknüpfungspunkt der Niederkunft, schliesst aber eine kantonale Adoptionsentschädigung nicht aus⁷⁹. Somit hat der kantonale Gesetzgeber sowohl für erwerbstätige als auch für nicht erwerbstätige Adoptivmütter ein kantonales Leistungssystem vorzusehen⁸⁰. Art. 33 Abs. 4 stellt die Adoption lediglich in Bezug auf den Leistungsanspruch mit der Geburt gleich, spricht sich aber nicht über das Leistungssystem (Versicherung oder Zulage) aus. Mithin bleibt es dem Gesetzgeber unbenommen, Adoptivmütter in das Zulagenmodell für nicht erwerbstätige Mütter einzubeziehen.

⁷⁸ Vgl. insbesondere Denis Boivin (FDP), TVR 2003, S. 592 f.

⁷⁹ Art. 16h EOG.

⁸⁰ Der Kanton Genf hat mit der *loi sur l'assurance-maternité du 15 décembre 2000* eine *allocation d'adoption* eingeführt.

E. Justiziabilität

44. Auf dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte der eidgenössischen Mutterschaftsversicherung hat der Verfassungsrat in Art. 148 Abs. 2 festgehalten, dass die ersten in Art. 33 vorgesehenen Leistungen am 1. Januar 2008 ausbezahlt werden müssen. Aufgrund der Regelungsdichte in der Verfassung ist der Anspruch auch ohne Tätigwerden des Gesetzgebers *gerichtlich durchsetzbar*. Zwar wird Art. 35 KV VD, welcher ebenfalls einen Anspruch auf materielle Sicherheit der Frau vor und nach der Geburt enthält, als nicht justiziabel eingestuft, da sowohl der Begriff der «materiellen Sicherheit» als auch der Ausdruck «vor und nach der Geburt» zu vage seien⁸¹. Die Freiburger Verfassung präzisiert jedoch gerade diese beiden Begriffe im Verfassungstext selber: So legt sie nicht nur die Mindestdauer der Leistung auf 14 Wochen fest, sondern bestimmt auch deren Mindesthöhe. Auch geht aus dem Verfassungstext hervor, wer anspruchsberechtigt ist, und dass die Finanzierung bezüglich der nicht erwerbstätigen Mütter durch den Staat zu erfolgen hat.

XI. KINDER UND JUGENDLICHE

45. Die *Stellung* der Kinder und Jugendlichen wird im Vergleich zur alten Verfassung in der neuen Kantonsverfassung *aufgewertet*. Neben der Berücksichtigung ihrer besonderen Bedürfnisse und Situation in verschiedenen Bestimmungen⁸² wurde den Kindern und Jugendlichen unter dem Titel Sozialrechte ein Artikel gewidmet. Dieser gibt in seinem Abs. 3 den Art. 11 Abs. 2 BV wieder und enthält darüber hinaus in den Abs. 1 und 2 über die Bundesverfassung hinausgehende Garantien. Der persönliche Schutzbereich der Norm bezieht sich auf Kinder und Jugendliche. Darunter sind in Übereinstimmung mit dem Bundesrecht alle Minderjährigen gemäss Art. 14 ZGB unabhängig von ihrer Nationalität und ihrem Aufenthaltsstatus zu verstehen⁸³.

⁸¹ LUISIER BRODARD (Fn. 27), S. 116. Als justiziables Grundrecht fasst Art. 35 KV VD auf: ALEX DÉPRAZ, *Projet de nouvelle Constitution vaudoise: «hâte-toi lentement»!*, in: SJZ 98 (2002), S. 294.

⁸² Die Situation und Bedürfnisse der Kinder und Jugendlichen werden u.a. in den Art. 29 Abs. 5, 36 Abs. 3, 60, 61, 64 und 137 Abs. 2 berücksichtigt.

⁸³ Vgl. RUTH REUSSER/KURT LÜSCHER, *Die schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, Zürich/Lachen 2002, N 7 zu Art. 11 BV.

A. Anspruch auf Hilfe, Ermutigung und Betreuung

46. Art. 34 Abs. 1 enthält neben einer nicht durchsetzbaren programmatischen Schicht (1.) einen justiziablen Anspruch (2.):

1. *Anspruch auf Hilfe und Ermutigung in der Entwicklung*

47. Während Art. 34 Abs. 1 einen Anspruch der Kinder und Jugendlichen auf Hilfe und Ermutigung auf ihrem Weg zu verantwortungsbewussten Menschen statuiert, gewährt Art. 11 Abs. 1 BV den Grundrechtsträgern einen Anspruch auf Förderung ihrer Entwicklung. Somit ist die KV insofern präziser, als sie festhält, welchem Ziel der Weg bzw. die Entwicklung zusteuern soll, nämlich auf die *Heranbildung verantwortungsbewusster Menschen*⁸⁴. Was die Begriffe der Hilfe und Ermutigung bzw. der Förderung genau umfassen, ist vom Gericht ohne gesetzliche Konkretisierung kaum bestimmbar. Insofern ist diese Schicht der Norm weniger als durchsetzbarer Anspruch, denn vielmehr als *Maxime* für das gesetzgeberische Handeln aufzufassen.

2. *Anspruch auf Betreuung*

48. Analog zu Art. 29 Abs. 2 KV BE enthält Art. 34 Abs. 1 einen Anspruch der Kinder und Jugendlichen auf Betreuung:

a. *Adressat* der Garantie sind in erster Linie die Eltern, wie sich aus der Subsidiaritätsklausel des Art. 34 Abs. 1 ergibt. Darüber hinaus vermittelt Art. 34 Abs. 1 aber auch einen Anspruch auf familienexterne Betreuung gegenüber dem Staat. Dieser besteht jedoch nur, sofern die Betreuung durch die Familie und insbesondere durch die Eltern nicht umfassend gewährleistet werden kann.

Dies ist zunächst dann der Fall, wenn die Eltern dem Kind die geschuldete Fürsorge nicht geben können, weil sie dazu aus gesundheitlichen oder ähnlichen Gründen nicht in der Lage sind. Gleiches muss gelten, wenn beide Elternteile aufgrund der finanziellen Verhältnisse einer Erwerbstätigkeit nachgehen müssen. Der Anspruch besteht u.E. aber auch, wenn beide Elternteile einer Erwerbstätigkeit nachgehen,

⁸⁴ Art. 41 Abs. 1 lit. g BV (Sozialziel) enthält hingegen die Präzisierung «in ihrer Entwicklung zu selbstständigen und sozial verantwortlichen Personen gefördert».

ohne aufgrund finanzieller Überlegungen dazu gezwungen zu sein. Zwar könnte dagegen eingewendet werden, dass zumindest ein Elternteil (in der Regel wird es die Mutter sein) sich um die Kinder kümmern könnte. Doch würde sich dies mit dem Verfassungsziel der Gleichstellung der Geschlechter nicht vertragen. Art. 9 Abs. 2 bestimmt denn auch, dass die Gleichstellung insbesondere im Bereich der Arbeit und der Familie zu verwirklichen ist. Zudem trägt Art. 59 Abs. 2 dem Staat auf, Rahmenbedingungen zu schaffen, die es ermöglichen, Arbeits- und Familienleben in Einklang zu bringen. Vor diesem verfassungsmässigen Hintergrund ist es nicht denkbar, den Kindern einer Familie den Anspruch auf Fremdbetreuung mit dem Hinweis zu versagen, dass aus wirtschaftlichen Gründen keine Notwendigkeit bestehe, dass beide Elternteile einer Erwerbstätigkeit nachgehen. Anders ist freilich der Fall zu beurteilen, da der nicht erwerbstätige Elternteil nicht gewillt ist, die ihm zur Verfügung stehende Zeit für die Kinderbetreuung aufzuwenden.

Schliesslich muss die Konstellation in Betracht gezogen werden, wo die elterliche Betreuung überhaupt nicht mehr gewährleistet ist. Dies kann aus einer völligen Vernachlässigung der elterlichen Pflichten resultieren, aber beispielsweise auch durch Krankheit oder Tod der Eltern bedingt sein. Aufgrund von Art. 34 Abs. 1 obliegt es in diesen Fällen dem Staat, durch geeignete Massnahmen (Pflegeeltern, Heime und Betreuungsstätten) für die Betreuung des Kindes zu sorgen⁸⁵.

b. Gemäss HÄFELIN/HALLER ist die *Durchsetzung* von Sozialrechten im gerichtlichen Verfahren im Allgemeinen erst dann möglich, wenn der Gesetzgeber sowohl den Umfang als auch die Voraussetzungen der in Frage stehenden staatlichen Leistung näher geregelt hat und die betreffenden Geldmittel bewilligt sind⁸⁶. Etwas genereller formuliert MÜLLER das Kriterium der Justiziabilität: Als gerichtlich durchsetzbar kann eine verfassungsrechtliche Frage dann bezeichnet werden, wenn genügend Kriterien juristischer Argumentation zur Verfügung stehen, um es in optimal vertretbarer Weise zu lösen. Als nicht justiziabel gelten somit Fragen, bei denen die zu ihrer Problemlösung notwendigen politischen Grundentscheidungen noch nicht getroffen sind⁸⁷.

⁸⁵ URS BOLZ (Fn. 10), Ziff. 11a zu Art. 29 Abs. 2 KV BE.

⁸⁶ HÄFELIN/HALLER (Fn. 13), N 213.

⁸⁷ JÖRG PAUL MÜLLER, *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, 2. Aufl., Basel 1981, S. 183 f.

Das am 1. Januar 1997 in Kraft getretene Gesetz über die Einrichtungen zur Betreuung von Kindern im Vorschulalter bezweckt die Sicherstellung einer genügenden Zahl von ausserfamiliären Betreuungsplätzen für Kinder im Vorschulalter und soll eine gute Betreuung gewährleisten. Im Gesetz wird zudem die Gewährung von Beiträgen an die Einrichtungen zur Betreuung von Kindern im Vorschulalter geregelt⁸⁸. Mit der Verabschiedung dieses Gesetzes und dem dazugehörigen Ausführungsreglement vom 25. November 1996⁸⁹ hat der Grosse Rat bzw. der Staatsrat die notwendigen politischen Entscheidungen in Bezug auf Betreuungsplätze für Kinder im Vorschulalter getroffen. Der Verfassungsgeber hat demnach eine bereits bestehende Regelung in den Rang eines verfassungsmässigen Rechts erhoben. Aufgrund der jetzigen Rechtsgrundlagen stehen dem Gericht für die Konkretisierung des Rechts auf ausserfamiliäre Betreuung im Vorschulalter genügend Anhaltspunkte zur Verfügung, womit zumindest dieser Teilgehalt des Art. 34 Abs. 1 als justiziabel gelten muss.

c. Der Anspruch bedeutet nicht, dass die Betreuungsplätze unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden müssen. Allerdings sind bei der Erhebung von *Gebühren* das Äquivalenzprinzip und insbesondere die wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen zu berücksichtigen. Schliesslich dürfen die Gebühren nicht so hoch ausfallen, dass sie den Anspruch seines Gehalts entleeren.

B. Erhöhtes Schutzbedürfnis (auch innerhalb der Familie)

49. Art. 34 Abs. 2 entspricht weitgehend Art. 11 Abs. 1 BV und präzisiert einzig, dass der Schutz *auch innerhalb der Familie* gewährleistet sein muss. Dadurch wird dem Umstand Rechnung getragen, dass insbesondere sexuelle Übergriffe oft im Rahmen der Familie stattfinden⁹⁰. Insofern beschlägt die Bestimmung auch das Verhältnis zwischen Privaten (Drittwirkung).

⁸⁸ Vgl. Art. 1 des Gesetzes vom 28. September 1995 über die Einrichtungen zur Betreuung von Kindern im Vorschulalter (SGF 835.1).

⁸⁹ Ausführungsreglement vom 25. November 1996 zum Gesetz über die Einrichtungen zur Betreuung von Kindern im Vorschulalter (SGF 835.11).

⁹⁰ Vgl. Anna Petrig (SP), TVR 2003, S. 603.

XII. ÄLTERE MENSCHEN

A. Entstehungsgeschichte

50. Die Sachbereichskommission 2 hat dem Plenum zwei Thesen⁹¹ im Zusammenhang mit älteren Menschen unterbreitet: Eine die gesellschaftliche Integration und Partizipation betreffend und eine weitere zur Beziehung zwischen den Generationen, welche von gegenseitigem Verständnis und Solidarität geprägt sein soll. Beide Thesen wurden anlässlich der Null-Lesung angenommen⁹² und fanden im Kapitel Sozialrechte Eingang in den Vorentwurf⁹³. Im Vorfeld der zweiten Lesung stellte die Sachbereichskommission den Antrag, den Inhalt dieses Artikels in den Staatsaufgaben und nicht unter den Sozialrechten aufzuführen, welchem das Plenum nur teilweise folgte: Während der Aspekt der Generationensolidarität in die Staatsaufgaben transferiert⁹⁴ wurde, stimmte der Rat für eine Beibehaltung des Abs. 1 in den Sozialrechten.

B. Einzelne Aspekte

1. Anspruch auf Mitwirkung

51. Gemäss Art. 35 haben ältere Menschen ein *Recht auf Mitwirkung*. Der Begriff der Partizipation beschränkt sich dabei nicht einzig auf die Politik, sondern beinhaltet auch das Mitwirken am gesellschaftlichen Leben, wie beispielsweise in der Vereinswelt⁹⁵. Das Recht auf Mitwirkung hat einen doppelten Gehalt:

a. Einerseits stellt der Anspruch eine *Konkretisierung des Rechtsgleichheitsgebots bzw. des Diskriminierungsverbots* dar (Art. 9 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 1 und 2 BV). In diesen Kontext ist u.a. die Frage der Teilhabe älterer Menschen an den politischen Partizipationsrechten zu stellen, welchen gerade in einer direkten Demokratie besondere Be-

⁹¹ Thesen 2.22. und 2.29.

⁹² Die These 2.22. wurde insofern geändert, als der einleitende Satz «Ältere Menschen sind vollwertige Mitglieder der Gesellschaft.» gestrichen wurde; vgl. dazu TVR 2002, S. 217 f.

⁹³ Art. 38 Vorentwurf.

⁹⁴ Art. 62.

⁹⁵ Vgl. Denise Dévaud (SP), TVR 2003, S. 604.

deutung zukommt. Im Rat wurde dabei insbesondere die Problematik von Altersgrenzen für die Wählbarkeit in öffentliche Mandate bzw. in Richterämter diskutiert ⁹⁶.

Gemäss Bundesgericht verletzt ein Erlass dann die Rechtsgleichheit, wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger oder sachlicher Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist ⁹⁷. Der Begriff der Diskriminierung wurde von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung als Benachteiligung, welche sich nicht sachlich rechtfertigen lässt, definiert ⁹⁸. Für die Rechtfertigung unspezifischer, genereller Altersgrenzen für die Wählbarkeit in öffentliche bzw. in Richterämter können kaum sachliche oder vernünftige Gründe gefunden werden, da das Alter einer Person in der Regel nur beschränkt ausschlaggebend für die Eignung zur Ausübung eines solchen Amtes ist ⁹⁹. Das Phänomen der sog. Sesselkleberei ist mit einer undifferenzierten Alterslimite nicht zu verhindern und ist vielmehr durch eine Amtszeitbeschränkung einzudämmen ¹⁰⁰. Mit der Verabschiedung des Art. 35 hat der Verfassungsrat diesen Aspekt der Rechtsgleichheit bzw. das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Alters in Bezug auf die politische Partizipation explizit genannt. Ein Erlass mit einer generellen und unspezifischen *Alterslimite in Bezug auf das passive Wahlrecht* ¹⁰¹ würde somit vor der Freiburger Verfassung nicht standhalten. Eine spezifische Altersgrenze kann unter Umständen jedoch gerechtfertigt sein, so beispielsweise aufgrund der Besonderheit einer behördlichen Funktion ¹⁰². Ebenfalls als zulässig werden generelle

⁹⁶ Vgl. insbesondere Joseph Rey (CSP), TVR 2002, S. 218 und 282.

⁹⁷ BGE 125 I 173 E. 6b.

⁹⁸ BGE 124 II 529 E. 3a.

⁹⁹ DANIEL KETTINGER, Zur rechtlichen Problematik von Altersgrenzen für öffentliche Ämter, Jusletter vom 19. August 2002, <<http://www.jusletter.ch>>.

¹⁰⁰ Vgl. Philippe Wandeler (CSP), TVR 2002, S. 283.

¹⁰¹ So hat beispielsweise die Gemeindeversammlung von Madiswil/BE im Mai 2002 eine generelle Alterslimite von 70 Jahren für alle öffentlichen Ämter in das Organisationsreglement der Gemeinde (Art. 33) aufgenommen. Der entsprechende Artikel wurde mit Beschluss der Gemeindeversammlung vom 26. Juni 2003 wieder aufgehoben.

¹⁰² KETTINGER (Fn. 99), RZ 8. Er nennt dabei das Beispiel eines Jugendrates oder einer Gemeindekommission für Jugendarbeit, wo eine obere Altersgrenze sachlich gerechtfertigt sei. Sachlich nicht gerechtfertigt schein demgegenüber ein Mindestalter von 25 Jahren für die Wählbarkeit in Gerichtsbehörden (der diesbezügliche Hinweis auf den Kanton Freiburg ist überholt, da die in Art. 32

Altersgrenzen in Bezug auf öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse angesehen, die häufig mit dem allgemeinen Rentenalter einhergehen¹⁰³.

b. Andererseits kann dieser Teilgehalt des Art. 35 auch als *Auftrag an den Staat* zur Schaffung der Grundvoraussetzungen einer solchen Mitwirkung verstanden werden. Denkbar wäre beispielsweise, dass Staat und Gemeinden analog zu Kinder- und Jugendräten Partizipationsmöglichkeiten für ältere Menschen einführen¹⁰⁴ oder dass auf private Initiative hin geschaffene Institutionen (Rentnervereinigungen, Seniorenräte usw.) unterstützt werden.

2. Anspruch auf Autonomie und Lebensqualität

52. Beim Anspruch auf Autonomie und Lebensqualität stellt sich die Frage, ob es sich hierbei um ein Sozialrecht im Sinn von verfassungsrechtlichen Gewährleistungen bestimmter staatlicher Leistungen in Form individualrechtlicher Verbürgungen¹⁰⁵ handelt. Wendet man dabei das Kriterium der Justiziabilität an, muss die Durchsetzbarkeit vorliegend zum heutigen Zeitpunkt verneint werden. Denn Justiziabilität setzt voraus, dass hinter der anzuwendenden Bestimmung ein hinreichend auskristallisierter politischer Konsens über deren Tragweite besteht¹⁰⁶. Die Begriffe der Autonomie und Lebensqualität wurden anlässlich der Debatten im Verfassungsrat jedoch zu wenig genügend konkretisiert, dass für das Gericht ersichtlich wäre, welche Leistungen diese Garantien beinhalten. Es handelt sich vielmehr um Begriffe mit *Programmcharakter* zuhanden des Gesetzgebers, die er beispielsweise bei Erlassen betreffend die Wohn- oder Pflegesituation älterer Menschen zu berücksichtigen hat und die erst nach diesem Umsetzungsakt vollzugsfähig werden.

Abs. 1 lit. b aKV vorgesehene Alterslimite nicht in die neue Kantonsverfassung Eingang gefunden hat. Vgl. dazu TVR 2002, S. 425 ff.; TVR 2003, S. 262 ff.; TVR 2003, S. 702 ff.).

¹⁰³ KETTINGER (Fn. 99), RZ 7.

¹⁰⁴ Verstanden als Förderungsmassnahme (*affirmative action*) zugunsten einer in Bezug auf die Mitwirkung in politischen Gremien untervertretene und somit diskriminierte Bevölkerungsschicht. Zur Zulässigkeit und den Voraussetzungen zur Ergreifung von Förderungsmassnahmen zugunsten diskriminierter Gruppen vgl. MÜLLER (Fn. 8), S. 447.

¹⁰⁵ Definition eines Sozialrechtes nach MÜLLER (Fn. 87), S. 172.

¹⁰⁶ MÜLLER (Fn. 87), S. 21.

3. *Anspruch auf Achtung der Persönlichkeit*

53. Sowohl Art. 10 Abs. 2 BV als auch Art. 11 Abs. 2 sehen ein Recht auf persönliche Freiheit vor, welche jeder Person unabhängig von ihrem Alter zusteht. In Art. 35 wird der Anspruch für ältere Menschen explizit erwähnt, ohne dass der Schutzbereich der persönlichen Freiheit ausgeweitet wird.

XIII. NOTLAGEN

A. **Recht auf Existenzsicherung**

54. Das Bundesgericht entschied 1995, dass die Sicherung elementarer menschlicher Bedürfnisse wie Nahrung, Kleidung und Obdach «die Bedingung menschlicher Existenz und Entfaltung überhaupt»¹⁰⁷ sind. Mit diesem Urteil wurde das ungeschriebene verfassungsmässige Recht auf Existenzsicherung begründet, welches anlässlich der Totalrevision der Bundesverfassung als Art. 12 BV in den Grundrechtskatalog aufgenommen wurde. Art. 36 Abs. 1 weicht in seiner Formulierung in zweifacher Hinsicht vom Bundesrechtsanspruch ab:

a. Im Gegensatz zur Bundesverfassung beschränkt sich der kantonale Verfassungstext nicht auf die Generalklausel der «für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlichen Mittel», sondern erwähnt die *angemessene Unterkunft* sowie die *medizinische Grundversorgung* explizit. Diese beiden Aspekte einer gesicherten Existenz waren bereits in der anlässlich der Null-Lesung verabschiedeten These 2.11. enthalten und gehen darauf zurück, dass sich die Kommission 2 am Wortlaut der Berner und Neuenburger Verfassung¹⁰⁸ orientierte¹⁰⁹.

Der genaue Gehalt des Art. 12 BV kann nicht abstrakt festgelegt werden, sondern ist von Fall zu Fall auszumachen. Dabei ist der individuelle Kontext der zu unterstützenden Person, insbesondere die Art, Intensität und absehbare Dauer der Notlage und ihre konkreten Auswirkungen für den Betroffenen zu berücksichtigen¹¹⁰. In grundsätzli-

¹⁰⁷ BGE 121 I 367 E. 2b.

¹⁰⁸ Art. 29 Abs. 1 KV BE sowie Art. 13 KV NE.

¹⁰⁹ Vgl. Zusammenfassung der 9. Sitzung der Kommission 2 vom 20.08.2001.

¹¹⁰ MÜLLER (Fn. 8), S. 170.

cher Weise gehen jedoch Lehre und Rechtsprechung davon aus, dass zu jenen Mitteln, welche eine Person vor einer Bettelexistenz bewahren sollen, heute sowohl eine angemessene Unterkunft als auch eine grundlegende medizinische Versorgung zählen¹¹¹. Die explizite Erwähnung derselben in der Freiburger Verfassung hat somit reine Informationsfunktion und beschränkt sich auf eine Präzisierung des von Bundesrechts wegen gewährten Anspruchs auf Hilfe in Notlagen¹¹².

b. Art. 12 BV enthält eine Subsidiaritätsklausel («nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen»), welche zum Ausdruck bringt, dass die staatlichen Leistungen hinter der Eigenverantwortung des Individuums zurücktreten sollen. Art. 36 Abs. 1 nennt demgegenüber nur die Leistungsvoraussetzung, dass jemand in Not sein muss. Es gilt jedoch zu beachten, dass in Art. 7 Abs. 3 in allgemeiner Weise statuiert wird, dass das Gemeinwesen zugunsten des Individuums *in Ergänzung* seiner eigenen Fähigkeiten, also subsidiär, tätig wird. Art. 36 Abs. 1 weicht somit auch in diesem Punkt inhaltlich nicht von Art. 12 BV ab.

B. Opferhilfe

55. Der Geltungsbereich des OHG erstreckt sich auf jede Person, die durch eine Straftat in ihrer körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden ist¹¹³, d.h. auf alle Opfer von Straftaten gegen Leib und Leben. Demgegenüber ist der persönliche Schutzbereich des Art. 36 Abs. 2 weiter gezogen: Einerseits ist anspruchsberechtigt, wer Opfer irgendeiner schweren Straftat ist. Zu denken ist beispielsweise an Brandstiftungen oder an massive Betrugsfälle¹¹⁴, wo nicht unmittelbar das Rechtsgut Leib und Leben verletzt wird, die Folgen für die geschädigte Person aber derart gravierend sind, dass sie dadurch in Not gerät. Andererseits fallen auch Opfer von Naturkatastrophen unter den persönlichen Schutzbereich der Norm. Dies gründet im Gedanken, dass nicht nur die vom Menschen,

¹¹¹ MÜLLER (Fn. 8), S. 172; HÄFELIN/HALLER (Fn. 13), N 918.

¹¹² So auch LUISIER BRODARD (Fn. 27), S. 111: Trotz der expliziten Erwähnung des Rechts auf ein *logement d'urgence approprié* in Art. 33 KV VD verleihe der kantonale Anspruch keine über Art. 12 BV hinausgehende individualrechtliche Zusicherung.

¹¹³ Art. 2 OHG.

¹¹⁴ URS BOLZ (Fn. 10), Ziff. 13a zu Art. 29 Abs. 3 KV BE.

sondern auch die von der Natur ausgehende Gewalt beim Opfer zu Schwierigkeiten führen kann, die es alleine nicht in der Lage ist zu überwinden. Schliesslich deckt die Generalklausel der ähnlichen Ereignisse jene Szenarien ab, die ähnlich schwere Folgen für die Opfer haben, aber nicht unter die beiden anderen Voraussetzungen subsumierbar sind ¹¹⁵.

56. Mit der am 1. Oktober 2002 in Kraft getretenen Teilrevision des OHG wurden besondere Bestimmungen zum Schutz der Persönlichkeit von Kindern als Opfer in Strafverfahren aufgenommen ¹¹⁶. Mit diesen Verfahrensbestimmungen ¹¹⁷ soll der Situation des Kindes besser Rechnung getragen und eine Sekundärviktimisierung vermieden werden. Noch bevor die Eidgenössischen Räte diese Revision beschlossen hatten, verabschiedete die Sachbereichskommission 2 die These 2.18.2., welche u.a. den Inhalt der heutigen kinder- und jugendspezifischen OHG-Bestimmungen zum Ziel hatte. Im Vergleich zum OHG wurde der persönliche Schutzbereich jedoch nicht auf Opfer von Straftaten gegen Leib und Leben beschränkt, sondern allgemein auf *Kinder und Jugendliche*, welche Opfer irgendeiner Straftat sind, ausgeweitet. Im Gegensatz zu Art. 36 Abs. 2 wurde auf das Qualifikationsmerkmal der schweren Tat verzichtet. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass für ein Kind oder einen Jugendlichen bereits eine kleinere Einwirkung schwerwiegende Folgen haben kann und ihm ein geringeres Mass an Selbsthilfe zuzumuten ist.

¹¹⁵ Dadurch, dass auch Opfer von Naturkatastrophen oder ähnlicher Ereignisse Anspruch auf Opferhilfe haben, geht Art. 36 Abs. 2 weiter als Art. 29 Abs. 3 KV BE, welcher sich auf Opfer schwerer Straftaten beschränkt.

¹¹⁶ Art. 10a bis 10d OHG; eingefügt durch Ziff. I des BG vom 23. März 2001; vgl. BBl 2000 3744, 3766.

¹¹⁷ So wird beispielsweise bei Straftaten gegen die sexuelle Integrität eine Konfrontation zwischen Beschuldigtem und Kind generell ausgeschlossen und bei anderen Straftaten, sofern die Gegenüberstellung für das Kind zu einer schweren psychischen Belastung führen könnte. Weiter darf das Kind in der Regel nicht mehr als zwei Mal einvernommen werden. Die Einvernahme muss durch speziell ausgebildetes Personal und im Beisein einer weiteren Fachperson durchgeführt sowie auf Video aufgezeichnet werden.

LES DISPOSITIONS SUR LA TRANSPARENCE

Denis Barrelet

Professeur aux Universités de Fribourg et de Neuchâtel

INTRODUCTION

Forts de leurs droits civiques, les citoyens se sont longtemps considérés comme suffisamment équipés pour contrôler l'Etat et en faire leur chose, comme il se doit dans une démocratie. C'était spécialement le cas dans un pays comme la Suisse, aux droits populaires hyper-développés. Mais suffisait-il vraiment de pouvoir élire un parlement et lancer des référendums et des initiatives pour avoir une connaissance suffisante de l'Etat et une influence en profondeur sur ses comportements ?

Au sortir de la Deuxième Guerre mondiale, la communauté internationale a réalisé l'importance de l'information et de sa libre circulation. La liberté d'opinion seule n'était pas en mesure d'assurer le maintien de démocraties fortes. En Suisse, il a fallu attendre les années soixante du XX^e siècle pour que l'Etat, peu à peu, comprenne le rôle actif qui devait être le sien en la matière. En 1968, la Confédération se dotait d'un véritable service d'information, chapeauté par un vice-chancelier¹. Les cantons ont suivi, sans que tous montrent le même empressement².

Mais ce rôle actif n'était pas en mesure à lui seul de répondre à l'attente, d'autant qu'un nouveau phénomène était apparu : le développement de l'Etat-providence, avec son édifice de lois et de règlements et ses bataillons de fonctionnaires. Attendre que l'Etat veuille bien informer, c'était risquer que des pans entiers de son activité restent dans l'ombre, surtout les moins reluisants. S'en remettre à sa seule bonne volonté, c'était se priver d'un moyen d'établir ou de rétablir la confiance. On s'est alors souvenu de l'exemple suédois, opérationnel depuis 1766 : un droit donné à chaque habitant du pays de

¹ D. BARRELET, *Droit de la communication*, Berne 1998, n^{os} 931 ss.

² Le canton de Fribourg a attendu 2004 pour soumettre à consultation un projet d'ordonnance sur l'information.

consulter les dossiers en mains de l'Etat, avec juste ce qu'il faut comme exceptions pour ne pas paralyser des fonctions vitales de l'Etat et des droits individuels jugés prépondérants de cas en cas. Ou si on préfère : il s'agissait de jeter à la corbeille l'ancestral principe du secret de l'activité administrative et ses exceptions de transparence, pour le remplacer par le principe de la transparence, avec des exceptions de secret.

Ce renversement s'est opéré dans le monde dès les années soixante-dix du XX^e siècle. Les principaux pays industrialisés, ainsi que l'Union européenne, ont aujourd'hui franchi le pas³. Et la Suisse se hâte lentement de les rejoindre⁴.

Il n'est dès lors pas étonnant que lors de l'élaboration de la nouvelle Constitution du canton de Fribourg, on ait tant parlé de transparence, de médias, d'information. Sur les huit commissions thématiques qui ont été instituées par la Constituante au début de 2001, cinq ont évoqué la transparence. Deux d'entre elles ont expressément postulé un droit pour toute personne d'accéder aux documents officiels⁵. Le débat au plénum ayant largement confirmé l'intérêt pour une telle approche, l'avant-projet de Constitution soumis à la Constituante pour la première lecture comprendra plusieurs articles sur ce domaine. La plupart survivront jusqu'à la fin des travaux, à quelques nuances près⁶.

³ Si on fait abstraction des pays nordiques, ce furent les Etats-Unis qui ouvrirent la marche, avec le *Freedom of Information Act* de 1966. Sur les expériences faites depuis lors : B. COTTIER, Les leçons des expériences étrangères in T. Tanquerel / F. Bellanger (éd.), *L'administration transparente*, Genève 2002, p. 91 ss.

⁴ La Recommandation du Conseil de l'Europe Rec(2002)2 sur l'accès aux documents publics, adoptée par le Comité des ministres le 21 février 2002, l'y encourage vivement. En vérité, le droit de consulter les dossiers de l'administration aurait pu être déduit des droits fondamentaux existants bien avant que les constituants cantonaux et les législateurs des cantons et de la Confédération ne consacrent en toutes lettres. Mais le Tribunal fédéral s'y est toujours refusé, malgré les critiques de la doctrine, estimant – bien bizarrement – que l'activité administrative se résumait à une somme de processus internes. ATF 107 Ia 304, Fuchs, du 8 décembre 1981. BARRELET (note 1), n^{os} 86 ss.

⁵ Thèses 2.8.1 et 5.1.11.

⁶ En fait, de toutes les Constitutions cantonales élaborées ces dix dernières années, la Constitution fribourgeoise est, avec la Constitution vaudoise, la plus soucieuse d'exprimer les besoins de transparence. Adoptée par la Constituante le 17 mai 2002 et par le peuple le 22 septembre de la même année, la Constitution

Les dispositions ayant trait à la transparence de l'Etat et à l'information du public, dans la Constitution fribourgeoise, sont au nombre de huit : art. 19 (droits fondamentaux, opinion et information), art. 20 (médias), art. 31 al. 2 (procédure judiciaire), art. 51 al. 2 (associations de communes), art. 52 (tâches publiques, principes), art. 88 (autorités cantonales, information), art. 96 al. 2 (séances du Grand Conseil), art. 131 al. 3 (communes et structure territoriale, organes) ⁷.

Il peut paraître étonnant qu'une telle prédominance du souci de transparence ne s'exprime pas dès le début de la Constitution, à l'art. 4, qui énumère les principes de l'activité étatique. En fait, le texte soumis à la Constituante en faisait bel et bien un des principes cardinaux. Mais le désir d'être concis et d'éviter les répétitions lui a été fatal. La mention à l'art. 52 al. 1^{er} a été jugée suffisante. Ce biffage n'était pas destiné à relativiser le principe de quelque manière que ce soit ⁸.

I. LA LIBERTÉ D'OPINION ET LA LIBERTÉ D'INFORMATION

L'art. 19 al. 1^{er}, qui dit que « la liberté d'opinion et la liberté d'information sont garanties », ne fait que reprendre l'art. 16 al. 1^{er} Cst. féd. Il n'a donc pas de valeur propre. Son utilité est purement pédagogique. Au moment de parler d'information, de transparence et de médias, on rappelle au lecteur l'existence de ces deux libertés, qui représentent le fondement minimal. La liberté d'opinion, selon l'art. 16 al. 2 Cst. féd., c'est le droit pour toute personne « de former, d'exprimer et de répandre librement son opinion ». La liberté

vaudoise n'a pas manqué d'influencer le constituant du canton voisin. Seul l'art. 87 Cst. VD qui oblige « les autorités cantonales et communales à publier leurs projets de manière à permettre la discussion publique » et à renseigner la population sur les objets soumis à vote n'a pas trouvé son pendant dans la Constitution fribourgeoise. Cette obligation particulière découle du droit de vote garanti par l'art. 34 Cst. féd. P. MAHON, L'information par les autorités *in* RDS 1999 II, p. 233 ss. Sur la Constitution vaudoise, pour le surplus : C. LUISIER BRODARD, Les droits fondamentaux *in* P. Moor (éd.), La Constitution vaudoise du 14 avril 2003, Berne 2004, p. 91 ss, 99 ss.

⁷ Pour être complet, il faudrait encore citer la transparence qui découle de droits spécifiques, tel le droit de vote ou le droit d'accéder à ses données ou à son propre dossier. Nous ne traiterons pas ces dispositions ici. Cf. MAHON (note 6), p. 279 ss.

⁸ BOC 2003, p. 545 (lecture 2).

d'information, selon l'art. 16 al. 3 Cst. féd., c'est le droit pour toute personne « de recevoir librement des informations, de se les procurer aux sources généralement accessibles et de les diffuser ».

Plus concrètement, la liberté d'information, au niveau cantonal, empêche les communes d'interdire par principe les antennes de télévision individuelles. Dans les établissements pénitentiaires, les règlements doivent être conçus de manière à permettre à quiconque de lire les journaux et de regarder la télévision de son choix, pour autant que le bon fonctionnement de l'établissement ne s'y oppose pas⁹. L'accès aux séances publiques des autorités ne pourra être entravé. Les prises de vues et de sons y seront libres. Le droit d'accéder aux informations se limite à celles qui sont à disposition de chacun : publications officielles, sites Internet, manifestations publiques, séances des organes législatifs, audiences des tribunaux, registres publics¹⁰. Cela vaut aussi pour les auteurs de travaux scientifiques. La liberté de la science de l'art. 20 Cst. féd. ne leur donne pas un droit plus large¹¹.

Les conférences de presse n'étant pas des manifestations publiques, l'accès peut être limité aux journalistes professionnels. Des restrictions au sein de ce cercle – accès accordé aux seuls journalistes accrédités par exemple – heurteraient le principe de l'égalité¹². Dès l'instant où une personne peut démontrer qu'elle exerce la profession de journaliste à temps plein ou à temps partiel, l'accès doit lui être accordé. Dans les lois ou les règlements sur l'information, les règles sur l'accréditation des journalistes doivent être légères par définition. Elles ne sauraient servir à trier l'ivraie du bon grain, ou, si on préfère, à former un contingent de journalistes « sûrs ». L'accréditation est uniquement un moyen d'enregistrer les journalistes qui, en raison de la fréquence avec laquelle ils traitent des affaires de l'autorité, méritent certaines facilités, telles que l'envoi automatique de documents ou invitations.

⁹ BARRELET (note 1), n° 156.

¹⁰ D. BARRELET, *Les libertés de la communication* in D. Thürer / J.-F. Aubert / J. P. Müller (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, p. 725 s. Pour le registre foncier, cf. ATF 126 II 518, A., du 6 octobre 2000.

¹¹ ATF 127 I 145, Wottreng, du 27 juin 2001

¹² ATF 107 Ia 313, Fuchs, du 8 décembre 1981.

En vertu de l'art. 37, selon lequel « les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux et sociaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations entre particuliers », ce droit d'accès aux informations devrait également pouvoir être invoqué pour les manifestations culturelles ou sportives organisées par des particuliers. Il interviendra lors de l'application des dispositions réglant les relations des particuliers entre eux, telles les dispositions sur la protection de la personnalité ou la concurrence ¹³.

II. LE DROIT À L'INFORMATION

A. En général

C'est sur le fondement des libertés individuelles classiques que sont la liberté d'opinion et la liberté d'information que vient se greffer l'art. 19 al. 2. Lui apporte quelque chose que la Constitution fédérale ne connaît pas : le droit à l'information. Et il en fournit aussitôt la définition : « Toute personne peut consulter les documents officiels dans la mesure où aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose ».

Le droit à l'information dont il est ici question doit être compris au sens étroit. C'est un droit d'accéder aux documents détenus par les autorités. Il appartient à la catégorie de l'information passive, par opposition à l'information active, où ce sont les autorités qui prennent l'initiative d'informer. C'est un droit subjectif. Il appartient à tout individu, qui peut en exiger le respect de la part de l'Etat, jusqu'à recourir en justice, en cas de besoin. Il n'est pas lié à des conditions de citoyenneté, de domicile ou d'âge. Il n'est pas non plus lié à l'existence d'un intérêt digne de protection. La personne peut faire valoir son droit sans justifier d'un quelconque besoin légitime.

Il est vrai que la notion de droit à l'information pourrait être comprise de manière plus large. Elle pourrait inclure le droit d'obtenir des renseignements de la part des autorités ¹⁴. Et on pourrait même

¹³ BARRELET (note 10), p. 726.

¹⁴ C'est ainsi qu'elle est comprise dans la loi vaudoise sur l'information. Voici le libellé quelque peu approximatif de son art. 8 al. 1^{er} : « Par principe, les renseignements, informations et documents officiels détenus par les organismes soumis à la présente loi sont accessibles au public ». L'art. 17 al. 2 let. c Cst. VD, lui, est plus restrictif. Il correspond à l'art. 19 al. 2 Cst. FR.

l'étendre, à travers l'effet horizontal des libertés individuelles (*Dritt-wirkung*), aux relations entre particuliers, en déduisant un droit, pour le public, d'obtenir des médias une information fiable sur les faits d'actualité les plus importants, et un droit, pour les médias, d'obtenir que des entreprises ou des particuliers leur livrent des informations susceptibles d'intéresser le public. Si l'on adoptait cette vision des choses, la seconde phrase de l'al. 2 ne ferait qu'indiquer une des composantes du droit à l'information énoncé précédemment. Elle n'en serait pas la définition. A notre avis, ce n'est pas ainsi qu'il faut comprendre l'al. 2. Une telle extension serait problématique. Elle signifierait que lorsqu'il adresse une demande de renseignement à l'autorité et que celle-ci refuse d'y répondre, l'auteur de la demande pourrait déclencher une procédure judiciaire pour obtenir le respect de son droit. Toute autre conclusion aboutirait en effet à dénaturer la notion de « droit » et à admettre que la Constitution énonce aussi des droits moraux ou des droits décoratifs... Quant à l'extension du droit à l'information à l'égard des particuliers, elle entrerait en conflit avec certaines libertés individuelles, telles la liberté économique, la vie privée ou la liberté d'information.

L'art. 18 Cst. NE qui a servi de modèle précise que le droit d'accès est réglé par la loi¹⁵. Cette formulation figurait également dans le texte soumis à la Constituante fribourgeoise. Mais en cours de route, on l'a biffée, la jugeant superflue¹⁶. En réalité, elle ne l'est pas tout à fait. Si on renvoie à la loi, cela veut dire que le droit à l'information n'entrera en vigueur que le jour où une telle loi aura été adoptée. Si on ne dit rien, le droit devient opérationnel dès l'entrée en vigueur de la Constitution. En clair, cela signifie que dans le canton de Fribourg, le droit à l'information est effectif depuis l'entrée en force de sa nouvelle Constitution. L'inconvénient, c'est que, potentiellement, on donne une grande place aux tribunaux pour les questions d'application, en attendant l'entrée en vigueur de la loi¹⁷.

¹⁵ L'art. 11 al. 3 introduit dans la Constitution soleuroise le 2 décembre 2001 dit les choses de la même manière.

¹⁶ BOC 2003, p. 91 (lecture 1). L'art. 19 al. 2 Cst. FR correspond ainsi à l'art. 17 al. 3 Cst. BE et à l'art. 17 al. 2 let. c Cst. VD.

¹⁷ La problématique des exceptions est particulièrement délicate, celles-ci devant être prévues par une loi, comme toutes les restrictions apportées aux droits fondamentaux. Il y a certes actuellement des lois qui restreignent la transparence.

B. La situation en Suisse

En consacrant l'accès aux documents administratifs, le canton de Fribourg ne fait plus vraiment œuvre de pionnier en Suisse. C'est le canton de Berne qui s'est lancé le premier, suite à l'affaire de caisses noires qui avait secoué la République dans le cadre des scrutins sur l'avenir du Jura¹⁸. Puis sont venus les cantons de Soleure¹⁹, Genève²⁰, Vaud²¹ et Jura²². Certains cantons, pour l'heure, n'ont franchi le pas qu'au niveau de leur Constitution²³. Après de longues hésitations, le Conseil fédéral a fini lui aussi par soumettre un projet aux Chambres, que celles-ci ont adopté le 17 décembre 2004²⁴. Un peu partout, des projets sont en cours d'élaboration²⁵.

On remarquera que la consécration du droit d'accès aux documents administratifs ne nécessite pas forcément un ancrage dans la Constitution. Ni Genève, ni le Jura, ni le Valais, ni la Confédération ne disposent d'une quelconque mention dans leur Constitution. L'avantage

Mais elles ont été conçues à l'époque où régnait le principe du secret. Toutes ne sauraient être appliquées telles quelles. Le droit à l'information étant un droit fondamental auquel il peut être satisfait même sans loi d'application, il nous paraît douteux qu'on puisse le mettre en quelque sorte au réfrigérateur jusqu'à l'adoption d'une telle loi, en invoquant l'art. 147 al. 2.

18 Loi sur l'information du public, du 2 novembre 1993, en relation avec l'art. 17 al. 3 de la Constitution bernoise du 6 juin 1993. W. KÄLIN / U. BOLZ, Manuel de droit constitutionnel bernois, Berne 1995, p. 41 s., 277 ss.

19 Loi sur l'information et la protection des données, du 21 février 2001, en relation avec l'art. 11 al. 3 de la Constitution soleuroise du 8 juin 1986, amendée le 2 décembre 2001.

20 Loi sur l'information du public et l'accès aux documents, du 5 octobre 2001.

21 Loi sur l'information du 24 septembre 2002, en relation avec l'art. 17 al. 2 let. c de la Constitution vaudoise du 14 avril 2003.

22 Loi sur l'information et l'accès aux documents officiels, du 4 décembre 2002.

23 Art. 18 de la Constitution neuchâteloise du 24 septembre 2002. Art. 47 al. 3 de la Constitution schaffhousoise du 17 juin 2002.

24 Projet du 12 février 2003, FF 2003, p. 1888. BO CE 2003, p. 1136 ; 2004, p. 592, 945 ; BO CN 2004, p. 1251, 1973, 2187.

25 Exemples : projet de loi zurichois, soumis à consultation jusqu'à fin mai 2004 ; projet de loi valaisan, soumis à consultation en août 2004. Voir aussi I. HÄNER, Das Öffentlichkeitsprinzip in der Verwaltung im Bund und in den Kantonen : Neuere Entwicklungen in ZBl 2003 p. 282 ss.

d'un droit à l'information énoncé en bonne et due forme dans la Constitution réside dans le fait que le législateur ne pourra pas agir à sa guise. Son œuvre pourra être contrôlée par un tribunal, notamment quant au respect du principe de la proportionnalité.

Certains cantons sont restés à mi-chemin, en reconnaissant le droit d'accès pour autant seulement que le demandeur puisse justifier un intérêt légitime. C'est le cas des cantons d'Appenzell Rhodes-Extérieures²⁶ et de Bâle-Campagne²⁷. Soleure, tout en consacrant un droit à l'information complet, apporte une restriction lorsque la demande exige un travail fourni de la part de l'administration. Dans ce cas, l'autorité peut demander que la consultation soit motivée par un intérêt légitime²⁸.

C. Le contenu

Le droit à l'information de l'art. 19 al. 2 permet de consulter des documents. C'est donc bien l'accès à la pièce originale qui est accordé ici. Un simple résumé du contenu, en guise de réponse à celui qui entend exercer son droit, ne suffirait pas. La consultation implique le droit de faire une photocopie²⁹. La consultation doit se comprendre au sens large : lorsque le détenteur du document peut épargner au demandeur la venue dans les bureaux de l'autorité en lui envoyant une copie du document et que le demandeur acquiesce à cette manière de faire, c'est à elle qu'on recourra. Selon le principe de la bonne foi qui doit imprégner l'activité de l'autorité, celle-ci ne saurait attendre les bras croisés que le demandeur ait décrit le document jusque dans sa dernière virgule pour enfin réagir à sa demande. L'autorité doit aider le demandeur à identifier le document, dans la mesure où il n'en résulte pas pour elle un travail disproportionné. Elle devra, notamment, tenir des registres simples à consulter. Et elle se gardera de multiplier les exigences de forme. En principe, le demandeur n'est pas tenu de révéler son identité. Pour per-

²⁶ Art. 12 al. 3 de la Constitution du 30 avril 1995.

²⁷ § 55 al. 2 et 3 de la Constitution du 17 mai 1984.

²⁸ La restriction ne nous paraît pas en accord avec le droit à l'information, dès l'instant où celui-ci est dûment énoncé dans la Constitution. Une participation financière du requérant au travail exigé de l'administration suffit.

²⁹ Arrêt du Tribunal fédéral du 26 novembre 2003, Poncet *in* Medialex 2004 p. 54 s.

mettre le déclenchement d'une procédure en cas de contestation, il aura certes intérêt à fournir son nom et son adresse.

Une demande déposée à la mauvaise adresse devra être dirigée sans tarder vers l'autorité compétente. La réponse devra être donnée dans un délai rapide, de quelques jours au plus. Ce délai devrait en principe figurer dans la loi, pour éviter les malentendus par la suite³⁰. La rapidité est un des éléments constitutifs de l'information à notre époque. Par conséquent, elle est également un élément constitutif du droit à l'information énoncé ici. L'exigence de rapidité suppose que l'autorité s'organise en conséquence, en évitant les parcours hiérarchiques inutiles et en prévoyant les remplacements adéquats pour faire face aux absences momentanées des personnes compétentes.

Comme pour les droits démocratiques auxquels il se rattache, le droit à l'information doit pouvoir s'exercer gratuitement. Sont réservés les cas où la demande exige de l'autorité un travail de recherche considérable. Il est également possible de facturer les photocopies au prix coûtant³¹.

La notion de documents officiels peut prêter à confusion. Le droit à l'information ne vaut pas seulement à l'égard des documents publiés en bonne et due forme, munis de toutes les estampilles nécessaires ou approuvés par l'autorité au terme d'une longue procédure. Il vaut à l'égard de tous les documents détenus par l'autorité, donc également à l'égard de lettres ou de rapports que lui ont envoyés des particuliers. L'expression de documents officiels signifie que le droit à l'information s'exerce à l'égard des documents qui se trouvent dans les bureaux des autorités. On entend par autorités toutes les instances qui exercent la puissance publique, à tous les niveaux. Le droit à l'information peut s'exercer par conséquent contre les autorités tant exécutives, législatives que judiciaires. Il concerne aussi bien les autorités cantonales que communales, ainsi que les groupements de communes. Il vaut évidemment aussi pour

³⁰ HÄNER (note 25), p. 300.

³¹ La loi fédérale sur le principe de transparence de l'administration est un exemple à ne pas suivre. Elle fait du caractère onéreux de la consultation le principe et constitue ainsi une première mondiale. B. COTTIER, Loi fédérale sur la transparence : deux pas en avant, un en arrière *in* Medialex 2003 p. 9 s. Cf. aussi HÄNER (note 25), p. 300.

les archives. Les règles rigides qui prévalaient jusqu'ici dans ce domaine ne sont plus tenables.

Sont également visées les entreprises publiques et les entreprises privées dans la mesure où l'autorité leur a délégué des tâches publiques. Le fait que ces entreprises soient souvent en lutte sur le marché avec des entreprises purement privées n'est pas une raison suffisante pour les exclure de l'application de la loi. Leurs secrets d'affaires tombent sous les exceptions généralement admises, si bien que même soumises au principe de transparence, elles disposent d'une protection suffisante ³².

Il est convenu d'ajouter un autre élément encore à la définition du document officiel visé par le droit d'accès : le document doit avoir atteint un degré d'achèvement suffisant pour être montré à un curieux. Les documents qui sont en voie d'élaboration, tels des brouillons, des esquisses, des rapports inachevés ne sont pas considérés comme des documents officiels et ne peuvent faire l'objet d'une demande de consultation. On considérera comme officiel un document qui est achevé et qui ne subira plus de modifications, tels que des lettres et des rapports qui ont quitté un service pour être transmis à un autre ou à des personnes extérieures à l'administration. Un rapport d'expert ou de commission est un document officiel dès l'instant où il est dans les mains de l'autorité, avant même que celle-ci n'en ait pris connaissance ou ne l'ait soumis à une analyse approfondie. Le courrier qui parvient journallement aux autorités fait lui aussi partie des documents officiels. A noter que le support ne joue pas de rôle. Des données informatiques éparses constituent elles aussi un document dès l'instant où il est possible de les réunir en un document à travers une manipulation informatique élémentaire ³³.

Existait-il vraiment un risque que le budget et les comptes des collectivités publiques et de leurs établissements soient considérés

³² Si la loi fédérale sur le principe de transparence de l'administration multiplie les exclusions, en y incluant également les organismes et personnes de droit public ou de droit privé extérieurs à l'administration fédérale qui n'éditent pas des actes ou ne rendent pas de décisions au sens de la loi fédérale sur la procédure administrative, c'est parce que l'accès aux documents officiels ne figure pas parmi les droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale. HÄNER (note 25), p. 289 s.

³³ FF 2003, p. 1838. Art. 5 al. 2 de la loi fédérale sur le principe de transparence de l'administration.

comme tombant sous une exception au principe de la transparence ? On a peine à le penser. Toujours est-il que l'art. 84 statue en toutes lettres un droit pour toute personne de consulter ces documents, « ainsi que les comptes des autres institutions étatiques ».

D. Les exceptions

Le droit de consulter les documents n'est pas absolu. Pour éviter tout malentendu, l'art. 19 al. 2 le précise. Mais même sans cela, des restrictions auraient été possibles, comme pour tout droit fondamental, pourvu qu'elles répondent aux critères usuels que sont le principe de la légalité et de la proportionnalité. L'art. 19 al. 2 réserve, sans beaucoup de surprise, deux types d'intérêts :

– Les intérêts publics prépondérants. On considérera qu'il existe un tel intérêt lorsque l'accès est susceptible de porter notablement atteinte à la libre formation de l'opinion et de la volonté de l'autorité ; ou lorsqu'il entraverait considérablement l'exécution de mesures concrètes d'une autorité ; ou lorsqu'il risquerait de mettre en danger la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat.

– Les intérêts privés prépondérants. On considérera qu'il existe un tel intérêt lorsque l'accès révélerait des secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication, ou lorsqu'il aurait pour effet de divulguer des informations fournies librement par un tiers à une autorité qui en a garanti le secret. La sphère privée n'est pas protégée de manière absolue. Il est des cas où le droit à l'information pèse plus lourd, soit parce que l'atteinte à la sphère privée est minime (c'est le cas lorsqu'il ne s'agit pas de données sensibles), soit parce qu'il s'agit d'une information d'une importance considérable pour le public. Pour éviter que le droit à l'information n'aboutisse à vider la protection des données de son contenu, on donnera à l'individu un droit de se prononcer avant toute décision sur la remise du document pour consultation, mais seulement lorsque l'autorité considère qu'elle est en présence de données sensibles dont la révélation ne se justifie pas d'emblée. L'individu n'aura pas un droit de veto. Un tel droit empêcherait en effet de procéder à une balance des intérêts correcte. Il permettrait à une personne d'abuser de la protection de sa sphère privée pour couvrir des atteintes à l'intérêt pu-

blic³⁴. Une consultation de la personne concernée en toute circonstance n'est pas non plus admissible, car elle prolongerait la procédure et pourrait enlever au droit à l'information une bonne partie de son intérêt³⁵.

Les intérêts réservés doivent peser nettement plus lourd que le droit à l'information. C'est ce qu'expriment les diverses lois d'exécution lorsqu'elles disent par exemple que l'entrave à la formation de la volonté d'une autorité doit être « notable ». Le principe de la collégialité, cher au cœur des Suisses, ne permet pas, par principe, de cacher définitivement les avis des membres de l'autorité collégiale qui ont précédé la décision finale. La collégialité n'est pas remise en cause si on apprend, à travers la consultation des rapports fournis par les membres de l'Exécutif avant la décision, leur position personnelle dans cette phase-là. Les craintes des autorités fédérales, qui ont soustrait au droit d'accès la procédure de rapport, nous paraissent déplacées³⁶.

Par ailleurs, on veillera toujours à une stricte application du principe de la proportionnalité. Ainsi, on n'opposera pas un refus sec et sonnante à une demande de consultation lorsque l'intérêt prépondérant peut être sauvegardé moyennant le caviardage de quel-

³⁴ A. FLÜCKIGER, Le conflit entre le principe de transparence et la protection de la sphère privée *in* *Medialex* 2003 p. 230. Cet auteur considère comme indéfendable l'art. 28 de la loi bernoise et l'art. 13 de son ordonnance d'application. ID., Le projet de loi fédérale sur la transparence : transparence de l'administration ou des citoyens ? *in* T. Tanquerel / F. Bellanger (éd.), *L'administration transparente*, Bâle 2002, p. 43. Cf. aussi HÄNER (note 25), p. 296, qui rappelle que l'application d'un droit fondamental ne peut être mise entièrement à la merci de l'appréciation d'un tiers. Voir également P. MAHON, Les enjeux du droit à l'information *in* T. Tanquerel / F. Bellanger (éd.), *L'administration transparente*, p. 36, pour qui le droit à l'information doit se comprendre comme une relativisation de la conception purement subjective du droit à l'autodétermination en matière de données personnelles.

³⁵ FLÜCKIGER, *Medialex* (note 34), p. 232.

³⁶ FF 2003, p. 1818 et 1855. Peu convaincu également de l'argument tiré de la collégialité, en se fondant sur l'expérience bernoise : K. NUSPLIGER, *Regierungsarbeit und Öffentlichkeitsprinzip* *in* *Medialex* 2001, p. 150 ss. Cf. aussi HÄNER (note 25), p. 291, pour qui le principe de la collégialité devrait moins servir d'obstacle dans les cantons, dans la mesure où les membres de l'Exécutif y sont élus par le peuple. On relèvera que le constituant fribourgeois a refusé d'inscrire le principe de la collégialité dans la Constitution, estimant qu'il suffisait d'en parler dans la loi. BOC 2002, p. 378 ; 2003, p. 724.

ques pages, ou le renvoi de la consultation de quelques jours ou de quelques semaines. Dans ce dernier cas – toujours pour respecter le principe de la proportionnalité, c'est-à-dire pour adoucir les effets de la mesure restrictive autant que faire se peut – l'autorité reprendra contact d'elle-même avec le requérant lorsque le motif pour le refus de la consultation a disparu.

Le législateur fera bien de préciser les exceptions³⁷. Il peut se contenter d'énumérer une dizaine d'exceptions topiques, rédigées en termes suffisamment restrictifs. Mais il peut aussi dresser un catalogue détaillé, à la manière suédoise³⁸. Cette façon de faire n'a pas d'adeptes jusqu'à ce jour, au niveau législatif, en Suisse.

E. La procédure en cas de contestation

La Constitution ne dit rien sur la procédure à suivre en cas de contestation. Ce qui est sûr, c'est que l'application d'un droit fondamental ne peut pas être vérifiée, en dernier ressort, par la seule administration. On recourra donc aux voies judiciaires usuelles. Ici aussi, le temps joue un rôle important. Le législateur sera bien inspiré de fixer quelques délais, ou de prévoir une procédure simplifiée et rapide.

Rien n'empêche le législateur de prévoir en amont une autorité chargée de désamorcer les conflits et de contribuer à une bonne application du principe de la transparence. On peut même dire qu'en agissant ainsi, il se montrera fidèle à l'esprit de la Constitution. On songe à la création d'un poste de médiateur, sur le modèle de ce qui s'est fait à l'étranger ou dans les lois récentes en Suisse³⁹. L'activité de celui-ci devrait englober l'ensemble des autorités soumises au droit à l'information⁴⁰. L'exemple bernois est là pour

³⁷ Il veillera à ne pas recourir à des formules si vagues qu'elles laisseraient la porte ouverte à toutes les interprétations. Ce serait une manière – voulue ou non – de retirer d'une main ce qui a été accordé de l'autre.

³⁸ Sur les différentes méthodes utilisées dans le monde : COTTIER (note 3), p. 97 ss.

³⁹ Le meilleur exemple est le médiateur de la loi genevoise.

⁴⁰ L'exemple vaudois – une « commission restreinte » pour la seule administration cantonale – n'est pas recommandable. Le jumelage avec la fonction de préposé à la protection des données, tel qu'on le trouve dans la loi fédérale ou la loi soleuroise, assure la coordination entre les deux domaines. Mais le risque, c'est que la personne affublée de cette double casquette, ayant pour tâche première à la fois

montrer ce qui se passe en l'absence d'une telle autorité. La procédure de contestation devant les autorités ordinaires étant si coûteuse, les magistrats ou fonctionnaires peuvent, dans les faits, appliquer la loi à leur guise, sans contrôle aucun.

III. MÉDIAS

L'art. 20 ne fait que reprendre, en plus court, l'art. 17 Cst. féd. A première vue, il semble qu'il n'ait aucune valeur propre. A y voir de plus près, on constate que l'art. 20 parle des médias, sans préciser ce que comprend cette notion. L'art. 17 Cst. féd., lui, cite la presse, la radio, la télévision, ainsi que les « autres formes de diffusion de productions et d'informations ressortissant aux télécommunications publiques ». Il exclut le cinéma. On peut donc considérer que l'art. 20 garantit la liberté du cinéma, ce dernier faisant incontestablement partie des médias. Dans les faits, cet élargissement n'a guère d'importance, la liberté du cinéma étant déjà garantie par la Constitution fédérale, mais à travers la liberté de l'art consacrée par l'art. 21 Cst. féd.⁴¹.

Pour le reste, l'art. 20 garantit le secret de rédaction, et interdit la censure. Les termes sont les mêmes qu'à l'art. 17 al. 2 et 3 Cst. féd. Le secret de rédaction, en matière pénale, est réglé à l'art. 27^{bis} du Code pénal. Dans la mesure où le canton voudrait le régler pour les domaines relevant de sa compétence, par exemple en matière civile, il devrait se souvenir que le secret de rédaction tel qu'il figure dans la Constitution est un droit individuel, et que toute restriction doit obéir aux règles strictes qui prévalent pour les limitations des droits individuels, telles qu'on les retrouve par exemple à l'art. 38, ainsi qu'à l'art. 36 Cst. féd.

IV. LE PRINCIPE DE LA TRANSPARENCE

Par principe de transparence (*Öffentlichkeitsprinzip*), on entend généralement le droit subjectif de consulter les documents en mains

d'ouvrir les bureaux de l'Etat et de les fermer au regard des tiers, n'en vienne à privilégier abusivement une fonction par rapport à l'autre.

⁴¹ BARRELET (note 10), p. 737.

des autorités publiques⁴². Ici, la notion est utilisée au sens large. Selon l'art. 52 al. 1^{er}, « l'activité étatique est régie par les principes de subsidiarité, de transparence et de solidarité ». Le principe de transparence renvoie bien sûr au droit d'accès selon l'art. 19, mais aussi aux art. 51 al. 2, 88 et 131 al. 3 concernant le devoir des autorités d'informer sur leur activité. Il inclut également une obligation générale de limpidité dans la relation entre l'Etat et l'administré. L'Etat se doit de communiquer les raisons d'une décision, ses tenants et aboutissants, et cela de manière claire et exhaustive. Le citoyen n'est plus le quémendeur d'informations qu'il était jusqu'ici, heureux des bribes qu'un magistrat ou un fonctionnaire tout puissant voudra bien lui lâcher. Désormais, on jouera avec lui cartes sur tables, d'entrée de jeu et spontanément. Dans la philosophie qui sous-tend la transparence, le citoyen a un droit de consulter tous les documents détenus par l'Etat. Il a le droit de savoir comment agit l'Etat, à travers une information régulière et en profondeur de la part de celui-ci. Mais il a également le droit, dans ses relations bilatérales avec l'Etat, d'être traité en adulte, et non tel un pupille dépendant de la bienveillance de son tuteur.

V. LE DEVOIR D'INFORMER

Les autorités cantonales et communales « informent le public sur leur activité ». C'est ce qui ressort des art. 88 al. 1^{er} et 131 al. 3. Cette lecture laissera le lecteur sur sa faim. Il se croira devant un truisme sans portée aucune, attendu que même sous l'Ancien Régime, les autorités informaient... Ces dispositions semblent laisser carte blanche aux autorités sur la manière de satisfaire à cette obligation et légitimer tous les silences, toutes les approximations. En vérité, ce n'est pas le cas. Ces dispositions doivent être lues en relation avec l'art. 52 al. 1 qui énonce le principe de la transparence. L'information devra donc bel et bien se faire sur toutes les activités de l'Etat qui ont un intérêt pour le public. Elle devra également être véridique, en vertu du principe de la bonne foi qui s'applique à l'activité administrative dans un Etat démocratique. Une information véridique, c'est aussi une information qui soit compréhensible et qui donne, sur un sujet donné, tous les éléments permettant aux citoyens de former leur opinion.

⁴² Exemple : le projet de loi fédérale sur la transparence de l'administration, rebaptisée loi sur le principe de la transparence par le Conseil national.

En somme, ce que veulent dire les art. 88 et 131 al. 3, c'est que le principe de transparence qui régit l'activité étatique suppose non seulement l'information passive, c'est-à-dire l'information donnée par l'autorité lorsqu'elle est interrogée ou priée de mettre à disposition ses dossiers pour consultation. La transparence implique aussi l'information active, c'est-à-dire l'information livrée par l'autorité de son propre chef, spontanément, jour après jour, sur tous ses faits et gestes susceptibles d'intéresser le public. La transparence est inconciliable avec les jeux de cache-cache où l'autorité attend qu'on veuille bien lui poser des questions pour révéler des affaires plus ou moins embarrassantes, bribe par bribe. Pour que cette information mérite son nom, elle devra aussi satisfaire aux exigences de la rapidité. Dans la pratique, pour que les dispositions constitutionnelles ne restent pas en plan, chaque autorité devra disposer d'une personne ou d'un service chargés d'assurer à l'information sa qualité, sa régularité, sa rapidité. Le risque, sinon, est trop grand qu'on retombe dans les ornières de la facilité, bien étrangères au principe de la transparence. Il pourra s'agir d'une tâche à temps partiel, suivant la taille de l'autorité en cause.

Ces règles valent aussi dans le cadre de la collaboration intercommunale, ainsi que le précise l'art. 51 al. 2. L'entité chargée d'informer est à la fois l'association de communes et la commune.

L'avant-projet de Constitution soumis à la Constituante en première lecture prévoyait que les autorités devaient donner au public « une information suffisante sur leur activité » (art. 98 al. 1^{er}), sur le modèle de la Constitution neuchâteloise (art. 51). Les opposants à cette précision invoquèrent d'autres modèles cantonaux, telle la Constitution jurassienne (art. 68). Pour eux, il n'y avait pas lieu d'ajouter « un adjectif chewing-gum ». En fait, leur crainte était qu'en exigeant une information suffisante, on en vienne à menacer le secret de fonction. C'est cette position-là qui l'a finalement emporté⁴³. A vrai dire, on ne voit pas en quoi la précision du projet d'origine menaçait le secret de fonction⁴⁴. Elle aurait eu l'avantage non pas d'apporter une clarté absolue, mais d'indiquer une direction, à savoir qu'il ne suffit pas d'informer pour satisfaire à ses

⁴³ BOC 2003, p. 274 s. (lecture 1).

⁴⁴ Dans ce sens également le rapporteur, BOC 2003, p. 275.

obligations. Il faut également se soucier de la qualité de l'information, sans quoi on risque bien d'en rester à un exercice-alibi. On s'étonne un peu que le Constituant fribourgeois, qui a fait une lecture attentive des Constitutions existant en Suisse au moment de rédiger son texte, ne se soit pas inspiré du texte de la Constitution fédérale. Selon l'art. 180 al. 2 Cst. féd., le Conseil fédéral « renseigne le public sur son activité en temps utile et de manière détaillée, dans la mesure où aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose ». On retrouve dans ce texte deux éléments importants pour l'information de la part des autorités publiques : l'élément de la rapidité et celui de l'exhaustivité. Comme nous l'avons dit, ces éléments font aussi partie du texte fribourgeois, à condition de se donner la peine de l'interpréter correctement, dans son contexte.

L'art. 88 al. 1^{er} n'empêche pas le législateur de se montrer moins laconique. C'est ce qu'il a fait dans la loi sur l'organisation du Conseil d'Etat et de l'administration, du 16 octobre 2001. L'art. 8 LOCEA charge le Conseil d'Etat – à moins qu'un intérêt prépondérant ne s'y oppose – d'informer « régulièrement le public de ses intentions, de ses décisions et des travaux importants de l'administration. L'information est donnée rapidement, de manière complète, exacte et claire » (al. 1 et 2). Par anticipation, le législateur s'est ainsi soumis aux exigences de la nouvelle Constitution...

A l'heure où les autorités sont tentées de multiplier les brochures, dépliants, affiches et autres éléments de relations publiques, on rappellera qu'il y a aussi des limites à l'information, celles qui sont dictées par la liberté de vote et la liberté d'opinion, qui s'opposent à la propagande⁴⁵. L'autorité, par exemple, ne peut intervenir dans une campagne référendaire au moyen d'affiches ou d'annonces publicitaires que si elle a des raisons valables de le faire⁴⁶. Lors d'élections, il devra observer une stricte neutralité. Hors des campagnes référendaires

⁴⁵ D. BARRELET, L'Etat entre le devoir d'informer et le désir de cultiver ses relations publiques *in* De la Constitution, Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert, Bâle 1996, p. 309 ss. A. AUER, Les limites imposées au gouvernement en matière de publicité politique *in* Medialex 2002 p. 134 ss.

⁴⁶ ATF 112 Ia 334, Kritisches Forum Uri, du 12 novembre 1986 ; 118 Ia 261, Kirchenbote, du 18 mars 1992.

et électorales, la règle, c'est que l'information doit en principe passer à travers les médias ⁴⁷.

L'obligation d'informer énoncée à l'art. 88 al. 1^{er} vaut aussi pour les autorités judiciaires, autorités d'instruction comprises. Le secret de l'enquête qui marque la procédure pénale fribourgeoise trouve ses limites dans les règles énoncées ci-dessus ⁴⁸. Un juge d'instruction ne pourra pas être récusé par une partie du seul fait qu'il a publié un communiqué de presse ou une conférence de presse donnant l'état d'une enquête dans une affaire importante pour le public. Les demandes de récusation frappant un juge d'instruction prétendument coupable d'avoir informé le public doivent être traitées sur-le-champ, sans quoi l'obligation d'informer énoncée par la Constitution pourrait se trouver compromise pour ce qui est du domaine pénal.

Cette obligation est certes limitée par les besoins de l'enquête, la présomption d'innocence et les intérêts prépondérants de l'individu ⁴⁹. Mais elle est bien réelle chaque fois qu'il s'agit de rectifier une information portant gravement atteinte aux droits d'autrui, de calmer la population ou de la mettre en garde contre des dangers qui la guettent, ou de rendre compte à intervalles réguliers du progrès de l'enquête dans une affaire ayant attiré l'attention du public ou qui a une importance particulière pour lui, notamment en raison des personnes impliquées.

⁴⁷ Cf. l'art. 16 al. 4 de la loi bernoise sur l'information. Sur la justification de cette règle et les exceptions : BARRELET (note 45), p. 312 ss.

Les sites Internet officiels, apanage de toutes les grandes collectivités publiques de nos jours, ne contredisent pas cette règle. Ils ont une fonction de bureau d'information à la porte duquel le citoyen vient frapper lorsqu'il a besoin d'un renseignement sur son canton ou sa commune par exemple.

⁴⁸ Cf. l'art. 72 al. 1^{er} CPP : « Dans la mesure où l'intérêt public le commande, le magistrat qui dirige la procédure pourvoit à l'information du public ». Selon l'al. 3, « la police est autorisée à diffuser des communiqués qui, de façon succincte et sans mentionner de noms, informent le public de la commission d'une infraction dans le canton ».

⁴⁹ Selon l'art. 72 al. 2 CPP, « l'information doit respecter la présomption d'innocence et porter le moins possible atteinte aux droits de la personnalité des personnes concernées. Elle est donnée en règle générale sous forme de communiqués écrits ».

VI. AUTRES DISPOSITIONS SUR LA TRANSPARENCE

La Constitution étend l'obligation de transparence aux députés, aux conseillers d'Etat et aux préfets. Pour permettre aux citoyens d'apprécier correctement leur activité, l'art. 88 al. 2 institue une obligation pour ces personnes de rendre publics « tous les liens particuliers qui les rattachent à des intérêts privés ou publics ». Cette formulation est extrêmement large, et elle n'est guère applicable à la lettre⁵⁰. Apparemment, on n'a pas jugé utile d'étendre cette obligation aux juges, ni aux autorités communales.

Sur la publicité des séances des autorités, la Constitution n'est pas novatrice. Les autorités exécutives continueront à siéger à huis-clos⁵¹. Les séances du Grand Conseil continueront d'être publiques, les exceptions usuelles mises à part⁵². La Constituante, lors de l'examen des thèses de ses commissions, a rejeté l'idée d'élargir le principe de la publicité aux séances des commissions du Grand Conseil. L'argument selon lequel une telle publicité perturberait les prises de décision en empêchant les parlementaires de changer d'opinion en cours de route l'a emporté⁵³. En première lecture, la Constituante a certes admis une disposition chargeant les commissions de donner « régulièrement une information au public sur leurs travaux ». Mais ce texte a été entraîné dans le naufrage du reste de l'article en seconde lecture, la Constituante estimant inutile une disposition spécialement consacrée aux commissions, dans la loi fondamentale du canton⁵⁴. Dans les faits, cela ne devrait guère avoir de conséquences. L'art. 88 al. 1^{er} est pleinement applicable aux commissions du Grand Conseil. Autrement dit : celles-ci seront tenues de porter à la connaissance du public les résultats principaux de leurs travaux, et cela sans retard. Quant à la publicité des organes législatifs communaux, elle est telle-

⁵⁰ L'art. 99 Cst. VD, qui demande aux membres du Grand Conseil de rendre « publics leurs liens avec des groupes d'intérêts », est plus réaliste dans son énoncé.

⁵¹ L'exemple de Soleure, où les séances du gouvernement sont publiques, ne fait décidément pas école en Suisse.

⁵² Art. 96 al. 2 Cst. FR ; art. 59 al. 1 LRGC.

⁵³ Séance du 25 avril 2002, BOC 2002, p. 348 ss ; proposition socialiste rejetée par 73 voix contre 35.

⁵⁴ BOC 2003, p. 718 s. (lecture 2).

ment ancrée dans les mœurs que le Constituant n'a pas jugé bon de la mentionner spécialement ⁵⁵.

Qui dit publicité dit aussi possibilité pour les journalistes, les photographes et les cameramen de filmer et d'enregistrer les débats pour les besoins du compte rendu. Une disposition permettant à l'organe législatif d'une commune de limiter les prises de vue ou de son lorsque celles-ci seraient de nature à intimider les participants n'est plus de mise dans une civilisation de l'image ⁵⁶. On continuera sans doute d'admettre les limitations au droit des médias de procéder à des retransmissions simultanées, celles-ci pouvant avoir pour effet collatéral fâcheux de déclencher des logorrhées.

Pour les tribunaux, la publicité découle de l'art. 31 al. 2, qui correspond aux art. 30 al. 3 Cst. féd. et 6 al. 1 CEDH. Elle se limite à l'audience et au prononcé du jugement. Les délibérations et le vote des juges n'ont pas obligatoirement à se dérouler en public. Lorsque le jugement n'est pas lu publiquement, il faudra, à tout le moins, qu'il puisse être consulté facilement ⁵⁷. Le principe de la publicité des débats se retrouve dans le Code de procédure pénale du 14 novembre 1996 ⁵⁸. Les exceptions qu'il prévoit sont en accord avec le droit fédéral et international ⁵⁹.

Contrairement à ce qui prévaut pour les séances des organes législatifs, on admettra les restrictions au droit des médias de filmer et d'enregistrer les débats, cela dans l'intérêt du prévenu et du bon déroulement des débats. Ces restrictions ne sauraient cependant aller jusqu'à empêcher toute prise de vue en début de séance ou lors de la

⁵⁵ Art. 9^{bis} et 51^{bis} LCo.

⁵⁶ L'art. 10 de la loi bernoise sur l'information est un exemple à ne pas suivre.

⁵⁷ J.-F. AUBERT / P. MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zurich 2003, p. 285.

L'avant-projet soumis à la Constituante ne prévoyait pas la publicité pour le prononcé du jugement. Malgré les craintes de ceux qui jugeaient cette publicité impraticable dans la vie quotidienne d'un tribunal, la Constituante n'a pas voulu se mettre en porte-à-faux avec le droit supérieur. BOC 2003, p. 106 (lecture 1).

⁵⁸ Art. 170 al. 1^{er} CPP.

⁵⁹ Selon l'art. 170 al. 2 CPP, le huis clos peut être ordonné « dans l'intérêt de l'Etat, de l'ordre public ou des bonnes mœurs ou lorsque l'intérêt légitime d'une partie ou d'une personne en cause l'exige impérieusement ».

lecture du jugement⁶⁰. L'image a pris une importance telle dans l'information d'aujourd'hui qu'une interdiction absolue, même lorsqu'aucun intérêt contraire n'est en jeu, serait disproportionnée et contraire à l'obligation de transparence. Cela vaut en particulier pour la télévision, dont le mode d'expression premier est justement l'image. Il va cependant de soi que les images du prévenu ou du condamné restent interdites même dans ce cas, à moins que la personne n'ait une notoriété qui autorise la publication de son nom et de son image⁶¹.

⁶⁰ L'art. 170 al. 3 CPP, que l'on retrouve à l'art. 5 al. 2 du Règlement sur l'information du public en matière pénale, édicté par le Tribunal cantonal le 17 mai 2001, n'est pas conforme à la Constitution fribourgeoise.

⁶¹ D. BARRELET, La publication du nom des auteurs d'infractions par les médias *in* *Medialex* 1998 p. 204 ss. Critique à l'égard de ces restrictions : E. SALMINA, L'exclusion de la radio-TV des salles d'audience *in* *Medialex* 2002 p. 177 s.

DIE POLITISCHEN RECHTE

Stephan Dillier

Rechtsanwalt, juristischer Berater beim Amt für Gesetzgebung

EINLEITUNG

Unter den Begriff der politischen Rechte fallen das Recht, an Abstimmungen teilzunehmen, das aktive und das passive Wahlrecht sowie das Recht, Initiativen, Referenden und Volksmotionen zu unterzeichnen¹. Mit den meisten dieser Fragen befasst sich der III. Titel der neuen Kantonsverfassung. Einige Teilbereiche der politischen Rechte werden aber an anderen Stellen der Verfassung geregelt, namentlich die Wählbarkeit in die durch Volkswahl bestellten kantonalen und kommunalen Behörden (I. Kapitel des VI. Titels bzw. VII. Titel), die referendumsrelevanten Aspekte der Erlasse des Grossen Rates (I. Kapitel des VI. Titels) und die Revision der Kantonsverfassung (X. Titel).

Die folgenden Seiten sollen einen Überblick geben über die durch die neue Verfassung gewährten politischen Rechte, insbesondere über die Änderungen gegenüber der bisherigen Verfassung, und einige Fragen im Zusammenhang mit den Neuregelungen aufgreifen. In Anlehnung an die Gliederung der Verfassung werden in einem ersten Teil die politischen Rechte auf der Ebene des Kantons behandelt mit Ausführungen zum Kreis der Stimmberechtigten (A.), zu den Wahlen und zur Wählbarkeit (B.) sowie zu den Mitwirkungsrechten Volksinitiative, Referendum und Volksmotion (C.). In einem zweiten Teil folgen Darlegungen über die Stimmberechtigung in Gemeindeangelegenheiten (A.), über Wahlen, Wählbarkeit und Mitwirkungsrechte innerhalb der Gemeinden (B.) sowie über die Mitwirkungsrechte in den Gemeindeverbänden (C.). Der dritte Teil ist dem Zeitplan, den die Verfassung für die Einführung der Neuerungen vorsieht, gewidmet.

¹ ANDREAS KLEY, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zürich/Lachen 2002, N 2 zu Art. 136 BV.

I. KANTONALE ANGELEGENHEITEN

A. Stimmrecht ²

Die Bestimmung des Kreises der Stimmberechtigten, der bisher auf Schweizerinnen und Schweizer mit Wohnsitz im Kanton beschränkt war, verlief in den Beratungen im Zickzackkurs. In einem ersten Schritt gewährte der Verfassungsrat in der «Null-Lesung» den Auslandschweizerinnen und -schweizern mit freiburgischem Bürgerrecht oder einem früheren Wohnsitz im Kanton das kantonale Stimmrecht ³. In der ersten Lesung wurde dieser Kreis auf die seit mindestens fünf Jahren im Kanton wohnhaften, niederlassungsberechtigten Ausländerinnen und Ausländer ausgedehnt ⁴. In zweiter Lesung wurden aber sowohl das Auslandschweizerstimmrecht als auch das Ausländerstimmrecht wieder gestrichen. In der dritten Lesung schliesslich fand der Verfassungsrat zu seiner ursprünglichen Haltung zurück und verlieh den Auslandschweizerinnen und -schweizern endgültig das Stimmrecht in kantonalen Angelegenheiten ⁵.

Eine andere Ausweitung des Kreises der Stimmberechtigten, nämlich die Senkung des Stimmrechtsalters auf 16 Jahre, wurde hingegen, wenn auch nach bewegter Diskussion, in den Abstimmungen klar abgelehnt ⁶. Die Verfassung behält also das Stimmrechtsalter 18 Jahre bei, bestimmt es aber indirekt, indem sie auf das Kriterium der (zivilrechtlichen) Mündigkeit abstellt. Mit dieser Verknüpfung sollte bei einer Erhöhung oder einer Senkung des Mündigkeitsalters eine automatische Anpassung des Stimmrechtsalters ermöglicht werden ⁷. Nicht beabsichtigt war, für Personen, die auf Grund internationalpri-

² Für die Ausdrücke «Stimm- und Wahlrecht» bzw. «Stimm- und Wahlberechtigte» wird im Folgenden «Stimmrecht» bzw. «Stimmberechtigte» verwendet. Dies entspricht der Terminologie der Bundesverfassung (vgl. Amtl. Bull. Ständerat 1998, Sonderausgabe Verfassungsreform, S. 11; Erläuterungen des Berichterstatters: terminologische Veränderung des Doppelbegriffs «Stimm- und Wahlrecht» in den Terminus «Stimmrecht»).

³ Beratung der These 4.15 / 4.15.2 (TVR 2002, S. 292).

⁴ Beratung von Art. 44 (TVR 2003, S. 222–237).

⁵ TVR 2004, S. 133–135.

⁶ Beratung der These 4.22 (TVR 2002, S. 301–306); Beratung von Art. 44 in erster Lesung (TVR 2003, S. 222–237).

⁷ Rose-Marie Ducrot, TVR 2003, S. 226.

vatrechtlicher Regeln früher oder später mündig werden, ein abweichendes Stimmrechtsalter vorzusehen. Eine solche Differenzierung liesse sich sachlich auch kaum rechtfertigen. Der Vernehmlassungsentwurf vom 5. Oktober 2004 für die PRG-Änderung zur Einführung des Ausländer- und des Auslandschweizerstimmrechts sieht denn auch vor, die Altersgrenze im Gesetz ausdrücklich zu verankern.

Im Ausland ansässige Schweizerinnen und Schweizer üben ihr Stimmrecht in einer ihrer Heimat- oder früheren Wohnsitzgemeinden aus; die einmal gewählte Stimmgemeinde können sie nicht wechseln, solange sie bei der gleichen Vertretung immatrikuliert sind⁸. Kann nun eine Person, die eine nichtfreiburgische Stimmgemeinde gewählt hat, nicht von ihrem kantonalen Stimmrecht Gebrauch machen? Verschiedene Kantone, die das Auslandschweizerstimmrecht kennen, knüpfen dieses Recht in der Tat ausdrücklich an die Voraussetzung, dass eine Stimmgemeinde im Kanton gewählt wurde⁹. Im Verfassungsrat wurde die Frage nicht ausdrücklich aufgeworfen. Es wurde aber betont, dass die Arbeit der Gemeinden durch das kantonale Auslandschweizerstimmrecht nicht kompliziert werde¹⁰; die Möglichkeit einer nichtfreiburgischen Stimmgemeinde wurde entweder nicht in die Überlegungen einbezogen oder stillschweigend ausgeschlossen. Da der Verfassungstext keine entsprechende Einschränkung enthält und die Festlegung der Stimmrechtsvoraussetzungen auch nicht an den Gesetzgeber delegiert, könnten meines Erachtens allerdings nur gewichtige Gründe rechtfertigen, auf Gesetzesstufe diese zusätzliche Voraussetzung einzuführen, etwa wenn die Ausübung des eidgenössischen und des kantonalen Stimmrechts in zwei verschiedenen Stimmgemeinden¹¹ nicht ordnungsgemäss oder nur mit einem kaum vertretbaren Aufwand durchgeführt werden könnte. Auch die Anwendung dieser Voraussetzung auf Personen, die zur Zeit der Einführung des

⁸ Art. 5 Abs. 1 und 3 des Bundesgesetzes über die politischen Rechte der Auslandschweizer; SR 161.5.

⁹ Sei es in der Verfassung selbst (z. B. Art. 37 Abs. 1 Bst. c KV NE), sei es aufgrund einer Delegation (z. B. Art. 55 Abs. 2 KV BE) im Gesetz (Art. 7 des bernischen Gesetzes über die politischen Rechte).

¹⁰ Rose-Marie Ducrot und Michelle Chassot, TVR 2004, S. 133 f.

¹¹ Hangartner bezeichnet dieses Auseinanderklaffen als «Ungereimtheit», die dadurch behoben werden sollte, dass Bund und Kantone auf das Heimatprinzip abstellen, vgl. YVO HANGARTNER, Das Stimmrecht der Auslandschweizer, in: *De la Constitution: études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Basel 1996, S. 247.

Auslandschweizerstimmrechts noch keine Stimmgemeinde gewählt hatten, erscheint mir problematisch. Denn wer erst nach der Wahl seiner Stimmgemeinde von seinem kantonalen Stimmrecht erfährt, darf nicht dadurch sein verfassungsmässiges Recht verirken.

B. Wahlen und Wählbarkeit

Die neue Verfassung behält den Wahlmodus für die kantonalen Wahlen bei: das Proporzverfahren für den Grossen Rat (Art. 95 Abs. 2); das Majorzverfahren für den Staatsrat (Art. 106 Abs. 2), die freiburgischen Mitglieder des Ständerats (Art. 40 Abs. 2) und die Oberamtspersonen (bei letzteren ergibt sich die Majorzwahl im Verwaltungsbezirk aus ihrer Funktion als Einzelbehörde an der Spitze des Bezirks, Art. 136 Abs. 2). Die Amtsdauer des Grossen Rates und des Staatsrats beträgt unverändert fünf Jahre (Art. 95 Abs. 2 und 106 Abs. 3); diejenige der Oberamtspersonen ist nur noch auf Gesetzesstufe geregelt¹². Die Wahlkreise für die Wahl des Grossen Rates werden nicht mehr durch die Verfassung selbst bestimmt (Art. 22 Abs. 4–6 aKV); diese beschränkt einzig deren Anzahl auf höchstens acht und verlangt, dass die Kreise die angemessene Vertretung der Regionen gewährleisten (Art. 95 Abs. 3)¹³.

Bei der Wählbarkeit in Bezug auf die kantonalen Behörden¹⁴ fällt eine Voraussetzung weg, und es kommt eine andere hinzu. Die neue Verfassung verzichtet auf das Mindestalter von 25 Jahren (Art. 32 Abs. 1 Bst. b aKV) für die Wahl in den Staatsrat oder als Oberamtsperson sowie in die Richterämter (die vom Grossen Rat bestellt werden, vgl. Art. 103 Abs. 1 Bst. e; das Gesetz kann übrigens die Wählbarkeit für diese Ämter auf die niederlassungsberechtigten Ausländerinnen und Ausländer ausdehnen¹⁵). Sie beschränkt aber die Amtszeit der Staatsratsmitglieder auf drei «ganze» Legislaturperioden¹⁶. An-

¹² Art. 3 Abs. 1 des Gesetzes vom 20.11.1975 über die Oberamtswähler (SGF 122.3.1).

¹³ Vgl. auch den Beitrag von PIERRE SCYBOZ in dieser Sondernummer.

¹⁴ Mit diesem Thema befasst sich auch der Beitrag von PIERRE SCYBOZ in dieser Sondernummer.

¹⁵ Art. 86 Abs. 2. Vgl. dazu auch die Beiträge von REINOLD RAEMY und PHILIPPE VALLET in dieser Sondernummer.

¹⁶ Art. 106 Abs. 3. Zur Anwendung der Regel auf Mitglieder, die in einer Ergänzungswahl gewählt wurden, siehe den Beitrag von PIERRE SCYBOZ in dieser Sondernummer.

sonsten bleiben die Wählbarkeitsvoraussetzungen unverändert. Insbesondere sind die nunmehr stimmberechtigten Auslandschweizerinnen und -schweizer nicht wählbar, was von Anfang an unbestritten war¹⁷. Das zu diesem Zweck in Art. 86 Abs. 1 aufgenommene Wohnsitzfordernis muss auch in die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen übernommen werden¹⁸.

In diesem Zusammenhang seien zwei ähnliche Beschränkungen erwähnt, die als Unvereinbarkeitsregeln aber nicht die Wählbarkeit, sondern die Amtsausübung berühren: Mitglieder des Staatsrats und Oberamtspersonen dürfen nicht – bzw. nur bis zum Ablauf der laufenden kantonalen Amtszeit – der Bundesversammlung angehören (Art. 87 Abs. 2; bisher bestand einzig eine zahlenmässige Beschränkung: Zwei Staatsratsmitglieder durften ein Doppelmandat ausüben, vgl. Art. 50 Abs. 5 aKV). Die Unvereinbarkeit aufgrund von Verwandtschaft oder Schwägerschaft, die Art. 33 aKV für die kantonalen Behörden mit Ausnahme des Grossen Rates vorsah, ist nicht in die neue Verfassung übernommen worden (vgl. aber Art. 87 Abs. 4). Für den Staatsrat ist sie daher nunmehr im PRG zu regeln, wobei die Unvereinbarkeitsgründe wohl enger zu fassen sein werden (vgl. z. B. Art. 55 Abs. 3 GG).

C. Mitwirkungsrechte

1. Volksinitiative und Verfassungsrevision

Die bisherigen Arten von Initiativen und ihre Voraussetzungen werden beibehalten. 6000 Stimmberechtigte können somit innert 90 Tagen eine Initiative auf Total- oder Teilrevision der Verfassung oder eine Initiative auf Erlass, Änderung oder Aufhebung eines Gesetzes einreichen¹⁹, wobei das Begehren die Form eines ausgearbeiteten

¹⁷ Vgl. insbesondere die These 4.14 (Publikation der in der «Null-Lesung» verabschiedeten Thesen: www.fr.ch/constituante/doc/fichiers/lecture_0/theses_lect_0.pdf).

¹⁸ Art. 48 Abs. 1 und 2 PRG und Art. 2 des Gesetzes vom 20.11.1975 über die Oberamtänner (SGF 122.3.1).

¹⁹ Die Volksinitiative auf Totalrevision der Verfassung ist durch Art. 51 Abs. 1 BV vorgeschrieben. Alle Kantone kennen aber darüber hinaus die Initiative auf Teilrevision der Verfassung und die Gesetzesinitiative (vgl. ETIENNE GRISEL, Initiative et référendum populaires, 3. Aufl., Bern 2004, N 496 und 503).

Entwurfs oder einer allgemeinen Anregung haben kann. Die Sammelfrist wird neu wie die vorgeschriebene Unterschriftenzahl in der Verfassung selbst festgesetzt, insbesondere wegen des Zusammenhangs zwischen den beiden Erfordernissen²⁰. Der Antrag, die im schweizerischen Vergleich sehr hohe erforderliche Unterschriftenzahl auf 4500 zu senken, wurde in erster Lesung nach kurzer Diskussion klar abgelehnt²¹ und (in Bezug auf die Initiative) später nicht mehr eingebracht.

Der Verfassungstext verlangt neu²² ausdrücklich die zügige Behandlung von Volksinitiativen durch den Grossen Rat und die unverzügliche Ansetzung der Volksabstimmung²³ durch den Staatsrat²⁴. Die in der «Null-Lesung» verabschiedeten Thesen postulieren bereits: «Initiativen sind ohne Verzug zu behandeln»²⁵; die Behandlungsdauer von Volksinitiativen wurde aber in den Sachbereichskommissionen (4 und 5) und im Plenum des Verfassungsrats nicht thematisiert. Das Gesetz sieht eine dreimonatige Frist für die Übermittlung des Auszahlungsergebnisses und des Initiativtexts an den Grossen Rat vor (Art. 116 Abs. 1 PRG). Es setzt diesem aber keine Frist für die Beschlussfassung über die Gültigkeit einer Volksinitiative²⁶; ab diesem

²⁰ So ausdrücklich Alain Berset, wenn auch konkret auf das Referendumsbegehren bezogen (TVR 2003, S. 629).

²¹ TVR 2003, S. 237-239. Siehe auch die entsprechenden Anträge in Bezug auf das Referendum (Abschnitt I.C.2.a).

²² Die bisherige Kantonsverfassung kennt im Gegensatz dazu eine Mindestfrist von zwei Monaten zwischen den beiden Beratungen über eine Volksinitiative auf Teilrevision der Verfassung (Art. 82 Abs. 1 aKV). Die ursprüngliche Bestimmung aus dem Jahr 1857 sah sogar eine sechsmonatige Frist vor und war Teil einer Regelung, die für Verfassungsrevisionen hohe Hürden aufstellte (vgl. Botschaft zur Revision der Art. 78–82 der Staatsverfassung, TGR 1976, S. 163 ff., Ziff. II.1 und 22).

²³ Nicht zur Abstimmung kommt natürlich eine ungültig erklärte Initiative (Art. 43 und 105 Bst. a). Schliesst sich der Grosse Rat einer Gesetzesinitiative in der Form eines ausgearbeiteten Entwurfs an, so wird sie zu einem Gesetz und wird dem Volk allenfalls als Referendumsvorlage unterbreitet (Art. 127 Abs. 1 PRG).

²⁴ Trotz der missverständlichen Satzkonstruktion des Art. 44 im deutschen Text ist hier natürlich nicht der Grosse Rat, sondern der Staatsrat als Exekutivbehörde angesprochen.

²⁵ These 5.2.3.29 Abs. 3, 2. Satz (Publikation vgl. Fn. 17).

²⁶ Die Bundesversammlung muss Initiativen in der Form des ausgearbeiteten Entwurfs innert 30 Monaten nach deren Einreichung behandeln (Art. 100 des Parlamentsgesetzes [ParlG]; SR 171.10); bei Initiativen in der Form der allgemei-

Entscheid laufen jedoch wiederum Fristen für die Durchführung der Volksabstimmung²⁷ oder allenfalls für die vorgängige Ausarbeitung eines Entwurfs²⁸. Das Gesetz sollte diese Lücke durch eine Höchstfrist für die Beschlussfassung schliessen und so die verlangte unverzügliche Behandlung der Initiativen konkretisieren. Solche Fristen haben nämlich, auch wenn sie rechtlich nicht durchsetzbar sind, politisch eine hohe Verbindlichkeit und gewährleisten dadurch ein ordnungsgemässes Verfahren.

Die Möglichkeit, mit einer Initiative gleichzeitig einen Gegenentwurf zur Abstimmung zu bringen, besteht für die Verfassungsinitiative seit der Teilrevision von 1978²⁹; für die Gesetzesinitiative sogar seit 1921³⁰. Die bisherige Kantonsverfassung sieht die Möglichkeit eines Gegenentwurfs nur für die «ausformulierte» Verfassungsinitiative vor (Art. 82 Abs. 3 und 4 aKV). Der Wortlaut von Art. 44 lässt einen Gegenentwurf nun auch bei Initiativen in der Form der allgemeinen Anregung zu; nach der ersten Lesung sah der Vorentwurf noch die bisherige Lösung vor (Art. 46 Abs. 2 und Art. 47 Abs. 2). In der zweiten Lesung wurden die Bestimmungen über die Volksinitiati-

nen Anregung sind es zwei Jahre (Art. 103 Abs. 1 ParlG) und gegebenenfalls weitere zwei Jahre für die Ausarbeitung einer Verfassungsänderung (104 Abs. 1 ParlG).

²⁷ 180 Tage (Art. 124 Abs. 2, 125 Abs. 1 und 2, 126 Abs. 2 und 127 Abs. 2 PRG); die Frist läuft gegebenenfalls ab der Verabschiedung eines Gegenentwurfs (vgl. Fn. 28) oder einer Vorlage, die infolge der Annahme einer Verfassungsinitiative in der Form einer allgemeinen Anregung ausgearbeitet wurde (Art. 124 Abs. 3 PRG).

²⁸ Bei einer Verfassungsinitiative in der Form einer allgemeinen Anregung kann der Grosse Rat innert eines Jahres direkt einen entsprechenden Entwurf ausarbeiten und zur Abstimmung bringen (Art. 124 Abs. 1 PRG); bei einer Verfassungs- oder einer Gesetzesinitiative in der Form eines ausgearbeiteten Entwurfs kann er innert einem bzw. zwei Jahren einen Gegenentwurf ausarbeiten (Art. 125 Abs. 3 und 127 Abs. 3 PRG).

²⁹ Botschaft zur Revision der Art. 78–82 der Staatsverfassung, TGR 1976, S. 163 ff., 166 Mitte (Bst. c); Annahme des neuen Art. 82 Abs. 4 aKV in der Volksabstimmung vom 24.9.1978 (AGS 1978 S. 291).

³⁰ Art. 17 Abs. 2 des Gesetzes vom 13.5.1921 betreffend die Ausübung des Verfassungs- und Gesetzgebungsvorschlagsrechts der Bürger und des Referendumsrechts (AGS 1921 S. 186 ff.). Das doppelte Ja war übrigens damals (Art. 18 Abs. 4) und noch bis zur Aufhebung des GABR (Art. 207a Abs. 2, 216 Abs. 4) durch das PRG von 2001 (Art. 125 Abs. 5 Bst. c, 127 Abs. 5 Bst. c) nicht zulässig.

ve stark vereinfacht³¹, so dass die bisherige Differenzierung, wenn auch anscheinend unbeabsichtigt³², aufgegeben wurde. Der Gesetzgeber könnte somit die Möglichkeit eines Gegenvorschlags auf Initiativen in der Form der allgemeinen Anregung ausdehnen³³. Dabei sollte das Gesetz zur Wahrung der Chancengleichheit³⁴ die Gegenüberstellung eines Gegenvorschlags in der Form der allgemeinen Anregung, und nicht eines ausgearbeiteten Entwurfs, vorsehen. Statt die Initiative selbst mit einem Gegenvorschlag zur Abstimmung zu bringen, wäre aber auch die Regelung denkbar, dass das Parlament direkt der Initiative entsprechende Bestimmungen ausarbeitet und diesen einen eigenen (ausgearbeiteten) Entwurf gegenüberstellt³⁵. Schliesslich lässt es Art. 44 – wie der neue Art. 139 Abs. 3 BV³⁶ – sogar zu, nach der Logik des doppelten Ja eine Initiative zur Annahme zu empfehlen und ihr zugleich einen Gegentwurf gegenüberzustellen.

Verlangt eine Volksinitiative (oder eine Verfassungsinitiative des Grossen Rates) die Totalrevision der Verfassung, so entscheidet das Volk wie bisher über die Grundsatzfrage, ob die Revision durchzuführen ist, und darüber, ob der Grosse Rat oder ein Verfassungsrat damit zu betrauen ist (Art. 144 Abs. 2). Auch für die Wahl des Verfassungsrats gelten dieselben Regeln (Analogie zum Grossen Rat, aber keine Unvereinbarkeiten; Abs. 3). Wird die Verfassung in der Volksabstimmung verworfen, so gilt weiterhin, dass der Verfassungsrat während einer zusätzlichen zweijährigen Amtszeit einen neuen Verfassungstext

³¹ Änderungsantrag Berset (TVR 2003, S. 626 f. und 650 f.).

³² Dieser Aspekt kam in den Beratungen nicht zur Sprache. Die Kommission 5 wollte zwar auch bei Initiativen in der Form einer allgemeinen Anregung einen Gegenvorschlag zulassen (vgl. Schlussbericht vom Dezember 2001 [www.fr.ch/constituante/doc/fichiers/rapp_comm/rapp_finaux/K5.doc], These 5.2.3.29, Abs. 4); im Plenum wurde dieses Anliegen aber nie eingebracht.

³³ Eine Reihe von Kantonen kennt diese Lösung (Aufzählung bei GRISEL [Fn. 19], N 750, Fn. 66).

³⁴ YVO HANGARTNER/ANDREAS KLEY, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, N 2160.

³⁵ So Art. 139a Abs. 4 BV über die allgemeine Volksinitiative (BB vom 4.10.2002: AS 2003 1949; Bericht: BBl 2001 4803, Abschnitt 2.3.2.4, Ziff. 6). Ebenfalls möglich wäre es, die Abstimmung über zwei alternative Vorschläge erst für den Fall eines positiven Ausgangs der Abstimmung über die Initiative allein vorzusehen.

³⁶ BB vom 4.10.2002: AS 2002 1949; Bericht: BBl 2001 4803, Kommentar zu Art. 139 Abs. 5 (Minderheit III), S. 4832 f.

(Abs. 4) erarbeitet. Im Gegensatz zur bisherigen Regelung (Art. 80 Abs. 4 aKV) ist für den Fall einer erneuten Ablehnung nicht mehr die Wahl eines neuen Verfassungsrats vorgeschrieben. So wird vermieden, dass die Verfassungsrevision unter allen Umständen fortgeführt werden muss, bis das Volk einen neuen Verfassungstext dem bisherigen vorzieht. Es ist aber jederzeit möglich, ein neues Verfahren zur Totalrevision in Gang zu setzen (Art. 144 Abs. 1) und einen neuen Verfassungsrat oder den Grossen Rat als zuständiges Organ einzusetzen ³⁷.

Bei einer Volksinitiative (oder einer Verfassungsinitiative des Grossen Rates) auf Teilrevision der Verfassung verlangt Art. 145 Abs. 2, dass die Initiative nicht gegen übergeordnetes Recht verstösst, dass sie die Einheit der Form und der Materie wahrt und dass sie durchführbar ist. Die Erfordernisse der Übereinstimmung mit dem übergeordneten Recht und der Durchführbarkeit gelten allerdings auch für die Totalrevision ³⁸ der Verfassung; nur stellen sich diese Fragen bei der Totalrevision erst in Bezug auf den Text der neuen Verfassung (dessen Bundesrechtskonformität im Rahmen der Gewährleistung des Bundes geprüft wird, vgl. Art. 51 Abs. 2 BV), so dass der Grosse Rat ³⁹ diese Voraussetzungen nur bei der Volksinitiative auf Teilrevision der Verfassung prüft. Der Wortlaut der Art. 43 und 105 Bst. a ist insofern zu weit. Das betreffende übergeordnete Recht kann interkantonales Recht, Bundesrecht oder Völkerrecht sein ⁴⁰. Nach dem Erfordernis der Einheit der Form dürfen die Formen der allgemeinen Anregung und des ausgearbeiteten Entwurfs nicht vermischt werden. Wird es missachtet, so ist es aber denkbar, dass das Begehren als allgemeine Anregung behandelt werden kann ⁴¹. Das Gebot schliesst wohl auch dasjenige der Einheit

³⁷ Die Ansicht Alain Bersets, das geeignete Vorgehen sei erst im konkreten Fall zu bestimmen, ist wohl in diesem Sinn zu verstehen (Beratung von Art. 159^{bis} [TVR 2004, S. 187 f.]).

³⁸ In Bezug auf das Erfordernis der Übereinstimmung mit dem übergeordneten Recht beim Bund vgl. Art. 193 Abs. 4 BV (wobei die Bundesverfassung nur an die «zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts» gebunden ist).

³⁹ Patrik Gruber regte an, diese Kompetenz einem zu schaffenden Verfassungsgerichtshof zu übertragen (Beratungen zur These 6.6^{bis} bzw. zu Art. 138, Frage der Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit [TVR 2002, S. 421; 2003, S. 337]).

⁴⁰ BGE 128 I 190 E. 4. Der Entscheid bezieht sich auf eine Gesetzesinitiative und erwähnt daher zusätzlich das kantonale (Verfassungs-)Recht.

⁴¹ HANGARTNER/KLEY (Fn. 34), N 2110.

der Initiativart ein⁴², wonach die Formen der Verfassungs- und der Gesetzesinitiative nicht vermengt werden dürfen. Der Grundsatz der Einheit der Materie ist nach der Rechtsprechung⁴³ verletzt, wenn zwei oder mehrere Sachfragen und Materien, die keinen inneren sachlichen Zusammenhang aufweisen, in einer Art und Weise miteinander zu einer einzigen Abstimmungsvorlage verbunden werden, die die Stimmberechtigten in eine Zwangslage versetzt und ihnen keine freie Wahl zwischen den einzelnen Teilen belässt. Die Undurchführbarkeit der Initiative darf nicht leichthin angenommen werden. Ein unverhältnismässiger Aufwand allein genügt nicht, denn es ist Sache der Stimmberechtigten zu beurteilen, ob die Verwirklichung des Anliegens vernünftig ist⁴⁴.

2. *Referendum*

a) *Allgemeines*

Die neue Verfassung übernimmt weitgehend die bisherigen Referenden mit ihren Rahmenbedingungen: das (obligatorische) Verfassungsreferendum⁴⁵, das (fakultative) Gesetzesreferendum sowie das obligatorische und das fakultative Finanzreferendum; letzteres erfasst neu auch «Studienkredite von regionaler oder kantonalen Bedeutung». Die erforderliche Unterschriftenzahl und die Sammelfrist sind bei beiden fakultativen Volksreferenden, dem Gesetzesreferendum und dem Finanzreferendum, dieselben; das Finanzreferendum kann jedoch – wie bisher – zusätzlich auch von einer parlamentarischen Sperrminderheit ($\frac{1}{4}$ der Mitglieder des Grossen Rates) erwirkt werden (Art. 99 Abs. 3). Obwohl das Gesetzesreferendum gleich ausgestaltet ist wie bisher, unterstehen ihm nicht mehr sämtliche Rechtssätze des Grossen Rates. Dieser kann nämlich neu auch Verordnungsrecht⁴⁶ erlassen, das nicht der Volksabstimmung unterliegt.

⁴² Vgl. Regeste von BGE 130 I 185, wo «unité du genre» und «Einheit der Form» gleichgesetzt werden.

⁴³ BGE 130 I 185 E. 3; 129 I 366 E. 2.2 und 2.3. Nach Art. 123 Abs. 2 PRG ist die Einheit der Materie gewahrt, «wenn zwischen den verschiedenen Punkten der Initiative ein sachlicher Zusammenhang besteht».

⁴⁴ BGE 128 I 190 E. 5.

⁴⁵ Obligatorische Volksabstimmung (Art. 51 Abs. 1 BV) über eine nicht durch eine Volksinitiative vorgelegte Verfassungsrevision.

⁴⁶ Zu den Erlassformen des Grossen Rates siehe den Beitrag von PIERRE SCYBOZ in dieser Sondernummer.

Bestrebungen, ein konstruktives Referendum einzuführen, blieben erfolglos. Das vorgeschlagene Verfahren war übrigens insofern interessant, als die Stimmenden zwischen der Vorlage des Grossen Rates und der Variante des Referendumskomitees hätten wählen müssen, also nicht beide hätten ablehnen können⁴⁷, was der Tatsache Rechnung trägt, dass bei einem konstruktiven Referendum das angefochtene Gesetz ja nicht grundsätzlich bekämpft wird. Gescheitert sind auch Versuche, die für ein fakultatives Referendum erforderliche Unterschriftenzahl von 6000 auf 4500 zu senken⁴⁸, wenn auch beim Gesetzesreferendum anfänglich recht knapp.

Wie schon bei der Initiative⁴⁹ wird die Frist für das Sammeln der Unterschriften nunmehr auf Verfassungsstufe festgehalten. Das Gesetz sieht heute ein zweistufiges System vor, wonach ein Referendum innert der ersten 30 Tage der 90-tägigen Sammelfrist angekündigt werden muss (Art. 130 Abs. 1 PRG). Diese Regelung schafft rasch Klarheit, ob das Referendum ergriffen wird, und erlaubt so in den weitaus meisten Fällen, den Erlass nach einem statt erst nach drei Monaten zu promulgieren (Art. 131 PRG). Das gesetzliche Erfordernis einer mit 50 Unterschriften bekräftigten Ankündigung schafft gegenüber den in der Verfassung festgelegten Voraussetzungen keine zusätzliche Hürde für die Ausübung des Referendumsrechts, denn die 50 Unterschriften werden auf die insgesamt benötigten 6000 Unterschriften angerechnet (Art. 130 Abs. 2 PRG), und bei einer ernsthaften Unterschriftensammlung sind sie ohnehin in weit kürzerer Zeit als 30 Tagen beisammen. Die Sachbereichskommission 4 sprach sich denn auch ausdrücklich für die Beibehaltung dieser gesetzlichen Regelung aus⁵⁰, was in den Beratungen unbestritten blieb.

⁴⁷ Minderheitsthese 4.8^{bis} Ziff. 2, Schlussbericht der Kommission 4 (www.fr.ch/constituante/doc/fichiers/rapp_comm/rapp_finaux/K4.doc), Abschnitt III.AA.8.

⁴⁸ Minderheitsanträge der Kommission 4: These 4.5.1^{bis} (Gesetzesreferendum; TVR 2002, S. 271–273); These 4.6.2^{bis} (Finanzreferendum; TVR 2002, S. 394 f.) Änderungsantrag zu Art. 49 und 50 (Gesetzes- und fakultatives Finanzreferendum) in erster Lesung (TVR 2003, S. 242–244).

⁴⁹ Abschnitt I.C.1, insb. Fn. 20

⁵⁰ Kommentar des Berichterstatters zur These 4.4.1 (Beibehaltung der geltenden Voraussetzungen: 6000 Unterschriften, 90-tägige Sammelfrist) in der «Null-Lesung» (TVR 2002, S. 271) und zu Art. 49 (Gesetzesreferendum) in der ersten Lesung (TVR 2003, S. 242).

Das Referendumsrecht kann durch die Dringlicherklärung eines Erlasses⁵¹ gehemmt werden. Bisher betraf die Dringlichkeitsklausel nur das Gesetzesreferendum (Art. 28^{bis} Abs. 1 aKV); neu erstreckt sie sich auch auf das Finanzreferendum. Der Grosse Rat kann mit der Mehrheit seiner Mitglieder den Erlass sofort in Kraft setzen, muss ihn aber befristen (Art. 92 Abs. 1). Ein solcher Erlass ist dennoch referendumpflichtig, es sei denn, er sei auf höchstens ein Jahr befristet: Unterliegt er der obligatorischen Volksabstimmung oder wird eine Volksabstimmung verlangt, so tritt er ein Jahr nach der Verabschiedung durch den Grossen Rates ausser Kraft, wenn er bis dahin nicht vom Volk angenommen worden ist (Art. 92 Abs. 2). Die bisherige Regelung des Dringlichkeitsrechts war lückenhaft, denn sie verlangte nicht ausdrücklich die Befristung des Erlasses, obwohl sie ihn endgültig dem Gesetzesreferendum entzog. Allerdings wurde wohl stillschweigend vorausgesetzt, dass in ausserordentlichen Situationen nicht die Form des Gesetzes, sondern die (nach der bisherigen Verfassung) für befristete Rechtssätze vorgesehene Form des allgemein verbindlichen Dekrets gewählt werden sollte.

Die Kombination des Referendumsrechts mit der Befristung, wie sie die neue Regelung vorsieht, erzeugt ein Spannungsverhältnis mit dem Volkswillen: Wird das Referendum nicht verlangt oder wird der Erlass in der Volksabstimmung angenommen, so läuft der Erlass nämlich wegen der Befristung auch dann aus, wenn er unbestritten ist oder von der Mehrheit unterstützt wird. Um die Regelung weiterzuführen, muss der Bundesgesetzgeber nach der Lehre⁵², falls die Dringlichkeit noch besteht, die Geltungsdauer des Erlasses verlängern oder andernfalls den dringlichen Erlass durch einen ordentlichen ersetzen. Es wäre zu prüfen, ob die neue Konzeption des Dringlichkeitsrechts es nicht zuliesse, die Weitergeltung des dringlichen Erlasses als ordentlicher, unbefristeter Erlass in diesen Fällen generell vorzusehen oder im Erlass selbst im Voraus anzuordnen.

⁵¹ Mit dem Dringlichkeitsrecht befasst sich auch der Beitrag von PIERRE SCYBOZ in dieser Sondernummer.

⁵² KARIN SUTTER-SOMM, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zürich/Lachen 2002, N 6 zu Art. 165 BV.

Entgegen des Wortlauts⁵³ von Art. 92 Abs. 1 betrifft die Dringlicherklärung ausschliesslich die referendumpflichtigen Erlasse des Grossen Rates, die sonst nicht unverzüglich in Kraft treten könnten. Bei einfachen Beschlüssen und in aller Regel auch bei Parlamentsverordnungen⁵⁴ besteht hingegen kein rechtliches Hindernis, sie sofort (nach ihrer Veröffentlichung) in Kraft treten zu lassen. Allerdings können auch referendumpflichtige Erlasse in den weitaus meisten Fällen rasch in Kraft treten, da ein Referendum innert 30 Tagen angekündigt werden muss (Art. 130 Abs. 1 PRG), so dass das Dringlichkeitsrecht auch künftig kaum praktische Bedeutung erlangen dürfte.

b) *Finanzreferendum*

Beim Finanzreferendum übernimmt die neue Verfassung im Wesentlichen das bisherige System⁵⁵ mit den beiden Grenzwerten für das obligatorische und das fakultative Referendum (1 % bzw. ¼ % der Gesamtausgaben der letzten vom Grossen Rat genehmigten Staatsrechnung, d. h. zurzeit gut 24 bzw. 6 Millionen Franken).

Neu ist die Ausweitung des Referendums auf Erlasse des Grossen Rates, «die Studienkredite von regionaler oder kantonaler Bedeutung betreffen» (Art. 46 Abs. 1 Bst. b). Der Gesetzgeber wird Kriterien finden müssen, um die referendumpflichtigen Studienkredite mit genügender Bestimmtheit zu definieren. Die Sachbereichskommission 3 umschrieb diese neue Kategorie zahlenmässig mit Grenzbeträgen in der Grössenordnung von 500 000 bis 1 000 000 Franken und begründete das neue Referendum damit, dass gewisse Projekte nicht zuletzt deshalb realisiert würden, um einen Gegenwert für die hohen Studienkredite zu erhalten⁵⁶. Das Volk sollte sich frühzeitig zu wichtigen

⁵³ Der in erster Lesung verabschiedete Entwurf (Art. 102) verwendete noch den Ausdruck «Gesetz» und schloss damit den referendumpflichtigen Beschluss aus. Die neue Fassung stammt aus den «Direkten Änderungen durch die Redaktionskommission am Vorentwurf» (30.10.2003; www.fr.ch/constituante/doc/fichiers/lecture_2/interventions_redkom_d.pdf).

⁵⁴ Diese sollten aufgrund von Art. 93 Abs. 1 keine neuen Ausgaben und schon gar nicht Ausgaben, die den Schwellenwert des fakultativen Referendums erreichen, zur Folge haben.

⁵⁵ Art. 28^{bis} Abs. 2–4 aKV.

⁵⁶ Schlussbericht (www.fr.ch/constituante/doc/fichiers/rapp_comm/rapp_finaux/K3.doc), S. 28.

Projekten äussern können, und nicht erst, nachdem bereits viel Geld «verplant» ist. In der «Null-Lesung» umschrieb die Berichterstatterin die Studienkredite von regionaler Bedeutung als Kredite, die mehrere Gemeinden betreffen, die eine Agglomeration oder eine bestimmte Region bilden und deren Bevölkerung sich dazu sollte äussern können⁵⁷, womit sie den Begriff nicht wirklich klärte. Die Frage ist am ehesten über einen massgebenden Grenzwert zu lösen, da bei Beträgen ab einer bestimmten Grössenordnung eine regionale oder kantonale Bedeutung wohl vorausgesetzt werden kann. Als Grenzwert kann, wie von der Kommission 3 vorgeschlagen, ein bestimmter Betrag festgelegt werden. Der Grenzwert könnte aber auch als Bruchteil der Gesamtausgaben ausgedrückt werden. An sich sachgerecht, aber vielleicht schwierig umsetzbar erscheint es schliesslich, einen Studienkredit dem Referendum zu unterstellen, wenn die Kosten des Projekts voraussichtlich den Grenzwert des fakultativen Referendums erreichen würden.

Bei einmaligen Ausgaben bilden die in der Verfassung festgelegten Grenzwerte ein klares Kriterium zur Bestimmung, ob ein Erlass des Grossen Rates dem obligatorischen oder dem fakultativen Referendum unterliegt. Bei wiederkehrenden Ausgaben, deren Gesamtsumme nicht voraussehbar ist, ist ein zusätzliches Kriterium erforderlich. Der Grosse Rat hatte bei der Revision von Art. 28^{bis} aKV im Jahr 1985 darauf verzichtet, es zu bestimmen, holte dies aber schliesslich im neuen Finanzhaushaltsgesetz von 1994 nach⁵⁸. Dieses stellt auf den Gesamtbetrag der für die ersten fünf Jahre der Geltungsdauer des Erlasses veranschlagten Kosten ab (Art. 25 Abs. 2 FHG). Das Bundesgericht bestätigte die Verfassungsmässigkeit dieser unter dem Gesichtspunkt der Volksrechte eher restriktiven Regel⁵⁹. Im Verfassungsrat wurde die Problematik der wiederkehrenden Ausgaben weder in den zuständigen Kommissionen (3, 4 und 5) noch im Plenum aufgegriffen, so dass auch die neue Verfassung die Regelung dieser grundlegenden Frage dem Gesetzgeber überlässt.

Der neue Verfassungstext präzisiert im Gegensatz zu Art. 28^{bis} Abs. 4 aKV nicht mehr, bis zu welchem Zeitpunkt die Genehmigung

⁵⁷ TVR 2002, S. 394.

⁵⁸ In erster Lesung des FHG-Entwurfs eingebrachter Art. 24^{bis}, TGR 1994, S. 3528–3535.

⁵⁹ BGE 121 I 291.

der Staatsrechnung berücksichtigt wird, wobei der Verzicht⁶⁰ auf diese Regel weder in den Kommissionsberichten noch in den Plenumsberatungen begründet wurde. Es stellt sich daher die Frage, ob wie bisher die Verabschiedung des Erlassentwurfs durch den Staatsrat massgebend ist oder ob eine neu genehmigte Rechnung noch später, etwa bis zur Schlussabstimmung im Grossen Rat, zu berücksichtigen ist. Was den Willen des Verfassungsrates angeht, so kann angesichts seiner grundsätzlichen Haltung⁶¹ und mangels gegenteiliger Anhaltspunkte davon ausgegangen werden, dass der Rat auch in diesem Punkt das bisherige System beibehalten wollte.

Bei den Beratungen zeigte sich, dass der für die Berechnung der Grenzwerte grundlegende Begriff der Gesamtausgaben unterschiedlich verstanden wurde. Die Kommission 4 beantragte in der zweiten Lesung zu präzisieren, dass die Schwelle bei 1 % bzw. ¼ % der «in der Verwaltungsrechnung aufgeführten» Gesamtausgaben liegt⁶². Berechnungsgrundlage sollte somit die Summe des Aufwands der Laufenden Rechnung und der Ausgaben der Investitionsrechnung sein. Der Sprecher der CVP-Fraktion und der ehemalige Finanzdirektor Félicien Morel drangen dagegen mit ihrer Ansicht durch, massgebend sei allein die Laufende Rechnung⁶³, so dass auf die vorgeschlagene Präzisierung verzichtet wurde. Von der Sache her ist festzuhalten, dass die Ausgaben der Investitionsrechnung ebenso unter den Ausgabenbegriff von Art. 19 Abs. 3 FHG⁶⁴ fallen wie der Aufwand der Laufenden Rechnung: In beiden Fällen wird Finanzvermögen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben verwendet und ist somit nicht mehr realisierbar. Es ist in diesem Zusammenhang unerheblich, ob sich

⁶⁰ Die in der «Null-Lesung» verabschiedete These 3.44 (Publikation vgl. Fn. 17) enthielten noch die Regel von Art. 28^{bis} Abs. 4 aKV; der auf dieser Grundlage verfasste Vorentwurf übernahm die Präzisierung aber nicht.

⁶¹ Vgl. in der «Null-Lesung» verabschiedete Thesen 3.44, 4.6, 4.6.1 und 4.6.2 (Publikation vgl. Fn. 17).

⁶² Anträge zu Art. 49 Bst. b und 50 Abs. 1 Bst. b (TVR 2003, S. 494 f.) und Kommentar des Berichterstatters zu Art. 49 (TVR 2003, S. 627).

⁶³ Beratung von Art. 49 (TVR 2003, S. 627 f.); der gleich lautende Kommissionsantrag zu Art. 50 wurde zurückgezogen (TVR 2003, S. 628 f.).

⁶⁴ Im Rechnungswesen allgemein anerkannte Definition. Sie stammt aus dem Mustergesetz der Konferenz der Kantonalen Finanzdirektoren im Handbuch des Rechnungswesens der öffentlichen Haushalte (Bern 1981; vgl. BGE 123 I 78 E. 3.a und 3.b zum gleich lautenden § 16 Abs. 2 FHG ZH).

dadurch das Vermögen des Staates vermindert (Laufende Rechnung) oder sein Verwaltungsvermögen vermehrt (Investitionsrechnung)⁶⁵. Die Gesamtausgaben der Staatsrechnung schliessen somit diejenigen der Investitionsrechnung ein.

3. *Volksmotion*

Wie bereits in den Kantonen Solothurn, Neuenburg und Schaffhausen⁶⁶ hat dieses neue Volksrecht nunmehr auch in Freiburg Eingang in die Verfassung gefunden. Im Gegensatz zu diesen Kantonen werden in Freiburg aber für das Zustandekommen der Volksmotion 300 statt 100 Unterschriften verlangt. Die Zahl von 300 Unterschriften setzte sich in der Sachbereichskommission 4 und im Plenum klar durch und wurde allgemein als guter Kompromiss gewertet, so dass der Antrag, die Schwelle auf 100 zu senken, aber auch eine Erhöhung auf 500 oder gar 1000 Unterschriften chancenlos blieben⁶⁷. Die Verfassung überlässt es dem Gesetzgeber, für das Sammeln der erforderlichen Unterschriften eine Frist festzusetzen. Dieser wird ferner Vorschriften über die Unterschriftenlisten, das Verfahren zur Feststellung des Zustandekommens, eine allfällige Rückzugsmöglichkeit und die Behandlung der Motion (z. B. Möglichkeit einer schriftlichen Begründung der Erstunterzeichnerin oder des Erstunterzeichners bei der Einreichung oder zu einem späteren Zeitpunkt) aufstellen müssen.

Angesichts der Erfahrungen im Kanton Solothurn, wo die Zahl der eingereichten Volksmotionen von anfänglich jährlich rund einem halben Dutzend nach einigen Jahren deutlich zurückgegangen ist⁶⁸,

⁶⁵ Botschaft zum FHG, TGR 1994, S. 2977 ff., 2994.

⁶⁶ Art. 34 KV SO, Art. 41 KV NE, Art. 31 KV SH; die in Obwalden nach der Abschaffung der Landsgemeinde geschaffene Volksmotion (Art. 61 Abs. 2 KV OW) ist eine Form des Volksbegehrens, bei der eine stimmberechtigte Person oder ein Gemeinderat mit der Unterstützung des Kantonsrats den Erlass, die Aufhebung oder die Änderung eines Gesetzes oder eines der fakultativen Abstimmung unterstehenden Finanzbeschlusses anregen kann.

⁶⁷ Schlussbericht der Kommission 4 (Publikation vgl. Fn. 47), Abschnitt III.AA.1; «Null-Lesung»: Thesen 4.1 und 4.1.1 (TVR 2002, S. 269 f.); erste Lesung: Art. 51 (TVR 2003, S. 246 f.); zweite Lesung: Art. 51 (TVR 2003, S. 629–631).

⁶⁸ In den Jahren 2000 und 2001 ist bei der solothurnischen Staatskanzlei je eine Volksmotion eingereicht worden (vgl. Rechenschaftsbericht des Regierungsrats über die Jahre 2000 und 2001, Ziff. 2.1.5). Vgl. auch URS HENRYK HOFFMANN-

rechtfertigt sich die Verdreifachung der erforderlichen Unterschriftenzahl zum Schutz des Parlaments vor einer Überbelastung kaum. Es bleibt abzuwarten, ob das neue Volksrecht trotz dieser beträchtlichen Hürde eine praktische Bedeutung erlangen wird. Es beinhaltet ja einen blossen «Antrag an den Grossen Rat, den Staatsrat zu veranlassen, ihm einen Entwurf für eine Verfassungsbestimmung, ein Gesetz, ein Dekret oder eine Standesinitiative vorzulegen» (Definition der Motion, Art. 68 Art. 1 GRRG). Die freiburgische Volksmotion scheint jedenfalls nicht wesentlich attraktiver⁶⁹ als das durch die neue Verfassung aufgewertete Petitionsrecht⁷⁰. Bei der Petition ist keine Mindestzahl an Unterschriften vorgeschrieben, und das Sammeln der Unterschriften ist einfacher⁷¹. Dennoch hat die Petition eine gewisse Verbindlichkeit, indem sie die Behörde, an die sie gerichtet wird, verpflichtet, sich mit dem Anliegen zu befassen und eine begründete Antwort zu geben. Auf diesem Weg kann also durchaus auch ein Anliegen in den Grossen Rat eingebracht werden.

II. GEMEINDEANGELEGENHEITEN

A. Stimmrecht⁷²

Die Stimmberechtigten einer Gemeinde bilden zunächst deren Stimmbürgerschaft, die gegebenenfalls auch über die Zugehörigkeit der Gemeinde zu einem Gemeindeverband entscheidet. Nach der neuen Verfassung sind sie überdies im Rahmen eines Gemeindeverbandes, zusammen mit den Stimmberechtigten der übrigen Mitgliedgemeinden, Teil der Stimmbürgerschaft des Verbandes und bestimmen

NOWOTNY, Einzelinitiative und Volksmotion – Reformgedanken vor dem Hintergrund kantonaler Verfassungsrevisionen, in: ZBl 2001, S. 449 ff., 466 f.

⁶⁹ Vgl. auch HOFFMANN-NOWOTNY (Fn. 68), S. 469, 473.

⁷⁰ Art. 25. Vgl. zum Petitionsrecht den Beitrag von ANNA PETRIG und TARKAN GÖKSU in dieser Sondernummer.

⁷¹ «Jede urteilsfähige Person» kann Petitionen unterzeichnen (Art. 2 Abs. 1 des Gesetzes vom 21.5.1987 über das Petitionsrecht [SGF 116.1]). Gemeindeweise Unterschriftenlisten im Hinblick auf die Prüfung der Stimmberechtigung erübrigen sich somit, und das Gesetz sieht im Gegensatz zur früheren Regelung (vgl. BGE 104 Ia 434 E. 4.b) auch keine anderweitige Prüfung der Unterschriften vor.

⁷² Zur Wahl des Ausdrucks «Stimmrecht» statt «Stimm- und Wahlrecht» vgl. Fn. 2.

über dessen Belange mit ⁷³. Gehört die Gemeinde zum Perimeter einer Agglomeration, sind ihre Stimmberechtigten analog dazu Teil der Gesamtheit der Stimmbürger der Agglomeration (Art. 17 AggG). In Verbindung mit Art. 51 Abs. 1 bzw. Art. 17 AggG gilt Art. 48 somit über die gemeindeinternen Angelegenheiten hinaus auch für inter- und suprakommunale Angelegenheiten.

Die neue Verfassung gewährt den Ausländerinnen und Ausländern, die über eine Niederlassungsbewilligung verfügen und seit mindestens fünf Jahren im Kanton Wohnsitz haben, das Stimmrecht in Gemeindeangelegenheiten. Diese Neuerung hat sich in den Beratungen von Anfang an klar durchgesetzt. Verlangte die in der «Null-Lesung» verabschiedete These 4.19 noch einen fünfjährigen Wohnsitz in der Gemeinde, so setzte sich in der ersten Lesung das endgültige, weniger einschneidende Erfordernis eines fünfjährigen Wohnsitzes im Kanton durch ⁷⁴, die der heutigen Mobilität der Bevölkerung besser Rechnung trägt. Der Verfassungsrat setzte voraus, dass nur ein legaler Aufenthalt als Wohnsitz angerechnet wird ⁷⁵, was aber durch das Wohnsitzerfordernis nicht gewährleistet wird, da auch bei einem illegalen Aufenthalt ein Wohnsitz begründet werden kann ⁷⁶. Die Voraussetzung eines fünfjährigen legalen Aufenthalts ergibt sich dennoch eindeutig aus dem Verfassungstext. Für die Erlangung der Niederlassungsbewilligung wird nämlich je nach Staatsangehörigkeit ein fünf- oder zehnjähriger ordnungsgemässer und ununterbrochener Aufenthalt in der Schweiz verlangt ⁷⁷.

Am Rande sei vermerkt, dass die drei anerkannten Religionsgemeinschaften bereits vor einigen Jahren von der gesetzlichen Mög-

⁷³ Initiativ- und Referendumsrecht nach Art. 51 Abs. 1. Bisher verfügten die Stimmberechtigten eines Gemeindeverbandes bereits über ein gesetzlich gewährleitetes fakultatives Finanzreferendum (Art. 123^{bis} GG).

⁷⁴ SP-Änderungsantrag (TVR 2003, S. 249–254).

⁷⁵ Vgl. insbesondere Minderheitsthese 4.19^{bis}, die ausdrücklich einen legalen Aufenthalt verlangte (Schlussbericht der Kommission 4, Fn. 47).

⁷⁶ Fiktiver Wohnsitz am schweizerischen Aufenthaltsort bei Aufgabe des ausländischen Wohnsitzes (Art. 24 Abs. 2 ZGB), vgl. BGE 129 V 77 E. 4.3 und Antwort des Bundesrats auf die Einfache Anfrage Jaquet, Amtl. Bull. 1997 Nationalrat 1603 f.

⁷⁷ ANAG-Weisungen des Bundesamts für Zuwanderung, Integration und Auswanderung, Ziff. 333.2 (abrufbar unter der Adresse www.imes.admin.ch/rechtsgrundlagen/weisungen_gruen/aufenthaltsregelung/33_niederlassungsbewilligung_d.asp#333).

lichkeit Gebrauch gemacht haben, ihren ausländischen Mitgliedern das Stimmrecht und die Wählbarkeit zu verleihen ⁷⁸.

B. Politische Rechte innerhalb der Gemeinden

Die Art. 49 und 50 schreiben den Status quo, der bisher einzig im Gesetz geregelt war, in der Verfassung fest: die Volkswahl des Gemeinderats und gegebenenfalls des Generalrats (Art. 56 Abs. 1 bzw. 29 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 8 GG), die Ausübung der politischen Rechte an der Gemeindeversammlung in den Gemeinden ohne Generalrat (Antrags- und Fragerechte nach den Art. 16 Abs. 2 und 3 und 17 GG) bzw. das Initiativrecht und das Referendumsrecht in den übrigen Gemeinden (Art. 51^{er} und 52 GG; Antrag auf Einführung oder Abschaffung des Generalrats: Art. 26 bzw. 53 GG). Auf die Einführung der Volksmotion ist auf Gemeindeebene ausdrücklich verzichtet worden ⁷⁹, und ein Minderheitsantrag, sozusagen als Ersatz dafür das unverbindliche Antragsrechts der Generalratsmitglieder (Art. 42 Abs. 2 GG; Art. 17 in Verbindung mit Art. 51^{bis} GG) durch ein eigentliches parlamentarisches Motionsrecht zu verstärken, wurde nach einem Erfolg in der ersten Lesung schliesslich abgelehnt ⁸⁰.

Anders als beim Grossen Rat und beim Staatsrat (Art. 95 Abs. 2 und 106 Abs. 2) regelt die Verfassung den Wahlmodus für den Generalrat und den Gemeinderat nicht (Proporzwahl des Generalrats: Art. 61 PRG; Majorzwahl oder fakultative Proporzwahl des Gemeinderats: Art. 83 Abs. 2 und 62 PRG).

Sie präzisiert auch nicht, welche Arten von Initiativen und Referenden gewährt werden müssen und welche Voraussetzungen für das Zustandekommen erfüllt sein müssen. Nach den Beratungen sollten lediglich die bestehenden Volksrechte auf Verfassungsstufe festgeschrieben werden ⁸¹, so dass sich deren Ausbau auf Gemeindeebene

⁷⁸ Vgl. katholisches Kirchenstatut (SGF 191.0.11, Art. 7), evangelisch-reformierte Kirchenverfassung (SGF 192.11, Art. 11), Statut der Israelitischen Kultusgemeinde (SGF 193.11, Art. 11).

⁷⁹ «Null-Lesung» zu These 4.12 (TVR 2002, S. 279–282).

⁸⁰ «Null-Lesung»: These 4.12^{bis} (TVR 2002, S. 279–282); erste Lesung: Art. 54 (TVR 2003, S. 254–256); zweite Lesung: Art. 55 (TVR 2003, S. 631–635); dritte Lesung: TVR 2004, S. 137.

⁸¹ «Null-Lesung» zu These 4.10 (TVR 2002, S. 277).

jedenfalls nicht aufdrängt. Der Verfassungstext schliesst aber die Einführung des obligatorischen Referendums⁸², wie es für die Agglomerationen (Art. 29 AggG) und neu auch für die Gemeindeverbände⁸³ vorgesehen ist, nicht aus. Im Vergleich zum Inhalt der kantonalen Initiativ- und Referendumsrechte ist erwähnenswert, dass neben den allgemein verbindlichen Gemeindereglementen (Gesetzesinitiative und fakultatives Gesetzesreferendum) und den Ausgabenbeschlüssen (fakultatives Finanzreferendum) eine Reihe weiterer Gemeindebeschlüsse Gegenstand einer Initiative oder eines Referendums bilden können (z. B. Gemeindeverbandsgründung/-beitritt, Gemeindezusammenschlüsse, Grösse des Generalrats).

C. Politische Rechte in den Gemeindeverbänden

Um das demokratische Defizit in den Gemeindeverbänden abzubauen, führt die Verfassung neue Mitwirkungs- und Informationsrechte ein. Das sind zunächst die Initiative sowie das obligatorische Finanzreferendum, das zum bestehenden, fakultativen Finanzreferendum (Art. 123^{bis} GG) hinzukommt. Dazu ist allerdings zu bemerken, dass die Sachbereichskommission 7 sich angeblich am Gesetz über die Agglomerationen orientierte⁸⁴, das das obligatorische Referendum jedoch nicht für Ausgabenbeschlüsse, sondern für Beschlüsse über «die Aufnahme weiterer Gemeinden, die Übernahme neuer wichtiger Aufgaben und die Auflösung der Agglomeration» vorsieht (Art. 29 AggG). Nach Aussagen des Kommissionspräsidenten⁸⁵ war dennoch das obligatorische Finanzreferendum gemeint; diese Präzisierung fand im Verfassungstext ihren Ausdruck im etwas merkwürdigen Auftrag an den Gesetzgeber, «den Gegenstand des obligatorischen Finanzreferendums» zu bestimmen.

Zusätzlich zur Einführung der Initiative und des obligatorischen Referendums verpflichtet die Verfassung die Verbände und ihre Mit-

⁸² Bisher gibt es nur das fakultative Referendum (Art. 52 GG).

⁸³ Vgl. dazu Abschnitt II.C hiernach.

⁸⁴ Vgl. Erläuterungen des Kommissionspräsidenten in der ersten Lesung zu Art. 56 (TVR 2003, S. 261). Der Schlussbericht (www.fr.ch/constituante/doc/fichiers/rapp_comm/rapp_finaux/K7.doc) spricht schlicht vom «obligatorischen Referendum» (These 7.4.3).

⁸⁵ Rédaction de l'avant-projet de Constitution – Rapport explicatif, Art. 56.

gliedgemeinden, die Bevölkerung zu konsultieren und zu informieren. Die Thesen statuierten ursprünglich ein Recht auf Anhörung und auf Information; da Art. 19 Abs. 2 bereits ein Individualrecht auf Information gewährleistet, erachtete der Verfassungsrat dieses Recht als genügend verankert⁸⁶ und billigte die Formulierung der Regel als Behördenpflichten, wobei die Beratungen kaum inhaltlichen Aufschluss über diese Pflichten geben. In Gemeinden, in denen die Bevölkerung durch einen Generalrat vertreten wird, erscheint es folgerichtig, grundsätzlich an deren Stelle das Gemeindeparlament zu konsultieren. Die Informationspflicht gilt, jedenfalls für die Behörden der Mitgliedgemeinden, bereits auf Grund von Art. 88 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 131 Abs. 3. Die Gemeinden sind heute schon verpflichtet, die Statuten der Gemeindeverbände zu veröffentlichen (Art. 84^{bis} Abs. 2 GG) und die Gemeindeversammlung oder den Generalrat über die Verbandstätigkeit zu informieren (Art. 125 Abs. 3 GG). Als einfache zusätzliche Informationsmassnahme könnte die Veröffentlichung des Rechenschaftsberichts des Verbandsvorstands (Art. 125 Abs. 1 GG) vorgesehen werden. Schliesslich sei darauf hingewiesen, dass die Konkretisierung der Anhörungs- und der Informationspflicht ausser der Änderung von Gesetzesbestimmungen auch die Anpassung der Musterstatuten für Gemeindeverbände erfordern könnte.

III. INKRAFTTRETEN DER EINZELNEN REGELUNGEN

Für die Regeln über die politischen Rechte auf Kantonsebene gelten folgende Grundsätze: Soweit sie unmittelbar anwendbar sind, treten sie grundsätzlich am 1. Januar 2005 in Kraft (Art. 146); Ausführungsbestimmungen sind ohne Verzug zu erlassen, müssen aber spätestens am 1. Januar 2009 in Kraft treten (Art. 147 Abs. 1).

Das Auslandschweizerstimmrecht muss auf den 1. Januar 2006 eingeführt werden (Art. 149 Abs. 1). Die Abschaffung des Mindestalters für kantonale Exekutivämter (Art. 32 Abs. 1 Bst. b aKV) wird in Bezug auf den Staatsrat «im Hinblick auf die Legislaturperiode 2007–2011», also bei den Gesamterneuerungswahlen vom November 2006, wirksam (Art. 151 Abs. 2); für das Amt einer Oberamtsperson würde

⁸⁶ Erläuterung des Kommissionspräsidenten zu Art. 56 in der ersten Lesung (TVR 2003, S. 260).

diese Schranke im Fall einer Ergänzungswahl schon ab dem 1. Januar 2005 fallen, da die Regel unmittelbar anwendbar ist und für die Bestimmungen über diese Behörde keine besondere Übergangsfrist besteht. Die Amtszeitbeschränkung für die Mitglieder des Staatsrats gilt ab der Legislaturperiode 2007–2011 (Art. 151 Abs. 2), wobei die bisherigen Legislaturperioden angerechnet werden. Die Artikel über die Volksinitiative sind unmittelbar anwendbar und treten somit am 1. Januar 2005 in Kraft, wobei dies wegen ihrer Übereinstimmung⁸⁷ mit der bisherigen Regelung allerdings weitgehend theoretisch bleibt. Die Ermächtigung des Grossen Rates, hängige Verfassungsinitiativen formal an die neue Verfassung anzupassen (Art. 150), ist toter Buchstabe geblieben. Beim Referendum stellt sich die Frage, ob die unmittelbar anwendbaren Regeln am 1. Januar 2005 allein in Kraft treten oder ob sie erst zusammen mit der Regel über das neue Referendum über Studienkredite von regionaler oder kantonaler Bedeutung und den Ausführungsbestimmungen dazu in Kraft treten. Der deutsche Wortlaut von Art. 147 Abs. 2 («Wo die vorliegende Verfassung Ausführungsbestimmungen erfordert») spricht eher für die erste Lösung, der französische («Dans les domaines où ...») eher für die zweite. Es erscheint sinnvoller, die Bestimmungen über das Referendum gesamthaft in Kraft treten zu lassen, zumal die Aufschiebung des Inkrafttretens der direkt anwendbaren Regeln wegen ihrer Übereinstimmung mit dem bisherigen Recht kaum von praktischer Bedeutung ist. Es gilt wohl die allgemeine Anpassungsfrist bis zum 1. Januar 2009 (Art. 147 Abs. 1); wegen des Zusammenhangs mit den Regeln über den Grossen Rat (Erlassformen, Dringlichkeit, Referendum der Parlamentsmitglieder) könnte sich aber auch ein Inkrafttreten «im Hinblick auf die Legislaturperiode 2007–2011» (Art. 151 Abs. 1) rechtfertigen. Auch für die Regelung der Volksmotion scheint die allgemeine Anpassungsfrist angebracht, handelt es sich doch in erster Linie um ein neues Volksrecht, auch wenn sich das Begehren an den Grossen Rat richtet.

Die Regeln über die politischen Rechte in Gemeindeangelegenheiten finden grundsätzlich «im Hinblick auf die Verwaltungsperiode 2006–2011 Anwendung» (Art. 153). Das gilt insbesondere für die

⁸⁷ Einzige Abweichung: Der Verfassungstext lässt an sich einen parlamentarischen Gegenentwurf auch zu einer Initiative in der Form der allgemeinen Anregung zu (vgl. Abschnitt I.C.1), wofür der Gesetzgeber entsprechende Ausführungsbestimmungen erlassen müsste.

neuen Mitwirkungsrechte in den Gemeindeverbänden. Für die Einführung des Stimmrechts und der Wählbarkeit der Ausländerinnen und Ausländer auf kommunaler Ebene hingegen bestimmt Art. 149 einen genauen Stichtag: den 1. Januar 2006. In den zwei Monaten vor den Gesamterneuerungswahlen vom März 2006 können diese neuen Stimmberechtigten somit an einer allfälligen Volksabstimmung oder an Unterschriftensammlungen teilnehmen; vom Wahlrecht und von der Wählbarkeit können sie in dieser Zeit mit Sicherheit noch nicht Gebrauch machen, da im letzten halben Jahr vor solchen Wahlen keine Ergänzungswahl mehr durchgeführt wird (Art. 79 Abs. 3 und 93 Abs. 3 PRG).

Für die Gemeinden, die sich auf den 1. Januar 2006 zusammenschliessen, ist vorgesehen, die Gesamterneuerungswahlen auf den Herbst 2005 vorzuverlegen⁸⁸. Der Staatsrat beabsichtigte vorerst, das Ausländerwahlrecht auf die vorgezogenen Wahlen nicht anzuwenden⁸⁹, so dass die betreffenden Gemeinden noch bis zum Jahr 2011 von Behörden geleitet worden wären, von deren Wahl die ausländische Bevölkerung ausgeschlossen gewesen wäre. Das hätte zwar dem Wortlaut von Art. 149 entsprochen, aber es wäre störend gewesen, wenn die Stimmbürgerschaft für dieselben Gesamterneuerungswahlen nicht in allen Gemeinden nach denselben Regeln zusammengesetzt gewesen wäre. Zudem war es dem Verfassungsrat ein Anliegen, den Ausländerinnen und Ausländern ihre neuen Rechte so rasch wie möglich zu gewähren, wobei angesichts der zeitaufwändigen Nachführung der Stimmregister eine einjährige Übergangsfrist eingeräumt wurde⁹⁰. Im Gesetzesentwurf zur Einführung des Ausländer- und Auslandschweizerstimmrechts⁹¹ entschloss sich der Staatsrat dazu, das Ausländerstimmrecht auf die vorgezogenen Gesamterneuerungswahlen auszudehnen. Leider sieht dieser Entwurf aber zugleich die unschöne

⁸⁸ Botschaft Nr. 152 vom 5.10.2004 zu einem entsprechenden Dekretsentwurf.

⁸⁹ Vgl. Botschaft Nr. 152 (Fn. 88), Ziff. 1, drittletzter Absatz.

⁹⁰ Die Sachbereichskommission 4 verschob auf Grund der Erfahrungen des Kantons Waadt mit der Einführung des Ausländerstimmrechts den im ersten Arbeitsentwurf vorgesehenen Termin 1. Januar 2005 um ein Jahr, vgl. ihren Bericht vom 29.10.2003 zu den Schlussbestimmungen (www.fr.ch/constituante/doc/fichiers/lecture_2/rapp_disp_finales_d.pdf). Im Plenum wurde der (damalige) Art. 163 gemäss dem Kommissionsantrag diskussionslos angenommen (TVR 2003, S. 744; 2004, S. 103).

⁹¹ Vgl. Botschaft Nr. 177 vom 21.12.2004, Art. 3 des Änderungsgesetzes.

Regelung vor, dass Ausländerinnen und Ausländer nur auf Gesuch hin ins Stimmregister eingetragen werden.

SCHLUSSBEMERKUNG

Nach diesen trockenen Ausführungen seien zum Schluss noch ein paar Bemerkungen politischer Art erlaubt, lieferte doch die Neuregelung der politischen Rechte in den Beratungen des Verfassungsrats und zum Teil auch im Vorfeld zur Volksabstimmung reichlich Diskussionsstoff. Das Ergebnis ist ein auffälliges Nebeneinander von Fortschritt und Stagnation.

Die umstrittenste Frage war erwartungsgemäss diejenige der Einführung des Stimmrechts der Ausländerinnen und Ausländer. Dem Beispiel mehrerer Westschweizer Kantone folgend befürwortete von Anfang an eine klare Mehrheit der Ratsmitglieder das Ausländerstimmrecht auf Gemeindeebene. Die Linke und die bürgerliche Mitte verhalfen diesem Postulat zum Durchbruch. Auch im Vernehmlassungsverfahren wurde die Neuerung gut aufgenommen. Im Vergleich dazu ist die politische Integration der ausländischen Bevölkerung in den Deutschschweizer Kantonen bisher vor allem ein Anliegen einer Minderheit. Immerhin zeichnet sich dort eine Tendenz ab, den Gemeinden die Einführung des Ausländerstimmrechts zu ermöglichen⁹².

Bei den Volksrechten kämpfte die linke Ratsminderheit auf verlorenem Posten. Bestrebungen, durch eine Senkung der hohen erforderlichen Unterschriftenzahl⁹³ die Ausübung von Initiative und Referendum zu erleichtern, blieben chancenlos. Die Sorge um das Funktionieren der repräsentativen Demokratie verdarb die Lust an solchen Experimenten. Der Umstand, dass Initiativen und Referenden auf Kantons-

⁹² Art. 105 Abs. 2 KV AR (bisher haben die Gemeinden Wald, Speicher und Trogen von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht); Art. 9 Abs. 4 KV GR; im Kanton Bern ist am 15.10.2004 das Vernehmlassungsverfahren zu einer entsprechenden Vorlage abgelaufen; § 19 KV TG sieht eine beratende Mitwirkung in Gemeindeangelegenheiten vor.

⁹³ Solothurn, mit etwas mehr Stimmberechtigten als Freiburg, verlangt für die Initiative nur halb so viele Unterschriften (Art. 30 Abs. 3 KV SO) und für das Referendum nur einen Viertel (Art. 36 Abs. 1 KV SO).

ebene fast Seltenheitswert haben⁹⁴, vermochte die Befürchtungen nicht zu zerstreuen. So verwundert es nicht, dass der Verfassungsrat zwar aus neueren Kantonsverfassungen die Volkmotion entlehnte, die erforderliche Unterschriftenzahl aber von 100 auf 300 erhöhte und diesem unverbindlichen Antragsrecht an den Grossen Rat so die letzten Zähne zog.

⁹⁴ Letzte Abstimmung über eine Volksinitiative: 28.9.1997 (Gesetzesinitiative für eine bessere Verteilung der Steuerlast; AGS 1997 S. 259); letzte Abstimmung infolge eines fakultativen Referendums: 18.5.2003 (Änderung vom 11.6.2002 des Gesetzes über die Ausübung des Handels; ABI 2003/21 vom 23.5.2003).

TÂCHES PUBLIQUES ET FINANCES

Pierre Oberson

Avocat

INTRODUCTION

La présente contribution porte sur les matières traitées par les titres IV et V de la nouvelle Constitution, soit les tâches publiques (art. 52 à 80) et les finances (art. 81 à 84). Nous aborderons les tâches publiques (*infra* I.) par quelques généralités (A.), puis nous examinerons les principes généraux des art. 52 à 54 (B.), avant d'émettre quelques commentaires choisis sur les dispositions spéciales des art. 55 à 80 (C.). Les dispositions relatives aux finances (*infra* II.) seront quant à elles exposées, après une section de généralités (A.), dans l'ordre retenu par le constituant (B. à E.).

I. TÂCHES PUBLIQUES

A. Généralités

1. *Tâches ou missions ?*

La doctrine s'attache, souvent au prix d'un labeur dont la complexité n'a d'égal que la subtilité, à distinguer les notions de principes de l'Etat (*Staatszwecke*), de buts de l'Etat (*Staatsziele*), de tâches de l'Etat (*Staatsaufgaben*) et de compétences de l'Etat (*Staatskompetenzen*)¹. Plutôt que d'emboîter ce pas doctrinal, la Commission 3 s'est posé la question de savoir s'il était préférable de parler de « tâches » de l'Etat ou de « missions » de l'Etat. Alors que d'aucuns estimaient que la notion de tâche était plus technique, ne contenant pas assez l'idée générale d'action de l'Etat, d'autres commissaires voyaient en le terme « mission » une certaine abstraction qui ne serait par perçue

¹ Cf. par ex. PAUL RICHLI, *Staatsaufgaben – Grundlagen*, in Thürer/Aubert/Müller (éd.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zurich 2001, p. 851 ss.

correctement par la majorité des lecteurs de la Constitution². Au final, la commission a décidé de s'en tenir à la terminologie classique et d'adopter le terme « tâche », à l'instar de tous les constituants l'ayant précédée.

2. *La portée de la liste de tâches et de l'ordre d'apparition de ces tâches*

Aux termes de l'art. 3 de la Constitution fédérale (Cst. féd.), « les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la constitution fédérale, et, comme tels, ils exercent tous les droits qui ne sont pas délégués au pouvoir fédéral ». Cette disposition est l'expression du principe selon lequel la Confédération n'a que les compétences que la Constitution fédérale lui attribue ; les compétences non attribuées demeurent aux cantons³. Les cantons disposent ainsi d'une compétence subsidiaire générale⁴. Ce principe a comme corollaire que les cantons, dans leur domaine de compétences, sont en outre libres de définir quelles tâches ils veulent remplir et comment ils entendent les réaliser⁵.

Norme de partage des compétences entre l'Etat fédéral et les Etats fédérés, l'art. 3 Cst. féd. n'oblige pas, en revanche, les cantons à énoncer exhaustivement leurs tâches au niveau constitutionnel⁶. L'art. 43 Cst. féd. – qui dispose que « les cantons définissent les tâches qu'ils accomplissent dans le cadre de leurs compétences » – n'astreint pas plus le constituant cantonal à adopter les normes servant de base aux tâches de l'Etat⁷. Cela étant, toutes les constitutions cantonales modernes, à quelques exceptions près, présentent un cata-

² Rapport intermédiaire sur les activités de la Commission 3, août 2001 (ci-après : Rapport intermédiaire), p. 9.

³ JEAN-FRANCOIS AUBERT/PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich 2003, n° 17 ad art. 3.

⁴ RAINER J. SCHWEIZER, in B. Ehrenzeller (éd.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zurich 2002, n° 10 ad art. 3.

⁵ RENÉ RHINOW, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Bâle, Genève et Munich 2003, p. 138.

⁶ RICHLI, op. cit., p. 867.

⁷ VINCENT MARTENET, L'autonomie constitutionnelle des cantons, thèse, Bâle, Genève et Munich 1999, p. 432.

logue de tâches étendu⁸ ; le constituant fribourgeois a clairement suivi cette tendance en définissant les tâches publiques en non moins de 29 articles. Face à cette volonté affirmée de décrire de façon relativement détaillée les tâches de l'Etat⁹, il est permis de se demander quelle peut être la portée, dans un sens large, d'un tel catalogue.

Si l'on songe aux effets juridiques des dispositions attributives de tâches, celles-ci doivent être examinées sur deux plans, selon que l'on se place du point de vue du particulier ou du point de vue de l'autorité.

S'agissant du particulier, les dispositions constitutionnelles relatives aux tâches de l'Etat ne lui sont pas directement applicables. Par conséquent, le particulier ne peut pas déduire de ces normes un droit subjectif à des prestations spécifiques. Les particuliers n'ont de droits qu'à partir du moment où la législation le prévoit et ce uniquement dans les limites qu'elle fixe¹⁰. Sans surprise, les dispositions attributives de tâches ne sont pas justiciables, en ce sens que le particulier n'est pas fondé à demander au juge d'enjoindre le législateur à concrétiser une tâche ancrée dans la Constitution. La sanction ne peut être que politique : celle des urnes.

Fait cependant exception à ce constat l'art. 64 al. 4 *if.*, lequel reconnaît aux Eglises et aux communautés religieuses reconnues le droit (subjectif) d'organiser un enseignement religieux dans le cadre de l'école obligatoire.

A l'inverse de ce qui a cours pour les particuliers, les règles sur les tâches publiques s'adressent assurément aux autorités. Elles doivent être tenues pour un mandat constitutionnel destiné essentiellement à faire agir les autorités cantonales¹¹ et, dans de nombreux domaines également, les autorités communales. La mesure du caractère contraignant de ces dispositions varie toutefois d'une règle à l'autre¹². Le

⁸ Cf. par ex. art. 39 à 71 Cst. VD, § 62 à 84 Cst. TG, art. 92 à 128 Cst. SO, § 90 à 128 Cst. BL, § 25 à 58 Cst. AG, art. 22 à 55 Cst. GL.

⁹ Cf. *infra* ch. 3.

¹⁰ WALTER KÄLIN, Tâches publiques, in Kälin/Bolz (éd.), Manuel de droit constitutionnel bernois, Berne 1995, p. 66.

¹¹ LUC RECORDON, Les tâches de l'Etat et des communes, in Pierre Moor (éd.), La Constitution vaudoise du 14 avril 2003, Berne 2004, p. 139.

¹² KÄLIN, op. cit., p. 65.

constituant a pris en effet grand soin dans le choix des termes, spécialement des verbes, utilisés pour décrire le rôle de l'Etat et des communes. Il a tout d'abord distingué entre règles potestatives et règles impératives, même s'il a fait un usage modéré du verbe « pouvoir » qui ne se retrouve en définitive que dans la participation de l'Etat et des communes à des entreprises (art. 54 al. 3), la création de monopoles (art. 58), la mise sur pied d'un accueil parascolaire (art. 60 al. 3) et le soutien des écoles privées (art. 67 al. 1). Il a ensuite nuancé le mandat donné aux autorités en leur assignant tour à tour un rôle actif¹³, un devoir de soutien ou d'encouragement¹⁴, un devoir de prise en considération¹⁵, un devoir de surveillance ou de coordination¹⁶, ou même un devoir de retenue ou de réserve¹⁷.

A noter que la Constitution, nonobstant de rares exceptions¹⁸, ne précise pas, à l'intérieur d'une collectivité publique donnée, à quel organe il incombe d'accomplir les différentes tâches. Sans doute, cette mission reviendra le plus souvent au législateur¹⁹, tant il est vrai que celui-ci devra pourvoir à la mise en œuvre de nombreuses normes constitutionnelles et que le principal moyen d'action de l'Etat reste, malgré les changements opérés ces dernières décennies, de légiférer.

Si l'on doit reconnaître aux dispositions constitutionnelles attributives de tâches un effet juridique contraignant en tant qu'elles s'adressent aux autorités, on doit reconnaître qu'elles sont toutefois dépourvues de toute conséquence juridique, étant entendu que le législateur ne peut faire l'objet de sanctions juridiques s'il n'accomplit pas son

¹³ Exprimé notamment par les verbes suivants : prendre des mesures (art. 55), assurer, pourvoir, s'employer, conduire une politique (art. 57 al. 1, 59 al. 2, 64 al. 1 et 2, 65 al. 1 et 2, 68, 69 al. 1, 75 et 76).

¹⁴ Ainsi par ex. aux art. 56 al. 2, 57 al. 2, 65 al. 3, 66, 70, 74, 79 et 80.

¹⁵ Ainsi lorsque la Constitution prescrit de veiller à certains intérêts jugés supérieurs (art. 56, 59 al. 3, 63 al. 1 et 72).

¹⁶ Ainsi par ex. aux art. 54 al. 2, 67 al. 2 et 77.

¹⁷ Ainsi lorsque la Constitution prescrit de ne prélever qu'un émolument administratif (art. 69 al. 3).

¹⁸ L'art. 59 al. 3, qui enjoint la législation à respecter les intérêts de la famille et l'art. 69 al. 2, qui prescrit au législateur d'introduire un droit de recours contre le refus de naturalisation.

¹⁹ KÄLIN, *ibid.*

devoir²⁰. Ainsi que déjà mentionné, la seule véritable sanction qui existe est de nature politique.

Il est certain que, eu égard à la situation pour le moins tendue des finances de l'Etat et de communes, le législateur ne sera pas en mesure d'honorer à court terme l'ensemble des tâches mentionnées au titre IV de la Constitution. En cela, des priorités devront être établies. On peut dès lors se demander si l'ordre d'énumération dans le texte constitutionnel des différentes tâches ne pourrait pas être l'expression d'un ordre de priorité. La réponse à cette question doit être négative, même si ce thème n'a pas fait l'objet de débats, que ce soit en commission ou en plénum. Il semble plutôt que l'ordre choisi procède d'un effort de systématique et de logique. Il paraît d'ailleurs douteux, par exemple, que l'environnement ainsi que la sécurité et l'ordre publics, qui figurent dans la seconde partie du titre IV, aient été confinés à un second rôle.

Malgré l'absence de conséquences juridiques, on ne saurait nier toute utilité à ce titre IV. Bien au contraire, on peut y voir une réponse à trois besoins.

Premièrement, ce catalogue de tâches peut être considéré comme la volonté du canton de réaffirmer ses pouvoirs dans une perspective fédéraliste. Face à la présence des compétences fédérales, les cantons peuvent éprouver un besoin de regagner une parcelle d'identité en désignant les domaines dans lesquels ils ont (encore) la possibilité d'avoir une action autonome²¹.

Deuxièmement, il peut être reconnu au catalogue du titre IV une fonction d'information et de cadrage de l'activité étatique. Ce catalogue renseigne en effet le citoyen sur les domaines dans lesquels le canton est actif et les buts qu'il souhaite atteindre. Le souci de transparence a d'ailleurs expressément été retenu par le constituant²². En outre, la présence d'un catalogue de tâches donne à la Constitution un pouvoir directeur accru et lui confère le statut de véritable loi fondamentale cantonale, à savoir un texte qui fonde, oriente et ancre l'action des pouvoirs publics dans le canton²³.

²⁰ KÄLIN, *ibid.*

²¹ KÄLIN, *op. cit.*, p. 59.

²² Rapport intermédiaire, p. 5.

²³ KÄLIN, *op. cit.*, p. 59-60.

Enfin et troisièmement, le catalogue du titre IV permet d'asseoir aux tâches essentielles du canton et à leur définition contraignante une légitimité démocratique, à une époque où il n'y a plus guère de consensus automatique sur ce que doivent être les tâches d'un Etat cantonal ²⁴.

3. *Choix d'une solution fribourgeoise*

S'agissant de la méthode de présentation des tâches publiques dans la Constitution, le constituant a considéré les trois modèles qui ont été expérimentés lors des révisions constitutionnelles récentes. Il s'agit, d'un côté, du modèle tessinois, qui veut que l'on s'abstienne de faire mention dans la Constitution des tâches de l'Etat. A l'opposé, on trouve le modèle bernois – qui pourrait aussi être le modèle vaudois – selon lequel les tâches de l'Etat sont exposées de façon détaillée dans un catalogue étendu. Entre ces extrêmes se situe le modèle neuchâtelois, dont la caractéristique est de présenter brièvement les tâches de l'Etat en un unique article ²⁵. Face à ces trois modèles, le constituant fribourgeois a fait le choix, du moins au stade initial de ses réflexions, d'une méthode fribourgeoise qui se définissait comme un modèle neuchâtelois élargi. L'idée-force était non pas de prévoir un article unique mentionnant toutes les tâches de l'Etat, mais d'instaurer une disposition ad hoc pour chaque tâche spécifique à mentionner dans la Constitution ²⁶. La description de ces différentes tâches ne devait toutefois pas être trop détaillée ; dans cet exercice, il convenait de rester général et d'opter en faveur d'une rédaction suffisamment souple pour ne pas entraver le législateur dans son action à venir et pour éviter à l'Etat de continuelles modifications constitutionnelles. L'idée était d'éviter de lier les mains du législateur ²⁷.

Malgré que, lors de la consultation, il fut souvent reproché à la Constituante d'avoir adopté des dispositions par trop détaillées et

²⁴ KALIN, op. cit., p. 60

²⁵ Rapport intermédiaire, p. 4 ; BOC 2003, p. 637.

²⁶ Procès-verbal n° 6 de la séance de la Commission 3 du 15 mai 2001 (non publié) ; Rapport final présenté au Bureau de la Constituante par la Commission 3, décembre 2001 (ci-après : Rapport final), p. 7.

²⁷ Procès-verbal n° 5 de la séance de la Commission 3 du 1^{er} mai 2001 (non publié) ; Rapport intermédiaire, p. 9 ; BOC 2001, p. 95.

parfois de rang législatif, la Commission 3, suivie par le plénum, a renoncé à revenir à un modèle d'article unique et a confirmé l'option d'un catalogue de tâches relativement étendu²⁸.

D'un point de vue de la systématique, le constituant a décidé de faire précéder les différents articles consacrés aux tâches spécifiques de ce que l'on a tout d'abord présenté comme un préambule, puis de ce que l'on a institué en principes généraux des tâches publiques (art. 52 à 54)²⁹.

4. *Un catalogue non exhaustif*

Les cantons ont la faculté de prévoir, s'agissant du domaine de leurs compétences propres, que le canton ne peut agir que s'il dispose à cet effet d'une base constitutionnelle, à l'instar de ce qui est valable pour la Confédération³⁰. En présence d'un tel système, le législateur ne peut introduire une nouvelle tâche de l'Etat sans soumettre au préalable au souverain une révision de la Constitution. On parle alors de réserve de la constitution³¹ ou de réserve constitutionnelle, qui a pour conséquence que la Constitution du canton qui a fait ce choix contient nécessairement un catalogue exhaustif des tâches publiques, ne faisant pas partie de celles qui sont déléguées aux cantons par la Confédération, que le canton peut assumer³². Parmi les constitutions cantonales qui ont été récemment révisées, celles des cantons d'Argovie, de Bâle-Campagne et de Thurgovie contiennent une telle réserve de la constitution, alors que celles de Soleure, Berne, Neuchâtel et Vaud en sont exemptes³³.

Le constituant fribourgeois a expressément renoncé à un catalogue exhaustif de tâches publiques et a rejeté l'idée d'une réserve de la

²⁸ BOC 2003, p. 636.

²⁹ Rapport intermédiaire, p. 9 ; Rapport final, p. 8 ; BOC 2003, p. 637.

³⁰ RICHLI, op. cit., p. 866-867 ; KÄLIN, op. cit., p. 68.

³¹ MARTENET, op. cit., p. 434.

³² KÄLIN, op. cit., p. 68 ; *contra* : AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse I, Berne 2000, p. 328, n° 952, pour lesquels un tel catalogue ne peut aucunement être exhaustif, dans la mesure où le système de l'art. 3 Cst. féd. implique que les cantons s'occupent de tout ce que la Constitution ou la législation fédérale ne délèguent pas à la Confédération.

³³ § 26 al. 1 Cst. AG, § 90 Cst. BL, § 63 al. 1 Cst. TG, art. 92 ss Cst. SO, art. 31 ss Cst. BE, art. 5 Cst. NE, art. 39 à 71 Cst. VD.

constitution³⁴. Les motifs en étaient que l'on voulait éviter de paralyser l'activité étatique et permettre à l'Etat de pouvoir évoluer dans tous les domaines, au gré des circonstances nouvelles³⁵. Il en résulte que les art. 52 à 80 sont dépourvus de tout effet négatif : d'un point de vue juridique, l'absence d'une tâche dans le catalogue constitutionnel n'empêche pas le législateur, voire dans certaines hypothèses l'autorité exécutive, de s'en occuper.

B. Les dispositions générales

Avant même de décrire les différentes tâches de l'Etat au travers d'articles spécifiques, le constituant a souhaité les faire précéder de règles générales contenues dans trois articles (art. 52 à 54). Au stade de l'élaboration des thèses devant ensuite être transposées en articles constitutionnels, la commission avait retenu l'idée d'introduire dans le chapitre consacré aux tâches de l'Etat un préambule. Celui-ci devait servir de « guide des tâches de l'Etat » devant « permettre de les définir et les centrer, sans devoir les énumérer de manière exhaustive »³⁶. Toujours selon la commission, ce préambule avait aussi pour fonction de rappeler le cadre de l'activité étatique³⁷. Puis le concept d'un préambule a été mué en l'énonciation de principes généraux³⁸.

Sous le titre médian « principes », la nouvelle Constitution énonce ainsi les principes qui régissent l'activité étatique (art. 52), traite de la question de la répartition des tâches entre l'Etat et les communes (art. 53) et réserve l'accomplissement de tâches par des tiers (art. 54).

1. Le principe de subsidiarité

Premier principe énoncé à l'art. 52, le principe de subsidiarité a pour fin de rappeler que l'activité étatique doit être comprise non pas comme une fonction interventionniste, mais comme une fonction de complémentarité. L'action étatique doit être déployée en complément à l'initiative privée, de façon à garantir la responsabilité indivi-

³⁴ BOC 2001, p. 95.

³⁵ Rapport final, p. 8.

³⁶ Rapport intermédiaire, p. 5.

³⁷ Ibid.

³⁸ Rapport final, p. 8.

duelle³⁹. Disposition visant aussi bien l'administration de promotion que l'administration de restriction et concernant des actions aussi bien en faveur de particuliers (par. ex. aide sociale) qu'au profit d'une problématique générale (par ex. conditions-cadres en matière économique), l'art. 52 trouve une explicitation à l'art. 7 al. 3, lequel dispose que les collectivités publiques interviennent en faveur de l'individu en complément de ses propres capacités.

A l'époque de la préparation des thèses, la commission avait retenu que ce principe de subsidiarité s'exprimait clairement par rapport à la responsabilité des particuliers comme par rapport à celle des collectivités publiques autres que le canton et les communes⁴⁰. Cette idée de double subsidiarité n'a pas été reprise dans le projet rédigé. Vrai est-il toutefois que le constituant a renoncé à introduire une clause générale de subsidiarité en faveur des communes. Une telle clause aurait contraint le canton à démontrer dans chaque cas que les communes ne sont pas à même de remplir la tâche qu'il souhaite assumer. C'est en effet à dessein que le constituant a utilisé à l'art. 52 al. 1 les vocables « activité étatique », qui englobent les tâches exécutées aussi bien par l'Etat que par les communes.

A noter que la tendance – observée lors des récentes révisions de constitutions cantonales – d'instituer le principe de subsidiarité en un principe constitutionnel semble avoir fait école au niveau fédéral : le 28 novembre 2004, le peuple et les cantons ont en effet approuvé l'introduction dans la Constitution fédérale d'un art. 5a consacré au dit principe.

2. *Des services publics de qualité et de proximité*

Alors que l'alinéa 1 de l'art. 52 énonce trois principes – la subsidiarité, la transparence et la solidarité – devant guider toute l'activité étatique, l'alinéa 2 de cette même disposition donne un moyen – ne devant assurément pas être unique – qui est à la disposition de l'Etat et des communes pour accomplir leurs tâches. Il s'agit des services publics. En instituant les services publics comme un moyen, le constituant fribourgeois s'est distancé du constituant vaudois, qui a lui vu

³⁹ Rapport intermédiaire, p. 5.

⁴⁰ Rapport final, p. 8.

en le service public une tâche devant être assurée par l'Etat et les communes (art. 39 Cst. VD).

Par services publics, on vise bien entendu des prestations au service de la population⁴¹, selon le concept de l'administration de promotion⁴², qu'il y a lieu de distinguer nettement de la fonction publique.

Un service public ne peut être mis en place que s'il répond à un intérêt public qualifié, savoir un motif jugé suffisamment important pour que l'Etat ou les communes se chargent de l'accomplissement de la tâche, directement ou par délégation. En outre, tout service public doit être organisé en tenant compte de l'initiative et de la responsabilité individuelle (principe de subsidiarité). Il en résulte que les pouvoirs publics ne devraient pas sans raison sérieuse mettre en place un système qui fasse en tout ou partie double emploi avec des activités déjà déployées par le secteur privé et offrant aux usagers un bénéfice égal ou supérieur⁴³.

L'art. 52 al. 3 précise en outre que ces services publics doivent être de qualité et de proximité. Il convient ainsi d'assurer un service à un niveau de qualité conforme aux besoins du public dans toute la mesure où cela est permis ou exigé par les moyens financiers et techniques à disposition⁴⁴. La notion de proximité est en revanche moins aisée à cerner. Plus que de vouloir souligner que les services publics doivent être accessibles à tous, sans discrimination et à des conditions raisonnables, il semble que l'on a voulu mettre ici en évidence le critère géographique, étant entendu que cette mention devait satisfaire les intérêts des districts dits périphériques⁴⁵. La commission a d'ailleurs retenu que la notion de proximité impliquait que la distance entre le citoyen et l'organe de l'Etat qui décide devait être réduite au maximum ; cela nécessitait d'encourager et d'impliquer les services de proximité⁴⁶.

Les deux caractéristiques mentionnées dans l'article précité ne sont toutefois pas les seules conditions auxquelles les services publics

⁴¹ BOC 2003, p. 638.

⁴² PIERRE MOOR, *Droit administratif III*, Berne 1992, p. 120.

⁴³ RECORDON, *op. cit.*, p. 141-142.

⁴⁴ MOOR, *op. cit.*, p. 129.

⁴⁵ BOC 2002, p. 104.

⁴⁶ Rapport final, p. 26.

doivent satisfaire. Le service public obéit ainsi au principe de l'égalité, qui veut que les prestations soient fournies aux usagers à des conditions égales, sans différence injustifiée. Il doit ensuite répondre au principe d'accessibilité, selon lequel il y a lieu de définir le cercle de ceux qui sont en droit d'accéder aux services offerts à des conditions non discriminatoires et raisonnables. Il doit encore satisfaire au principe d'adaptation, à savoir qu'il sied de procéder aux changements, dans l'exploitation du service concerné, que l'intérêt public rend nécessaire. Enfin, il doit se conformer au principe de continuité, c'est-à-dire que le service doit fonctionner de façon régulière et ininterrompue ⁴⁷.

3. La répartition des tâches entre l'Etat et les communes

La norme qui servira désormais de fondement à la délicate et complexe question de la répartition des tâches publiques entre l'Etat et les communes a au moins le mérite de la concision. En se contentant de prescrire que la loi attribue les tâches à la collectivité la mieux à même de les accomplir, l'art. 53 ne sera toutefois pas d'un grand secours au législateur (cantonal) lorsque celui-ci tentera de répondre à cette question, dont le sort n'est d'ailleurs jamais définitivement scellé. Cela étant, on doit lui reconnaître la qualité de ces défauts : la notion juridique très indéterminée à laquelle il a été recouru laissera au législateur un pouvoir d'appréciation étendu, lequel devrait lui permettre de trouver une solution adaptée, voire pragmatique, aux différentes tâches à répartir.

Dans la mesure où l'art. 52 al. 2 prescrit d'entretenir des services de proximité et dès lors que l'art. 53 prescrit de confier les tâches à la collectivité la mieux à même des les accomplir, ce qui impliquera dans certains cas d'opérer une centralisation et donc de battre en brèche le principe de proximité, on peut voir en ces deux dispositions une contradiction. L'expert ayant examiné l'avant-projet et plusieurs participants à la consultation l'ont d'ailleurs relevé. Au nom de la Commission, la rapporteure s'est défendue de toute contradiction en relevant que, lors de la répartition des tâches, il y a lieu de respecter à la fois la proximité, l'efficacité économique, la capacité de la collectivité publique dont elles relèvent de les accomplir et l'intérêt des

⁴⁷ BOC 2002, p. 102 ; RECORDON, op. cit., p. 143.

individus et des communautés⁴⁸. On peut toutefois douter qu'il sera possible de satisfaire l'ensemble de ces différents intérêts à chaque répartition de tâches, tant il est vrai que ces intérêts sont antagonistes. Ainsi, si l'on voudra privilégier la proximité, ce sera malheureusement souvent au détriment de l'efficacité économique ; si l'on voudra privilégier l'efficacité économique, ce sera souvent au détriment de la proximité du service rendu. En réalité, la répartition des tâches ne pourra être réalisée que par une pesée des intérêts en présence qui fera ressortir certains intérêts comme prioritaires et en rejettera d'autres à l'arrière-plan.

Alors que l'avant-projet mis en consultation énonçait les critères dits principaux devant guider la répartition des tâches entre l'Etat et les communes, le texte adopté par le peuple en est exempt. Ces critères principaux étaient les intérêts des individus et des communautés concernés, la capacité de la collectivité publique à offrir des prestations de qualité et de proximité ainsi que l'efficacité économique. Lors de la première lecture, à une tentative avortée tendant à introduire un ordre de priorité parmi ces critères en retenant en premier lieu le critère de l'intérêt des individus et des communautés, il a été répondu que l'on ne devait voir dans cette liste une échelle de valeur, de façon à permettre à l'autorité de trouver le compromis juste qui allie à la fois l'intérêt de l'individu, l'efficacité économique et la proximité⁴⁹. La deuxième lecture a sonné définitivement le glas à cette disposition. Outre qu'il a été attribué à celle-ci un rang légal plutôt que constitutionnel, les raisons de cette suppression étaient que les critères en question étaient déjà sous-entendus dans la règle de l'alinéa 1 prescrivant d'attribuer les différentes tâches à la collectivité qui est la mieux à même de les remplir. En outre, on craignait que cette liste de critères ne fût pas exhaustive⁵⁰. En dépit de ce retranchement, on pourra se servir de ces critères pour définir, en présence d'une tâche en particulier, la collectivité publique la mieux à même de l'accomplir, à la condition d'y voir une liste exemplative dépourvue de tout ordre de priorité.

S'agissant de l'autorité à laquelle il incombe de procéder à la répartition des tâches entre l'Etat et les communes, le constituant a ex-

⁴⁸ BOC 2003, p. 123.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ BOC 2003, p. 639.

pressément souhaité confier cette tâche au législateur, plutôt qu'à l'Etat. En deuxième lecture, la Constituante a en effet accepté, par 70 voix contre 46 et deux abstentions, une proposition d'amendement du groupe démocrate-chrétien tendant à ce que cette répartition soit opérée par la loi⁵¹, ce contre l'avis de la commission pour qui il appartenait à la « structure gouvernementale cantonale » de répartir les tâches⁵². Les motifs qui ont présidé à cet amendement sont à rechercher dans la crainte de laisser la faculté de répartir les tâches publiques « à la seule compétence de l'Etat au détriment des communes »⁵³. Qui plus est, il a été soutenu que la répartition des tâches devait indiscutablement faire l'objet de discussions entre les partenaires concernés⁵⁴.

Quant à la question de savoir par quel type de loi cette répartition des tâches doit être exécutée, le constituant ne pouvait viser, à notre sens, qu'une base légale au sens formel, soit une loi exposée au référendum facultatif. En effet, tout ce qui a trait à l'organisation étatique doit reposer sur une loi au sens formel⁵⁵. En outre, si la volonté du constituant a été précisément de soustraire la répartition des tâches à la compétence du gouvernement cantonal, une répartition des tâches par voie réglementaire d'emblée exclue. Si l'on se souvient enfin que la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons relève de la Constitution fédérale⁵⁶, la répartition des tâches entre l'Etat et les communes devrait à tout le moins être exécutée par une loi au sens formel.

Dans la mesure où le constituant a d'ores et déjà procédé à une certaine répartition des tâches aux art. 55 à 80 Cst., en confiant certaines tâches particulières tantôt à l'Etat et tantôt à l'Etat et aux communes, la liberté de manœuvre du législateur ne sera pas totale. Ainsi, dans les domaines où l'Etat apparaît comme l'unique récipiendaire de tâches publiques, notamment dans les domaines de l'économie (art. 57), de la formation supérieure et de la recherche (art. 65), des écoles privées (art. 67), de la santé (art. 68), de l'aide humanitaire et

⁵¹ BOC 2003, p. 642 ; Procès-verbal succinct de la séance du 14 novembre 2003, p. 5.

⁵² BOC 2003, p. 642.

⁵³ BOC 2003, p. 639.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, op. cit., n° 1758, p. 620.

⁵⁶ Art. 3 et 42 Cst. féd.

de la coopération au développement (art. 70), de l'agriculture et de la sylviculture (art. 74) et des transports et communications (art. 78), le législateur cantonal ne saurait encore charger les communes de réaliser une politique de promotion et, en particulier, d'intervenir en faveur des administrés, sous réserve de menues tâches administratives, comme la délivrance de renseignements tant à l'Etat qu'aux administrés ou encore la réception de requêtes formées par les administrés. Dans ces domaines, le législateur cantonal ne devrait pas non plus pouvoir mettre à la charge des communes tout ou partie des frais générés par l'accomplissement de la tâche en question. Cela dit, rien n'empêche les communes de mener, de leur propre initiative, des actions dans ces domaines, pourvu que l'intervention des communes n'entrave pas ou ne complique pas significativement la réalisation par l'Etat de ses tâches.

Il est toutefois à noter que lorsque le texte constitutionnel attribue une tâche à l'Etat et aux communes, la volonté du constituant n'était pas nécessairement d'y voir une attribution cumulative, une attribution alternative demeurant possible. Il a ainsi été clairement exposé en plénum que le « et » pouvait aussi parfois être « ou »⁵⁷. Il semble donc que le législateur aurait toute liberté de confier une tâche en particulier exclusivement à l'Etat ou exclusivement aux communes, alors même que d'après le texte constitutionnel cette tâche devrait être exécutée par l'Etat et par les communes. En outre, lorsque le constituant a mentionné « l'Etat et les communes », son propos n'était pas de procéder à une répartition précise des tâches entre l'Etat et les communes, cette répartition de détail étant au contraire du ressort de la loi. En se référant à « l'Etat et aux communes », le constituant a souhaité « marquer leur solidarité, la solidarité des tâches de l'Etat et des tâches des communes dans la réalisation des tâches publiques »⁵⁸.

Les débats sur l'art. 57 ont enfin été le lieu pour les constituants proches des communes de rappeler qu'il était souhaité que la répartition des tâches entre l'Etat et les communes procède d'une approche globale et non plus sectorielle comme par le passé⁵⁹.

⁵⁷ BOC 2003, p. 640.

⁵⁸ BOC 2003, p. 641.

⁵⁹ BOC 2003, p. 639.

4. *Accomplissement de tâches par des tiers*

De nos jours, l'administration de promotion moderne a de plus en plus fréquemment recours à la délégation de tâches publiques à des tiers. Cette délégation est une réalité pratique, reconnue tant par la doctrine que par la jurisprudence⁶⁰. Elle trouve aujourd'hui une codification bienvenue dans la Constitution.

Au contraire des Constitutions bernoise (art. 95) et vaudoise (art. 39 al. 4), l'art. 54 énonce les conditions qui doivent être réunies pour pouvoir recourir à la délégation. Ces conditions sont exigeantes, voire dans une certaine mesure plus strictes que la jurisprudence fédérale.

La délégation doit tout d'abord être prévue dans une loi, en cas de délégation par l'Etat, ou dans un règlement communal, en cas de délégation par les communes. Alors que le Tribunal fédéral exige une base légale au sens formel pour les délégations de tâches impliquant l'exercice de la puissance publique⁶¹, toute délégation de tâches quelle qu'elle soit nécessitera en droit fribourgeois une telle base légale, eu égard à la terminologie explicite que le constituant a retenu pour qualifier les différentes catégories d'actes législatifs (cf. art. 91 et 93 al. 2). Le texte constitutionnel ne définit toutefois pas quel devra être le contenu de cette base légale. Afin de répondre aux besoins de l'administration de promotion moderne, on ne devrait pas se montrer trop rigoureux sur cette question. A l'instar de la Constitution bernoise, ce n'est que lorsque que la délégation implique des prestations importantes, la restriction de droits fondamentaux ou la perception de contributions publiques qu'on devrait attendre de la loi qu'elle précise la nature et l'étendue des tâches publiques déléguées.

La délégation doit ensuite être justifiée non seulement par un intérêt public, mais encore par un intérêt public prépondérant, probablement par rapport à l'intérêt à ce que la tâche en question soit assurée directement par l'Etat ou les communes.

⁶⁰ ANDRÉ GRISEL, *Traité de droit administratif*, vol. 1, Neuchâtel 1984, p. 297 sv. ; BLAISE KNAPP, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main 1991, n° 2720 ss.

⁶¹ URS BOLZ, *La nouvelle constitution article par article*, in Kälin/Bolz (éd.), *Manuel de droit constitutionnel bernois*, Berne 1995, p. 508 et les références citées ; ATF 104 Ia 446 consid. 4c.

Enfin, la protection juridique doit être assurée, par quoi il faut comprendre que les actes des organismes délégataires doivent pouvoir être entrepris devant la juridiction administrative. Fondées sur le droit public, les mesures que ces organismes prennent dans des cas d'espèce au sujet des droits et des obligations des administrés sont d'ailleurs des décisions définies par l'art. 4 CPJA, c'est-à-dire soumises de plein droit au recours administratif⁶².

Toute tâche publique peut a priori faire l'objet d'une telle délégation. En particulier, le texte constitutionnel n'exclut pas la délégation de tâches impliquant l'exercice de la puissance publique⁶³, si l'on excepte la force publique dont l'Etat détient le monopole, en vertu de l'art. 76 al. 2 Cst. Il est ainsi possible de déléguer le perfectionnement du corps enseignant à des institutions privées, la gestion de structures d'accueil de la petite enfance à des associations, des prestations de santé publique à des cliniques privées ou encore le contrôle des installations de chauffage et des citernes à mazout à des ramoneurs ou à d'autres artisans. La délégation de compétences législatives à des tiers au sens de l'art. 54 est plus problématique. L'art. 93 ne semble pas l'exclure. Si la doctrine admet une délégation de compétences législatives à des établissements de droit public, une telle délégation à des entités privées est en revanche controversée⁶⁴.

La personne du délégataire peut aussi bien être une personne morale, publique (établissement, fondation) ou privée (association, fondation, société coopérative, société à responsabilité limitée, société anonyme), qu'une personne physique. Des tâches publiques doivent aussi pouvoir être déléguées à des entités dépourvues de personnalité juridique, comme une commission de l'Etat, une institution scolaire ou un consortium.

A relever que quiconque se voit attribuer une tâche publique a, dans l'exercice de celle-ci, les mêmes compétences que l'administration publique⁶⁵. Corollaire à cette attribution, le délégataire de tâches publiques devra respecter les principes de l'activité étatique et, en

⁶² Cf. GRISEL, *op. cit.*, p. 302.

⁶³ BOLZ, *op. cit.*, p. 506.

⁶⁴ RENÉ RHINOW, *in* Commentaire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874, n° 80 ss ad art. 32 (état février 1991) et les références citées.

⁶⁵ FRITZ GIGY, *Verwaltungsrecht*, Berne 1986, p. 58.

particulier, respecter les règles de l'ordre juridique (art. 4)⁶⁶. Sa responsabilité pour acte illicite devra être incluse dans la responsabilité civile des collectivités publiques⁶⁷, au sens de l'art. 90.

A l'alinéa 2, le constituant a voulu souligner que l'Etat ou les communes ne perdent pas toute responsabilité en déléguant des tâches ; leur responsabilité se trouve au contraire renforcée, en ce sens qu'il leur appartient de mettre en place les moyens permettant d'exercer une surveillance efficace sur le délégataire⁶⁸. Le législateur devra encore préciser quel organe doit exercer cette surveillance et comment celle-ci doit s'exercer.

S'agissant de la possibilité pour l'Etat et les communes de participer à des entreprises ou d'en créer (al. 3), cette disposition a été adoptée dans la perspective de la réalisation de tâches publiques. En revanche, elle n'appréhende pas des participations qui seraient prises uniquement à des fins de placement. La fin d'exercice d'une tâche publique par une prise de participation devra toutefois être admise assez facilement, si l'on se souvient que, lors des débats, il a été précisé que le sauvetage d'emplois peut être considéré comme l'exercice d'une tâche publique et qu'une participation de l'Etat à des entreprises dans ce but-là serait admissible⁶⁹.

Le texte constitutionnel ne mentionne pas le type d'entreprise qui est visé ici. On peut en déduire que l'Etat et les communes peuvent participer à toutes les espèces de personnes morales, de l'association à la société anonyme⁷⁰.

En commission a été évoqué le danger que l'Etat, dans le cadre d'un projet important, recoure à la participation à des entreprises ou en crée afin d'éviter le référendum sur l'ensemble du projet. La commission a toutefois estimé qu'il n'était pas opportun de prévoir une disposition particulière sur cette question dans la Constitution ; elle était toutefois d'avis qu'il appartiendrait au législateur de prendre des

⁶⁶ AUBERT/MAHON, op. cit., n° 4 ad art. 5.

⁶⁷ GRISEL, *ibid.*

⁶⁸ BOC 2003, p. 124.

⁶⁹ BOC 2003, p. 125.

⁷⁰ JEAN-FRANÇOIS LEUBA, Dispositions financières, *in* Pierre Moor (éd.), La Constitution vaudoise du 14 avril 2003, Berne 2004, p. 317.

mesures visant à empêcher que les règles sur le référendum soient éludées ⁷¹.

C. Quelques dispositions spéciales

Nous aborderons dans cette section quelques dispositions spéciales (art. 55 et suivants) qui ont une portée particulière, qui ont suscité des débats nourris ou qui marquent un changement significatif par rapport à la situation actuelle.

1. Sécurité matérielle

A teneur de l'art. 115 Cst. féd., l'assistance des personnes dans le besoin est une tâche cantonale. Les cantons disposent d'une large marge de manœuvre dans le domaine de l'aide sociale ⁷². Il paraît dès lors justifié que la Constitution cantonale, en son art. 55, prévoie cette tâche, à l'image de toutes les constitutions cantonales récemment révisées ⁷³.

Selon l'art. 55, l'aide sociale ressortit à la compétence concurrente de l'Etat et des communes. Il appartient à la loi de définir le rôle respectif de l'un et des autres. Il appartient également à celle-ci de définir, à l'intérieur du canton, la responsabilité territoriale de l'aide sociale, étant entendu que, dans les relations intercantionales, cette responsabilité revient au canton de domicile (art. 115 Cst. féd.). Il est à noter que la Constituante a rejeté un amendement qui tendait à la *cantonisation* de l'aide sociale et, par conséquent, à la suppression des actuels services sociaux régionaux, amendement qui était présenté comme source d'économies, de justice et d'efficacité ⁷⁴.

Les art. 55 et 56 complètent, sous forme d'objectifs sociaux, l'art. 36 qui confère à toute personne le droit d'être logée de manière appropriée, d'obtenir des soins médicaux et les autres moyens indispensables au maintien de sa dignité. Il reviendra à la loi de déterminer

⁷¹ Rapport final, p. 31.

⁷² BOLZ, op. cit., p. 253.

⁷³ Art. 24 Cst. JU, § 39 Cst. AG, § 103 Cst. BL, § 65 Cst. TG, art. 95 Cst. SO, art. 38 Cst. BE, art. 5 al. 1 let. h Cst. NE, art. 60 Cst. VD.

⁷⁴ BOC 2003, p. 131 à 133.

dans quelle mesure une aide sera fournie au-delà du standard social minimal justiciable de l'art. 36.

Dans le domaine du travail, il est à relever que la Constituante a renoncé lors de la première lecture à confier au législateur le soin de fixer un salaire minimum ⁷⁵.

2. *Economie*

A l'art. 57, la volonté du constituant a été de codifier la pratique actuelle, à savoir qu'il appartient à l'Etat, et non aux communes, de créer des conditions-cadres favorables, mais que son rôle n'est pas d'intervenir sur le terrain de l'économie privée ⁷⁶. Cette approche peut paraître quelque peu contradictoire par rapport aux motifs qui ont été retenus à propos de la participation de l'Etat à des entreprises privées ⁷⁷.

Les régales (historiques) dont il est question à l'art. 58 sont avant tout les régales de la chasse, de la pêche, de l'utilisation de la force des eaux courantes, des mines et des hydrocarbures ⁷⁸.

3. *Familles*

L'activité étatique en relation avec les familles est régie de façon cohérente par deux articles : l'art. 59 décrit les principes, tandis que l'art. 60 énonce les mesures à mettre en œuvre en vue de soutenir les familles.

En disposant à l'art. 59 al. 1 qu'il convient de protéger et de soutenir les familles dans leur diversité, le constituant a expressément renoncé, sans doute avec raison, à définir la notion de famille ⁷⁹. Partant du constat qu'une politique familiale moderne ne doit plus définir la

⁷⁵ BOC 2003, p. 125 à 131.

⁷⁶ BOC 2003, p. 653 à 655.

⁷⁷ Cf. *supra* I.B.4.

⁷⁸ Cf. art. 17 ss de la loi sur la chasse et la protection des mammifères, des oiseaux sauvages et de leurs biotopes (RSF 922.1), art. 3 de la loi sur la pêche (RSF 923.1), art. 1 de l'arrêté pour l'exécution de la loi fédérale sur l'utilisation des forces hydrauliques (RSF 773.11), art. 1 de la loi sur l'exploitation des mines (RSF 931.1) et art. 1 de la loi sur la recherche et l'exploitation des hydrocarbures (RSF 931.2).

⁷⁹ Rapport intermédiaire, p. 14.

famille par un certificat de mariage, mais par la présence d'une relation parents - enfants ⁸⁰, il a donné à la notion de famille un caractère évolutif, tout en prescrivant au législateur de ne pas se limiter aux institutions juridiques actuelles lors de la concrétisation de la politique familiale. En se référant à la diversité des familles, il avait en tête non seulement les familles traditionnelles, les familles monoparentales, les familles recomposées, les familles adoptives ou d'accueil, mais aussi les familles où les parents ne sont pas mariés ou celles dans lesquelles les grands-parents ou d'autres membres de la famille s'occupent des enfants ⁸¹, voire les familles de couples homosexuels ⁸². En définitive, il appartiendra au législateur de définir quelles familles doivent être mises au bénéfice de quelle protection et de quel soutien.

L'art. 59 al. 2 souligne que l'Etat doit prendre en considération, dans l'ensemble de ses activités, les familles et leurs besoins⁸³. Il prescrit à l'Etat de mener une véritable politique incitative à l'égard des familles, en favorisant tout ce qui est lié à la maternité et à la paternité ⁸⁴. Mais cette politique familiale doit être abordée dans sa globalité, en ce sens que les différentes actions de l'Etat en faveur des familles doivent être coordonnées, de façon notamment à ce qu'il n'y ait pas de mesures soit qui s'annulent, soit qui se cumulent ⁸⁵.

A l'art. 60 consacré aux mesures destinées à soutenir les familles, le constituant a choisi à dessein de parler de « prestations », dès lors qu'il existe diverses formes de prestations en faveur de l'enfant, et non pas simplement des allocations familiales comme nous les connaissons actuellement ⁸⁶.

L'art. 60 al. 1 pose le principe selon lequel « un enfant = une allocation ». Ce principe général veut que chaque enfant donne droit à une prestation et que celle-ci ne doit plus dépendre de la qualité de salarié des parents ou de leur condition modeste ⁸⁷. Ce faisant, on a

⁸⁰ BOC 2003, p. 656.

⁸¹ BOC 2003, p. 136 et p. 656.

⁸² BOC 2003, p. 136.

⁸³ Rapport intermédiaire, p. 14.

⁸⁴ Rapport final, p. 16 ; BOC 2003, p. 656.

⁸⁵ BOC 2003, p. 656.

⁸⁶ BOC 2003, p. 137 ; loi sur les allocations familiales (RSF 836.1).

⁸⁷ BOC 2003, p. 663 ss.

voulu introduire un encouragement par principe de la natalité. Le constituant était toutefois conscient qu'un tel système n'évite pas le phénomène de l'arrosoir, notamment s'agissant des personnes disposant de revenus élevés et d'une fortune importante. Pour lui, il appartiendra à la législation d'en affiner les modalités de distribution ⁸⁸.

L'art. 60 al. 2 prescrit à l'Etat d'octroyer des prestations complémentaires pour les enfants en bas âge des familles dont les moyens financiers sont insuffisants. Des prestations sociales sont actuellement allouées pour les enfants – quel que soit leur âge – de personnes dans le besoin, en application de la loi sur l'aide sociale ⁸⁹ et de ses dispositions d'exécution. Cette tâche est toutefois confiée en principe aux communes (art. 7 et 15 LASoc) et est financée par l'Etat et les communes, à raison de la moitié chacun (art. 32 LASoc), alors que l'art. 60 Cst. semble confier cette tâche exclusivement à l'Etat. En outre, il est alloué des allocations de maternité en faveur de femmes dans une situation économique modeste ⁹⁰. Il conviendra ainsi d'adapter la législation au prescrit l'art. 60 al. 2 Cst. et, cas échéant, de développer les mesures en place.

L'accueil de la petite enfance est actuellement régi par la loi sur les structures d'accueil de la petite enfance ⁹¹. Selon cette loi, il appartient aux communes de veiller à ce qu'il y ait suffisamment de places d'accueil et de subventionner ces places, l'Etat ayant un rôle subsidiaire (art. 3 de la loi). L'accueil parascolaire est actuellement mis en place à l'initiative des communes ou d'associations privées (associations de parents d'élèves). L'art. 60 al. 3 Cst. semble amorcer un changement, en ce sens qu'il appartient désormais à l'Etat de s'occuper de cette tâche ⁹².

4. *Etrangers et étrangers*

La loi sur le droit de cité fribourgeois ⁹³ ne prévoit aucune voie de droit contre les refus du droit de cité cantonal et du droit de cité com-

⁸⁸ Rapport final, p. 16.

⁸⁹ LASoc (RSF 831.0.1).

⁹⁰ Loi sur les allocations de maternité (RSF 836.3).

⁹¹ RSF 835.1.

⁹² Cf. rapport final de la Commission 3, p. 16 et 17.

⁹³ LDCF (RSF 114.1.1).

munal. L'art. 18 de dite loi prévoit la perception d'un denier de naturalisation, en sus d'un émolument administratif. Ces règles sont en porte-à-faux avec l'art. 69 ; elles devront être révisées.

5. *Transports et communications*

En prescrivant que l'Etat favorise les transports publics et le trafic non motorisé, l'art. 78 al. 3 est plus incisif que l'art. 2 al. 3 de la loi sur les transports⁹⁴, lequel dispose que l'autorité compétente peut adopter des mesures privilégiant les transports publics pour des motifs d'intérêt général, à condition que ces mesures soient prises dans le cadre de plans directeurs régionaux, intercommunaux ou locaux, au sens de la loi sur l'aménagement du territoire. Une révision de cette disposition légale paraît inéluctable.

II. FINANCES

A. Généralités

Comme l'a relevé le rapporteur de la Commission 3 à l'orée des débats de la deuxième lecture, « on a environ une centaine d'articles pour dépenser les impôts des contribuables et on a seulement quatre articles pour s'occuper des recettes »⁹⁵. On peut toutefois rapprocher de ces quatre dispositions l'art. 102 (compétences financières du Grand Conseil), l'art. 113 (compétences financières du Conseil d'Etat), l'art. 132 (autonomie des communes dans la fixation et le prélèvement des contributions communales), l'art. 133 (péréquation financière), ainsi que les art. 45 let. b, 46 al. 1 let. b et 99 al. 3 (référérendum financier).

Les quatre articles du titre V n'ont pas un champ d'application uniforme. Alors que les dispositions sur les impôts (art. 81), sur le principe d'économie (art. 82) et sur la publicité et la surveillance s'appliquent aussi bien à l'Etat qu'aux communes, l'article relatif à l'équilibre budgétaire ne concerne que l'Etat.

On peut regretter que le constituant n'ait pas posé comme principe que toute recette et toute dépense doivent reposer sur une base légale,

⁹⁴ RSF 780. 1.

⁹⁵ BOC 2003, p. 694.

ne serait-ce déjà que dans une optique didactique. Avec la rapporteure de la Commission ⁹⁶, on peut admettre que cette idée peut être déduite, s'agissant des recettes, de l'art. 81 al. 2 qui dispose qu'il y a lieu de tenir notamment compte du principe de la légalité lors de la perception des impôts et des autres contributions. Pour ce qui a trait aux dépenses, il est unanimement admis que l'exigence d'une base légale trouve application non seulement dans le domaine de l'administration de restriction, mais également dans le domaine de l'administration de promotion ⁹⁷. Le principe de la base légale pour les dépenses pourra néanmoins être tiré de l'art. 4, selon lequel toute activité de l'Etat se fonde sur le droit.

A regretter encore que le constituant n'ait pas élevé au rang constitutionnel l'obligation de compenser les effets de la progression à froid (cf. art. 167 al. 3 Cst. VD).

On peut également se demander s'il eut été utile d'énoncer dans la Constitution les ressources financières de l'Etat autres que celles provenant de la fiscalité (rendement du patrimoine financier et administratif, revenus d'activités économiques génératrices de profits, prestations de la Confédération, conclusion de prêts et d'emprunts publics, etc.), à l'image de l'art. 102 Cst. BE. Comme une telle disposition n'aurait eu qu'une valeur informative et aurait difficilement pu être exhaustive, on ne peut toutefois en faire grief à la Constituante, ce d'autant plus qu'il lui a souvent été reproché d'avoir adopté des dispositions par trop détaillées et des règles de niveau légal.

Avec raison, la Constituante a renoncé à introduire dans le texte constitutionnel une liste exhaustive des contributions que les collectivités publiques sont fondées à prélever. Cette approche évitera de devoir procéder à une révision constitutionnelle et, partant, à un référendum obligatoire, lors de l'introduction de toute nouvelle contribution.

B. Les contributions publiques

Sous le titre médian impropre « Impôts », l'art. 81 traite en réalité non seulement des impôts, mais aussi de l'ensemble des contributions

⁹⁶ BOC 2003, p. 212.

⁹⁷ XAVIER OBERSON/PIERRE-ALAIN GUILLAUME, Le régime financier dans le droit constitutionnel des cantons, in Thürer/Aubert/Müller (éd.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zurich 2001, p. 1233 ; ATF 118 Ia 46 consid. 5b.

publiques nécessaires à l'exécution des tâches de l'Etat et des communes. Pour mémoire, on rappellera qu'en matière de contributions publiques, on distingue habituellement les impôts au sens étroit, les taxes causales⁹⁸ et les taxes d'orientation⁹⁹.

L'alinéa 2 de cette disposition énonce les principes dont l'Etat et les communes doivent tenir compte lors de la levée de toute contribution publique : il s'agit des principes de la légalité, de l'universalité, de l'égalité et de la capacité économique.

Le principe de la légalité postule que les contributions publiques doivent reposer sur une base légale. Et les exigences de la jurisprudence en cette matière sont particulièrement strictes. Il est ainsi nécessaire qu'une loi au sens formel définisse le montant, le taux, les conditions et le cercle des débiteurs des impôts et autres redevances¹⁰⁰. Une exception à cette règle n'est admise qu'en présence d'émoluments de chancellerie d'un montant modeste¹⁰¹.

Le principe de l'universalité ou de la généralité concerne l'aspect subjectif du rapport de droit fiscal. Il demande que « tout le monde » prenne une part au financement des tâches publiques, et non pas que « tout le monde » soit soumis à tous les impôts¹⁰². Il en résulte que les contribuables doivent être déterminés de manière appropriée et que des privilèges ou des discriminations sont interdits¹⁰³.

Le principe de l'égalité de traitement n'est que l'application de l'art. 9 aux contributions publiques. Il exige que les contribuables placés dans des situations semblables soient traités de manière identique et que les contribuables placés dans des situations dissemblables soient traités différemment¹⁰⁴.

⁹⁸ Qui elles-mêmes se subdivisent en trois catégories : l'émolument, la charge de préférence et la taxe de remplacement.

⁹⁹ OBERSON/GUILLAUME, op. cit., p. 1227.

¹⁰⁰ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, op. cit., n° 1756, p. 620 et les références citées ; KLAUS A. VALLENDER/RENÉ WIEDERKEHR, in B. Ehrenzeller (éd.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zurich 2002, n° 6 ad art. 127 ; ATF 127 I 60.

¹⁰¹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, op. cit., n° 1756, p. 620 et les références citées.

¹⁰² AUBERT/MAHON, op. cit., n° 8 ad art. 127.

¹⁰³ BOLZ, op. cit., p. 529.

¹⁰⁴ Par ex. ATF 125 I 65.

Quant au principe de la capacité économique, il s'applique généralement aux impôts directs, en requerrant une imposition progressive (à taux croissant) ou, à tout le moins, proportionnelle (à taux constant)¹⁰⁵. Comme le constituant fribourgeois a attaché ce principe, comme d'ailleurs tous les autres, à l'ensemble des contributions publiques, il devrait conduire à l'adoption de taux différenciés pour les contributions causales. A peine de compliquer à l'excès l'activité administrative, on ne devrait toutefois pas être trop rigoureux lors de l'application de ce principe aux contributions causales. D'un point de vue pratique, il ne paraît au demeurant guère pensable de revoir l'ensemble de la réglementation relative aux (très) nombreuses contributions causales prélevées par l'Etat et les communes.

Au chapitre des propositions qui ont échoué, il sied de préciser que le plénum a rejeté un amendement qui avait pour objectif d'introduire dans la Constitution le concept de l'impôt négatif. Selon ce concept, le contribuable qui réalise un faible revenu et qui, compte tenu des déductions sociales auxquelles il a droit, arriverait à un revenu imposable théorique négatif, bénéficierait d'une prestation positive de l'Etat, sous forme d'une subvention¹⁰⁶. A ce propos, la rapporteure de la commission a toutefois relevé que ce concept pouvait être appréhendé par le principe de la capacité économique de l'art. 81 al. 2 et que le législateur était par conséquent fondé à prendre ce genre de mesures¹⁰⁷.

En première comme en deuxième lecture, le plénum a également scellé négativement le sort d'un amendement qui consistait à introduire dans le texte constitutionnel le système du rabais fiscal, lequel consiste à exonérer les ménages de travailleurs ou d'indépendants pauvres d'une partie de leur dette fiscale¹⁰⁸.

Enfin, la Constituante n'a pas voulu d'une règle qui aurait prescrit aux communes de fixer leur impôt entre 80 et 100 % de l'impôt payé à l'Etat¹⁰⁹.

¹⁰⁵ LEUBA, op. cit., p. 328 ; AUBERT/MAHON, op. cit., n° 10 ad art. 127.

¹⁰⁶ BOC 2003, p. 207 à 213.

¹⁰⁷ BOC 2003, p. 213.

¹⁰⁸ BOC 2003, p. 208 à 213 ; BOC 2003, p. 694 à 698.

¹⁰⁹ BOC 2003, 208 à 213.

C. Principe d'économie

L'art. 82 traite de deux aspects de la gestion financière.

Tout d'abord, il dispose, en son alinéa 1, que « l'Etat et les communes gèrent les finances publiques avec économie ». Norme-programme s'il en est, cette disposition doit guider la gestion des finances et la gestion publique en général. Si l'on doute que l'on pourra en faire une application directe et concrète, elle pourrait avoir une certaine utilité lorsqu'il s'agira d'apprécier, dans le cadre du pouvoir de surveillance, l'activité de l'exécutif ¹¹⁰.

L'alinéa 2 de cette disposition aborde ensuite l'exigence de la vérification périodique des tâches et des subventions. Il incombe ainsi à l'Etat et aux communes d'examiner si celles-ci sont toujours efficaces, nécessaires et supportables financièrement. Si l'examen périodique des subventions est connu en droit actuel ¹¹¹, le contrôle des tâches constitue une authentique nouveauté que le législateur devra concrétiser. Quant à la périodicité de cet examen, elle devra être fixée par le législateur. S'agissant des subventions, ce délai est fixé actuellement à six ans ¹¹².

Contrairement aux Constitutions bernoise et vaudoise ¹¹³, le constituant fribourgeois n'a pas imposé au gouvernement d'examiner, avant de présenter un projet de loi entraînant une nouvelle tâche, comment la financer. Cette idée figure toutefois déjà dans la loi ¹¹⁴.

D. Equilibre budgétaire

L'art. 83 al. 1 pose comme principe que l'Etat doit équilibrer son budget de fonctionnement. Cette règle, qui est assurément empreinte de sagesse et qui figure en bonne place dans nombre de constitutions cantonales, n'est pas nouvelle. L'art. 15 al. 3 de la Constitution de 1857 disposait en effet déjà, peut-être dans une rédaction plus réaliste, que « la plus grande économie devra être apportée dans l'emploi des

¹¹⁰ LEUBA, op. cit., p. 318.

¹¹¹ Cf. art. 35 de la loi sur les subventions (RSF 616.1).

¹¹² Id.

¹¹³ Art. 101 al. 3 Cst. BE et art. 163 al. 2 Cst. VD.

¹¹⁴ Art. 8 de la loi sur les finances de l'Etat (LFE ; RSF 610.1).

finances de l'Etat, et l'administration devra surtout s'appliquer à rétablir le plus tôt possible l'équilibre entre les recettes et les dépenses ».

On peut toutefois déceler deux différences, du moins apparentes, entre les deux textes. La disposition de 1857 était formulée comme un objectif à atteindre, tandis que l'article de 2004 est rédigé comme une règle qu'il convient de réaliser, sauf exception, en tout temps et, par conséquent, dès à présent. La différence entre ces deux versions risque toutefois de s'amenuiser en pratique, en ce sens que la règle de l'art. 83 se transformera probablement, malheureusement par la force des choses, en un vœu pieux. L'autre divergence porte sur l'objet de la règle. Alors que la Constitution de 1857 visait l'ensemble des recettes et des dépenses, le texte de 2004 se limite, même si c'est déjà beaucoup, à l'équilibre du budget de fonctionnement. Sur ce point, la disposition de 2004 apparaît moins contraignante.

L'alinéa 2 de l'art. 83 – en prescrivant que l'Etat doit tenir compte de la situation conjoncturelle et d'éventuels besoins financiers exceptionnels – apparaît comme la règle d'exception au principe de l'alinéa 1. Il est en outre l'exécution de l'art. 100 al. 4 Cst. féd., aux termes duquel la Confédération, les cantons et les communes fixent leur politique budgétaire en prenant en considération la situation conjoncturelle.

Cette disposition prescrit à l'Etat de pratiquer une politique financière anticyclique, à savoir d'atténuer les cycles économiques. Cette politique consiste à épargner, en constituant des réserves ou en amortissant ses dettes, en période conjoncturelle favorable, et à dépenser et à s'endetter significativement en période de récession¹¹⁵. Eu égard à la mondialisation de l'économie, une telle politique, fût-elle menée à l'échelle de tout le canton, n'est cependant pas assurée d'apporter le résultat escompté. Qui plus est, ces thèses, spécialement celle qui veut que l'on constitue des réserves en temps de prospérité, ne sont politiquement pas aisées à appliquer.

L'alinéa 3 prescrit que les déficits engendrés dans les situations d'exception de l'alinéa 2 doivent être compensés dans les années suivantes. Le délai utile à cette compensation est le résultat d'un compromis qui s'est dégagé après qu'un nombre important de constituants

¹¹⁵ AUBERT/MAHON, op. cit., n° 14 ad art. 100.

se furent opposés au délai de cinq ans de l'avant-projet, en alléguant qu'une échéance quinquennale était trop courte et que ce délai devrait au contraire être le double de la durée des cycles économiques¹¹⁶. L'assouplissement de l'échéance, qui est désormais exprimée de façon imprécise, risque fort de rendre sans effet la règle qui, quoique impérative, est déjà pratiquement dépourvue de sanction.

On peut se demander si la règle légale qui veut que le coefficient de l'impôt soit augmenté lorsque le budget de fonctionnement atteint un certain déficit¹¹⁷ – que l'on appelle communément « cote d'alerte » – est encore compatible avec l'art. 83 al. 1 Cst., en ce sens qu'elle « légaliserait » une certaine marge de déficit. Assurément, cette question se posait déjà sous l'empire de l'ancienne Constitution. En droit futur, la solution consistera probablement en une interprétation conforme à la Constitution de 2004 de la loi sur les finances, selon laquelle un déficit du compte de fonctionnement est admissible pour autant que l'on se trouve dans l'un des cas de figure de l'art. 83 al. 2.

E. Publicité et surveillance

L'art. 84 al. 1 apporte une publicité bienvenue au budget et aux comptes de l'ensemble des collectivités publiques et de leurs établissements, ainsi qu'aux comptes des autres institutions étatiques. Il fonde un droit justiciable nouveau en faveur des administrés.

A cet égard, on a sciemment renoncé à la publicité du budget des autres institutions étatiques, eu égard au fait que le budget est l'expression d'une certaine stratégie dans un domaine concurrentiel. On visait avant tout la Banque Cantonale de Fribourg¹¹⁸.

L'art. 84 al. 2 dispose quant à lui que la surveillance des finances de l'Etat et des communes doit être assurée par un organe dont l'indépendance est garantie. Pour apprécier cette indépendance, on pourra probablement se laisser guider, *mutatis mutandis*, par les principes applicables à l'organe de révision des sociétés anonymes¹¹⁹. Les

¹¹⁶ BOC 2003, p. 216.

¹¹⁷ Cf. art. 41 al. 3 LFE.

¹¹⁸ BOC 2003, p. 220.

¹¹⁹ Cf. art. 727c CO. A noter à ce propos que, dans le sillage des différents scandales financiers survenus en Suisse et à l'étranger et eu égard à l'évolution législa-

membres de l'organe de surveillance devraient ainsi être indépendants de l'exécutif de la collectivité publique concernée. En principe, ils ne devraient pas être au service de la collectivité soumise à révision ni exécuter pour elle des travaux incompatibles avec leur mandat de vérification. En aucun cas, ils ne devraient accepter des avantages particuliers de leur mandat.

A l'heure actuelle, la surveillance des finances de l'Etat est assurée par l'Inspection des finances ¹²⁰. Il s'agit d'un service autonome, rattaché administrativement à la Direction des finances, et indépendant dans l'exercice de ses attributions ¹²¹. Il est à noter que la Commission 3, examinant l'opportunité de l'institution d'une cour des comptes, a estimé que « le contrôle par un service indépendant suffisait et avait donné satisfaction jusqu'ici » ¹²². On peut en déduire que l'Inspection de finances satisfait, du moins aux yeux de la commission, à l'exigence d'indépendance prévue par l'art. 84 al. 2.

tive intervenue dans ce domaine tant aux Etats-Unis qu'au sein de l'Union européenne, le Conseil fédéral a adopté le 23 juin 2004 un projet de loi fédérale tendant notamment à renforcer les dispositions relatives à l'indépendance des organes de révision (cf. art. 728 P-CO ; FF 2004 3745 [3891]).

¹²⁰ Art. 48 al. 1 LFE.

¹²¹ Art. 48 al. 2 LFE.

¹²² Rapport final, p. 30.

POUVOIRS LÉGISLATIF ET EXÉCUTIF : RÈGLES GÉNÉRALES, ORGANISATION ET FONCTIONNEMENT

Pierre Scyboz

Avocat, conseiller juridique de la Constituante *

« Le pouvoir du législatif s'érode, il devra revoir son mode de fonctionnement. »

Charly Haenni
Président du Grand Conseil 2003 ¹

« [Cette disposition], comme d'ailleurs [d'autres] prévues par cette commission, dénote une certaine défiance à l'égard du gouvernement. Je considère qu'il s'agit là d'une erreur [...] »

Félicien Morel
Président du groupe Ouverture de la Constituante,
ancien conseiller d'Etat ²

INTRODUCTION

La participation à la révision totale d'une constitution est une aventure passionnante. Formatrice aussi. Les occasions d'apprendre sont nombreuses et variées, comme les matières « enseignées » : beaucoup

* Notre contribution doit beaucoup, d'une part, à l'important travail de recherche et de conseil de notre collègue Tarkan Göksu, qui a suivi de manière prioritaire les travaux de la Commission 5, et, d'autre part, aux discussions que nous avons pu avoir avec Antoine Geinoz, secrétaire général de la Constituante, ainsi qu'avec les membres du Service de législation. Que toutes ces personnes trouvent ici l'expression de notre amicale gratitude.

Adresses Internet vérifiées pour la dernière fois le 7 janvier 2005. Les documents cités par référence au site www.fr.ch/constituante se trouvent également sur le CD-ROM d'archives joint à ce numéro spécial.

¹ Interview de C. Haenni par C. Gasco et J.-M. Angéloz, *L'Objectif* du 4 au 7 juin 2004, p. 7. Cf. ég. BGC 2003, p. 1872 ss (discours de fin de présidence de Charly Haenni), où l'on peut lire : « Le pouvoir appartient quasi exclusivement à l'exécutif. » (p. 1873).

² BOC 2003, p. 301 (lecture « 1 » de l'art. 115 de l'avant-projet, devenu finalement l'art. 101) ; cf. ég. BOC 2002, p. 361 s. (intervention de Félicien Morel lors de la lecture « 0 » de la thèse 5.2.3.21, à l'origine des art. 115/101).

de politique – de celle d’Aristote, gravée en lettres majuscules dans le marbre, à la politique « politicienne », voire à la politicaillerie, en passant par la gestion courante des affaires de la cité –, de l’économie, de la sociologie, l’art subtil de la diplomatie, les relations humaines, la rapidité comme la patience, parfois même un peu de droit. On apprend des autres, sur les autres, et souvent sur soi-même. L’ampleur de la tâche contraint cependant surtout à apprendre la modestie : avec comme point de départ une belle feuille blanche, l’assemblée remet tout à plat, ou presque, de « A » comme « arbitraire » (art. 10³) à « Z » comme « zone [le long de la frontière linguistique] » (thèse 1.6.4.3 adoptée en lecture « 0 »)⁴.

Modestie donc. Un sentiment qui prévaut aussi au moment de rédiger cette contribution. L’organisation et le fonctionnement des autorités, un domaine qui ne subit pour ainsi dire jamais de bouleversement, même si c’est peut-être celui où le constituant cantonal jouit de la plus grande autonomie⁵ ? Sans doute. La réduction du nombre des députés et la création d’un secrétariat propre pour le Grand Conseil seraient les seules innovations dignes d’intérêt⁶ ? Pas sûr. La simple lecture du texte de la nouvelle Constitution (art. 85 à 93, 94 à 98, 106 à 109, 118 et 119⁷) soulève de nombreuses questions. Certainement plus que les quelques réponses que nous pourrions y apporter dans le

³ Les articles n’ont été renumérotés, de manière régulière et définitive, qu’après la lecture « 3 », juste avant le vote final du 30 janvier 2004. La table de concordance publiée à la fin de ce numéro spécial devrait permettre au lecteur égaré de retrouver son chemin.

⁴ « [...] dans les communes mixtes situées dans la zone le long de la frontière linguistique, le français et l’allemand sont les langues officielles. »

⁵ Dans ce sens, P. MAHON, La constitution vaudoise dans le contexte du mouvement constitutionnel suisse du dernier quart de siècle, in P. MOOR (édit.), La Constitution vaudoise du 14 avril 2003, Berne 2004, p. 1 ss, en particulier p. 27.

⁶ Cf. S. JULAN, Deux chartes sous la loupe : principales différences, *La Gruyère* du 20 avril 2004, p. 9, et P. CASTELLA, Les 10 principales nouveautés du projet de Constitution, *La Liberté* du 5 mai 2004, p. 12 s., qui mentionnent ég. l’interdiction du cumul entre mandats cantonaux et fédéraux ainsi que la limitation de la durée du mandat de conseiller d’Etat.

⁷ Le cadre restreint de cette contribution nous a contraint à faire des choix. Nous avons principalement décidé de ne pas présenter les règles de compétence (art. 99 à 105 et 110 à 117).

cadre restreint de cette contribution. Alors, en avant pour la visite guidée⁸, sans plus tarder !

I. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

A. Remarques liminaires

1. *Champ d'application*

Lors de la procédure de consultation, des critiques ont été émises au sujet tant de la structure de l'avant-projet que du champ d'application des « dispositions générales » (art. 94 ss de l'avant-projet)⁹. Fondées, bien que parfois exagérées ou trop généralisées, ces critiques ont été très largement prises en compte, d'abord lors de discussions entre les conseillers juridiques de la Constituante et ceux du Service de législation, puis par la Commission de rédaction préparant la lecture « 2 »¹⁰. La solution retenue nous semble lever tout doute : les art. 85 à 93, qui constituent le Chapitre premier du Titre VI consacré aux « autorités cantonales », s'appliquent à toutes ces autorités, ou au moins à plus d'une d'entre elles¹¹ ; les règles « spéciales » propres à chaque autorité se trouvent dans les chapitres suivants (2 : Grand Conseil ; 3 : Conseil d'Etat ; 4 : Justice) ; quant aux autorités communales, traitées dans une subdivision indépendante (Titre VII), elles ne

⁸ Dans toute la mesure du possible, nous avons fait référence aux travaux préparatoires. Plusieurs dispositions, de nature essentiellement technique, n'ont cependant guère passionné le plénum. Les lignes que nous leur consacrons se fondent alors essentiellement sur les informations que nous avons pu recueillir en préparant les délibérations de la Commission 5 et de la Commission de rédaction, puis en y assistant. Les comptes-rendus de ces discussions n'étant pas publics, le lecteur devra s'en remettre au seul texte de la Constitution pour se faire sa propre opinion.

⁹ Cf. Synthèse de septembre 2003, p. 49 ; Observations du Service de législation, Denis Loertscher (17 juillet 2003), p. 2 s., Luc Vallery (3 juillet 2003), p. 1.

¹⁰ Cf. le document « Interventions directes de la Commission de rédaction dans le texte de l'avant-projet », du 30 octobre 2003 (www.fr.ch/constituante/doc/fichiers/lecture_2/interventions_redkom_f.pdf), ainsi que BOC 2003, p. 533 s.

¹¹ L'art. 87 al. 3 est la seule exception. Les art. 91 à 93 forment un tout qui, lui, concerne plus d'une autorité.

sont soumises aux art. 85 ss que partiellement et par analogie en vertu du renvoi de l'art. 131 al. 3¹².

L'art. 86 (« Eligibilité ») est une bonne illustration du champ d'application des dispositions générales – raison pour laquelle nous nous permettons de l'aborder dans la foulée. Alors que la capacité civique active (droit de voter et d'élire¹³) est régie dans la subdivision consacrée aux droits politiques (Titre III ; art. 39 et 48), les conditions d'éligibilité sont traitées en plusieurs endroits, en lien avec les diverses autorités concernées : à l'art. 131 pour les autorités communales, à l'art. 86 pour les autorités cantonales et à l'art. 40 al. 2 pour les deux membres fribourgeois du Conseil des Etats, la plus cantonale des autorités fédérales. En ce qui concerne les autorités cantonales, l'art. 86 al. 1 exige un domicile dans le canton pour exclure les Suisses de l'étranger (art. 39 al. 1 let. b)¹⁴ mais abandonne la limite d'âge de 25 ans révolus que prévoyait l'art. 32 al. 1 let. b aCst. pour l'accès aux fonctions des ordres exécutif et judiciaire – il suffit désormais d'être « majeur » (art. 39 al. 1)¹⁵.

La disposition sur le « respect du droit supérieur » (art. 122) illustre également à merveille la question du champ d'application. Nous examinerons ci-dessous cette règle « générale » déplacée, avant de rappeler brièvement le souvenir de deux dispositions générales supprimées.

2. Règles déplacées ou supprimées

a. Une règle « générale » déplacée

La Commission 6 avait proposé au plénum une thèse 6.11, adoptée sans la moindre opposition, pour certains comme lot de consolation

¹² Le renvoi ne concerne que les art. 85 (séparation des pouvoirs), 88 al. 1 (information du public) et 90 (responsabilité).

¹³ Appelé « exercice des droits politiques » dans la Constitution fédérale (art. 39) et « citoyenneté active » dans la nouvelle Constitution fribourgeoise (art. 39 et 48).

¹⁴ Nous avons déjà eu l'occasion de regretter cette exclusion (cf. T. GÖKSU/P. SCYBOZ, Droits politiques des étrangers et des Suisses de l'étranger, *in* L. VOLLERY/P. CORBOZ/H. CASANOVA/D. LOERTSCHER [édit.], *Le droit en mouvement*, numéro spécial « RFJ 10 ans », Fribourg 2002, p. 19 ss, en partic. p. 40 à 43).

¹⁵ Jusqu'au milieu des années 80, la règle valait d'ailleurs de manière générale pour l'ensemble des autorités cantonales, y compris le législatif. Cf. ég. l'art. 48 al. 1 LEDP et 2 de la Loi du 20 novembre 1975 sur les préfets (RSF 122.3.1).

après le refus d'introduire une juridiction constitutionnelle : « Les tribunaux du canton ont l'obligation d'examiner la conformité des dispositions législatives ou réglementaires cantonales au droit supérieur fédéral ou cantonal. »¹⁶. Lors de la transformation des thèses en avant-projet rédigé, la Commission de rédaction accepta de faire de la règle l'une des « dispositions générales », l'art. 94^{bis} : « Les autorités judiciaires et administratives n'appliquent pas les dispositions contraires au droit supérieur. » Ce texte fut accepté sans la moindre discussion en lecture « 1 » et envoyé en consultation¹⁷. Les tentatives de la Commission de rédaction de donner à la règle une portée encore plus générale au cours de la lecture « 2 » (« Les autorités n'appliquent pas [...] »¹⁸) se heurtèrent à la fois à la volonté de suppression pure et simple de la Commission 5¹⁹ et à celle de la Commission 6 de reprendre la règle dans la subdivision relative au pouvoir judiciaire (« Les autorités des juridictions civile, pénale et administrative n'appliquent pas [...] »²⁰), avec en toile de fond la crainte née lors de la procédure de consultation que la règle soit moins raisonnable que les al. 3 et 4 de l'art. 10 CPJA²¹. Finalement, l'assemblée rejeta la solution suggérée par la Commission de rédaction (« La loi peut prévoir des exceptions pour les autorités administratives de rang inférieur. »²²) et préféra suivre la proposition de la Commission 6²³.

Après l'échec, regrettable, de cette tentative de généralisation, le respect du droit supérieur est désormais assuré par deux groupes de règles : d'une part, l'art. 5 al. 4 Cst. féd. et les exigences minimales tirées du principe de la force dérogatoire du droit fédéral (art. 49 Cst. féd.)²⁴ ; d'autre part, l'art. 122 finalement adopté et l'art. 10 CPJA.

¹⁶ BOC 2002, p. 419 ss.

¹⁷ BOC 2003, p. 262.

¹⁸ BOC 2003, p. 462.

¹⁹ BOC 2003, p. 462.

²⁰ BOC 2003, p. 472.

²¹ «³ [L'autorité] n'applique pas [...] »⁴ Toutefois, une autorité administrative inférieure, statuant en première instance ou sur recours, doit appliquer une disposition légale, à moins que celle-ci ne soit manifestement irrégulière. »

²² BOC 2003, p. 462.

²³ BOC 2003, p. 701 ss, 2004, p. 156.

²⁴ Cf. T. GÖKSU, Über Sinn und Unsinn kantonaler Verfassungsgerichtsbarkeit, RFJ 2001, p. 107 ss, en partic. p. 111 ss.

b. Deux règles générales supprimées

Les art. 97 (« Récusation ») et 104 (« Conseils consultatifs ») ont tous deux été victimes de l'importante cure d'amaigrissement qu'a subi l'avant-projet en lecture « 2 »²⁵. Qu'il nous soit simplement permis de préciser que l'on ne doit pas y voir un silence qualifié du constituant. La récusation des membres des autorités continue à être régie par les règles existantes²⁶, sans doute plus adaptées que la disposition lacunaire de l'art. 97 de l'avant-projet²⁷. Quant aux « conseils consultatifs », la décision politique²⁸ de ne pas en parler dans le texte constitutionnel n'oblige pas à supprimer les institutions existantes²⁹ ni n'interdit d'en créer de nouvelles.

B. Actes des autorités

A l'exemple de la Confédération et d'autres cantons³⁰, la Constituante fribourgeoise a souhaité rédiger des dispositions consacrées aux « actes des autorités », en particulier à la forme de ceux-ci, à la clause d'urgence et à la délégation législative³¹. Une des premières démarches entreprises a consisté à faire connaître cette intention : si l'assemblée voulait conserver sa liberté de décision, elle devait obtenir que l'avant-projet de Loi sur les formes et la publication de la législation alors en consultation se limite à la seule question de la publication des actes législatifs. Sa voix fut entendue et les dispositions incriminées retirées de la loi³². Le Règlement adopté le 11 dé-

²⁵ L'avant-projet a perdu 12,57 % de son « poids » (en nombre de caractères) entre les lectures « 1 » et « 2 ». Cf. ég. note 126.

²⁶ Cf. p. ex. art. 109 s. LRGC, 15 et 32 al. 2 LOCEA, 53 ss LOJ, 42 ss CPC, 21 ss CPJA.

²⁷ Cf. Synthèse des résultats de la procédure de consultation de septembre 2003, p. 53 ; Observations du Service de législation, Luc Vollery (3 juillet 2003), p. 3.

²⁸ BOC 2003, p. 710 ss, 2004, p. 158 s.

²⁹ On pense surtout au Conseil des jeunes (www.cjfr.ch).

³⁰ Cf. p. ex. art. 163 ss et 182 al. 1 Cst. féd., 69, 74 et 88 Cst. BE, 43 Cst. TI, 43 et 69 Cst. NE, 67 s. et 75 s. Cst. SG, 34, 49 s., 53 et 65 Cst. SH, 110 Cst. VD, 18, 31 s. et 46 Cst. GR.

³¹ Débats : BOC 2002, p. 273 [ad thèse 4.7], 333 s. [ad 5.1.9] et 365 ss [ad 5.2.3.25], 2003, p. 276 et 709 s., 2004, p. 158.

³² BGC 2001, p. 1459 (introduction du message du Conseil d'Etat).

cembre 2001 par le Conseil d'Etat³³ renvoie d'ailleurs à la Constitution et à la Loi portant règlement du Grand Conseil pour la forme des actes de ce dernier. Il fixe par contre lui-même la forme des actes législatifs du Conseil d'Etat, des Directions et des autres autorités administratives (art. 12³⁴). La règle est, il est vrai, de moindre importance.

1. *Formes*

Actuellement (cf. art. 62 al. 2 et 3 LRGC), les actes législatifs du Grand Conseil, c'est-à-dire ceux qui contiennent des règles de droit, générales et abstraites, prennent en principe la forme d'une loi ; s'ils sont de durée limitée – c'est le critère décisif –, ils revêtent celle du décret de portée générale. Les actes à caractère administratif sont, eux, des décrets sans portée générale (art. 62 al. 4 LRGC).

L'art. 91 al. 1 de la nouvelle Constitution modifie le système, en se rapprochant de celui retenu au niveau fédéral (cf. art. 163 s. Cst. féd.). Les actes législatifs du Grand Conseil, quelle que soit leur durée de validité³⁵, prennent en principe la forme d'une loi. S'ils ne contiennent pas de « règles de droit d'importance » (art. 93 al. 2) et à condition qu'une loi contienne une norme de délégation valable (art. 93 al. 1), ils peuvent aussi prendre la forme d'une ordonnance (parlementaire). Quant aux actes non législatifs du Grand Conseil, la nouvelle Constitution prévoit la forme du décret³⁶. Elle ne contient par contre pas de règle pour les actes par lesquels le Grand Conseil approuve les instruments du droit intercantonal. Il faut à notre sens raisonner par

³³ RSF 124.11, art. 11.

³⁴ La règle correspond à l'art. 4 de l'avant-projet de Loi sur les formes et la publication de la législation de janvier 2001.

³⁵ Cf. art. 3 al. 1 de l'avant-projet de Loi sur les formes et la publication de la législation de janvier 2001.

³⁶ Si la dénomination « décret simple » ne pose pas de problème, il est toutefois plus difficile d'imaginer un « Décret soumis au référendum du ... relatif à ... ». En fait, il ne nous semble pas qu'il y ait de volonté d'imposer l'utilisation de cette expression, ce qui est le cas par contre pour les noms « loi », « ordonnance », « règlement » et « décret ». La soumission au référendum pourrait donc très bien ne ressortir que de la clause référendaire.

analogie en se demandant quelle serait la forme de l'acte s'il était purement cantonal³⁷.

Les règles sur la forme des actes du Grand Conseil sont étroitement liées à celles sur le référendum. Sur ce vaste sujet – la contribution de STEFAN DILLIER à ce numéro spécial est d'ailleurs consacrée aux droits politiques –, trois brèves remarques s'imposent. D'abord, les lois sont les seuls actes normatifs à pouvoir faire l'objet d'une demande de référendum législatif (art. 46 al. 1 let. a) ; les ordonnances (parlementaires) ne peuvent être soumises qu'au référendum financier (art. 45 let. b et 46 al. 1 let. b)³⁸. Ensuite, le référendum dont il est question à l'art. 91 al. 1 *in fine* à propos des décrets est le référendum financier, obligatoire ou facultatif. Enfin, l'expression utilisée aux art. 45 let. b et 46 al. 1 let. b pour désigner l'objet du référendum financier (« actes du Grand Conseil »³⁹), volontairement générale, ne doit pas faire peur⁴⁰ : sous l'ancien droit, le référendum était déjà possible contre « toute loi ou décret » (art. 28^{bis} al. 2 et 3 aCst.).

Pour les actes législatifs⁴¹ des autorités autres que le Grand Conseil, la forme est celle de l'ordonnance ou du règlement (art. 91 al. 2). Sur ce point, la Constituante n'a pas voulu s'écarter de la règle déjà mentionnée du récent Règlement sur la publication des actes législatifs.

2. Urgence

La question des actes dont l'entrée en vigueur ne souffre aucun retard était réglée de manière assez lacunaire sous l'ancien droit : soumission au référendum législatif facultatif des seuls actes n'ayant pas

³⁷ Cf. art. 3 al. 2 let. b de l'avant-projet de Loi sur les formes et la publication de la législation de janvier 2001.

³⁸ On a donc désormais des actes législatifs du Grand Conseil soustraits au référendum législatif, ce qui n'était pas possible sous l'ancien droit (art. 28^{bis} al. 1 aCst. et 62 al. 2 et 3 LRGC).

³⁹ On notera que le texte de l'art. 46 al. 1 let. b ne dit pas « autres actes du Grand Conseil », expression qui exclurait clairement les lois (let. a) comme objets du référendum financier facultatif.

⁴⁰ Cf. l'intervention de Félicien Morel en lecture « 2 » (BOC 2003, p. 627).

⁴¹ La Constitution ne dit rien de la forme des actes non législatifs des autorités autres que le Grand Conseil.

le caractère d'urgence (art. 28^{bis} al. 1 aCst. et 102 let. d LEDP)⁴², obligations du Conseil d'Etat de justifier l'urgence dans le message (art. 66 al. 1 let. h LRGC) et du Grand Conseil de la mentionner dans l'acte lui-même (art. 129 al. 1 LEDP).

Le sujet est une nouvelle fois intimement lié à celui des droits politiques, auquel STEPHAN DILLIER consacre sa contribution. Qu'il nous soit tout de même permis de faire brièvement trois remarques. D'abord, l'art. 92 s'applique de manière générale aux « actes du Grand Conseil » : l'assemblée a comblé ici le vœu exprimé par le Conseil d'Etat lors de la procédure de consultation de pouvoir déclarer urgents non seulement des « lois »⁴³ mais aussi d'autres actes, par exemple ceux octroyant des aides financières⁴⁴. Ensuite, la formulation et l'emplacement choisis pour la disposition démontrent que les actes urgents sont soustraits à toutes les formes de référendum (législatif et financier). Enfin, les citoyens actifs⁴⁵ ne perdent pas définitivement leurs droits (cf. art. 92 al. 2)⁴⁶. Le délai d'une année⁴⁷, jugé trop bref par certains participants à la procédure de consultation⁴⁸, n'a rien d'inhabituel⁴⁹.

3. *Délégation*

La thèse 5.1.9 avait essuyé les critiques du groupe démocrate-chrétien en lecture « 0 »⁵⁰. L'art. 103 qui lui a succédé s'est heurté à celles du Service de législation au cours de la procédure de consulta-

⁴² Aucune règle semblable n'était prévue pour le référendum financier (cf. art. 129 al. 2 LEDP).

⁴³ Cf. art. 102 al. 1 de l'avant-projet mis en consultation.

⁴⁴ Prise de position du Conseil d'Etat du 9 juillet 2003, p. 42.

⁴⁵ Le référendum financier peut aussi être demandé par un quart des députés (art. 46 al. 1 let. b et 99 al. 3).

⁴⁶ La situation n'est donc plus la même que sous l'ancien droit (art. 28^{bis} al. 1 aCst.).

⁴⁷ Ce délai se retrouve à l'art. 117 (mesures que le Conseil d'Etat peut prendre en cas de circonstances extraordinaires).

⁴⁸ Synthèse de septembre 2003, p. 54.

⁴⁹ Cf. art. 165 al. 2 et 3 Cst. féd., 43 al. 2 Cst. TI, 43 al. 2 Cst. NE, 68 Cst. SG, 34 al. 2 Cst. SH.

⁵⁰ BOC 2002, p. 333 s.

tion⁵¹. Il a été entièrement reformulé sur proposition de la Commission de rédaction en lecture « 2 »⁵².

a. *Admissibilité*

L'art. 93 al. 1 pose le principe que les compétences législatives peuvent être déléguées. Formulé de manière générale, il vaut tant pour la délégation que pour la sous-délégation, toutes deux admissibles. La réserve d'une interdiction contenue dans le « droit supérieur » appelle trois remarques :

– La notion est relative ; constitue ainsi du « droit supérieur » que doit respecter le Conseil d'Etat l'art. 5 al. 2 LOCEA⁵³, qui n'admet la sous-délégation aux Directions que sur des points secondaires ou de nature essentiellement technique.

– Il faut se garder d'interpréter les renvois à la loi que contient la Constitution comme des interdictions absolues de recourir à la délégation. Il n'est pas exclu que l'une ou l'autre disposition puisse avoir ce sens⁵⁴, mais la prudence est de mise et nous ne pouvons que recommander un examen au cas par cas. Ces règles ont en effet des objectifs multiples, parfois discutables d'ailleurs⁵⁵ : insister sur le fait que la règle constitutionnelle n'est pas absolue⁵⁶, contraindre le législateur à légiférer⁵⁷, s'assurer qu'il n'oubliera pas des règles déterminées⁵⁸, lui donner des directives générales⁵⁹ ou limiter sa marge de manœuvre d'une autre manière⁶⁰, rappeler l'exigence d'une base légale⁶¹.

⁵¹ Observations du Service de législation, Luc Vollery (3 juillet 2003), p. 4, André Schoenenweid (11 juillet 2003), p. 2 s., Stephan Dillier (14 juillet 2003), p. 3.

⁵² BOC 2003, p. 464 et 709 s.

⁵³ Cf. ég. art. 68 al. 2 LOCEA.

⁵⁴ P. ex. l'art. 113 al. 2 *in fine*, qui a la même teneur que l'art. 122 al. 2 Cst. VD.

⁵⁵ Nous n'avons pas passé en revue les règles potestatives (« La loi peut [...] »).

⁵⁶ Art. 29 al. 3, 89, 96 al. 2.

⁵⁷ C'était le but p. ex. de la proposition faite par le groupe Ouverture en lecture « 2 » ad art. 6 (BOC 2003, p. 548).

⁵⁸ Art. 39 al. 2, 51 al. 1, 69 al. 2, 90 al. 2, 99 al. 3, 143.

⁵⁹ Art. 53. Sur la genèse de cette règle, cf. not. BOC 2003, p. 639 ss.

⁶⁰ Art. 95 al. 3.

⁶¹ Art. 31 al. 1, 38 al. 1, 120 al. 1, 121 al. 2, 130 al. 1, 136 al. 2.

– L’art. 93 al. 2 contient une interdiction, au moins partielle, de la délégation législative ; la structure de la disposition ne laisse planer aucun doute⁶². Certains s’en étonneront et dénonceront ce qu’ils considèrent comme une contradiction. La critique n’est pas sans fondement. Il reste que la règle correspond à la tendance du droit constitutionnel sur ce point, tout en étant moins ambiguë que certaines de ses cousines⁶³. La solution – l’ébauche d’une solution – passe à notre avis par une interprétation assez restrictive de l’expression « règles de droit d’importance » ; le texte allemand va d’ailleurs dans le même sens, qui parle de « grundlegende Bestimmungen » (« règles fondamentales »)⁶⁴. Il faut aussi souhaiter un respect strict de l’exigence de précision de la norme de délégation (art. 93 al. 1 *in fine*)⁶⁵, qui rend cette dernière moins « coupable ».

b. Veto du Grand Conseil

Le débat en plénum sur le droit de veto du Grand Conseil a été presque exclusivement politique⁶⁶. Ce n’est pas le lieu de le poursuivre. Deux points méritent toutefois notre attention.

Le premier est celui de l’admissibilité de principe d’un tel instrument⁶⁷. S’il s’agit d’une nouveauté importante, de nature à modifier

⁶² Al. 1 posant le principe de l’admissibilité, suivi d’un al. 2 exprimant clairement une idée d’opposition (« toutefois »).

⁶³ Cf. not. art. 164 Cst. féd., 69 Cst. BE, 49 s. Cst. SH, 31 Cst. GR. Sur les difficultés d’interprétation de l’art. 164 al. 2 Cst. féd., cf. p. ex. G. MÜLLER, *Rechtsetzung und Staatsverträge*, in D. THÜRER/J.-F. AUBERT/J. P. MÜLLER, *Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse*, p. 1101 ss, en partic. n. 35 s.

⁶⁴ Le texte originel de la disposition était très large : « Les règles de droit qui ont un effet non négligeable [‘nicht unwesentlich’] sur les droits et les obligations des individus doivent être édictées sous forme de loi. » Certains y ont vu un « nid à problèmes » (Observations du Service de législation lors de la procédure de consultation, André Schoenenweid [11 juillet 2003], p. 2).

⁶⁵ L’exigence est classique. Elle est décrite en détail dans l’abondante jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. p. ex. A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Volume I : L’Etat, Berne 2000, n. 1748 ss).

⁶⁶ BOC 2002, p. 365 ss, 2003, p. 709 s. Les résultats des votes furent serrés : 53 contre 50 en lecture « 0 » (p. 366) et 50 contre 49 en lecture « 2 » (p. 710).

⁶⁷ Le 25 avril 2002, Philippe Vallet a demandé que ce point fasse l’objet d’un examen détaillé (BOC 2002, p. 366). Dans son avis de droit (non publié) du 15 mai 2002, notre collègue Tarkan Göksu a conclu à l’admissibilité du nouvel ins-

les relations entre le législatif et l'exécutif, il ne faut cependant pas perdre de vue qu'elle ne concerne que les actes pris sur la base d'une délégation des compétences législatives (actes dits de substitution)⁶⁸. Le droit de veto ne trouvera par contre aucune application dans le vaste domaine des actes d'exécution, pour l'édiction desquels le Conseil d'Etat dispose d'une compétence générale tirée directement de la Constitution (art. 111 al. 2)^{69, 70, 71}. On notera par ailleurs que la Constitution soleuroise prévoit également un droit de veto du législatif (art. 79 al. 3), et cela de manière très large puisque la règle supprime la distinction entre actes de substitution et d'exécution⁷², ce qui n'a pas empêché l'octroi de la garantie fédérale⁷³.

trument, et cela de manière générale, pour les actes de substitution comme pour ceux d'exécution.

⁶⁸ L'art. 93 est intitulé « Délégation », son al. 1 plante tout de suite le décor (« Les compétences législatives peuvent être déléguées [...] ») et son al. 3 limite bien l'objet du veto aux actes de l'autorité « délégataire ». Cette dernière sera le plus souvent le Conseil d'Etat. Il se peut cependant qu'il s'agisse d'une autre autorité (délégation de compétences législatives au Tribunal cantonal, sous-délégation).

⁶⁹ Consulté lors de la rédaction de l'avant-projet pour donner son avis sur le travail des conseillers juridiques et la compatibilité du texte avec le droit supérieur, le Prof. Borghi estimait que le nouvel instrument était admissible à la condition qu'il ne soit dirigé que contre des actes de substitution. Pour une opinion moins restrictive, cf. V. MARTENET, L'autonomie constitutionnelle des cantons, thèse Genève 1999, Bâle/Genève/Munich 1999, p. 387 s., qui imagine même qu'un canton puisse renoncer purement et simplement à la délégation législative, mesure plus incisive que le veto du Grand Conseil contre les ordonnances prises sur la base d'une telle délégation.

⁷⁰ En droit valaisan, la situation est assez semblable : on distingue clairement les actes d'exécution (« règlements » ; art. 57 al. 1 Cst. VS) et les actes de substitution (« ordonnances » ; art. 57 al. 2) ; seuls ces derniers peuvent être soumis à l'« approbation » du Grand Conseil (art. 57 al. 2 ; cf. ég. art. 88 à 90 de la Loi du 28 mars 1996 sur l'organisation des Conseils et les rapports entre les pouvoirs, RS VS 171.1).

⁷¹ La délimitation entre normes primaires (actes de substitution) et normes secondaires (actes d'exécution) n'est pas toujours aisée et peut donner lieu à des litiges entre le législatif et l'exécutif. Sur la manière dont le droit valaisan règle la question, cf. l'art. 90 de la Loi sur l'organisation des Conseils et les rapports entre les pouvoirs, consacré aux actes « mixtes » (cf. note 70).

⁷² FF 1987 II 626 ss, en partic. p. 634 (message). Sur le droit de veto soleurois, cf. ég. B. EHRENZELLER, 10 Jahre solothurnische Kantonsverfassung. Was hat sie uns gebracht ? Ein Rück- und Ausblick, ZBl 1999 553 ss, en partic. 566 ; K. SCHWALLER,

La seconde difficulté concerne l'exercice du droit de veto lui-même. Nombreux sont ceux qui ont vu dans la procédure à mettre en place, trop complexe à leurs yeux, un argument décisif contre le nouvel instrument⁷⁴. La question n'est désormais plus celle de l'opportunité de l'introduction de cet instrument – d'ailleurs non juridique –, mais uniquement celle de la meilleure manière d'en régler le fonctionnement détaillé. Comment identifier les règles édictées par le Conseil d'Etat qui doivent être soumises au Grand Conseil ? Le Grand Conseil le fait-il déjà lui-même au moment de la délégation⁷⁵ ou laisse-t-on le Conseil d'Etat libre⁷⁶ ? *Quid* en cas de litige⁷⁷ ? Comment les règles en question sont-elles soumises au Grand Conseil ? Sont-elles toutes examinées de manière systématique (par une commission permanente) ou ne le sont-elles que sur demande ? Qui peut faire une telle demande⁷⁸ ? Que signifie le mot « veto » ? Le législatif est-il réduit à faire tomber l'acte du Conseil d'Etat ? Peut-il le renvoyer à l'exécutif⁷⁹ ? Peut-il le renvoyer avec des directives précises

Einspruchsrecht des solothurnischen Kantonsrates gegen Verordnungen des Regierungsrates (Verordnungsveto), Bulletin de législation 2004/3, p. XXIII ss.

⁷³ Message : cf. note 72.

⁷⁴ Synthèse des résultats de la procédure de consultation de septembre 2003, p. 54 ; Observations du Service de législation, Luc Vollery (3 juillet 2003), p. 4, André Schoenenweid (11 juillet 2003), p. 3, Stephan Dillier (14 juillet 2003), p. 3. Cf. ég. BOC 2003, p. 709 s. (Antoinette de Weck).

⁷⁵ Le droit valaisan semble aller dans ce sens (cf. art. 89 al. 2 de la loi citée à la note 70 ; cf. toutefois note 76). La règle est due au fait que le droit d'approbation du Grand Conseil n'est qu'une faculté offerte à celui-ci.

⁷⁶ L'art. 90 al. 2 de la loi valaisanne citée à la note 70 dispose, pour les actes « mixtes », que « l'ordonnance précise expressément les dispositions qui sont soumises à l'approbation parlementaire ».

⁷⁷ Le Grand Conseil devrait avoir le dernier mot (cf. art. 105 let. b).

⁷⁸ Chaque membre du Grand Conseil devrait pouvoir proposer individuellement l'examen d'un acte déterminé. Il serait faux, nous semble-t-il, de ne le permettre qu'à un groupe de députés. Le cas soleurois est assez instructif : l'art. 79 al. 3 Cst. SO donne l'impression que l'opposition ne peut venir que d'un groupe de députés, mais le § 44 al. 2 de la « Kantonsratsgesetz » du 24 septembre 1989 (RS SO 121.1) indique par contre que chaque membre du législatif peut s'opposer individuellement ; l'intervention d'un groupe de députés oblige seulement à inscrire l'objet au programme de la session suivante (§ 44 al. 3). Quelle que soit la solution choisie, l'opposition devrait toutefois être motivée.

⁷⁹ C'est la conséquence nécessaire de l'exercice du droit de veto dans le canton de Soleure (cf. art. 79 al. 3 Cst. SO).

concernant sa modification, à l'image de ce que permet le référendum constructif ? Quels sont les délais ⁸⁰ ? Ne faut-il pas songer à associer le législatif à l'élaboration des actes en question, pour réduire le risque de blocage lors de l'exercice du droit de veto ⁸¹ ? Autant de questions – il y en a certainement d'autres – auxquelles la Constitution n'apporte pas de réponse ⁸². C'est une chance : partisans et opposants du droit de veto peuvent trouver ensemble, au niveau de la loi, des réponses qui rendent ce nouvel instrument à la fois utile et praticable.

C. Autres règles

1. Responsabilité des collectivités publiques

L'art. 90 nous inspire trois remarques ⁸³. D'abord, en ce qui concerne la responsabilité pour les préjudices causés de manière illícite (al. 1), la Constituante a privilégié la sécurité du droit : elle s'en est tenue au droit existant, allant jusqu'à en reprendre la terminologie ⁸⁴. Ensuite, la Constitution ne décrit plus les conditions de la responsabilité de l'agent (cf. art. 14^{bis} al. 2 aCst.). Les travaux préparatoires ne contiennent cependant pas d'élément permettant de conclure

⁸⁰ Des délais (praticables mais) courts seraient souhaitables. On ne perdra pas de vue que le Grand Conseil « se réunit en session ordinaire en principe huit fois durant l'année » (art. 45 al. 1 LRGC).

⁸¹ Sur le droit fédéral, cf. art. 22 al. 3 et 151 LParl ; H. G. NUSSBAUM, *Rahmenbedingungen der Verordnungsgebung : Rechtliche Grundlagen und Funktionen von Verordnungen*, LeGes 2003/1, p. 9 ss, en partic. p. 33 s. C'est d'ailleurs parce que le Parlement fédéral peut déjà prendre influence sur l'activité législative du Conseil fédéral que le Conseil national a décidé de ne pas donner suite à l'initiative de Maya Lalive d'Epinay qui demandait l'introduction d'un droit de veto sur le modèle soleurois (02.430).

⁸² Cf. toutefois note 77.

⁸³ Le droit de la responsabilité civile est en révision, depuis longtemps et, pour autant que l'on puisse en juger, de manière non prioritaire. L'avant-projet de 1999 (www.bj.admin.ch/themen/haftpflicht/vn-ve-f.pdf) remplace l'art. 61 CO par deux art. 43 et 43a ; il introduit ég. deux art. 59 et 59a consacrés à la responsabilité pour faits licites.

⁸⁴ On pense surtout à la notion d' « agent » (cf. art. 14^{bis} aCst. et 3 LResp) et à celle de « collectivité publique » (cf. art. 2 LResp) ; cf. BOC 2003, p. 708, 2004, p. 158. L'expression « dans l'accomplissement des tâches publiques » est par contre nouvelle ; elle ne nous semble cependant pas entraîner de modification de fond.

à une volonté de changer le régime actuel⁸⁵. Enfin, l'art. 90 al. 2 est une nouveauté en droit constitutionnel fribourgeois⁸⁶. La règle est toutefois peu contraignante : elle oblige seulement à prévoir une certaine responsabilité pour faits licites, ce qui est déjà le cas actuellement⁸⁷.

2. *Incompatibilités*

L'art. 87 al. 1 n'est qu'une conséquence de la séparation des pouvoirs (art. 85)⁸⁸. La Constituante a finalement supprimé⁸⁹ la mention des juges suppléants du Tribunal cantonal à la let. c, dans l'idée qu'une telle fonction devait pouvoir être exercée par un membre du Grand Conseil⁹⁰.

En ce qui concerne le cumul entre les mandats cantonaux et fédéraux, la Constituante a fait son choix (art. 87 al. 2)⁹¹ : elle renonce à l'avantage que peut représenter la présence à Berne de nos magistrats, préférant la disponibilité de ceux-ci pour leur mandat cantonal⁹². Elle modifie donc l'ancien droit (art. 50 al. 4 aCst.), d'abord sur le principe, ensuite en étendant l'interdiction aux préfets⁹³. Une exception est prévue : un magistrat cantonal peut terminer son mandat malgré son élection aux Chambres fédérales. Mais c'est la seule : le parle-

⁸⁵ Rapport final de la Commission 5, ad thèse 5.1.8 ; BOC 2002, p. 333, 2003, p. 276 et 708 s., 2004, p. 158.

⁸⁶ Règles semblables dans d'autres cantons : § 75 al. 2 Cst. AG, 13 al. 2 Cst. BL ; art. 71 al. 3 Cst. BE, 6 al. 2 Cst. NE, 62 al. 2 Cst. SG, 48 al. 2 Cst. SH, 73 al. 2 Cst. VD, 26 al. 2 Cst. GR.

⁸⁷ Cf. art. 1 al. 2 et 8 LResp (message : BGC 1986, p. 523 ss, en partic. p. 532 s.) ; cf. ég. art. 242 ss CPP.

⁸⁸ Cf. art. 31 al. 4, 41 al. 2 et 50 al. 4 aCst.

⁸⁹ BOC 2003, p. 704 ss, 2004, p. 156.

⁹⁰ BOC 2003, p. 267 et 705 (Rose-Marie Ducrot).

⁹¹ BOC 2002, p. 330 ss, 2003, p. 266 ss et 704 ss, 2004, p. 156.

⁹² La nouvelle règle fribourgeoise correspond à la tendance récente dans les autres cantons (cf. J.-L. GASSMANN/N. SCHMITT, L'incompatibilité des mandats entre Gouvernement cantonal et Assemblée fédérale : un changement de mentalité, Bulletin de législation 2002/1, p. XIV).

⁹³ L'extension a eu lieu déjà en lecture « 0 ». L'idée était que les préfets représentaient le Conseil d'Etat (cf. art. 54 aCst.) et que leur charge de travail n'était pas moindre ; cf. p. ex. BOC 2002, p. 331 (Adrian Urwyler).

mentaire fédéral élu conseiller d'Etat ou préfet doit renoncer sans délai à sa présence à Berne ⁹⁴.

L'art. 12 LOCEA dispose que « les membres du Conseil d'Etat ne peuvent exercer aucune activité incompatible avec les exigences de disponibilité et d'indépendance requises par leurs fonctions » ⁹⁵. Le texte de l'art. 87 al. 3, sans doute inspiré partiellement de l'art. 90 al. 2 Cst. VD ⁹⁶, est quelque peu différent, puisque l'on interdit les activités lucratives accessoires et les autres activités incompatibles avec la fonction. L'objectif nous semble cependant toujours de garantir la disponibilité et l'indépendance des magistrats ^{97, 98}.

L'art. 87 al. 4 réserve les autres incompatibilités – mais pas les exceptions ⁹⁹ – que la loi pourrait prévoir ^{100, 101}.

⁹⁴ La justification du caractère unilatéral de l'exception nous échappe : les arguments avancés valent dans les deux sens.

⁹⁵ Cf. BGC 2001, p. 1079 ss, en partic. p. 1090 (message). L'art. 12 LOCEA réserve aussi l'art. 6 de la Loi du 15 juin 2004 relative au traitement et à la prévoyance professionnelle des conseillers d'Etat, des préfets et des juges cantonaux (ROF 2004_075). Cette règle ne contient plus *expressis verbis* l'interdiction contenue à l'art. 4 de l'ancienne loi du 26 novembre 1965 (« Les conseillers d'Etat [...] ne peuvent être membres d'un conseil d'administration ou de direction, d'un organe de surveillance ou de contrôle d'une personne morale à but lucratif que s'il s'agit d'une société ou d'un établissement dépendant de l'Etat ou si l'intérêt de l'Etat l'exige. »). Dans le message du Conseil d'Etat du 20 janvier 2004, on lit toutefois : « Reprise de la législation actuelle [...] » (BGC 2004, p. 429 ss, en partic. p. 433).

⁹⁶ Sur cette règle, cf. A. DÉPRAZ, *Parlement et Gouvernement dans la nouvelle Constitution : une évolution plutôt qu'une révolution*, in P. MOOR (édit.), *La Constitution vaudoise du 14 avril 2003*, Berne 2004, p. 229 ss, en particulier p. 244.

⁹⁷ Le texte de l'art. 87 al. 3 provient d'une proposition du groupe PDC, que l'assemblée a préférée en lecture « 0 » à la thèse 5.1.5 – la règle n'a plus fait débat par la suite. Le président de la commission et le porte-parole du groupe PDC partageaient le souci de favoriser la disponibilité des magistrats (BOC 2002, p. 332).

⁹⁸ Le président de la Commission 5 a apporté la précision suivante, qui correspond à l'art. 4 de la loi de 1965 susmentionné (cf. note 95) : « Darunter fallen allerdings nicht Ämter, welche ein Staatsrat im Rahmen seiner Funktion als Staatsrat übernehmen muss, zum Beispiel als Verwaltungsrat in einer staatlichen Firma. » (BOC 2002, p. 332).

⁹⁹ La réserve des exceptions prévues dans la loi a été supprimée en lecture « 2 », à la suite des critiques émises au cours de la procédure de consultation (cf. Synthèse de septembre 2003, p. 52, ainsi que BOC 2003, p. 462 et 704).

3. Liberté de parole et immunité

L'art. 89 a pour objectif de permettre aux orateurs s'exprimant devant le Grand Conseil de le faire de manière aussi libre que possible – la première partie de son intitulé est d'ailleurs « Liberté de parole »¹⁰². L'immunité ne concerne que les propos tenus devant le Grand Conseil (et les organes de celui-ci¹⁰³)¹⁰⁴. La règle ne peut avoir d'effet que sur la responsabilité pénale¹⁰⁵ ; la responsabilité civile est régie, elle, par la loi cantonale sur le sujet, qui s'applique de manière générale aux « membres des autorités » des collectivités publiques (art. 3 let. a LResp)^{106, 107}. Le nouveau texte constitutionnel met également les conseillers d'Etat au bénéfice de l'immunité¹⁰⁸. Cette extension, fréquente¹⁰⁹, semble conforme au droit fédéral, même si l'art. 366 al. 2 let. a CP ne mentionne que les « membres des autorités législatives des cantons »¹¹⁰. Dernière remarque : l'immunité n'est pas absolue ; la

¹⁰⁰ Cf. p. ex. art. 49 LEDP et 8 de la Loi du 20 novembre 1975 sur les préfets (RSF 122.3.1). Il faudrait sans doute inscrire désormais dans la loi le contenu de l'art. 33 aCst., qui n'a pas été repris dans le nouveau texte.

¹⁰¹ Pour mémoire, l'art. 144 al. 3 *in fine* précise qu'il n'y a pas d'incompatibilités pour l'élection des constituants.

¹⁰² BOC 2002, p. 332, 2003, p. 275 ss, 463 et 708, 2004, p. 157 s.

¹⁰³ On pense surtout au Bureau et aux commissions. La « Présidence » n'est pas institutionnalisée. Quant aux groupes politiques, il nous semble difficile de les considérer comme des organes du Grand Conseil.

¹⁰⁴ Au sujet de la répétition des propos hors des séances du Grand Conseil, cf. toutefois le Rapport de la commission (neuchâteloise) « Constitution » au Grand Conseil à l'appui d'un projet de nouvelle Constitution cantonale, du 22 novembre 1999, ad art. 50 (www.ne.ch/neat/documents/legislation/constitution_1817/Constitution2.pdf).

¹⁰⁵ Cf. U. BOLZ, Commentaire de la Constitution article par article, *in* W. KÄLIN/U. BOLZ, Manuel de droit constitutionnel bernois, Berne/Stuttgart/Vienne 1995, n. 2 ad art. 82 ; cf. ég. le rapport neuchâtelois (note 104), loc. cit.

¹⁰⁶ L'art. 19 LOCEA le dit clairement pour les membres du Conseil d'Etat.

¹⁰⁷ Le lésé n'a donc pas d'action directe contre l'agent (art. 6 al. 2 LResp).

¹⁰⁸ L'art. 47 aCst. ne s'appliquait qu'aux députés.

¹⁰⁹ Cf. p. ex. § 34 al. 3 et 42 al. 4 Cst. TG ; art. 50 Cst. NE, 61 Cst. SG, 59 al. 2 et 62 al. 2 Cst. SH, 24 Cst. GR.

¹¹⁰ Le constituant neuchâtelois a fait une interprétation « conforme au principe d'égalité » de l'art. 366 al. 2 CP et a admis l'extension (cf. Rapport [note 104], loc. cit.). Le constituant bernois a, lui, renoncé à mentionner les membres de

Constitution en fixe le principe (art. 89 al. 1), laissant à la loi le soin de prévoir les conditions de sa levée (al. 2) ¹¹¹.

4. *Registre des intérêts*

Le souci de transparence de la « machine » étatique est l'une des caractéristiques de la nouvelle Constitution – DENIS BARRELET y consacre sa contribution à ce numéro spécial. Ce souci se manifeste notamment à l'art. 88 al. 2 qui oblige députés, conseillers d'Etat et préfets à déclarer l'ensemble de leurs liens d'intérêts, privés et publics ¹¹². La règle, nouvelle à Fribourg ¹¹³, est connue au niveau fédéral et dans d'autres cantons pour les membres du législatif ¹¹⁴. On pourra donc sans difficulté s'inspirer de ces pratiques ¹¹⁵. La règle est plus inhabituelle pour les conseillers d'Etat et les préfets ¹¹⁶; il ne faut y voir que l'expression d'une forte volonté de transparence.

La loi devra décrire les intérêts qui doivent être rendus publics ¹¹⁷. Le(s) registre(s) des intérêts sera(ont) rempli(s) sur la base des décla-

l'exécutif (cf. U. BOLZ [note 105], n. 3 ad art. 82). Cf. ég. art. 162 Cst. féd., qui connaît une telle extension.

¹¹¹ L'immunité devrait rester la règle et n'être levée que dans les cas graves – l'exemple des propos racistes a été mentionné à plusieurs reprises au cours des débats (cf. note 102).

¹¹² BOC 2002, p. 328 s., 2003, p. 274 s., 463 et 707 s., 2004, p. 157.

¹¹³ Sur les registres que tient actuellement le Secrétariat du Grand Conseil, cf. art. 27 LRGC.

¹¹⁴ Cf. art. 161 al. 2 Cst. féd. et 11 LParl; cf. ég. art. 82 al. 1 Cst. BE, 99 al. 2 Cst. VD, 28 al. 2 Cst. GR.

¹¹⁵ Registre fédéral sur Internet : www.parlament.ch/f/ra-nr-interessen.pdf (Conseil national) ; www.parlament.ch/f/ra-sr-interessen.pdf (Conseil des Etats).

¹¹⁶ Les préfets ont été rajoutés en lecture « 1 » (BOC 2003, p. 374 s.). Dans le texte mis en consultation, ils étaient cependant quelque peu cachés (cf. disposition transitoire relative à l'art. 152, al. 2 let. c).

¹¹⁷ La question est particulière pour les conseillers d'Etat et les préfets. Les règles d'incompatibilité sont en effet assez restrictives (cf. art. 87 al. 3, présenté ci-dessus sous point 2; cf. ég. art. 12 LOCEA et 8 de la Loi du 20 novembre 1975 sur les préfets [RSF 122.3.1]). Devront cependant être déclarées les activités accessoires tolérées et, surtout, les mandats que le magistrat occupe en lien direct avec sa fonction (EEF, ECAB, BCF, TPF, commissions, etc.); cf. l'art. 4 de la loi de 1965 citée à la note 95, ainsi que note 98). Le simple fait que ces activités sont connues, au moins d'une partie du public, est sans pertinence. Quant à l'« Annuaire officiel de l'Etat de Fribourg », il ne saurait remplacer un véritable registre des intérêts.

rations des personnes concernées. L'importance de la transparence aux yeux du constituant et l'impossibilité de tracer une limite entre intérêts importants et négligeables ¹¹⁸ devraient amener ces personnes à faire des déclarations aussi complètes que possible. Le secret professionnel, prévu par le droit fédéral (cf. art. 321 CP), devra de toute façon être respecté ¹¹⁹.

II. POUVOIR LÉGISLATIF

A. Remarques liminaires

1. Renforcement du législatif

Le fil rouge des travaux de la Commission 5 était le renforcement du législatif par rapport à l'exécutif (et à l'administration) : il fallait lui donner les moyens de jouer pleinement et de manière réellement indépendante son rôle d' « autorité suprême du canton » (art. 94) ¹²⁰. Le catalogue des mesures proposées était imposant : réduction du nombre des députés, introduction d'un système de suppléance, création d'un secrétariat propre, institution de commissions thématiques (permanentes), extension des pouvoirs des commissions, ancrage constitutionnel des « interventions parlementaires », nouvelle définition du « mandat » (mesures à prendre par le Conseil d'Etat dans un domaine exclusivement de sa compétence), pouvoirs accrus lors de l'examen du programme de législature et du plan financier ainsi que pour la conclusion et la dénonciation de traités, droit de veto contre les actes normatifs de l'exécutif, possibilité de donner un avis lors des consultations fédérales ¹²¹. Sur la ligne d'arrivée, la voileure est réduite : la moitié des propositions ont été rejetées. Le renforcement est cependant toujours perceptible : plusieurs innovations d'importance

¹¹⁸ Le droit fédéral a renoncé à fixer une telle limite (cf. FF 2001 3298 ss, en partic. p. 3360 – rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national relatif au projet de LF sur le Parlement).

¹¹⁹ Sa réserve expresse a finalement été supprimée (BOC 2003, p. 707 s.).

¹²⁰ Cf. p. ex. Rapport final de la Commission 5 de décembre 2001, p. 7 ; BOC 2002, p. 327 (introduction du rapporteur). Cf. ég. note 1.

¹²¹ L'annexe 1 du rapport final (note 120) contient la liste des thèses proposées (Grand Conseil : thèses 5.2.1.1 ss).

subsistent. L'occasion pourrait être saisie de mettre à jour les règles régissant le législatif, avec à la clé une « Loi cantonale sur le Parlement »¹²², contenant peut-être une subdivision consacrée aux relations entre législatif et exécutif¹²³.

2. *Ce que la Constitution ne dit pas (ou plus)*

Que de fois n'avons-nous pas lu ou entendu que le texte proposé par la Constituante était pire qu'un règlement d'exécution, d'une longueur indigne d'une charte fondamentale ? La critique, souvent contrée¹²⁴, ne laisse de nous étonner¹²⁵. Les dispositions sur l'organisation et le fonctionnement du Grand Conseil peuvent servir d'illustration. Victimes de choix de la cure d'amaigrissement déjà mentionnée¹²⁶, elles sont si brèves qu'elles paraissent lacunaires à bien des égards. Ainsi, on n'y trouve pas la moindre règle sur la présidence, les commissions et les groupes politiques¹²⁷ ; sans parler des quelques règles procédurales minimales que peuvent contenir les constitutions¹²⁸.

¹²² La LF sur le Parlement est née dans le sillage de la nouvelle Constitution du 18 avril 1999 (cf. FF 2001 3304 ss).

¹²³ A la fin de son année de présidence du Grand Conseil (2003), Charly Haenni déclarait : « Il y a urgence de supprimer notre loi portant règlement du Grand Conseil et d'édicter, en lieu et place, une loi fixant les rapports entre le Grand Conseil et le Conseil d'Etat [...] Ensuite, nous devons adopter un règlement interne sur le fonctionnement du Grand Conseil [...] » (BGC 2003, p. 1873).

¹²⁴ Pas toujours avec le succès espéré. Mais est-il pire sourd que celui qui ne veut entendre ?

¹²⁵ D'autres ont écrit « indigner » (cf. BOC 2004, p. 231).

¹²⁶ Cf. ci-dessus sous point I/A/2/b et note 25. Pour les art. 94 à 98 (art. 105 à 112 de l'avant-projet), la perte de « poids » entre les lectures « 1 » et « 2 » a été de près de 40 %. Le président de la Commission 5, craignant de voir disparaître également le Secrétariat du Grand Conseil, en venait à se demander à quoi servait la Constituante (BOC 2003, p. 719).

¹²⁷ Sous réserve de l'art. 103 al. 1 let. a et g (élection par le Grand Conseil du président et des vice-présidents ainsi que des membres des commissions). La présence de règles sur ces sujets dans la loi fondamentale est pourtant assez courante (cf. p. ex. art. 152 à 154 Cst. féd., 41 al. 1 aCst. ; § 83 s. Cst. AG, 69 Cst. BL ; art. 83 s. Cst. GL, 81 Cst. BE, 79 Cst. AR, 60 s. Cst. TI, 63 Cst. NE, 94 et 97 Cst. VD).

¹²⁸ Quorum et majorité (cf. p. ex. art. 159 Cst. féd., 66 Cst. SG), droit d'initiative et de proposition (cf. p. ex. art. 160 Cst. féd., § 85 Cst. AG, art. 82 al. 3 Cst. BE, 64 Cst. NE, 101 al. 1 et 111 Cst. VD).

La situation appelle deux remarques. D'une part, il ne faut pas se méprendre sur la portée des silences du constituant : pour autant qu'on puisse en juger, la motivation des demandes de suppression a toujours été de laisser le Grand Conseil s'organiser comme bon lui semble¹²⁹ ; on ne saurait donc y voir des interdictions de reprendre l'une ou l'autre règle dans la loi (silences qualifiés)¹³⁰. D'autre part, lors de la mise en œuvre, il faudra s'assurer que les règles de l'ancienne Constitution qui ne se retrouvent pas dans le nouveau texte¹³¹ sont reprises par la loi dans toute la mesure souhaitable.

B. « Grandes » nouveautés

1. Nombre des députés

On ne compte plus les cantons qui ont décidé de réduire le nombre des membres du parlement¹³². L'art. 95 al. 1 s'inscrit donc dans un mouvement bien marqué, destiné avant tout à augmenter l'efficacité du législatif¹³³. Le pas n'a toutefois pas été facile à franchir¹³⁴. La

¹²⁹ Cf. p. ex. BOC 2003, p. 717 (initiative parlementaire, art. 108 de l'avant-projet – N.B. : La lecture que fait le constituant André Schoenenweid des art. 64 ss LRGC n'est pas conforme à la pratique du Grand Conseil) et 718 (commissions « thématiques », art. 110).

¹³⁰ Une exception doit être faite pour les questions qui doivent être impérativement réglées dans la Constitution. Nous pensons avant tout à la suppléance : elle modifie trop fondamentalement la composition du législatif pour pouvoir être introduite par le législateur sans autorisation constitutionnelle – Denis Boivin, président du groupe radical-démocratique, était d'un autre avis (cf. BOC 2003, p. 713).

¹³¹ Un bref examen nous laisse penser qu'il ne devrait pas y avoir de telles situations. Exemples : la règle sur le président du Grand Conseil (art. 41 al. 1 aCst.) est déjà reprise dans la loi (art. 14 LRGC) ; en ce qui concerne le Conseil d'Etat, on peut considérer que l'art. 50 al. 3 aCst. se retrouve aux art. 77 ss et 93 LEDP. Pour les règles générales, cf. note 100.

¹³² Cf. BOC 2002, p. 352 (introduction du rapporteur, avec des exemples), 2003, p. 712 (idem, avec un nouvel exemple) ; cf. ég. J.-L. GASSMANN, De la réduction du nombre de députés, Bulletin de législation 1999/1, p. 18 ss.

¹³³ Certains craignaient au contraire l'augmentation de la charge de travail des députés (moins nombreux). Une solution pourrait être de réduire le nombre des membres des commissions (cf. BOC 2003, p. 286 et 714 [Denis Boivin]).

¹³⁴ L'intervention d'Annelise Meyer en lecture « 3 » (BOC 2004, p. 160 s.) résume bien les péripéties de l'art. 95 (art. 106 de l'avant-projet). Le Bulletin officiel ne rend malheureusement pas l'accent jurassien et la fougue de l'oratrice...

Commission 5 a d'abord proposé une réduction à 100 députés, sans succès¹³⁵. Elle est revenue à la charge en lecture « 1 » avec une proposition de compromis (110), qui a passé la rampe avec 16 voix d'écart¹³⁶. Cette décision a été bien accueillie par les participants à la procédure de consultation (54,3 % de « oui » contre 23 % de « non »¹³⁷), à l'exception notable des partis politiques cantonaux¹³⁸. Cela n'a pas empêché la Constituante de faire marche arrière en lecture « 2 », avec une majorité de 6 voix¹³⁹, avant de revenir finalement à la décision de la lecture « 1 », avec cette fois une majorité plus confortable¹⁴⁰.

Sur ce sujet hautement politique, les débats furent tous animés. Beaucoup craignaient la perte de représentativité, sous toutes ses formes¹⁴¹. Souvent, la réduction proposée n'était acceptée que sous

¹³⁵ BOC 2002, p. 352 ss.

¹³⁶ BOC 2003, p. 279 ss.

¹³⁷ Synthèse des réponses au questionnaire de septembre 2003, p. 42 s.

¹³⁸ Synthèse de septembre 2003, p. 55 ; Synthèse des réponses au questionnaire, p. 42 s. Il n'est pas inintéressant de constater que les sections locales des partis (districts, communes) étaient favorables à la réduction proposée (Synthèse des réponses au questionnaire, loc. cit.).

¹³⁹ BOC 2003, p. 712 ss.

¹⁴⁰ BOC 2004, p. 159 ss.

¹⁴¹ Politique (petites formations), géographique (régions excentrées), ou simplement numérique (moins de députés pour une population sans cesse croissante). Les diverses projections montrent que la mesure ne *modifierait pas le paysage* : tous les partis et toutes les régions seraient à peu près touchés dans la même proportion – l'hypothèse est que le découpage des cercles électoraux n'est pas modifié – (cf. p. ex. BOC 2002, p. 353 [André Schoenenweid, constituant : calculs « PDC » pour 110 députés], 353 et 356 [Kurt Sager : calculs « PRD » pour 100 députés], 354 s. [Denis Boivin : calculs « PRD » pour 110 et 100 députés] ; cf. ég. Cahier d'idées n° 3A, p. 12 ss, ainsi que, pour un autre canton [BS], Zwischenbericht Nr. 301 der Verfassungsratskommission « Behörden » zum Thema « Organisation des Grossen Rates », septembre 2001, p. 4 s. et 7 ss [www.verfassungsrat.bs.ch/bericht-301.pdf]). Selon la projection effectuée par le secrétaire général de la Constituante à la demande du président de la Commission 5, les pertes de sièges *ne toucheraient pas particulièrement les petites formations* (ni d'ailleurs les moyennes ou les grandes), mais seraient aléatoires (cf. BOC 2004, p. 159 [Peter Jaeggi] et 161 [Denis Boivin, reprenant les chiffres relatifs à la représentativité géographique] ; cf. ég. BOC 2004, p. 163 [Christian Levrat, qui, plus nuancé, admet la neutralité pour l'ensemble du canton, mais craint les effets négatifs pour les petites formations à l'échelle du district]). En

condition : renforcement plus marqué du législatif, notamment par l'introduction de la suppléance, possibilité d'apparementement¹⁴² ou, *last but not least*, redécoupage des cercles électoraux¹⁴³. L'art. 95 al. 3 en garde la trace : « La loi définit au maximum huit cercles électoraux. Elle assure une représentation équitable des régions du canton. » On ne peut donc pas aller au-delà du nombre actuel des cercles. A l'inverse, on doit sans doute admettre que l'on ne peut pas n'en faire qu'un seul (et deux ?). Pour le reste, la liberté du législateur est grande. Il n'est notamment plus tenu de suivre les frontières des districts¹⁴⁴ et pourrait par exemple tenir compte du développement des agglomérations.

La mise en œuvre de la règle sur le nombre des députés devrait être essentiellement arithmétique. On pense avant tout à la répartition des sièges entre les cercles électoraux¹⁴⁵ et aux dispositions se référant au nombre des membres du Grand Conseil (quorum, majorités, fractions)¹⁴⁶.

2. Secrétariat

La création d'un secrétariat propre est l'une des principales mesures retenues pour renforcer le législatif¹⁴⁷. La mise en œuvre de la nouvelle règle¹⁴⁸ n'est pas des plus simple : il faut analyser les be-

fait, le principal effet négatif semble *interne à chaque parti* : « licenciements » douloureux qu'entraîne cette « restructuration », relève des anciens et expression des courants minoritaires rendus plus difficiles (cf. BOC 2004, p. 163 [Christian Levrat]). Sur le *nombre de citoyens que « représente »* (cf. toutefois art. 46 aCst.) *un député*, cf. BOC 2004, p. 159 (Peter Jaeggi) et 162 (Bernadette Hänni), ainsi que Cahier d'idées n° 3A, p. 7 ss.

¹⁴² Cf. BOC 2002, p. 337 (ad thèse 5.2.1.5), 2003, p. 713 (Pierre Sahli).

¹⁴³ Alain Berset, président du groupe socialiste, s'est fait le champion de cette argumentation, avec une persévérance rare (cf. BOC 2002, p. 352 s., 2003, p. 288 et 715 s.) ; cf. ég. BOC 2003, p. 716 (Peter Jaeggi).

¹⁴⁴ Cf. art. 22 al. 4 à 6 aCst.

¹⁴⁵ Cf. art. 37 *in fine* aCst. et 63 LEDP.

¹⁴⁶ Sur le nombre des membres des commissions, cf. note 133.

¹⁴⁷ Cf. ci-dessus sous point A/1.

¹⁴⁸ Cf. ég. art. 98 al. 3/109 al. 3 (relations entre le Grand Conseil et le Conseil d'Etat assurées par le Secrétariat du premier et la Chancellerie) et 103 al. 1 let. f (élection du secrétaire général par le Grand Conseil).

soins du Grand Conseil ^{149, 150}, définir le cahier des charges du nouveau Secrétariat, redéfinir (forcément à la baisse) celui de la Chancellerie, puis « extraire » de celle-ci certaines ressources. La mécanique est fine et ses rouages doivent être révisés et réglés dans des délais très brefs ¹⁵¹. Le tout dans un contexte financier pour le moins difficile et avec un vent politique qui ne souffle pas souvent dans le dos. Le sujet dépasse très largement le cadre de notre contribution. Contentons-nous d'esquisser quelques lignes directrices ¹⁵² :

– Le *renforcement* et l'*efficacité* du Grand Conseil passent (aussi) par ceux de son Secrétariat. Les constituants, dont certains furent ou sont encore députés, n'ont jamais critiqué les prestations de la Chancellerie, mais se sont contentés de constater, avec le chancelier, l'ampleur de la tâche ¹⁵³. Ils ont logiquement décidé d'augmenter les moyens à disposition ¹⁵⁴.

– La Constituante a souhaité offrir au Grand Conseil un secrétariat propre, afin de garantir son *indépendance* (cf. art. 85). La vision d'un chancelier qui « porte deux casquettes » ¹⁵⁵ et « s'envoie des lettres à

¹⁴⁹ Secrétares et collaborateurs administratifs, voire assistants de direction ? Comptables ? Huissiers ? Conseillers (économiques, juridiques, ou plus généralement scientifiques) ? Traducteurs ? Informaticiens ?

¹⁵⁰ Il serait sage d'associer le Grand Conseil à ces réflexions (président, membres du Bureau, etc.).

¹⁵¹ Le chancelier actuel partira à la retraite à fin mai 2005. Le Conseil d'Etat et le Bureau du Grand Conseil en ont tiré la conclusion qu'il fallait faire le nécessaire pour que la séparation soit effective à cette date (cf. ég. art. 151 et ci-dessous sous point IV).

¹⁵² Débats : BOC 2002, p. 351 s., 2003, p. 293 ss et 719.

¹⁵³ BOC 2003, p. 298 (Rose-Marie Ducrot, ancienne présidente du Grand Conseil : « un travail de titan » ; Martial Pittet, député pendant 29 ans) et 719 (Martial Pittet).

¹⁵⁴ Une telle décision ne peut qu'engendrer des coûts supplémentaires – certains constituants les ont exagérés pour faire un peu peur (cf. p. ex. BOC 2003, p. 294 [Denis Boivin]), d'autres les ont minimisés, voire niés, pour donner une chance de plus à la mesure proposée (cf. p. ex. BOC 2002, p. 351 [Eric Menoud]). La dépense devrait cependant rester supportable, surtout si l'on pense aux économies qui pourront être faites sur le budget de la Chancellerie (cf. BOC 2003, p. 294 [Christian Seydoux]) – le Rapport du Conseil d'Etat du 28 octobre 2003 sur les incidences financières de l'avant-projet est erroné sur ce point [p. 18 s.].

¹⁵⁵ BOC 2002, p. 351 (Peter Jaeggi, rapporteur et ancien député, Christian Seydoux et Eric Menoud), 2003, p. 294 (Christian Seydoux : « bicéphale ») et 297 (Alain Berset).

lui-même »¹⁵⁶ appartient désormais au passé. Le souci d'indépendance doit être présent jusque dans l'aménagement concret de la nouvelle structure. Il faut ainsi éviter de trop fortes imbrications du Secrétariat du Grand Conseil et de la Chancellerie, par exemple par la multiplication de services communs¹⁵⁷.

– Le Grand Conseil est l' « autorité suprême du canton » (art. 94). Il faut au moins en tirer la conclusion que le Secrétariat du Grand Conseil et la Chancellerie doivent être mis sur pied d'égalité.

– Les constituants ont pris leur décision en ayant indéniablement à l'esprit l'exemple de *leur propre Secrétariat*¹⁵⁸. Les expériences accumulées peuvent certainement nourrir la discussion. La structure avait des qualités, notamment sa légèreté, qui rendait nécessaire une certaine polyvalence de ses membres¹⁵⁹ et aidait à suivre le rythme de travail soutenu de l'assemblée. Pour devenir le Secrétariat de la première autorité du canton, forte de 110 membres et dotée de nombreuses commissions, une telle structure devrait cependant être renforcée.

La seconde phrase de l'art. 97 mérite quelques lignes. Si elle sert naturellement¹⁶⁰ de base aux nécessaires collaborations entre le Secrétariat du Grand Conseil et la Chancellerie « nouvelle formule », il n'est pas exclu que sa portée soit plus étendue. Il est en effet bel et bien question de permettre au Grand Conseil (« il »), et donc à ses organes et à ses membres, de faire appel aux services de l'ensemble de l'administration¹⁶¹. Le rapporteur de la commission, dans une des

¹⁵⁶ BOC 2002, p. 351 (Eric Menoud), 2003, p. 297 (Alain Berset : « C'est à en devenir schizophrène. » ; Marianne Terrapon : « On économise un timbre. »).

¹⁵⁷ Il faut aborder sans tabou la question de la redistribution de l'une ou l'autre des ressources qui fournissent des prestations tant pour le Grand Conseil que pour le Conseil d'Etat.

¹⁵⁸ BOC 2002, p. 351 (Christian Seydoux et Eric Menoud), 2003, p. 294 (Christian Seydoux), 297 (Alain Berset, Joseph Rey) et 298 (Rose-Marie Ducrot).

¹⁵⁹ Cf. BOC 2004, p. 232 (Antoine Geinoz).

¹⁶⁰ La systématique, en particulier l'intitulé de la disposition (« Secrétariat »), plaide plutôt pour une interprétation restrictive.

¹⁶¹ La règle n'est pas aussi claire que, par exemple, l'art. 101 al. 2 Cst. VD (« L'administration fournit aux députés tous les renseignements utiles à l'exercice de leur mandat. ») ; son objectif est cependant partiellement le même. Il ne faut en effet jamais perdre de vue que le contexte général est celui du renforcement du législatif par rapport à l'exécutif qui, lui, dispose de l'administration (cf. ci-dessus sous point A/1).

rare interventions consacrées au sujet, mentionnait l'informatique, l'« infrastructure », les services bibliothécaires et d'éventuels avis de droit¹⁶². Son propos était certes d'insister sur les synergies possibles pour montrer que le Secrétariat du Grand Conseil garderait une taille raisonnable ; les exemples mentionnés montrent cependant clairement que l'on se trouverait sans doute assez souvent hors du cadre des prestations que la Chancellerie peut elle-même fournir.

C. Autres règles

1. Séances

L'art. 96, intitulé « Séances », correspond pour l'essentiel à l'ancien droit¹⁶³. Ce sont désormais 22 députés, et plus 20, qui pourront demander une réunion du Grand Conseil¹⁶⁴. Quand à la convocation de l'assemblée « chaque fois que son président le juge nécessaire »¹⁶⁵, elle n'est plus expressément mentionnée ; elle devrait cependant rester possible¹⁶⁶.

2. Mandat

Le « mandat » de l'art. 98 al. 1 est une nouveauté¹⁶⁷. Il n'a que très peu de points communs avec l'instrument que la Loi portant règlement du Grand Conseil connaît actuellement sous ce nom¹⁶⁸. Son

¹⁶² BOC 2002, p. 351. Cf. ég. BOC 2003, p. 293, où le rapporteur se montre plus ouvert : « Wir wollen das Parlament stärken und ihm ein eigenes Sekretariat geben. *Darüber hinaus* kann das Parlament die Dienste der Verwaltung in Anspruch nehmen. »).

¹⁶³ Cf. art. 42, 46 et 47 aCst. La règle n'a fait l'objet d'aucune discussion : BOC 2002, p. 348, 2003, p. 289 et 717.

¹⁶⁴ Cf. art. 42 al. 2 let. c aCst.

¹⁶⁵ Art. 42 al. 2 let. a aCst.

¹⁶⁶ La thèse 5.2.1.10, à l'origine de l'art. 96 al. 1, précisait que le Grand Conseil se réunissait sur convocation de son président et mentionnait les « autres cas réglés par la loi » (let. d). Le texte a été simplifié lors de la rédaction de l'avant-projet dans l'idée que l'énumération n'était pas exhaustive et que la loi réglerait dans le détail le mode de convocation.

¹⁶⁷ Débats : BOC 2002, p. 367, 2003, p. 299 et 719 s.

¹⁶⁸ Cf. art. 77a LRGC et BOC 2002, p. 367 (Denis Boivin et Christian Levrat).

champ d'application est bien plus large : le législatif peut « suggérer »¹⁶⁹ une mesure à l'exécutif dans tous les domaines de compétence de ce dernier. Et la « suggestion » est impérative¹⁷⁰. La règle, rompant avec une conception stricte de la séparation des pouvoirs, a été critiquée¹⁷¹. Elle n'est cependant pas isolée et correspond à la tendance actuelle de concevoir de manière large l'objet de la motion¹⁷².

3. Droit de consultation du président

Les constituants ont, semble-t-il, voulu innover en adoptant l'art. 98 al. 2¹⁷³. La règle existait toutefois déjà (cf. art. 53 al. 4 aCst.) ; elle était même plus large puisqu'elle ne se limitait pas aux seuls objets qui concernent le Grand Conseil¹⁷⁴.

Le droit de consultation est d'une utilité assez limitée¹⁷⁵ : le président est le seul membre du Grand Conseil à pouvoir en bénéficier ; les

¹⁶⁹ En français, le verbe utilisé a d'abord été « inciter » ; l'assemblée a préféré « amener » en lecture « 2 » (cf. BOC 2003, p. 720). Le caractère impératif du mandat ne fait cependant plus de doute (cf. note 170).

¹⁷⁰ Le rapporteur de la commission l'a précisé à plusieurs reprises (cf. BOC 2003, p. 299 [« verpflichtend »] et 719 [« eine zwingende Aufforderung », « une démarche contraignante »]). En lecture « 0 », il parlait encore de « Richtlinie » (BOC 2002, p. 367).

¹⁷¹ Cf. BOC 2002, p. 367 ; cf. ég. Synthèse des résultats de la procédure de consultation de septembre 2003, p. 56. Le Prof. Borghi (cf. note 69) estimait que seul un mandat non impératif était admissible.

¹⁷² Cf. art. 171 Cst. féd. et 120 LParl – le texte de l'art. 119 du projet était moins contraignant (FF 2001 3489). Cf. ég. art. 81 al. 2 Cst. NE (« recommandation », non contraignante à en croire les art. 75a ss de la Loi du 22 mars 1993 d'organisation du Grand Conseil, RS NE 151.10) et l'art. 80 Cst. BE (« valeur de directives » ; cf. ég. U. BOLZ, Commentaire de la Constitution article par article, in W. KÄLIN/U. BOLZ, Manuel de droit constitutionnel bernois, Berne/Stuttgart/Vienne 1995, n. 1 ss ad art. 80).

¹⁷³ Cf. Rapport final de la Commission 5 de décembre 2001, ad thèse 5.4.4. La règle n'a fait l'objet d'aucune discussion (cf. note 167).

¹⁷⁴ Qui décide si un objet concerne le Grand Conseil ? Nous nous inspirerions volontiers de l'art. 105 let. b pour laisser le président du Grand Conseil seul juge de cette question (cf. ég. art. 79 al. 1 *in fine* Cst. NE).

¹⁷⁵ Nous serions surpris d'apprendre que le président du Grand Conseil fait grand usage de son droit de consultation.

informations qu'il peut obtenir ne devraient pas pouvoir être transmises à d'autres députés – elles ne lui servent qu'à exercer sa fonction en ayant une connaissance aussi approfondie que possible des dossiers traités ; il doit transmettre ses éventuelles remarques directement au Conseil d'Etat ¹⁷⁶.

III. POUVOIR EXÉCUTIF ET ADMINISTRATION

A. Remarques liminaires

Nos lignes seront plus brèves pour l'exécutif et l'administration ; nous pouvons en effet renvoyer en grande partie à l'introduction de la subdivision relative au législatif, tant sur le renforcement de ce dernier que sur la cure d'amaigrissement que le texte constitutionnel a subie en lecture « 2 » ¹⁷⁷. Deux absences, particulièrement remarquées lors de la procédure de consultation ¹⁷⁸, méritent toutefois brièvement notre attention : le principe collégial et le principe départemental ¹⁷⁹. Comment interpréter ces silences du constituant ? Dans les deux cas, la réponse est la même : le législateur garde une marge de manœuvre pleine et entière. La motivation varie cependant : sacrifié sur l'autel de la Constitution parfaite – donc mince – avec tout l'art. 132 consacré aux « Départements » ¹⁸⁰, le second principe est une victime « classique » de la cure d'amaigrissement plusieurs fois mentionnée ¹⁸¹ ; en ce qui concerne la collégialité, dont on aurait pu penser qu'elle était à ce point fondamentale qu'elle faisait partie du droit

¹⁷⁶ Cf. Rapport (note 173), loc. cit.

¹⁷⁷ Cf. ci-dessus sous point II/A.

¹⁷⁸ Cf. Synthèse de septembre 2003, p. 50 *in initio* ; Observations du Service de législation, Luc Vollery (3 juillet 2003), p. 7 s.

¹⁷⁹ Cf. p. ex. art. 177 Cst. féd. et 103 aCst. féd. Toutes les constitutions cantonales récentes (sauf BE) ont mentionné le principe de collégialité (cf. Cahier d'idées n° 3B, p. 11 ; cf. ég. art. 1 al. 2 et 42 LOCEA).

¹⁸⁰ BOC 2003, p. 320 ss. Le nouvel art. 133 proposé par le groupe PDC n'avait que des qualités : « concis, clair, digeste, constitutionnel » (BOC 2002, p. 321 [Claude Schenker]).

¹⁸¹ Cf. notes 25 et 126. Sur le sujet qui nous intéresse, le régime avait déjà commencé en lecture « 1 ».

constitutionnel non écrit¹⁸², elle a été volontairement passée sous silence dès le début des travaux¹⁸³, pour permettre une évolution que certains considéraient comme possible¹⁸⁴.

B. Organisation et fonctionnement du Conseil d'Etat

1. Durée maximale du mandat de conseiller d'Etat

L'art. 106 al. 3 prévoit que les conseillers d'Etat ne « peuvent pas siéger plus de trois législatures complètes ». Insatisfaisante mais adoptée faute d'en trouver une meilleure (qui reste concise), l'expression mérite une explication. L'idée est triple. Premièrement, la durée maximale du mandat est en principe de 15 ans (« trois législatures complètes »¹⁸⁵). Deuxièmement, à titre exceptionnel, le magistrat élu « en cours de route »¹⁸⁶ peut tout de même siéger 15 ans à partir de l'élection générale suivante, la fraction de législature initiale n'étant pas comptée¹⁸⁷. Troisièmement, l'exception ne vaut pas en fin de parcours : il n'est pas possible de se faire réélire une quatrième fois en promettant de se retirer avant la fin de la période.

2. Relations avec le Grand Conseil

L'art. 109 est l'une des dispositions de la nouvelle Constitution traitant des relations entre les deux premiers pouvoirs¹⁸⁸.

¹⁸² Dans ce sens, à propos de l'ancien droit (cf. not. art. 49 aCst) : Cahier d'idées n° 3B, p. 5 (collégialité) et 31 (solidarité collégiale), ainsi que BGC 2001, p. 1079 ss (message à l'appui du projet de Loi sur l'organisation du Conseil d'Etat et de l'administration), en partic. p. 1085 (collégialité) et 1098 (solidarité collégiale).

¹⁸³ BOC 2002, p. 378 s, 2003, p. 722.

¹⁸⁴ BOC 2002, p. 378 (rapporteur ad thèse 5.3.1.8).

¹⁸⁵ Des interruptions sont en soi imaginables (p. ex. deux législatures, puis, plus tard, une dernière ; cf. BOC 2003, p. 313 – ajout de « successives » rejeté).

¹⁸⁶ Exemple : Beat Vonlanthen, élu le jour de l'adoption de la Constitution.

¹⁸⁷ BOC 2002, p. 348 (rapporteur). Et cela quelle que soit la fraction (pour une règle différente sur une question proche, cf. art. 21 al. 2 LOCEA). La véritable interdiction est donc en quelque sorte de faire « quatre législatures complètes ».

¹⁸⁸ La disposition a peu fait débat : BOC 2002, p. 382 (ad thèse 5.3.2.16) et 384 (ad 5.4.2 s.), 2003, p. 317 et 725 s.

La disposition oblige d'abord le Conseil d'Etat à renseigner le Grand Conseil sur ses activités et sur l'état de réalisation du programme de législation, et cela chaque année ainsi que chaque fois que le législatif le demande. La question de savoir si ces exigences sont nouvelles peut rester sans réponse¹⁸⁹. On peut en effet difficilement contester que la pratique actuelle n'est pas suffisante : le compte-rendu annuel du Conseil d'Etat ne peut plus se contenter d'être une juxtaposition des rapports des Directions ; il faut un véritable document de synthèse sur l'activité propre du gouvernement, qui fasse notamment le point sur l'état de réalisation du programme arrêté en début de législation¹⁹⁰.

L'art. 109 al. 2 dispose que les conseillers d'Etat répondent devant le législatif de leur gestion et des actes des personnes soumises à leur surveillance. Il nous semble difficile d'y voir une responsabilité autre que politique. Par ailleurs, si la responsabilité « devant le peuple », que l'assemblée a finalement renoncé à mentionner expressément¹⁹¹, est sanctionnée par le résultat des urnes, celle qui subsiste à l'art. 109 al. 2 est dénuée de toute sanction¹⁹². La règle reste toutefois contraignante ; elle renforce en particulier le devoir d'information que les conseillers d'Etat ont envers le Grand Conseil.

C. Administration

1. Organisation

La nouvelle Constitution est très brève sur le sujet (art. 118)¹⁹³ : l'administration doit être efficace (« wirkungsvoll ») et organisée « de

¹⁸⁹ Cf. art. 53 al. 1 et 3 aCst. et 7 LOCEA. Cf. ég. art. 49 al. 4 et 78 LRGC – la première disposition va gagner en importance avec la mise en œuvre de la Constitution.

¹⁹⁰ C'est pourtant ce qui était prévu lors de l'adoption de la LOCEA (cf. BGC 2001, p. 1079 ss, en partic. p. 1088 [message, ad art. 7] et 1341 [commissaire du gouvernement, ad art. 7]).

¹⁹¹ Cf. la thèse 5.3.3.16 adoptée en lecture « 0 ». La précision a été abandonnée lors de la rédaction de l'avant-projet, sans contestation, dans l'idée que les conseillers d'Etat étaient soumis à réélection.

¹⁹² La Commission 5 a renoncé à proposer qu'un conseiller d'Etat puisse être démis de ses fonctions s'il a gravement manqué aux devoirs de sa charge (cf. Rapport final de décembre 2001, ad thèse 5.3.3.29).

¹⁹³ Cf. ci-dessus sous let. A. Débats : BOC 2002, p. 380 (ad thèse 5.3.2.13), 382 (ad 5.3.3.19) et 385 s. (ad 5.5.1), 2003, p. 320 ss et 330. La nouvelle Constitution

manière appropriée » (« zweckmässig ») ; elle doit assurer un service de proximité (« bürgernah ») – et « de qualité » (art. 52 al. 2). Ces exigences sont certainement en très grande partie respectées puisque l'organisation de l'administration vient de faire l'objet d'un examen en profondeur¹⁹⁴. Elles doivent cependant être des préoccupations permanentes¹⁹⁵. Celle de proximité mérite une attention particulière en ces périodes de centralisation, de restructuration et de privatisation : il est essentiel que les « services publics »¹⁹⁶ restent « accessibles »¹⁹⁷ pour toutes les couches de la population (personnes dans le besoin, handicapées, âgées, etc.).

2. Médiation

L'institution d'un organe de médiation indépendant en matière administrative¹⁹⁸ a été prévue dès le début des travaux de la Consti-

renonce également à l'élection du chancelier et du trésorier par le Grand Conseil (cf. art. 103 et BOC 2003, p. 720 s.). En ce qui concerne les règles générales des art. 52 à 54 (« principes » régissant l'accomplissement des tâches publiques, notamment par des tiers), nous renvoyons à la contribution de PIERRE OBERSON à ce numéro spécial.

¹⁹⁴ Cf. Loi du 16 octobre 2001 sur l'organisation du Conseil d'Etat et de l'administration (LOCEA ; RSF 122.0.1), en partic. art. 44, 47, 55.

¹⁹⁵ Cf. art. 44 al. 3 et 47 al. 1 LOCEA.

¹⁹⁶ La notion de « service public » (au singulier) déplaisait à une partie de l'assemblée (cf. BOC 2002, p. 101 ss, 2003, p. 636 ss). Sur le sujet, cf. récemment le Rapport du Conseil fédéral du 23 juin 2004 « Le service public dans le domaine des infrastructures » (FF 2004 4309 ss, en partic. p. 4318 s. [définition, principes et conditions-cadres]).

¹⁹⁷ La notion de « services de proximité » a été critiquée. L'idée d'« accessibilité » est sans doute celle qu'il faut retenir sur le fond, tant il est vrai que les distances ne sont plus seules déterminantes (télécommunications, heures d'ouverture, simplicité d'utilisation, etc.) ; cf. BOC 2003, p. 636 ss, en partic. p. 637 (Alexandre Grandjean).

¹⁹⁸ L'art. 119 est complété par l'art. 120 al. 2 du Chapitre 4 « Justice ». Il s'agit cependant d'institutions différentes.

La création d'un médiateur au sein du Tribunal cantonal (cf. A. MONOD, Fribourg planche sur l'explosion des menaces contre les autorités, *La Liberté* du 9 juillet 2002, p. 11), ou plus généralement au sein du pouvoir judiciaire, se rapprocherait par contre fortement de ce que l'art. 119 prévoit pour l'administration. Le canton de Vaud dispose d'une telle institution depuis août 2003 ; le médiateur est désigné par le Tribunal cantonal et le Tribunal administratif (cf. Arrê-

tuante ¹⁹⁹. En lecture « 1 », la disposition a cessé d'être potestative ²⁰⁰. En lecture « 2 », l'assemblée a renoncé à faire élire le médiateur par le Grand Conseil et mentionné expressément le Conseil d'Etat à l'art. 119 ²⁰¹.

Bien que relativement récente, la médiation administrative est déjà une institution que l'on peut qualifier de classique. Considérée comme utile, elle est assez largement répandue ²⁰². Lorsqu'on y renonce, comme l'a fait la Confédération, c'est la plupart du temps par souci d'économie ²⁰³. Lors de la mise en œuvre de la nouvelle Constitution, il devrait être aisé de mettre à profit le travail important déjà accompli tant au niveau fédéral que cantonal, y compris à Fribourg.

té du Conseil d'Etat du 8 janvier 2003 concernant la mise en activité à titre expérimental d'un bureau cantonal de médiation en matière d'administration judiciaire).

¹⁹⁹ Cf. thèse 5.5.2 de la Commission 5.

²⁰⁰ BOC 2003, p. 322 ss. La modification avait déjà été proposée sans succès en lecture « 0 » (cf. BOC 2002, p. 386 s.).

²⁰¹ BOC 2003, p. 720 s. et 729 s. – N.B. : L'intervention du rapporteur en p. 730, que nous lui avons suggérée, est erronée ; nous en portons l'entière responsabilité (cf. procès-verbal succinct de cette séance du 11 décembre 2003, p. 7). La disposition n'a pas fait débat en lecture « 3 » (cf. BOC 2004, p. 170). On notera que le canton de Vaud a opté pour la désignation du médiateur par le Grand Conseil (cf. art. 43 al. 1 Cst. VD).

²⁰² Cf. BOC 2003, p. 322 s. (Nicole Lehner, Anna Petrig) ; Rapport du Conseil d'Etat du 2 octobre 2001 (n° 321) sur le postulat Beat Vonlanthen/Marie-Louise Rudaz-Spicher concernant la création de la fonction de médiateur (BGC 2001, p. 1630 ss, en partic. p. 1632 s.) ; Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 4 juillet 2003 à l'appui d'un avant-projet de LF sur le Bureau fédéral de médiation, p. 8 s. (www.parlament.ch/f/ed-pa-spk-ombudsgesetz-d.pdf [rapport] ; www.parlament.ch/f/ed-pa-spk-ombudsgesetz-entwurf-d.pdf [avant-projet]).

²⁰³ Cf. BGC 2001, p. 1633 s. (Rapport n° 321 [note 202]) ; Rapport du Conseil d'Etat du 23 juin 2003 sur la motion Louis Duc concernant la création d'un organe de médiation (011.02 ; BGC 2003, p. 1181 s.) ; communiqué de presse de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 février 2004 ; Rapport de cette même commission du 25 mars 2004 sur l'initiative parlementaire Peter Jossen « Institution d'un service de médiation fédérale » (02.431).

IV. DROIT TRANSITOIRE

L'essentiel de la volonté de l'assemblée sur ce sujet est contenu dans le rapport que nous avons préparé pour la Commission 4²⁰⁴. Quelques rappels :

L'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution et l'abrogation de l'ancienne sont fixées au 1^{er} janvier 2005 (art. 146). Les nouvelles règles²⁰⁵ relatives au Grand Conseil et au Conseil d'Etat ne prendront cependant effet que « en vue de la législature 2007-2011 » (art. 151)^{206, 207}. Le principe général reste toutefois valable que le droit existant doit être adapté sans retard au nouveau texte (art. 147 al. 1)²⁰⁸. Pour le respect des délais, la date déterminante est celle de l'entrée en vigueur de la législation d'adaptation (art. 147 al. 1 *in fine*).

Ces principes appellent trois remarques :

Les deux premières sont générales. D'une part, tout en étant réalistes et dans la moyenne, les délais sont serrés. C'est à la fois une

²⁰⁴ Rapport concernant les dispositions finales du 29 octobre 2003 (www.fr.ch/constituante/doc/fichiers/lecture_2/rapp_disp_finales_f.pdf) – les règles avaient au préalable fait l'objet d'un échange de vues avec le chef du Service de législation. Sur le sujet qui nous occupe, le droit transitoire n'a pas passionné le plénum (cf. BOC 2003, p. 743 ss, 2004, p. 188).

²⁰⁵ Le rapport de la Commission 4 (cf. note 204) précise « toutes ces nouvelles règles » et fait référence tant aux règles générales (art. 85 ss [art. 94 ss de l'avant-projet]) qu'aux règles propres au législatif (art. 94 ss [art. 105 ss de l'avant-projet]) et à l'exécutif (art. 106 ss [art. 120 ss de l'avant-projet]). A dire vrai, ce régime transitoire n'est directement applicable aux règles générales des art. 85 ss que pour le Grand Conseil (art. 151 al. 1), le Conseil d'Etat (art. 151 al. 2) et les autorités communales (art. 153). On devrait cependant le généraliser à toutes les autorités auxquelles les art. 85 ss s'appliquent (p. ex. les préfets). Pour le pouvoir judiciaire, qui ne connaît pas les législatures, on pourrait aussi songer à appliquer l'art. 147 al. 2 et reporter les effets des nouvelles dispositions constitutionnelles jusqu'à l'entrée en vigueur de la législation d'application.

²⁰⁶ Dans le champ d'application de l'art. 151, il n'y a tout simplement pas besoin de faire appel à l'art. 147 et de distinguer entre les règles directement applicables et celles qui ne le sont pas.

²⁰⁷ Règle semblable pour les communes : art. 153.

²⁰⁸ C'est la raison pour laquelle la décision prise d'anticiper la séparation du Secrétaire du Grand Conseil et de la Chancellerie est tout à fait admissible (cf. note 151).

contrainte et un avantage : la mise en œuvre doit commencer véritablement « sans retard » (art. 147 al. 1)²⁰⁹, mais le rythme imposé devrait finalement être dans l'intérêt de toutes les autorités et personnes concernées – nul ne veut d'une mise en œuvre sans fin²¹⁰. D'autre part, la réussite de l'adaptation de la législation passe nécessairement par une intensification de la collaboration entre le Conseil d'Etat et le Grand Conseil au cours des prochaines années : il faudra informer le législatif aussi régulièrement que possible de la planification des travaux et des modifications de celle-ci ; il faudra sans doute également l'associer davantage à la phase préparatoire²¹¹.

La troisième et dernière remarque concerne plus spécialement le régime transitoire que l'art. 151 prévoit pour les nouvelles règles relatives au Grand Conseil et au Conseil d'Etat : la disposition se veut ouverte (« en vue de la législature 2007-2011 ») ; elle laisse ainsi au Conseil d'Etat et au Grand Conseil toute la marge de manœuvre nécessaire pour planifier *dans le détail* le passage des anciennes aux nouvelles règles – les solutions seront inévitablement différenciées et l'entrée en vigueur échelonnée²¹².

²⁰⁹ Après une période d'attentisme caractérisé jusqu'à la date de la votation populaire, l'administration cantonale semble s'éveiller : les réactions sont rapides dans les unités spécialisées, en particulier au Service de législation ; elles sont plus lentes dans les Directions, à quelques exceptions près.

²¹⁰ Il n'est pas sans intérêt de noter que le Conseil d'Etat vaudois s'est fixé des objectifs plus ambitieux que ceux que prévoyaient les dispositions transitoires : sa planification est faite sur quatre ans (et plus cinq ; cf. art. 177 al. 1 Cst. VD) et il a renoncé à utiliser le délai spécial plus long prévu pour le nouveau découpage territorial (dix ans ; art. 179 ch. 5) ; cf. Rapport du Conseil d'Etat du 25 septembre 2003 (R. 28/03) sur la planification des travaux législatifs de mise en œuvre de la Constitution du 14 avril 2003, p. 19 ss (www.dire.vd.ch/constitution/pdf/rapport-planification.pdf).

²¹¹ Le Comité de pilotage désigné par le Conseil d'Etat pourrait comprendre des députés. Il ne s'agit pas tant de permettre au législatif de prendre influence sur le contenu des projets préparés par l'exécutif que de permettre une coordination optimale du travail des deux pouvoirs.

²¹² Exemples de « paquets » possibles : séparation du Secrétariat du Grand Conseil et de la Chancellerie (cf. note 151), règles nécessaires à l'élection de la nouvelle députation, révision générale de la Loi portant règlement du Grand Conseil.

CONCLUSION

Nous savions, pour avoir eu la chance de la vivre de l'intérieur, que la révision totale d'une constitution était une œuvre d'envergure. Arrivé au terme de cette rapide visite guidée d'une vingtaine des 153 articles de la nouvelle Constitution fribourgeoise, nous sommes persuadé que la mise en œuvre d'un tel texte n'a rien à envier à sa rédaction. Il ne nous reste qu'à espérer que nos lignes pourront apporter une petite pierre à ce grand édifice et, surtout, à souhaiter que toutes les autorités et personnes concernées saisissent l'occasion de l'adoption de cette nouvelle loi fondamentale pour améliorer autant que faire se peut le fonctionnement de nos institutions.

POST-SCRIPTUM

« On risque [...] de sous-estimer l'apport du nouveau texte si l'on en reste aux habitudes prises avec l'ancien, à savoir une tendance à l'ignorer. »

Le Conseil d'Etat²¹³

« En une phrase, le Grand Conseil a du pain sur la planche. »

La Liberté²¹⁴

Le 5 novembre 2004, le Bureau du Grand Conseil fait sien le « Rapport n° 162 accompagnant le projet de loi réorganisant le Secrétariat du Grand Conseil »²¹⁵ que lui a préparé un groupe de travail de

²¹³ Rapport n° 170 du 15 novembre 2004 sur la mise en œuvre de la nouvelle Constitution cantonale, sous point III/4/a (BGC 2004, p. 1716 ss ; www.fr.ch/publ/messages/2002-2006/fichiers/170_rapport.pdf). On y lit aussi l'expression « développer le 'réflexe constitutionnel' » (sous point III/5).

²¹⁴ Conclusion de l'article paru le 7 décembre 2003 (p. 16) sous la plume de Philippe Castella à la suite de la conférence de presse présentant le Rapport sur la mise en œuvre de la nouvelle Constitution.

²¹⁵ BGC 2004, p. 1470 ss ; www.fr.ch/publ/messages/2002-2006/fichiers/162_rapport.pdf.

cinq membres²¹⁶ : le nouveau Secrétariat sera « constitué par le transfert du personnel actuel de la Chancellerie d'Etat affecté exclusivement au service du Grand Conseil », à savoir un secrétaire administratif (50 %) et trois secrétaires parlementaires (300 %), le solde des équivalents plein temps au service du Grand Conseil (320 %) restant à la Chancellerie ; le seul poste nouveau est celui de secrétaire général. Le 19 novembre 2004, le Grand Conseil adopte le texte par 98 voix, sans opposition ni abstention²¹⁷. Quatre groupes s'expriment sur l'entrée en matière, tous pour la soutenir²¹⁸. Lors de l'examen de détail, aucune proposition d'amendement et aucune intervention. La deuxième lecture est liquidée en bloc dans la foulée. Le 20 novembre 2004, on lit dans *La Liberté* : « La séparation ne sera pas complète. » (p. 14).

Entre-temps, le 15 novembre 2004, le Conseil d'Etat adopte le « Rapport n° 170 sur la mise en œuvre de la nouvelle Constitution cantonale »²¹⁹ : le programme législatif paraît « impressionnant » et la détermination du Conseil d'Etat clairement affichée. On découvre deux longues listes. D'abord, celle des adaptations « impératives » – la quasi-totalité des questions que nous avons abordées dans notre contribution en font partie. Pour l'instant, mais c'est encore normal, pas d'indices, ou très peu, sur le contenu concret des adaptations ; on apprend toutefois que la marge de manœuvre est « importante [...], la seule condition à respecter absolument étant la conformité à la nouvelle Constitution ». Vient ensuite la liste des adaptations qui ne sont que « facultatives » – essentiellement les tâches publiques. « Facultatifs », un qualificatif quelque peu trompeur. D'une part, parce qu'il ne fait que peu de cas du principe de la légalité : l'ensemble de l'activité de l'Etat doit reposer sur une base légale précise, qualité qui fait souvent défaut aux dispositions constitutionnelles. D'autre part, parce qu'il suppose que la législation actuelle est en grande partie suffisante : une hypothèse peut-être exacte, mais qui doit être vérifiée pour chaque domaine et de manière approfondie.

²¹⁶ Composition : le chancelier et 1^{er} secrétaire du Grand Conseil (président), le vice-chancelier et 2^{ème} secrétaire du Grand Conseil, le chef du Service du personnel et de l'organisation, ainsi que, pour une aide technique, le chef du Service de législation et chef du projet « Mise en œuvre de la nouvelle Constitution » et le chef adjoint du Service de législation.

²¹⁷ BGC 2004, p. 1575 ss, 1579.

²¹⁸ Deux porte-parole (PDC et UDC) sur quatre précisent expressément que leur groupe est unanime. Le rapporteur constate que « tous les groupes sont favorables [...], même très favorables » (BGC 2004, p. 1576).

²¹⁹ Cf. note 213.

Le 16 décembre 2004, dans un brouhaha certes assez habituel mais toujours aussi surprenant pour les visiteurs de passage sur le banc du public ²²⁰, le Grand Conseil prend acte du rapport du Conseil d'Etat en quelque 20 minutes ²²¹. Les seuls intervenants sont les porte-parole des groupes ²²². L'impression est mitigée. Les propos du commissaire du Gouvernement, qui réaffirme la ferme volonté du Conseil d'Etat de mettre en œuvre la nouvelle Constitution de manière complète et rapide, et, par exemple, de la porte-parole du groupe PDC, qui dit ses collègues prêts à contribuer à la construction du nouvel édifice et à respecter les vœux du constituant, contrastent avec des interventions moins enthousiastes, insistant sur l'importance de la marge de manœuvre du Grand Conseil, la large conformité de la législation actuelle à la nouvelle Constitution et les contraintes financières.

Mais il est temps pour le passé et le présent de céder la place au futur...

²²⁰ Nous avons écrit ces lignes au sortir de la séance du Grand Conseil. Le lendemain (17 décembre), nous lisons dans *La Liberté* (p. 13) : « LE BROUHAHA-MÈTRE RÉVÉLATEUR DE L'INTÉRÊT POUR LA NOUVELLE CONSTITUTION [...] A l'échelle infaillible du brouhahamètre, l'observateur a pu constater le peu d'intérêt marqué pour ce rapport : seulement six interventions, la moitié provenant d'anciens constituants [...] ».

²²¹ BGC 2004 p. 1853 ss.

²²² Une seule exception : c'est, semble-t-il, à titre personnel que Charles-Antoine Hartmann, premier intervenant, a émis quelques souhaits sur la manière de mener les réformes liées au pouvoir judiciaire.

ORGANISATION DER GERICHTSBEHÖRDEN

Reinold Raemy

Dr. iur., Gerichtspräsident, Verfassungsrat und Mitglied der Sachbereichskommission «Gerichtsbehörden und Mediation»¹

EINLEITUNG

Die neue freiburgische Kantonsverfassung nimmt in verschiedener Hinsicht Bezug auf das Justizwesen. Naturgemäss finden sich die meisten einschlägigen Bestimmungen im VI. Titel «Kantonale Behörden», hier zunächst im Ersten Kapitel «Allgemeine Bestimmungen» die Artikel 85 (Gewaltenteilung), 86 (Wählbarkeit), 88 (Information), 89 (Immunität für die Mitglieder des Grossen Rates und des Staatsrats) und 90 (Haftung). Im 2. Kapitel «Grosser Rat» äussern sich die Artikel 103 und 104 zur Wahl der Mitglieder der richterlichen Behörden, der Staatsanwaltschaft und des Justizrates sowie zur Oberaufsicht über die Justiz. Der «Justiz» im Einzelnen ist das 4. Kapitel mit den Artikeln 120-128 gewidmet, welche vor allem Gegenstand des vorliegenden Beitrags bilden. Hinzuweisen ist aber auch auf die als Grundrechte ausgestalteten allgemeinen Verfahrensrechte (Art. 29-32), welche den Art. 29, 29a, 30 und 32 BV nachgebildet sind. Schliesslich enthält Art. 152 übergangsrechtliche Bestimmungen.

Die Beratungen im Bereich des Justizwesens waren namentlich gekennzeichnet durch eine Kehrtwende in wichtigen Punkten im Rahmen der ersten Lesung. Die Kommission 6 hatte mit dem Ziel einer Entpolitisierung der Gerichtsbehörden die Schaffung eines Justizrates vorgeschlagen, dessen Mitglieder als Vertreter oder Vertreterinnen bestimmter Behörden oder Gruppen (Grosser Rat, Staatsrat, Kantonsgericht, Freiburger Anwaltsverband, Universität, Staatsanwaltschaft, erstinstanzliche Gerichtsbehörden) von jener Behörde oder Gruppe bezeichnet worden wären, welcher sie angehören. Dem Justizrat hätte neben seiner Aufsichtsfunktion namentlich auch die Kompetenz zugestanden, die Mitglieder der erstinstanzlichen Gerichtsbehörden zu

¹ Ich danke Prof. Dr. Bernhard Waldmann, Universität Freiburg, und Verwaltungsrichter Dr. Hugo Casanova für die Durchsicht des Textes und ihre wertvollen Anregungen.

wählen². Anlässlich der Thesenberatung im Mai 2002 stimmte der Verfassungsrat diesem Konzept noch zu, nachdem er einen Rückweisionsantrag der SP-Fraktion abgewiesen hatte. Deren Kritik richtete sich einerseits gegen den Wahlmodus für die Mitglieder des Justizrates und andererseits gegen dessen Wahlkompetenzen gemäss Vorschlag der Kommission 6³. Im Rahmen der ersten Lesung im März 2003 entschied sich der Rat dann für die Lösung, die im Wesentlichen nun Eingang in die Verfassung gefunden hat. Deren Merkmale bestehen darin, dass der Grosse Rat die Mitglieder des Justizrates wählt und dass der Justizrat über keinerlei Wahlkompetenzen verfügt, jedoch zu Händen des Grossen Rates Bewerbungen für die Ämter der richterlichen Gewalt zu begutachten und zwei Mitglieder des Justizrates vorzuschlagen hat (Art. 126 Abs. 2, 128)⁴.

Die folgenden Darlegungen enthalten zunächst (keineswegs erschöpfende) Bemerkungen zu den Grundsätzen der Justizorganisation (Art. 120-128), bevor ich mich kurz zu einigen Einzelfragen äussere.

I. DIE EINZELNEN BESTIMMUNGEN ÜBER DIE JUSTIZ

A. Grundsätze

Gemäss Art. 120 Abs. 1 wird die Rechtspflege von den dazu durch Verfassung und Gesetz bestimmten Behörden wahrgenommen. Die Einrichtung von Justizorganen gehört somit zu den grundlegenden Bestimmungen im Sinne von Art. 93 Abs. 2 und muss sich auf ein Gesetz im formellen Sinn abstützen (siehe Art. 91).

Art. 120 Abs. 2 schafft eine Verfassungsgrundlage, um nach Bedarf durch Gesetz neben der staatlichen Gerichtsbarkeit andere Modalitäten für die Streitbeilegung einzuführen, entweder ergänzend oder alternativ. Solche gibt es bereits, so neben der Schiedsgerichtsbarkeit bundesrechtlich im Mietwesen⁵ und gemäss Verordnung über die Streitwertgrenze in Verfahren des Konsumentenschutzes und des un-

² Schlussbericht der Kommission 6, Dezember 2001, S. 23 ff.

³ TVR 2002, S. 430 ff.

⁴ TVR 2003, S. 338 ff.

⁵ Art. 274a OR.

lauteren Wettbewerbs⁶. Diese Verfahren haben sich bewährt. Auch die Mediation, die aussergerichtliche Vermittlung durch Einschaltung einer neutralen, unabhängigen, nicht entscheidbefugten Drittperson⁷, entwickelt sich zunehmend zu einer rechtlich anerkannten Institution⁸. Zwar muss oder kann auch bei Gerichtsverfahren ein Versöhnungsversuch stattfinden⁹. Indessen besteht ein qualitativer Unterschied, wenn die Gerichtsperson, die zu schlichten versucht, die gleiche ist, die bei Nichteinigung entscheidet. Dieser Umstand beeinflusst das Verhalten der Parteien und verringert die Erfolgchancen. Es erscheint daher in manchen Bereichen sinnvoll, die Einführung aussergerichtlicher Streitbeilegungsverfahren zu prüfen, die weniger formalistisch sind und weniger Kosten verursachen. Zweifellos können so gerichtliche Verfahren vermieden werden. Zu klären bleibt die Frage nach dem Verhältnis von Art. 120 Abs. 2 zu Art. 30, welcher die Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV übernimmt. Demnach besteht bei Rechtsstreitigkeiten ein Recht auf Zugang zu einer richterlichen Behörde. Unter den Begriff der richterlichen Behörde fallen alle staatlichen Rechtsprechungsinstanzen mit richterlicher Unabhängigkeit, so dass aussergerichtliche Spruchkörper keine richterlichen Behörden im Sinne von Art. 29a BV bzw. 30 sind. Der Gesetzgeber wird bei der Schaffung alternativer Streitbeilegungsmethoden zu prüfen haben, ob ein Verzicht auf die Rechtsweggarantie möglich ist¹⁰.

Der Grosse Rat hat gemäss Art. 120 Abs. 3 der richterlichen Gewalt die notwendigen Mittel für eine rasche und hochwertige Rechtspflege zur Verfügung zu stellen. Diese Bestimmung wiederholt mit

⁶ SR 944.8.

⁷ Siehe ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Alternative Streiterledigungsmethoden in und ausserhalb von Gerichtsverfahren, in: *Recht im Umbruch, Sondernummer «10 Jahre FZR»*, Freiburg 2002, S. 135 ff.

⁸ So ist in Österreich am 1. Mai 2004 ein Zivilrechts-Mediations-Gesetz in Kraft getreten (vgl. SJZ 2004, S. 299).

⁹ Siehe Art. 140 ff. ZPO, 149 StPO und 92 VRG.

¹⁰ Zu Art. 29a BV: ANDREAS KLEY, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zürich/Lachen 2002, Kommentar zu Art. 29a BV; YVO HANGARTNER, Recht auf Rechtsschutz, AJP 2002, S. 131 ff.; BERNHARD WALDMANN, Justizreform und öffentliche Rechtspflege – quo vadis, AJP 2003, S. 747 ff. Siehe auch WALTER KÄLIN, Die Bedeutung der Rechtsweggarantie für die kantonale Verwaltungsjustiz, ZBl 1999, S. 54; CHRISTINA KISS, Rechtsweggarantie und Totalrevision der Bundesrechtspflege, ZBJV 1998, S. 294.

Bezug auf die Rechtspflege lediglich, was sich bereits in allgemeiner Weise aus Art. 52 Abs. 2 ergibt¹¹. Sie hat insofern keine selbstständige Bedeutung und ist auch nicht justiziabel. Mit Recht, aber erfolglos wurde ihre Streichung beantragt, da kein Grund besteht, den allgemeinen Grundsatz einzig für die Rechtspflege zu konkretisieren, in anderen Bereichen (z.B. Schule) dagegen nicht¹².

B. Unabhängigkeit

In seinem ersten Absatz hält Art. 121 den Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit fest, die bereits durch Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II garantiert ist. Dadurch wird den Parteien eines Justizverfahrens neben einem grundrechtlichen Anspruch auf innerlich unabhängige und deshalb unparteiische Richterinnen und Richter insbesondere auch das Recht auf Beurteilung durch ein unabhängiges Gericht gewährleistet. Darüber hinaus ist die Unabhängigkeit der Gerichte auch als Grundsatz der Behördenorganisation anerkannt. Der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit will von seinem normativen Anspruch her eine rechtsstaatlich einwandfreie, von sachfremden Einwirkungen befreite, allein Gesetz und Recht verpflichtete Rechtsprechung sicherstellen. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte kann von einem unabhängigen Gericht erst gesprochen werden, wenn eine rechtsprechende Behörde von den andern Staatsgewalten unabhängig ist. Diese Unabhängigkeit zeichnet sich in erster Linie dadurch aus, dass die Richterinnen und Richter ihre Kernfunktion selbstständig erfüllen können; aus dem Unabhängigkeitsgebot erwächst deshalb allen anderen staatlichen Behörden ein verfassungsunmittelbares Einmischungsverbot: Jede – wie auch immer geartete – Beeinflussung der Rechtsprechung ist ihnen untersagt¹³.

Mit der Unabhängigkeit in engem Zusammenhang steht die Art und Weise, wie die einzelnen Richterinnen und Richter gewählt wer-

¹¹ «Staat und Gemeinden verfügen zur Erfüllung ihrer Aufgaben über hochwertige und bürgernahe Dienststellen».

¹² TVR 2002, S. 456 f.

¹³ REGINA KIENER, Sind Richter trotz Wiederwahl unabhängig?, Plädoyer 2001, S. 36 ff., mit Hinweisen. Siehe auch REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, Habil. Bern 2001.

den. Im Kanton Freiburg werden heute einzig die Kantons- und Verwaltungsrichter/innen durch das Parlament gewählt, während für die Wahl der Mitglieder der übrigen gerichtlichen Behörden ein besonderes Wahlkollegium zuständig ist, das aus dem Staatsrat und dem Kantonsgericht besteht¹⁴. Inskünftig wird die Wahl aller Mitglieder der richterlichen Gewalt und der Staatsanwaltschaft dem Grossen Rat obliegen, nachdem der Justizrat über die Kandidaturen seinen «préavis» (Begutachtung) abgegeben hat (Art. 103, 128). Damit wird dem Postulat der demokratischen Legitimation Rechnung getragen¹⁵. Die Wahlen erfolgen neu auf unbestimmte Zeit (Art. 121 Abs. 2) statt wie bisher für eine Amtsdauer von fünf Jahren¹⁶. Mit dem Verzicht auf Amtsperioden und Wiederwahl folgte der Verfassungsrat einem Vorschlag der Kommission 6, die dadurch die Unabhängigkeit dieser Behörden stärken wollte¹⁷. Zugleich sieht Art. 121 Abs. 2 indessen ein Abberufungsverfahren vor, welches im Einzelnen vom Gesetzgeber zu regeln ist. Dieses Verfahren muss insbesondere gewährleisten, dass eine Abberufung nur aus sachlichen, in einem demokratisch legitimierten Erlass abschliessend genannten Gründen und im Rahmen eines gesetzlich normierten Verfahrens erfolgt. Zulässig sind nur Motive, die der Sicherstellung einer verfassungsmässigen Funktionsausübung dienen, indem sie Personen vom Richteramt fernhalten, die zu einer sachgerechten Aufgabenerfüllung nicht in der Lage sind. Eine Abberufung darf insbesondere keine Sanktionierung einer nicht genehmten Rechtsprechung darstellen. Wird eine Abberufung in Betracht gezogen, ist der betroffenen Person namentlich das rechtliche Gehör zu gewähren (Art. 29 Abs. 2 BV): Es ist ihr rechtzeitig Gelegenheit zu geben, sich zu den Vorwürfen zu äussern, und ihre Einwendungen müssen von der zuständigen Behörde gewürdigt und beim Entscheid berücksichtigt werden. Aufgrund von Art. 29a BV besteht auch ein Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde¹⁸. Zuständig für eine Abberufung ist gemäss Art. 121 Abs. 2 der Grosse Rat als Wahlbehörde, wogegen es dem Justizrat obliegen wird, unter Einhal-

¹⁴ Art. 18 des Gesetzes über die Gerichtsorganisation (GOG; SGF 131.0.1).

¹⁵ TVR 2002, S. 430 f.; KIENER (Fn. 13), S. 38.

¹⁶ Art. 16 ff. GOG.

¹⁷ Schlussbericht der Kommission 6, S. 29 f.

¹⁸ Siehe KIENER (Fn. 13), S. 38 ff.

tung der Parteirechte der betroffenen Person den Sachverhalt abzuklären und einen Bericht mit Empfehlungen zu erstellen¹⁹.

C. Beachtung übergeordneten Rechts

Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichtsbehörden wenden Bestimmungen nicht an, die gegen übergeordnetes Recht verstossen (Art. 122). Nach dem in die Vernehmlassung gegebenen Vorentwurf sollte dieser Grundsatz auch für Verwaltungsbehörden gelten (Art. 94^{bis} Vorentwurf). Im Rahmen der 2. Lesung entschied sich der Verfassungsrat anders, da er nicht von Art. 10 Abs. 4 VRG abweichen wollte, wonach eine untere Verwaltungsbehörde eine gesetzliche Bestimmung anwenden muss, ausser diese sei offensichtlich rechtswidrig²⁰. Jedoch darf aus Art. 122 nicht der Schluss gezogen werden, dass Verwaltungsbehörden nicht an das übergeordnete Recht gebunden wären; insbesondere bleibt das Bundesrecht auch für Verwaltungsbehörden verbindlich²¹.

D. Zivil-, Straf- und Verwaltungsrechtspflege

In diesem Zusammenhang stellte sich die Frage, ob die einzelnen Gerichtsbehörden in der Verfassung aufzuführen seien oder ob man es mit einer Verweisung auf das Gesetz bewenden lasse. Schliesslich obsiegte angesichts der Bedeutung der Justiz als dritte Staatsgewalt die Auffassung, nach dem Muster der bernischen Verfassung (SR 131.212, Art. 98 – 100) die wichtigsten, also die ordentlichen Gerichte, aufzuzählen und für die übrigen Behörden eine Verfassungsgrundlage in Form einer Verweisung auf das Gesetz zu schaffen. So werden in Art. 123 für die Zivilrechtspflege namentlich auch die Friedensgerichte erwähnt. Im Bereich der Strafrechtspflege ist die Nennung der Untersuchungsrichter/innen mit Rücksicht auf ihre wichtige Rolle begründet, obwohl sie selber keine ordentlichen Urteilsverfahren durchführen, sondern neben ihrer Hauptaufgabe, der Durchführung

¹⁹ Siehe BBl 2002 1190, für die geplante, aber verworfene Justizkommission auf Bundesebene.

²⁰ Siehe TVR 2003, S. 701-703.

²¹ Art. 49 Abs. 1 BV. Gemäss Art. 191 BV sind Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend. Siehe ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl., Zürich 2001, N 1195 ff.

von Untersuchungen, die mit Überweisungen an die Gerichte oder Einstellungen abgeschlossen werden, Strafbefehle als Eventualurteile erlassen, bei denen aufgrund einer Einsprache das ordentliche Verfahren möglich ist. Die Oberamtspersonen führen weder Strafuntersuchungen noch ordentliche Urteilsverfahren durch; sie sind bei Antragsdelikten für Versöhnungsversuche zuständig und verfügen in bestimmten Bereichen über die Kompetenz, Strafbefehle zu erlassen. Für diese strafrechtlichen Befugnisse bildet Art. 123 Abs. 4 eine genügende Grundlage, so dass man auf die Aufzählung der Oberamtspersonen in Absatz 2 hätte verzichten können²².

E. Kantonsgericht

Die Art. 123 Abs. 3, 124 und 152 Abs. 2 sehen vor, dass das Kantons- und das Verwaltungsgericht, welche heute zwei voneinander unabhängige, selbstständige Behörden bilden (Art. 60, 65 aKV), bis spätestens 1. Januar 2008 zu einem einzigen, kantonale Instanzlichen Kantonsgericht zu vereinigen sind. Aus den Beratungen ergibt sich, dass damit eine funktionelle Einheit gemeint ist, zumindest in einer ersten Phase, also nicht sämtliche Richter/innen und Mitarbeiter/innen am gleichen Ort tätig sein müssen²³.

Dieses neue Kantonsgericht wird oberste Behörde in Zivil-, Straf- und Verwaltungssachen sein. Als ordentliche Verwaltungsjustizbehörde wird es in letzter kantonaler Instanz verwaltungsrechtliche Streitigkeiten beurteilen, soweit sie nicht durch Gesetz in die endgültige Zuständigkeit einer andern Behörde gelegt werden. Diese letzte Formulierung (Art. 124 Abs. 2) entspricht inhaltlich Art. 65 Abs. 1 der heute noch geltenden Verfassung, mit der sie auch dem Wortlaut nach fast identisch ist.

Die Schaffung einer einzigen oberen kantonalen Gerichtsbehörde beruht auf einem Vorschlag der Kommission 6, wofür vor allem praktische Aspekte vorgebracht wurden: Konzentration der Räumlichkeiten, des Personals und der Arbeitsmittel sowie die grössere Anzahl von Richter/innen, die in mehreren Höfen wirken können, als Vorteil bei Ausstandsfällen oder bei der Ausübung der vom Justizrat delegier-

²² TVR 2003, S. 732; 2004, S. 171-173.

²³ TVR 2003, S. 333 ff.

ten Aufsichtsfunktion. Zudem wurde auch darauf hingewiesen, dass ein vereinigttes Kantonsgericht zur Stärkung der Justiz und zur Verbesserung ihres Ansehens beitrage²⁴.

F. Justizrat

1. Stellung und Aufsichtskompetenz

Der Justizrat wird als «unabhängige Aufsichtsbehörde über die Justiz» definiert, die (zudem) die Kandidaturen für die Justizbehörden begutachtet (Art. 125). Demgegenüber übt der Grosse Rat die Oberaufsicht über die Justiz aus (Art. 104 lit. b)²⁵.

Grossrat Charles-Antoine Hartmann, Präsident der grossrätlichen Justizkommission, hatte am 15. November 2000 eine Motion eingereicht, mit dem Ziel, Art. 64 aKV dahin gehend zu ändern, dass für die Aufsicht der Magistraten der richterlichen Behörden ein (oberster) Justizrat geschaffen werde, dessen Organisation, Zusammensetzung und Kompetenzen das Gesetz bestimme. In der Begründung seiner Motion hielt er zunächst fest, dass einerseits der Grosse Rat aufgrund der Gewaltenteilung lediglich die Oberaufsicht über die Gerichtsverwaltung ausüben könne und dass andererseits das mit der direkten Aufsicht über die unteren Gerichte betraute Kantonsgericht bei der Erfüllung dieser Aufgabe auf Schwierigkeiten stosse, was auch damit verbunden sei, dass es zugleich Rechtsmittelinstanz und Aufsichtsbehörde sei. Weiter wies er darauf hin, dass für das Kantonsgericht keine Aufsicht bestehe. Die Aufgaben des Justizrates sollten namentlich im Bereich der Justizaufsicht und der Vorbereitung der Richterwahlen liegen²⁶.

Unter Hinweis auf vergleichbare Organe in Nachbarländern und in den Kantonen Genf, Tessin und Jura unterstützte die Kommission 6 die Schaffung einer unabhängigen, verfassungsmässigen, administrativen Behörde mit der Bezeichnung Justizrat für die administrative und disziplinarische Aufsicht über die richterliche Gewalt. Der Justiz-

²⁴ Schlussbericht Kommission 6, S. 10-12; TVR 2002, S. 418; 2003, S. 334 f.

²⁵ Zur Tragweite der parlamentarischen Oberaufsicht über die Gerichte – Positionen in der Rechtslehre. Bericht der Parlamentarischen Verwaltungskontrollstelle zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates (BBI 2002 7690).

²⁶ TGR 2000, S. 1622 und 1640; TGR 2001, S. 919 und 924.

rat habe die direkte Aufsicht über das vereinigte Kantonsgericht auszuüben und könne die Aufsicht über die erstinstanzlichen richterlichen Behörden an das Kantonsgericht delegieren²⁷.

Diesem Vorschlag stimmte auch der Staatsrat in seiner Botschaft Nr. 43 vom 29. Oktober 2002 an den Grossen Rat ausdrücklich zu, der daraufhin entschied, auf ein eigenes Dekret zur Revision von Art. 64 aKV zu verzichten²⁸. Im Verlaufe der Beratungen des Verfassungsrates wurde von keiner Seite in Frage gestellt, dass ein unabhängiges, als Justizrat zu bezeichnendes Organ für die Administrativ- und Disziplinaraufsicht über die richterliche Gewalt und die Staatsanwaltschaft geschaffen werden solle, das die Administrativaufsicht über die erstinstanzlichen Gerichtsbehörden dem Kantonsgericht übertragen kann und den Grossen Rat regelmässig über seine Tätigkeit zu informieren hat (Art. 125, 127).

2. *Wahlen*

Gemäss Art. 103 Abs. 1 wählt der Grosse Rat (unter anderem) die Präsidentin oder den Präsidenten des Kantonsgerichts (lit. c), die Mitglieder des Justizrats (lit. d) sowie die Mitglieder der richterlichen Gewalt und der Staatsanwaltschaft (lit. e), während der Justizrat die Bewerbungen für die Ämter der richterlichen Gewalt und der Staatsanwaltschaft zu Handen des Grossen Rates begutachtet; dabei stützt er sich auf die Ausbildung, die berufliche Erfahrung und die persönlichen Qualitäten der Kandidatinnen und Kandidaten (Art. 128).

Wählbar sind in kantonalen Angelegenheiten Stimmberechtigte, die im Kanton Wohnsitz haben. Das Gesetz kann niederlassungsberechtigten Ausländerinnen und Ausländern, die seit mindestens fünf Jahren im Kanton Wohnsitz haben, die Ausübung eines richterlichen Amtes erlauben (Art. 86 Abs. 2). Wie schon erwähnt erfolgt die Wahl auf unbestimmte Zeit, und das Gesetz hat ein Abberufungsverfahren vorzusehen.

Der Justizrat verfügt somit über keinerlei Wahlkompetenzen, anders als nach dem Konzept der Kommission 6, die dem Justizrat neben

²⁷ Schlussbericht der Kommission 6, S. 24 ff.

²⁸ TGR 2003, S. 58-62 und 245-247. Siehe auch TGR 2000, S. 1622 und 1640; TGR 2001, S. 919.

seiner Aufsichtsfunktion die Befugnis erteilen wollte, die Mitglieder der erstinstanzlichen Gerichtsbehörden, namentlich also Präsident/innen der Bezirksgerichte, Friedensrichter/innen und Laienrichter/innen, aber auch Untersuchungsrichter/innen, zu wählen. Eine Mehrheit der Kommission hatte sogar vorgeschlagen, die Bewerber/innen für das Amt eines Kantonsrichters oder einer Kantonsrichterin durch den Justizrat aufgrund objektiver und nicht politischer Kriterien auswählen zu lassen, wobei der Grosse Rat nur eine/n durch den Justizrat zugelassene/n Kandidaten/in wählen könne. Damit sollten die richterlichen Ämter entpolitisiert werden und Kandidaten nur aufgrund ihrer Fähigkeiten berücksichtigt werden, unter Ausschluss ihrer möglichen politischen Herkunft ²⁹.

Dieser Vorschlag stiess in zweierlei Hinsicht auf Kritik. Einerseits wurde geltend gemacht, mit der Aufsichtsfunktion dürften keine Wahlkompetenzen verbunden werden. Andererseits wurde auf die fehlende demokratische Legitimation hingewiesen, und zwar sowohl des Justizrats selber als auch der durch ihn gewählten Mitglieder der richterlichen Behörden ³⁰. In der Tat hätte gemäss Kommission 6 jede im Justizrat vertretene Behörde oder Gruppe ³¹ ihren Vertreter oder ihre Vertreterin unter ihren Mitgliedern selber wählen sollen ³². Entsprechend wurde nunmehr vorgeschlagen, sowohl die Mitglieder des Justizrates als auch diejenigen sämtlicher richterlicher Behörden durch das Parlament, also durch vom Volk gewählte Grossräte und Grossrätinnen, wählen zu lassen, um ihnen so eine ausreichende demokratische Legitimation zu verschaffen. Die Wahl durch den Grossen Rat sollte zudem gegenüber dem heutigen System der Richterwahlen durch das Wahlkollegium (für die Mitglieder der erstinstanzlichen Gerichte) zu vermehrter Offenheit und Transparenz führen.

Diesen Kritiken wurde in der Verfassung schliesslich in vollem Umfang Rechnung getragen, so dass der Grosse Rat inskünftig neben den neu 14 Kantonsrichter/innen sämtliche Mitglieder aller erstinstanzlichen Gerichtsbehörden wählen wird. Unzweifelhaft wird die Parteipolitik bei diesem Wahlmodus ein grösseres Gewicht erhalten, und es bleibt abzuwarten, wie weit die vorgängige Begutachtung

²⁹ Schlussbericht der Kommission 6, S. 26 und 28.

³⁰ TVR 2002, S. 431.

³¹ Art. 126.

³² Schlussbericht Kommission 6, S. 30.

durch den Justizrat dafür sorgen wird, dass die in der Verfassung selber vorgegebenen Kriterien (Ausbildung, berufliche Erfahrung, persönliche Qualitäten) in die Praxis umgesetzt werden.

3. *Zusammensetzung und Bestellung*

Laut Art. 126 setzt sich der Justizrat aus neun Mitgliedern zusammen, wovon sieben einer bestimmten Behörde oder Gruppe angehören müssen (Grosser Rat, Staatsrat, Kantonsgericht, Anwaltsverband, rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität, Staatsanwaltschaft, erstinstanzliche Gerichtsbehörden). Zuständig für ihre Wahl ist der Grosse Rat, wobei die genannten Behörden oder Gruppen jeweils ihre/n Vertreter/in vorzuschlagen haben, während die beiden andern Mitglieder vom Justizrat vorzuschlagen sind. Die Mitglieder werden für fünf Jahre gewählt und können nicht mehr als zwei Amtsperioden nacheinander Mitglied des Justizrates sein.

Die Lösung, die Zusammensetzung des Justizrates in der Verfassung selber näher zu regeln, beruht auf einer These der Kommission 6, nach deren Auffassung die Grundlagen der Organisation des Justizrates in die Verfassung aufzunehmen waren. Aus Effizienzgründen solle der Justizrat aus Personen bestehen, die mit dem juristischen Bereich vertraut sind und die im Rechtswesen unabdingbaren Kompetenzen besitzen, ansonsten die Nützlichkeit einer solchen Behörde in Frage gestellt werden könnte³³. Allerdings steht dieser Vorschlag der Kommission 6 mit der weiteren These im Zusammenhang, wonach jede im Justizrat vertretene Behörde oder Personengruppe ihren Vertreter oder ihre Vertreterin unter ihren Mitgliedern selbst wählt. Mit diesem Wahlmodus verbunden war auch der Gedanke, dass die Amtszeit der Mitglieder des Justizrates auf zwei Perioden beschränkt bleibt³⁴. Nachdem nunmehr die Mitglieder des Justizrats durch den Grossen Rat gewählt werden, fehlt meines Erachtens ein stichhaltiger Grund für die in Art. 126 Abs. 1 getroffene Lösung³⁵.

³³ Schlussbericht Kommission 6, S. 30.

³⁴ Schlussbericht Kommission 6, S. 30 f.

³⁵ Ein Antrag wurde abgelehnt, der wie folgt lautete: «Der Justizrat besteht aus sieben Mitgliedern, die vom Grossen Rat gewählt werden» (TVR 2003, S. 341 ff. und 733 ff.).

Es bleibt zu hoffen, dass der Grosse Rat trotz der unnötig rigiden Vorgaben der Verfassung den Justizrat so zusammensetzen vermag, dass er die hohen Erwartungen erfüllen kann, die in ihn als unabhängige Justizaufsichtsbehörde gesetzt werden. Neben der Mitwirkung bei Richterwahlen und den Aufsichts- und Disziplinarzuständigkeiten im engeren Sinne sollte er auch zur Stärkung der Justiz beitragen, indem er sich zum Beispiel mit der Vereinheitlichung der Rechtsanwendung (durch Richtlinien oder Kreisschreiben), mit der Weiterbildung der Mitglieder der richterlichen Behörden und mit der Öffentlichkeitsarbeit befasst³⁶.

II. EINZELFRAGEN

A. Gewaltenteilung und Unvereinbarkeiten

Die Verfassung hält für die Organisation der Behörden in Art. 85 den Grundsatz der Gewaltenteilung³⁷ fest, und mit Bezug auf die Unvereinbarkeiten ist darauf hinzuweisen, dass Berufsrichter/innen weder Mitglied des Grossen Rates noch des Staatsrates sein können; das Gesetz kann zudem weitere Unvereinbarkeiten vorsehen (Art. 87).

B. Information

Gemäss Art. 88 Abs. 1 informieren die Behörden die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit (Öffentlichkeitsprinzip). Diese Pflicht gilt grundsätzlich für alle Behörden, also auch für die Gerichte, für die der Grundsatz zudem durch Art. 30 Abs. 3 BV eine Verstärkung erfährt, wonach Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung von gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen abgesehen öffentlich sind. Grundsätzlich haben also die (Gerichts-)Behörden von sich aus (aktiv) zu informieren. Die Information auf Anfrage regelt Art. 19; nach dessen Absatz 2 kann jede Person amtliche Dokumente einsehen, sofern kein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse entgegensteht.

Dem Recht auf Information und dem Öffentlichkeitsprinzip können also Geheimhaltungsinteressen gegenüber stehen, wie sie insbe-

³⁶ TVR 2002, S. 440; 2003, S. 339.

³⁷ Siehe dazu HÄFELIN/HALLER (Fn. 21), N 1405 ff.

sondere im Amtsgeheimnis³⁸ zum Ausdruck kommen. Es obliegt schwergewichtig dem Gesetzgeber, eine Interessenabwägung vorzunehmen, wobei mit Bezug auf den Schutz der Privatsphäre der grundrechtliche Daten- und Persönlichkeitsschutz massgebend ist (Art. 13 BV).

C. Haftung

Nach Art. 90 haften die Gemeinwesen für den Schaden, den ihre Amtsträger bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben widerrechtlich verursachen. Diese Staatshaftung ist im Gesetz über die Haftung der Gemeinwesen und ihrer Amtsträger geregelt, das auch für die Gerichtsbehörden und ihre Mitglieder anwendbar ist³⁹.

D. Gerichtssprache

Die Sprachenfreiheit wird in Art. 17 Abs. 2 in der Weise konkretisiert, dass sich jemand in der Amtssprache seiner Wahl an eine für den ganzen Kanton zuständige Behörde wenden kann. Diese Bestimmung statuiert für den Verkehr mit den für den ganzen Kanton zuständigen Behörden das Personalitätsprinzip und ist grundsätzlich auch für den Verkehr mit dem Kantonsgericht anwendbar. Allerdings kann Art. 17 Abs. 2 als Grundrecht unter den Voraussetzungen von Art. 38 (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit) eingeschränkt werden, so dass der Gesetzgeber grundsätzlich für die Bestimmung der Verfahrenssprache vor Kantonsgericht an der Sprache des angefochtenen Entscheides anknüpfen und die Abfassung von Eingaben in der Verfahrenssprache verlangen kann⁴⁰.

E. Verfahrensgarantien

Zwar stimmen die freiburgische Verfassung und die Art. 29, 29a, 30 und 32 BV nicht wortwörtlich überein, doch dürften die Verfahrensgarantien der Art. 29-32 in der Sache nicht von den bundesrechtlichen abweichen. Immerhin ist festzuhalten, dass die Rechtsweggaran-

³⁸ Art. 60 des Gesetzes über das Staatspersonal (StPG; SGF 122.70.1).

³⁹ SGF 16.1; Art. 98 GOG.

⁴⁰ Siehe Art. 10, 11 ZPO, 45 ff. StPO, 36 ff. VRG.

tie (Art. 29a BV) auf Bundesebene noch nicht in Kraft ist. Was Art. 29 Abs. 5 (Rücksichtnahme auf die besondere Situation von Kindern, Jugendlichen und jungen Erwachsenen im Verfahren) angeht, ist auf Art. 11 BV hinzuweisen, wonach Kinder und Jugendliche Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung haben und ihre Rechte im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit ausüben. Ausserdem besteht eine solche Verpflichtung bereits aufgrund des internationalen Übereinkommens über die Rechte des Kindes, insbesondere durch Art. 12⁴¹.

F. Übergangsrecht

Der Justizrat wird seine Tätigkeit am 1. Juli 2007 aufnehmen, wobei seine Aufsichtstätigkeit am 1. Januar 2008 beginnen wird. Ebenfalls Anfang 2008 wird das vereinigte Kantonsgericht seine Tätigkeit aufnehmen und, was die Wahlen angeht, sind die neuen Bestimmungen für die ab dem 1. Januar 2008 zu besetzenden Ämter der richterlichen Gewalt und der Staatsanwaltschaft anwendbar. Personen, die bei Inkrafttreten der Verfassung am 1. Januar 2005 im Amt sind, bleiben es bis zum Ablauf ihrer Amtsdauer. Die zwischen dem 1. Januar 2005 und dem 31. Dezember 2007 zu besetzenden Ämter unterstehen dem bisherigen Recht.

Somit ist für die Wiederwahl von am 1. Januar 2008 aufgrund bisherigen Rechts im Amt stehenden Personen der Grosse Rat zuständig. Dies führt nach einer Übergangsphase dazu, dass alle Mitglieder von Gerichtsbehörden in gleicher Weise legitimiert sind. Für den Fall einer allfälligen Nichtbestätigung nach altem Recht gewählter Mitglieder von Gerichtsbehörden stellen sich die Fragen nach ihrer rechtlichen Stellung im Verfahren und nach einer Pension oder Entschädigung; der Verfassungsrat hat die Regelung dieser Probleme ausdrücklich dem Gesetzgeber überlassen⁴².

⁴¹ SR 0.107.

⁴² TVR 2004, S. 103. Siehe KIENER (Fn. 13), S. 42, und vorstehend II/B a.E. sowie die Gesetze über die Besoldung und die Pensionen der Staatsräte und der Kantonsrichter vom 26. November 1965 (in Kraft bis 31. August 2004) und über die Gehälter und die berufliche Vorsorge des Staatsräte, der Oberamtmänner und der Kantonsrichter vom 15. Juni 2004, in Kraft seit dem 1. September 2004 (ASF 2004 075, SGF 122.1.3).

SCHLUSSBETRACHTUNG

Im Justizbereich führt die neue Verfassung zwei grundlegende Neuerungen ein: einerseits die Wahl aller Mitglieder der richterlichen Behörden und der Staatsanwaltschaft durch den Grossen Rat, und andererseits die Schaffung eines Justizrates als unabhängige Aufsichtsbehörde, die zudem bei Richterwahlen die Kandidaten/innen zu begutachten hat. Mit der Wahl aller Richter/innen durch das Parlament ist zweifellos die Gefahr einer vermehrten Politisierung der Justiz verbunden, welcher der Justizrat als Fachorgan entgegenwirken soll. Viel wird auch davon abhängen, wie die Grundsätze der Verfassung im Einzelnen durch den Gesetzgeber umgesetzt werden.

LES INSTITUTIONS JUDICIAIRES ET LE CONSEIL DE LA MAGISTRATURE

Philippe Vallet

Président du Tribunal de la Gruyère, constituant, président de la commission thématique « Autorités judiciaires et médiation »

I. LE POUVOIR JUDICIAIRE EN SUISSE

A. La Suisse est un Etat démocratique à structure fédéraliste dans lequel prévaut le principe de la séparation des pouvoirs. Conçu au XVIII^{ème} siècle, ce principe ayant pour but de faire régner la sûreté et la liberté use comme moyens d'y parvenir la division des puissances, l'équilibre des pouvoirs et la répartition des fonctions étatiques¹, lesquelles sont à l'origine réduites aux fonctions essentielles de l'Etat, savoir le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire².

Initialement idéologique, ce principe de séparation des pouvoirs est devenu constitutionnel puis droit fondamental en ce sens qu'il est devenu une véritable norme dotée d'une sanction, le Tribunal fédéral reconnaissant aux justiciables le droit de solliciter l'annulation d'un acte étatique pris en violation de règles constitutionnelles ou légales sur la répartition des compétences³. En outre, l'exigence de la légalité en tant qu'élément central de l'activité étatique trouve selon le Tribunal fédéral l'une de ses justifications dans le principe de la séparation des pouvoirs⁴, dont découle aussi le principe de l'indépendance des juges⁵.

B. Le pouvoir judiciaire est celui des trois qui est chargé d'administrer la justice, savoir, sur un territoire donné, d'appliquer et d'interpréter la loi en rendant des jugements, des décisions, des or-

¹ AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Volume I : L'Etat, Berne 2000, p. 581 n. 1656.

² AUER / MALINVERNI / HOTTELIER (note 1), p. 580 n. 1652.

³ AUER / MALINVERNI / HOTTELIER (note 1), p. 581 note 1656, p. 583 s. n. 1661 ss, p. 585 n. 1666 et p. 586 n. 1670.

⁴ AUER / MALINVERNI / HOTTELIER (note 1), p. 585 n. 1667.

⁵ AUER / MALINVERNI / HOTTELIER (note 1), p. 586 n. 1668.

donnances, des arrêts, etc. suivant les causes, les juridictions, les stades de procédure ou la simple terminologie employée, lesquels :

- émanent d'un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi ⁶, ce qui signifie qu'il s'agit :
 - d'une autorité exempte de directives ou d'instructions relatives aux décisions à prendre, agissant dans le seul respect de la légalité ;
 - d'une autorité ordinaire, organisée pour traiter un nombre indéterminé de causes dans le cadre de la compétence que lui confère la loi, et non d'une autorité d'exception mise sur pied pour une affaire spécifique ;
 - d'une autorité rendant la justice dans des délais raisonnables, ce qui a bien évidemment pour corollaire que les moyens adéquats lui soient accordés pour atteindre ce but ;
- résultent d'une procédure garantissant un examen impartial de la cause, respectant l'égalité des parties ainsi que le principe de la transparence (principe de publicité des débats), et prévoyant la motivation de l'acte émanant du juge ;
- procèdent à l'établissement des faits déterminants et au contrôle des règles de droit applicables, en matière contentieuse comme en matière gracieuse ;
- acquièrent l'autorité de la force jugée et ont un caractère exécutoire ;
- impliquent, une fois rendus, le dessaisissement de leur auteur, ce qui signifie que celui-ci ne peut revenir sur l'acte qu'il a pris.

Ces actes émanant du pouvoir judiciaire peuvent être rendus dans les procès :

- entre particuliers (contentieux relevant de la juridiction civile) ;
- entre des administrés et l'Etat ou entre collectivités publiques (contentieux relevant de la juridiction administrative) ;
- contre des personnes soupçonnées d'avoir commis des transgressions pénales (contentieux relevant de la juridiction pénale).

Il existe également des actes rendus en matière constitutionnelle, qui ont pour objet le contrôle abstrait de la constitutionnalité des normes ou d'actes étatiques posés par les cantons, les communes et des corporations de droit public par la juridiction constitutionnelle. A relever

⁶ Cf. art. 6 CEDH, « droit à un procès équitable ».

qu'il n'existe pour l'instant en Suisse que trois cantons qui connaissent une telle juridiction constitutionnelle, les cantons du Jura, de Nidwald, ainsi que de Vaud, lequel a créé tout récemment une Cour constitutionnelle dans le cadre de sa nouvelle Charte fondamentale du 14 avril 2003.

Le pouvoir judiciaire exerce sa tâche sous la forme d'un tribunal (colège en principe d'un nombre impair de personnes, le plus souvent trois ou cinq personnes) ou d'un juge unique.

C. Dans notre Etat fédéral, l'administration de la justice est en principe et pour l'instant encore du ressort exclusif des cantons, ce qui implique que, moyennant respect du droit international et du droit fédéral, ils sont souverains en ce domaine sur leur territoire. A relever toutefois qu'au plan fédéral se préparent une procédure civile et une procédure pénale qui s'appliqueront dans toute la Suisse.

En l'état, chaque canton, ainsi d'ailleurs que la Confédération, dispose de sa propre organisation judiciaire et de ses propres procédures civile pénale et administrative.

D. Ceci amène chaque canton et la Confédération à prévoir des systèmes différents quant au mode d'élection des juges. On constate ainsi la coexistence, dans notre pays, de plusieurs modes d'élection des juges et du Ministère public, étant précisé que la majeure partie des cantons connaissent l'élection des juges par le peuple. Ce ne sont ainsi pas moins de seize cantons dont le peuple élit toutes les autorités de première instance. Existente aussi l'élection des juges de première instance par le parlement ou par le Tribunal cantonal, ou des systèmes d'élection mixte en fonction des autorités judiciaires de première instance à élire, ce dans trois cantons. A relever encore que dans seize cantons, les autorités judiciaires de deuxième instance sont élues par le parlement, alors que dans dix autres elles sont élues par le peuple.

Par exemple :

- Le canton de Fribourg connaît l'élection des autorités faïtières (Tribunal cantonal et Tribunal administratif) par le parlement, et pour les autorités de première instance et d'instruction par le Collège électoral ;
- Le canton du Valais et le canton de Vaud connaissent l'élection des juges de première instance par le Tribunal cantonal et celle des autorités faïtières par le parlement ;

– A Genève, existe l'élection des juges par le peuple. Le Ministère public est quant à lui élu par le Conseil d'Etat dans les cantons de Fribourg, Vaud et Zurich, par le Grand Conseil dans les cantons de Berne, Jura et Valais et par le peuple dans le canton de Genève.

E. Quant à la durée des fonctions du juge, il convient tout d'abord de relever qu'en Suisse et contrairement à la solution retenue dans la grande majorité des autres pays démocratiques, les juges ne sont pas inamovibles ; leur carrière de magistrat n'est ainsi pas assurée et leur fonction est inscrite dans une période administrative dont la durée peut varier d'un canton à l'autre et qui est renouvelable jusqu'à l'âge de la retraite.

II. LES INSTITUTIONS JUDICIAIRES ET LE CONSEIL DE LA MAGISTRATURE DANS LA CONSTITUTION DU 16 MAI 2004

A. Le pouvoir judiciaire et les différents acteurs qui l'exercent actuellement sont censés être connus, si bien qu'il n'y sera pas revenu. Ce qu'il faut savoir, c'est que le texte de 2004 en tant que tel n'apportera pas, à une éventuelle exception près qui sera examinée, de bouleversement du paysage judiciaire fribourgeois. En effet, les travaux de la Constituante n'ont aucunement modifié leur nature, leur composition, leurs compétences territoriales et leurs compétences selon la matière, ni la langue dont ils usent dans le cadre de leur activité.

L'exception sus-évoquée réside dans la réunion du Tribunal cantonal et du Tribunal administratif. Quelques réflexions s'imposent à cet égard ; je me réfère tout d'abord au texte de REINOLD RAEMY, relatif à l'art. 124, qui expose les raisons essentielles de ce choix ⁷.

Il convient par ailleurs d'ajouter que l'art. 124 al. 1 exprime cette fois-ci clairement que : « Le Tribunal cantonal est l'autorité supérieure en matière civile, pénale et administrative », ce que ne faisaient ni l'art. 60 de la Constitution de 1857 relatif au Tribunal cantonal ni l'art. 65 de la même Constitution relatif au Tribunal administratif, quand bien même ces deux autorités étaient déjà faitières dans leurs domaines respectifs, au plan cantonal fribourgeois.

⁷ Cf. la contribution de R. RAEMY dans le présent numéro spécial.

En outre, le Constituant, suivant une thèse de la commission thématique « Autorités judiciaires et médiation » (Commission 6), a également renoncé à inscrire le nombre des juges cantonaux dans la Constitution⁸. Ce nombre figure en l'état à l'art. 2 LOJ pour le Tribunal cantonal et à l'art. 5 LOTA pour le Tribunal administratif. Il apparaît en effet qu'inscrire le nombre des juges du Tribunal cantonal unifié dans la Constitution pourrait s'avérer trop rigide.

En ce qui concerne la réunion en tant que telle, elle pourrait suivant l'option choisie :

- soit consister en une unité fonctionnelle pure et simple, n'impliquant pas que cette autorité exerce ses activités civiles, pénales et administratives sous un même toit, ce qui n'engendrerait pas de coûts supplémentaires importants et conférerait une grande souplesse en vue de mettre au point une organisation optimale ;
- soit, outre cette unité fonctionnelle, aboutir à la réunion effective des anciens Tribunal cantonal et Tribunal administratif en un même lieu, ce pour considérer les deux options les plus extrêmes. Il s'agira en fait que s'exprime la volonté politique du parlement, en concertation avec les membres de cette nouvelle autorité et en fonction des finances de notre canton ; cette dernière variante pourrait en effet, dans un premier temps, s'avérer notablement plus coûteuse s'il fallait trouver un autre site pour le Tribunal cantonal unifié, avec des locaux suffisamment spacieux pour l'accueillir.

B. La différence sans doute la plus visible qui apparaîtra à tous lecteurs des textes constitutionnels de 1857 et de 2004, et qui est pourtant la moins importante, consiste en ce que le Constituant a fait figurer à l'art. 123 la liste des autorités exerçant les juridictions civiles, pénales et administratives, lesquelles ne figuraient pas dans le texte de 1857. Les raisons ayant poussé à retenir cette solution ont été abordées par REINOLD RAEMY, au texte duquel je me réfère⁹. Je m'y réfère également en ce qui concerne les autres innovations relatives à la justice contenues dans le texte de 2004 et sur lesquelles je ne m'attarderai pas davantage.

⁸ Cf. Rapport intermédiaire de la Commission 6 du 30 août 2001, p. 26 ad question 8a.

⁹ Cf. RAEMY (note 7), ad art. 123.

Je mentionnerai toutefois pour mémoire que le Constituant n'a pas suivi une proposition de la majorité de la Commission 6 et n'a pas accepté de doter le canton de Fribourg d'une Cour constitutionnelle, dont les inconvénients et les mérites n'ont pas à être examinés dans le présent contexte vu le sort qui lui a été réservé.

C. En réalité, l'apport primordial du texte de 2004 aux institutions judiciaires du canton de Fribourg a consisté d'une part en ce que le principe de séparation des pouvoirs et par la même l'indépendance du pouvoir judiciaire soient effectivement mis en œuvre, et d'autre part dans la mise en place d'un système de surveillance des autorités judiciaires plus adéquat que celui qui existait jusqu'alors.

a) C'est ainsi que le texte de 2004 comporte un premier article clé, l'art. 121, intitulé « Indépendance » dans lequel se trouve, condensés :

- à l'alinéa 1 : le principe de la garantie de l'indépendance du pouvoir judiciaire ;
- à l'alinéa 2, phrase 1 : l'instauration de l'élection des membres du pouvoir judiciaire et du Ministère public pour une durée indéterminée ;
- à l'alinéa 2, phrase 2 : l'instauration de la révocation de ces mêmes personnes, par l'autorité d'élection dans les seuls cas prévus par la loi.

b) La nécessité de l'indépendance du pouvoir judiciaire a été examinée dans la présente contribution sous chiffre I, relatif au pouvoir judiciaire en Suisse. L'indépendance minimum exigée consiste donc en ce que les juges ne soient liés à, voire même simplement influencés par aucune autre autorité ou contingences extérieures dans leur processus décisionnel et ne doivent trancher qu'en fonction des dispositions légales applicables, pour autant que ces dernières ne soient pas contraires au droit supérieur, comme l'art. 122 l'a expressément reconnu. Le Constituant aurait certes pu étendre cette indépendance au plan budgétaire et aller jusqu'à reconnaître l'autonomie ou une certaine autonomie du pouvoir judiciaire au plan financier. Il n'est toutefois pas allé si loin dans cette voie. C'est ainsi qu'une thèse 6.44 de la Commission 6 – dont la teneur était : « Il est décidé de ne pas accorder son autonomie financière au pouvoir judiciaire » – a été acceptée par le plénum en date du 23 mai 2002¹⁰. Les motifs invoqués sont contenus dans le rapport final de la Commission 6 en page 36 :

¹⁰ Cf. BOC 2002, p. 457 (ad 6.44).

« L'indépendance du pouvoir judiciaire pourrait impliquer son autonomie financière. Toutefois, il faut relever que l'enveloppe budgétaire n'est pas facile à gérer. Il faudrait donc qu'un membre du pouvoir judiciaire s'y consacre au lieu d'exercer son activité ordinaire. Il faut aussi relever que le pouvoir judiciaire devrait, s'il était autonome financièrement, récolter lui-même ses propres ressources. Or actuellement on connaît les coûts mais pas les rentrées d'argent. On peut aussi se demander par qui, et comment, en cas d'autonomie financière du pouvoir judiciaire, serait couvert un éventuel dépassement budgétaire. On voit mal aussi, alors qu'il y a d'autres impératifs, le pouvoir judiciaire se rendre au Grand Conseil pour y présenter et y défendre son budget, soit faire un acte d'ordre politique ».

On aurait pu également ajouter la difficulté d'intégrer la problématique de l'assistance judiciaire tant au plan civil qu'au plan pénal dans cette autonomie.

A l'instar du Constituant vaudois, le Constituant fribourgeois a écrit à l'art. 120 al. 3 que le Grand Conseil accorde au pouvoir judiciaire les moyens nécessaires pour assurer la célérité et la qualité de la justice. Si l'on peut douter du caractère « justiciable » de cette disposition, elle a néanmoins le mérite d'exister et de rappeler au parlement ses devoirs vis-à-vis des autorités judiciaires.

c) Le Constituant a été amené à s'interroger sur le point de savoir si le système d'élection des juges connu dans le canton de Fribourg et présenté sous chiffre I de la présente contribution ne représentait pas, potentiellement, des risques pour leur indépendance, d'une part, ainsi que des risques au niveau de leur qualité même, d'autre part.

En effet, la plupart des membres des autorités judiciaires et du Ministère public sont présentés par les partis politiques, ce même si l'un ou l'autre des magistrats en place n'a pas d'étiquette, ce qui signifie qu'une appartenance politique déterminée ne constitue pas une condition, non écrite de surcroît, pour accéder à de telles fonctions. La coutume selon laquelle un magistrat d'une étiquette politique déterminée qui cesse ses fonctions est remplacé par un magistrat de même sensibilité politique, si ce n'est du même parti, pourrait toutefois conduire à ce que l'on privilégie, lors d'une réélection, l'appartenance politique au détriment des qualités intrinsèques du candidat. Une même crainte pourrait se rencontrer également lors d'une élection. Or, cette exigence de qualité des candidats, selon le Constituant fribourgeois, est cruciale.

La période administrative actuellement en vigueur, d'une durée de cinq ans dans notre canton, risquerait également d'avoir une incidence sur l'indépendance des juges. Ainsi, si une décision lourde de conséquences au plan financier pour le canton devait être prise, ou devait être susceptible de toucher, en matière administrative principalement, un nombre important de personnes, le magistrat dont la réélection devrait intervenir dans le même laps de temps pourrait être tenté de différer la prise de ladite décision en vue de ne pas compromettre ses chances de réélection.

Cette question de l'indépendance des juges est centrale dans le fonctionnement du pouvoir judiciaire. Nos prédécesseurs constituant ayant élaboré le texte de 1857 s'en préoccupaient déjà. L'un d'entre eux, un certain Monsieur Cardinaux, qui voulait sauvegarder l'indépendance des tribunaux de manière efficace se déclarait même prêt à consentir à leur inamovibilité¹¹. Le Constituant de l'époque opta finalement pour une période administrative de huit ans, renouvelable, et déjà dictée par le souci d'assurer l'indépendance nécessaire à l'exercice d'une fonction où la responsabilité est particulièrement lourde. L'on ne peut donc que déplorer « l'incident de parcours » de la motion Mischler, qui aboutit en 1982 au raccourcissement de la période administrative de huit à cinq ans, pour les motifs – légers – invoqués à son appui¹², et contre l'avis du rapporteur de l'époque Jean-Ludovic Hartmann¹³; l'aboutissement de cette motion ne contribua pas au renforcement de la séparation des pouvoirs et à l'indépendance des juges. Or, ces questions que s'est posées le Constituant fribourgeois de cette fin du XX^{ème} siècle, début du XXI^{ème} siècle sont d'actualité ailleurs en Suisse. Je me réfère à ce sujet au rapport sur l'élection des juges, publié en 2004 dans la RDAF, auquel l'on ne peut que conseiller de se référer¹⁴.

d) Ce constat a amené la Commission 6 à proposer, tout d'abord, une dépolitisation poussée du mode d'élection des autorités judiciaires, dont l'élection des membres aurait été du ressort du Conseil de la

¹¹ Cf. BGC 1857, p. 32 (session extraordinaire du Grand Conseil du mois d'avril 1857).

¹² Cf. BGC 1982, p. 561.

¹³ Cf. BGC 1982, p. 562 s.

¹⁴ Cf. S. PÖDER, L'élection des juges (rapport traduit par M. Moser-Szeless), RDAF 2004 p. 102 ss.

magistrature, lequel aurait nommé les membres des autorités judiciaires de première instance et aurait délivré un préavis ayant force obligatoire pour le Grand Conseil, qui aurait comme par le passé élu les membres des autorités judiciaires faîtières de notre canton. Le Conseil de la magistrature aurait dû se fonder pour faire son choix sur la formation, l'expérience professionnelle et les qualités personnelles des candidates et candidats.

Eu égard au système connu jusqu'à ce jour dans le canton de Fribourg ainsi qu'au système en vigueur dans les autres cantons, cette proposition de la majorité de la Commission 6 était trop novatrice et n'a pas rencontré l'agrément du Constituant fribourgeois, imprégné de tradition démocratique, si bien qu'elle a dû être adaptée afin de pouvoir rencontrer son adhésion, puis celle du Peuple fribourgeois.

e) Il n'en demeure pas moins que, même si la dépolitisation hautement souhaitée de l'élection des membres des autorités judiciaires n'a pu être réalisée, elle n'était pas un dogme, ni une fin en soi. Elle n'avait pour but que de renforcer l'indépendance des juges dans l'exercice de leur fonction et de renforcer le poids de la qualité intrinsèque des candidats face à leur étiquette politique au moment de leur élection.

Dans ce sens, et même si l'élection des membres des autorités judiciaires, du Ministère public et du Conseil de la magistrature est dévolue au seul Grand Conseil, selon l'art. 103 al. 1 let. c - e, l'on peut raisonnablement penser que ces buts ont été atteints :

- Tout d'abord, l'art. 128 prévoit que le Conseil de la magistrature préavise les candidatures aux postes du pouvoir judiciaire et du Ministère public en se fondant sur la formation, l'expérience professionnelle et les qualités personnelles des candidates et candidats ; notre Constitution impose donc au Conseil de la magistrature des critères de qualité quant au choix des candidats, sur la base desquels il devra émettre un préavis à l'attention du Grand Conseil.
- Les candidats sont élus pour une durée indéterminée. Il paraît donc indispensable de faire « le bon choix », rôle dévolu en dernier ressort au Grand Conseil.
- L'on voit dès lors mal le parlement élire pour une durée indéterminée un personnage qui, selon le préavis certes non obligatoire du Conseil de la magistrature, ne répondrait pas aux critères fixés dans

l'art. 128. Il prendrait là une trop lourde responsabilité et aura à cœur de faire le meilleur choix dans l'intérêt de notre canton.

– Le fait que les membres des autorités judiciaires et du Ministère public soient élus pour une durée indéterminée allège quantitativement la tâche de l'autorité d'élection ; il serait hautement regrettable que le nouveau système aboutît au résultat – non voulu par le Constituant – selon lequel chaque nouveau candidat à un poste vacant en matière judiciaire doive se rapprocher d'un parti politique quel qu'il soit afin d'avoir quelque chance d'être élu. Toutefois, même dans ce cas, le fait que la durée de son engagement ne dépende plus que de la qualité de son travail relativise cet inconvénient.

Enfin, si la solution acceptée par le Peuple fribourgeois est – pour l'instant – unique en Suisse, elle est en revanche la règle dans nombre d'autres pays démocratiques.

D. Election pour une durée indéterminée ne signifie pas pour autant surprotection de la personne qui en bénéficie. En effet, autre innovation de premier plan de la Constitution de 2004, le Conseil de la magistrature est investi, ainsi que relevé précédemment, d'une fonction de préavis des candidats à un poste auprès des autorités judiciaires et du Ministère public, mais aussi de fonctions de surveillance administrative et disciplinaire du pouvoir judiciaire et du Ministère public, lesquelles sont prévues à l'art. 127 al. 1.

L'alinéa 2 de l'art. 127 prévoit quant à lui la faculté accordée au Conseil de la magistrature de déléguer au Tribunal cantonal la surveillance administrative des autorités judiciaires de première instance. La surveillance administrative implique notamment les inspections nécessaires des autorités surveillées par l'autorité de surveillance, l'envoi à cette dernière de rapports périodiques, etc. La surveillance disciplinaire sous-entend que l'autorité de surveillance soit nantie d'un reproche formulé à l'encontre d'un membre d'une autorité judiciaire (que ce soit dans le cadre de la surveillance administrative ou directement par un tiers intéressé) suite auquel une procédure disciplinaire pourrait être exercée contre ledit membre. Dans cette hypothèse, seul serait compétent le Conseil de la magistrature.

Une telle procédure pourrait conduire à la révocation de la personne visée, ce qui signifie par exemple que, en cas d'insuffisance manifeste, d'infraction pénale incompatible avec la fonction, le Grand

Conseil, saisi par le Conseil de la magistrature, pourrait prononcer la révocation conformément à l'art. 121 al. 2. La révocation étant un acte grave, il va sans dire qu'une loi devra être élaborée, en vue d'établir la procédure disciplinaire et les cas de révocation.

a) Le système de surveillance en vigueur sous l'empire de la Constitution de 1857 avait en effet soulevé certaines critiques pouvant se résumer pour l'essentiel à ce qui suit :

– Les membres du Tribunal cantonal et du Tribunal administratif ne sont pas surveillés.

– Il incombe à un même organe, le Tribunal cantonal, de procéder à la surveillance des autorités de première instance et de statuer sur les recours interjetés contre leurs jugements, ce qui serait de nature à entraver l'efficacité et l'indépendance dudit organe.

A relever dans ce contexte qu'un « Conseil supérieur de la magistrature » était appelé des vœux de la motion déposée par Monsieur Charles-Antoine Hartmann le 15 novembre 2000 et développée le 16 novembre 2000 en réaction à l'audit Piquerez et Cornu sur le fonctionnement de l'instruction pénale ¹⁵.

Le Constituant a certes eu une vision plus large que le motionnaire à son sujet, même si par la force des choses la compétence de surveillance se retrouve dans les deux cas. En effet, seule une telle institution était habile à élire ou en définitive à préavisier l'élection des membres des autorités judiciaires et à en exercer la surveillance. Il ne s'agissait pas pour le Constituant d'un effet de mode, mais d'une solution adéquate à résoudre la question de la surveillance des autorités judiciaires dans le respect de la séparation des pouvoirs et parallèlement de permettre le choix du meilleur candidat possible. Cette institution, quoique nouvelle en Suisse ¹⁶, existe de longue date dans nombre de pays européens ¹⁷.

b) On peut légitimement s'interroger sur la nécessité de faire figurer expressément dans la Constitution la composition et le mode d'élection du Conseil de la magistrature.

¹⁵ Cf. BGC 2000, p. 1640 s.

¹⁶ Cf. MAHON / LIÈVRE, *Vers un Conseil de la magistrature ? Bref survol de quelques « modèles » étrangers et suisses*, RJN 2003 p. 13 ss.

¹⁷ Cf. MAHON / LIÈVRE (note 16), ainsi que T.-S. RENOUX (dir.), *Les Conseils Supérieurs de la Magistrature en Europe*, Paris 2000.

Il faut à cet égard avoir à l'esprit que la Commission 6 ainsi que le Constituant, dans leur majorité, souhaitaient dépolitiser l'accès aux fonctions judiciaires. Il était donc crucial de s'assurer d'une composition de ce Conseil la moins politisée possible. Ainsi, la composition équilibrée qui a été retenue sera elle-même garante d'un fonctionnement de cette institution conforme à l'esprit de la Constitution qui l'a créée ; elle libèrera en outre le parlement d'une tâche ardue qu'il aurait dû lui-même assumer, sans qu'il ait forcément les mêmes préoccupations que le Constituant quant à la nécessité de prévoir une composition la moins politisée possible.

c) Le Constituant a également dû résoudre la question de savoir si le Tribunal cantonal et le Tribunal administratif devaient eux aussi faire l'objet de la surveillance du Conseil de la magistrature, comme le proposait la motion Hartmann. A vrai dire, ce point n'a fait l'objet d'aucun débat au sein du plénum. Il a été proposé par la Commission 6 que l'ensemble des autorités judiciaires soient surveillées et cette proposition a été acceptée telle quelle, tant elle faisait l'unanimité ; elle est concrétisée à l'art. 127 al. 1¹⁸.

E. Il convient de terminer ce bref aperçu de trois ans de travail en relevant que les dispositions de la Constitution du 16 mai 2004 relatives à la justice, pourtant peu nombreuses, nécessiteront la révision de plusieurs textes législatifs existants, l'élaboration de plusieurs textes nouveaux, ainsi que l'abrogation de l'un ou l'autre texte :

a) En ce qui concerne le Tribunal cantonal et le Tribunal administratif unifiés, il faudra ainsi modifier à tout le moins la loi d'organisation judiciaire, le code de procédure et de juridiction administrative ainsi que le règlement du Tribunal cantonal et la loi d'organisation du Tribunal administratif.

b) En ce qui concerne les autres autorités civiles et pénales, il faudra modifier à tout le moins de nouveau la loi d'organisation judiciaire, la loi du 11 février 1873 sur le Ministère public, la loi sur la juridiction des prud'hommes, la loi sur la juridiction pénale des mineurs.

c) Quant aux nouveaux textes à élaborer, il faudra légiférer au sujet du Conseil de la magistrature afin de décrire son fonctionnement

¹⁸ Cf., pour la 2^{ème} lecture, BOC 2003, p. 736 (ad art. 142) ; pour la 3^{ème} lecture, BOC 2004, p. 169 (ad art. 127).

et, ainsi que relevé précédemment, élaborer la procédure disciplinaire et de révocation des membres des autorités judiciaires et du Ministère public.

d) Il conviendra également d'abroger le règlement du 29 décembre 1967 du Collège électoral, éventuellement la loi du 21 mai 1873 concernant les magistrats de l'ordre judiciaire se trouvant dans l'impossibilité de remplir leurs fonctions.

e) L'on peut en tout dernier lieu s'interroger sur le point de savoir si cette modification indispensable de la loi d'organisation judiciaire ne devrait pas offrir l'occasion de repenser l'organisation judiciaire de notre canton ; tel pourrait être le cas sous l'angle du découpage territorial et/ou sous celui d'une plus grande spécialisation des membres des autorités judiciaires telle que celle qui est pratiquée au Tribunal de la Sarine, pour ne citer que deux exemples, car il serait possible d'aller encore plus loin.

COMMUNES ET STRUCTURE TERRITORIALE

Laurent Schneuwly

Avocat, constituant, président de la commission thématique
« Structure territoriale »

INTRODUCTION

S'il est un domaine en lequel les cantons disposent d'une large autonomie lors de l'élaboration de leur Constitution, c'est bien celui des structures territoriales. En effet, le droit fédéral ne fixe pas de limites spécifiques. Il convient toutefois de relever que l'article 50 al. 1 Cst. féd., en ce qu'il prévoit que l'autonomie communale est garantie dans les limites fixées par le droit cantonal, semble imposer aux cantons l'existence de communes ainsi que leur autonomie¹. Aussi la commission thématique « Structure territoriale » (ci-après : commission) et les constituant-e-s ont-ils veillé à n'aborder l'ensemble des thèmes y relatifs qu'après l'audition d'experts et/ou groupes d'intérêts. La question fondamentale qui s'est posée a été de savoir si les structures cantonales et l'organisation territoriale de nos institutions étaient toujours adaptées aux exigences actuelles et futures.

Si, d'emblée, il a été retenu que les communes méritaient un meilleur ancrage constitutionnel, en revanche, les notions de collaboration intercommunale et de structures territoriales ont nourri les débats de la commission et de la Constituante. Les divers rebondissements qui se sont succédé entre les diverses lectures quant à la notion de circonscriptions administratives ou de districts en sont la démonstration évidente. Il ne fait dès lors aucun doute que les échanges de vues qui ont mené à l'adoption de l'article 136 ne sont pas définitivement clos.

Fort de ces constats, les constituant-e-s ont, à une très large majorité, décidé de maintenir une structure étatique à deux niveaux, soit Etat et communes, bien qu'une brèche ait été ouverte en l'article 134 al. 4

¹ JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich-Bâle-Genève 2003, ad art. 50, n° 6, p. 429 s.

qui prévoit la possibilité de créer des structures administratives régionales. A ce sujet, il est le lieu de noter que la discussion a également porté sur la dimension que doivent revêtir les communes. Le débat s'est alors tout particulièrement fixé sur le fait que les fusions de communes devaient être encouragées et favorisées. Afin d'inciter les fusions de communes et ainsi de permettre des regroupements nécessaires à une meilleure efficacité, il a été envisagé plusieurs types de fusions, soit les fusions volontaires, les fusions basées sur une initiative du corps électoral et la fusion proposée par l'Etat. Après quelques hésitations, il a été arrêté en l'article 135 al. 4 que lorsque les intérêts communaux, régionaux et cantonaux l'exigeaient, l'Etat pouvait ordonner une fusion ; les communes concernées devant toutefois être entendues.

Par leur réflexion, les constituant-e-s ont tout particulièrement essayé de présenter une vision au centre de laquelle, par le rôle de noyau central donné aux communes, les citoyen-ne-s pourront bénéficier d'une meilleure proximité des services.

I. LES COMMUNES

Conscient-e-s que les communes représentent le premier échelon organisationnel des structures territoriales, les constituant-e-s ont voulu non seulement en renforcer l'ancrage constitutionnel, mais aussi mieux en définir le rôle, les tâches et l'organisation.

A. Rôle et statut

Si l'article 129 al. 1 se borne à reprendre la définition classique de la notion de commune en en conférant la personnalité juridique, en revanche, l'autonomie communale a donné lieu à discussion, tout particulièrement lors des travaux de la commission.

Selon l'article 3, paragraphe premier, de la Charte européenne de l'autonomie locale, « *Par autonomie locale on entend le droit et la capacité effective pour les collectivités locales de régler et de gérer, dans le cadre de la loi, sur leurs propres responsabilités et au profit de leurs populations, une part importante des affaires publiques* ». Reprenant dite définition, la commission avait estimé fondamental de garantir l'autonomie communale. Aussi avait-elle jugé indispensable

d'introduire une thèse novatrice répondant à la jurisprudence du Tribunal fédéral sur l'autonomie communale². En vertu de cette jurisprudence, une commune bénéficie de la protection de son autonomie, qu'elle peut alors invoquer devant le Tribunal fédéral, dans les domaines où le droit cantonal lui confère une liberté de décision appréciable.

Aux termes de l'article 4 de la loi du 25 septembre 1980 sur les communes (ci-après : LCo), « *La commune exerce librement son activité dans les limites des législations cantonale et fédérale* ». De l'avis de la commission, cette formulation n'est pas conforme au principe de la sécurité du droit car, pour chaque domaine en cause, le Tribunal fédéral doit disséquer la législation cantonale, voire fédérale, pour savoir si, dans le domaine en question, la commune dispose ou non d'une liberté de décision suffisante et peut ainsi invoquer son autonomie.

Partant, la commission avait développé une thèse qui permettait aux communes de savoir que, dans les domaines mentionnés d'une façon nonexhaustive, elles disposaient de leur autonomie et qu'elles avaient donc la qualité pour agir devant le Tribunal fédéral.

Lors des débats, les constituant-e-s ont d'emblée voulu se limiter à une formulation similaire à l'article 4 LCo³. Ainsi, l'article 129 al. 2 *in initio* dispose que l'autonomie communale est garantie dans les limites du droit cantonal.

A cet égard, pour des motifs de cohérence, l'article 129 al. 2 *in fine* a retenu que l'autonomie communale peut être invoquée par les associations de communes dans leur domaine de compétences.

B. Tâches

Indépendamment des tâches que les communes peuvent se voir attribuer par la Constitution et la loi, les constituant-e-s ont estimé indispensable de leur fixer des objectifs tendant au bien-être de la population, au respect du rapport de proximité et au cadre de vie durable. Cette volonté a été concrétisée par l'adoption de l'article 130 al. 2. Lors de la lecture 1, plusieurs voix ont rapporté qu'il pouvait paraître réducteur de limiter les tâches à accomplir par les communes à des

² Voir, par exemple, ATF 124 I p. 226 s. ; 126 I p. 136.

³ BOC 2002, p. 234.

objectifs auxquels elles devraient tendre ⁴. Tel qu'il est rédigé, l'article 130 al. 2 précise cependant la mesure dans laquelle les communes doivent accomplir leurs tâches. A ce sujet, il convient de souligner que les articles 52 et 53 transcrivent clairement le principe de subsidiarité, tout en y ajoutant ceux de transparence et de solidarité. En effet, après avoir rappelé à l'article 52 al. 1 le terme même de subsidiarité, l'article 53 prescrit que, dans la répartition des tâches entre Etat et communes, la loi attribue les tâches à la collectivité publique la mieux à même de les accomplir. L'idée ainsi développée, complétée par l'article 52 al. 2, est de veiller au respect du rapport de proximité avec les citoyennes. Nonobstant ce principe, il convient de souligner que les articles 55 à 80 mentionnent clairement de nombreuses tâches qui incombent tant à l'Etat qu'aux communes. Aussi, comme cela a été relevé en lecture 2, il conviendra de veiller à ce que la répartition des tâches sous l'indication « Etat et communes » fasse l'objet de discussions entre les partenaires concernés. Il ne saurait être question que l'Etat dispose seul de la compétence d'attribuer des tâches au détriment des communes ⁵. Il s'agit de noter que l'Association des communes fribourgeoises et la Conférence des Préfets ont récemment saisi le Conseil d'Etat en ce sens afin qu'un comité de pilotage soit mis sur pied. En effet, il appert que la répartition des tâches entre Etat et communes doit pouvoir bénéficier d'une approche globale et non plus sectorielle. Les cantons de Berne et de Vaud sont des exemples qui démontrent que l'étude de la répartition des tâches est complexe si l'on veut faire une étude globale qui seule peut régler la solution d'une répartition.

Il est le lieu encore de faire remarquer que, conformément à l'article 115, le Conseil d'Etat exerce la surveillance sur les communes. Bien que cette disposition ne reprenne pas la terminologie usitée aux articles 143 et 144 LCo, il n'en demeure pas moins que, dans le cadre de sa surveillance, le Conseil d'Etat ne saurait avoir un contrôle d'opportunité. En effet, l'on ne saurait parler de véritable autonomie des communes si l'on permettait à l'Etat d'imposer une solution en opportunité alors que la commune respecte strictement le cadre fixé par la loi ⁶. A ce sujet, il convient de rappeler que l'article 129 al. 2

⁴ BOC 2003, p. 360 s.

⁵ BOC 2003, p. 639 ss.

⁶ PHILIPPE DAHINDEN, *Le partage des compétences entre l'Etat et les communes en droit suisse*, Lausanne 1979, p. 150.

prescrit précisément que l'autonomie communale est garantie dans les limites du droit cantonal. Les constituant-e-s ont d'ailleurs clairement compris que la surveillance du Conseil d'Etat ne saurait en aucune façon réduire le principe d'autonomie communale⁷. En d'autres termes, la surveillance du Conseil d'Etat limitée à la légalité ne pourra se faire que par l'intermédiaire de la législation cantonale, tout particulièrement de la législation sur les communes.

C. Organes

D'une façon générale, tant la commission que les constituant-e-s n'ont pas apporté d'importants changements par rapport à la législation actuelle. Ils ont en effet constaté que les dernières modifications de la LCo donnaient entière satisfaction. La souplesse qui a été apportée quant au nombre de conseiller-ère-s communaux-les et de conseiller-ère-s généraux-les est à même de répondre aux besoins des différentes communes, en particulier selon leur taille. Aussi, les organes de la commune demeurent, comme en l'article 6 LCo, le corps électoral, l'assemblée communale ou le conseil général et le conseil communal.

1. Le corps électoral

S'il est renvoyé à la contribution de STEPHAN DILLIER dans ce numéro spécial, il est néanmoins rappelé que, conformément à l'article 48, ont le droit de voter et d'élire en matière communale, s'ils sont majeurs, les Suissesses et les Suisses domiciliés dans la commune, les étrangères et les étrangers domiciliés dans la commune qui sont domiciliés dans le canton depuis au moins cinq ans et au bénéfice d'une autorisation d'établissement. Par ailleurs, aux termes de l'article 49, les citoyennes et les citoyens actifs élisent les membres du conseil communal et, le cas échéant, ceux du conseil général.

2. L'assemblée communale ou le conseil général

L'article 131 al. 2 prévoit, entre autres, que chaque commune a une assemblée communale ou un conseil général. La question principale qui a été débattue a été celle de savoir s'il convenait d'introduire un

⁷ BOC 2002, p. 382 s.

conseil général obligatoire dans les communes en fonction du nombre d'habitant-e-s⁸. Quelques constituant-e-s sont intervenu-e-s afin d'introduire obligatoirement un conseil général dans les communes avec plus de 3'000 habitant-e-s. Néanmoins, de façon très nette, la Constituante l'a refusé en estimant que, en introduisant une telle obligation, on créerait une brèche importante dans l'autonomie communale consacrée à l'article 129 al. 2⁹. Or, comme il l'a été rapporté ci-devant, les constituant-e-s ont véritablement voulu renforcer la notion d'autonomie communale.

En d'autres termes, de l'avis très majoritaire des constituant-e-s, le régime préconisé aux articles 25 et 26 LCo doit demeurer. En effet, l'introduction facultative rapportée précisément en l'article 26 LCo est un signe tangible de l'autonomie qui peut être donnée aux communes quant à leur organisation.

3. *Le conseil communal*

Si le fait de doter les communes d'un conseil communal élu par le corps électoral n'a suscité aucune discussion, en revanche, il en a été tout autrement s'agissant, d'une part, du mode des élections et, d'autre part, de la désignation de son-sa syndic-que.

Suivant en cela la commission, les constituant-e-s ont, jusqu'à la deuxième lecture, majoritairement retenu que le conseil communal était élu pour cinq ans selon le système majoritaire, à moins que l'élection selon le système proportionnel ne soit demandée. De même, il lui appartenait d'élire son-sa syndic-que¹⁰. Lors des débats de la Constituante, il est fortement apparu qu'il était idoine de préserver le système actuel prévoyant l'élection des membres du conseil communal au scrutin de liste selon le système majoritaire à moins que l'application du système de la représentation proportionnelle ne soit demandée. Un tel maintien était apparu d'autant plus pertinent que l'élection tacite, au premier tour de scrutin, a été supprimée¹¹. Le nombre limité de signatures devant accompagner la demande de scru-

⁸ BOC 2002, p. 236 ss.

⁹ BOC 2002, p. 238.

¹⁰ Art. 146 al. 5 de l'avant-projet de Constitution cantonale en consultation.

¹¹ Art. 95 al. 1 de la loi du 6 avril 2001 sur l'exercice des droits politiques (LEDP) ; BOC 2002, p. 235.

tin proportionnel, soit cinq pour les communes ayant une population légale inférieure à cent personnes jusqu'à vingt pour les communes ayant une population légale supérieure à six cents personnes, a également été déterminant pour maintenir le système actuel qui tient ainsi compte des particularités régionales et communales ¹².

L'élection du-de la syndic-que par le conseil communal a donné lieu à de multiples interventions tant au sein de la commission que lors des séances plénières de la Constituante ¹³. L'argument principal qui a prévalu pour le maintien du statu quo est que l'élection du-de la syndic-que par ses pairs est le seul garant du respect du principe de la collégialité, indispensable à la bonne marche des affaires communales. A cet égard, il a été clairement rappelé que le-a syndic-que n'est qu'un *primus inter pares*, n'ayant pas de pouvoirs particuliers si ce n'est, entre autres, de présider les séances du conseil communal ou de l'assemblée communale s'il n'y a pas de conseil général, de convoquer son conseil à certaines conditions et de répartir les décisions en cas d'égalité ^{14/15}.

D. Finances

1. Taxes et impôts communaux

La question essentielle qui a été débattue lors des travaux de la commission ainsi qu'au cours des séances plénières de la Constituante a été celle de l'autonomie des communes dans la fixation du taux de l'impôt communal. Plusieurs interventions se sont en effet faites jour afin de tenter d'introduire un taux d'imposition unique pour l'ensemble des communes ¹⁶. Si les disparités existant entre les taux d'impôts communaux ont bien été soulevées par les constituant-e-s, il est apparu, de façon très majoritaire, que l'autonomie dans sa fixation ne devait pas être battue en brèche. Se fondant sur le système actuel rapporté en l'article 4 de la loi du 10 mai 1963 sur les impôts communaux ¹⁷, la très grande majorité des constituant-e-s a souhaité laisser

¹² Art. 62 al. 2 LEDP; BOC 2003, p. 362 ss.

¹³ BOC 2002, p. 235 ss ; BOC 2003, p. 256 ss.

¹⁴ BOC 2002, p. 235 ; BOC 2003, p. 257, 259 et 260.

¹⁵ Art. 13, 18 al. 4, 19 al. 2, 58 al. 2, 62 al. 2, 64 al. 2, 3 et 4 LCo.

¹⁶ BOC 2002, p. 223 et 227 s. ; BOC 2003, p. 366 s.

¹⁷ RSF 632.1

aux communes une autonomie dans la fixation et le prélèvement des impôts communaux dans les limites de la législation. Ce faisant, le concept d'un coefficient de l'impôt communal sur le revenu et la fortune ne dépassant pas un pourcentage de l'impôt cantonal de base a été très largement soutenu¹⁸. Aussi l'article 132 al. 1 prévoit-il que les communes disposent d'autonomie dans la fixation et le prélèvement des taxes et impôts communaux dans les limites de la législation.

L'établissement d'un plan financier communal a également été l'objet de discussions au sein de la Constituante. Toutefois, ce concept défendu par la commission thématique 3 n'a pas été contesté dès lors qu'il apportait une nouveauté intéressante pour la gestion des deniers communaux alors que, aujourd'hui, seules certaines communes adoptent un plan financier¹⁹.

2. *Péréquation financière*

La péréquation financière a fait l'objet d'importantes discussions au sein de la Constituante. Les débats ont principalement porté sur les disparités qui existent entre les communes selon qu'elles assument des fonctions particulières pour le canton ou sont situées dans des zones préférentielles géographiquement²⁰. Si les constituant-e-s ont, jusqu'à la deuxième lecture, majoritairement retenu une formulation qui précisait que l'Etat devait tenir compte de la situation des communes qui assumaient des fonctions spécifiques pour le canton, en revanche, une telle précision a été supprimée en l'article 133²¹. La raison principale qui a amené à une telle suppression est qu'il n'a pas été aisé de définir ce qu'il fallait entendre par « fonctions particulières ». D'aucuns prétendaient que cela ne portait que sur le statut des villes-centres, alors que d'autres entendaient en faire un instrument dont la portée était limitée aux communes géographiquement défavorisées²². L'article 133 élude ce problème en se contentant de signaler que l'Etat doit prendre des mesures pour atténuer les effets de disparité entre les communes. Ainsi, la péréquation financière tant horizontale que verticale pourra être arrêtée de façon très large par le législateur.

¹⁸ BOC 2002, p. 224, 225, 227, 229, 410, 411 et 416 ; BOC 2003, p. 367, 368 et 370.

¹⁹ BOC 2003, p. 365.

²⁰ BOC 2002, p. 406 ss.

²¹ Art. 148 al. 2 *in fine* de l'avant-projet de Constitution cantonale en consultation.

²² BOC 2003, p. 748.

II. LA COLLABORATION INTERCOMMUNALE

Comme l'avait relevé la commission, s'il est acquis que la collaboration intercommunale – comme garante de l'accomplissement de certaines tâches déléguées aux communes – est importante, en revanche, il convenait d'y apporter des améliorations afin de combler le déficit démocratique qui existe aujourd'hui au sein des associations de communes telles que prévues par la LCo.

L'instauration d'un droit d'initiative et de référendum ainsi que la consultation et l'information à la population ont été érigées au rang constitutionnel en l'article 51.

De même, il a été reconnu que, selon les particularités régionales, une association à buts multiples non connexes devait pouvoir être instituée. Un tel type d'association permet immanquablement de mieux répondre aux attentes des citoyen-ne-s en mettant en place des structures plus efficaces. Toutefois, de telles associations à buts multiples ne doivent pas être les seules autorisées.

Bien que cela puisse engendrer une limitation dans le sacro-saint principe de l'autonomie communale, les constituant-e-s ont estimé que, compte tenu de l'importance des tâches qui incombent aux communes tant en vertu du droit fédéral que du droit cantonal, il se pouvait que plusieurs d'entre elles ne soient pas en mesure de les exécuter. Aussi a-t-il semblé justifié de maintenir l'obligation de s'associer telle que prescrite en l'article 110 LCo.

A. Rôle de l'Etat

A l'article 134 al. 1, il est prévu que l'Etat encourage la collaboration intercommunale. Par ce prescrit, les constituant-e-s ont clairement voulu que tous les types de collaboration prévus à l'article 107 LCo soient soutenus, soit en l'occurrence, la conférence régionale, l'entente intercommunale, l'association de communes et l'agglomération. Il va évidemment de soi que tout autre type de collaboration qui n'existe pas encore aujourd'hui doit également pouvoir être envisagé²³. Par la limitation du verbe usité, soit encourager, les constituant-e-s ont en-

²³ BOC 2002, p. 238 ; BOC 2003, p. 372.

tendu préciser que, par son intervention, l'Etat doit mettre en place des mesures propres à faciliter la collaboration intercommunale. De telles incitations permettraient sans nul doute d'éviter que l'Etat en arrive à faire application de l'article 134 al. 3, qui l'autorise à obliger des communes à faire partie d'une association ou à en fonder une. Cette disposition a d'ailleurs fait l'objet de brèves discussions dès lors que certains voyaient en son maintien une entrave au principe bien ancré de l'autonomie communale. Il s'agit cependant de souligner que cette contrainte ne devra être envisagée que dans des cas exceptionnels, lorsque les communes ne sont pas en mesure d'exécuter seules des tâches qui leur incomberaient en vertu du droit fédéral et/ou du droit cantonal ²⁴.

B. Associations de communes

1. Les types d'associations

Les constituant-e-s ont souhaité particulièrement s'atteler à la problématique des associations de communes telles qu'elles existent aujourd'hui dans la LCo. En effet, aux termes de l'article 109 al. 2 LCo, si une association peut avoir pour but l'accomplissement de plusieurs tâches, en revanche, ces dernières doivent être connexes. Or, en faisant une analyse complète de la situation, il est apparu aux constituant-e-s qu'il convenait de permettre aux communes de créer des associations à buts multiples, mais non connexes. Un tel type d'association permettrait de mieux répondre aux attentes des citoyen-ne-s en mettant en place des structures plus efficaces. Il a néanmoins été arrêté que ce type d'associations à buts multiples non connexes ne devait pas être le seul autorisé dès lors que, en des domaines particuliers, il se pouvait que des communes liées entre elles pour de nombreuses tâches ne le soient pas pour d'autres. Cela apparaissait d'autant plus pertinent qu'il était indispensable que, pour rendre plus efficace les associations de communes à buts multiples non connexes, les communes adhèrent à tous les buts de l'association ²⁵.

Les constituant-e-s ont eu, dans les prémisses de leurs débats, une discussion menée par la commission tendant à modifier le mode de

²⁴ BOC 2002, p. 244.

²⁵ BOC 2002, p. 240.

désignation des délégué-e-s afin que la représentation d'une commune auprès d'une assemblée des délégué-e-s soit plus démocratique. Cette tentative, développée par référence à l'article 4 al. 2 de la loi du 19 septembre 1995 sur les agglomérations²⁶, n'a toutefois pas fait long feu²⁷. Aussi, la désignation des délégué-e-s telle que prescrite à l'article 115 al. 4 LCo a de beaux jours devant elle.

Contrairement à ce qu'une minorité de la commission avait voulu, les constituant-e-s ont, à une très large majorité, refusé de doter les associations de communes à buts multiples non connexes de moyens financiers propres. Bien que cela n'ait pas été formellement évoqué lors des plénums, il appert que, par cette décision, les constituant-e-s ont voulu clairement éviter la création d'un échelon intermédiaire entre les communes et le canton²⁸.

2. *Les droits politiques*

Lors des débats tant de la commission que de la Constituante, il a été à maintes reprises évoqué le fait que, par la création d'associations de communes, il pouvait y avoir un manque de légitimité démocratique dès lors que les décisions qui y étaient prises échappaient au pouvoir décisionnel des citoyen-ne-s²⁹. Aussi les constituant-e-s ont-ils sans de trop grands débats reconnu qu'il convenait d'octroyer aux citoyen-ne-s actif-ve-s des communes membres d'une association des droits supplémentaires autres que le seul référendum financier facultatif aujourd'hui consacré à l'article 123^{bis} LCo. Partant, l'article 51 consacre le droit d'initiative et de référendum, le référendum financier obligatoire ainsi que le devoir de consultation et d'information. De l'avis majoritaire, l'instauration de tels droits sera à même de combler le déficit démocratique si maintes fois rapporté pour tenter de contrecarrer l'élément institutionnel important pour la bienfaisance des tâches communales que sont les associations de communes³⁰.

²⁶ RSF 140.2

²⁷ BOC 2002, p. 239 s.

²⁸ BOC 2002, p. 240 ss.

²⁹ BOC 2002, p. 241 s.

³⁰ BOC 2003, p. 260 s.

C. Structures administratives régionales

Fort du principe de l'autonomie des communes, les constituant-e-s ont souhaité leur laisser la possibilité de créer des structures administratives régionales indépendantes des districts administratifs (article 134 al. 4)³¹.

Bien qu'il soit important, le sujet n'a pas suscité de nombreuses discussions. Tout au plus, certains se sont demandé s'il convenait de donner la possibilité aux communes de créer des structures administratives autres que celles des districts ou encore s'il fallait en faire un article propre de la Constitution³². Sans que de réels débats n'aient eu lieu et sur proposition de la Commission de rédaction, les constituant-e-s ont décidé que l'instauration de structures administratives régionales à créer par les communes ne devait faire l'objet que d'un alinéa de l'article 134 traitant de la collaboration intercommunale³³.

III. FUSIONS

De façon quasi unanime, les constituant-e-s ont estimé qu'il convenait d'inciter et de faciliter les fusions de communes afin de permettre des regroupements nécessaires à une meilleure efficacité. Il est en effet indispensable que, compte tenu des tâches à elles dévolues, les communes puissent exercer leurs prérogatives d'une façon efficace et rationnelle. Aussi, outre le rôle dévolu à l'Etat, les constituant-e-s ont entendu introduire des nouveautés portant essentiellement sur les types de fusions ainsi que l'organe communal amené à se déterminer.

A. Rôle de l'Etat

Suivant en cela la commission, les constituant-e-s ont été d'avis que, pour favoriser les fusions de communes, l'Etat devra élaborer un catalogue de mesures incitatives. Les critères pour établir un tel cata-

³¹ BOC 2002, p. 259.

³² BOC 2002, p. 261 ; art. 151 de l'avant-projet de Constitution cantonale en consultation.

³³ BOC 2003, p. 748.

logue pourraient être la capacité des communes à assumer leurs tâches, leur capacité financière, les particularités locales tant géographiques que culturelles, les relations préexistantes entre communes et les exigences d'une gestion efficace au service des citoyen-ne-s³⁴.

En ne se limitant pas en l'article 135 al. 1 au verbe encourager, mais en le complétant de celui de favoriser, les constituant-e-s ont bien voulu marquer qu'il appartenait à l'Etat de tout mettre en œuvre afin que la politique de fusion active que mène le canton depuis de nombreuses années soit poursuivie.

L'aide financière introduite par le biais du décret du 11 novembre 1999 relatif à l'encouragement aux fusions de communes doit, de l'avis quasi unanime des constituant-e-s, être maintenue sous une forme ou une autre³⁵. Il appert en effet que cette mesure incitative – parmi d'autres bien évidemment – a démontré son utilité.

A terme, il est indéniable que, par les nombreuses fusions de communes qui pourront être favorisées, l'Etat et les communes elles-mêmes ne pourront qu'être gagnants dès lors qu'une meilleure répartition des tâches pourra ainsi être appliquée et que l'autonomie communale pourra ainsi véritablement s'exercer.

B. Types de fusions

Soutenant les débats menés par la commission, les constituant-e-s ont estimé idoine d'envisager quatre types principaux de fusions, soit les fusions volontaires, les fusions basées sur une initiative du corps électoral, la fusion proposée par l'Etat et la fusion imposée par l'Etat. Les trois derniers types étant des nouveautés³⁶, ils sont abordés ci-après.

L'initiative en matière de fusions (article 135 al. 2) a été introduite afin de démontrer que la volonté de fusion peut venir non seulement des autorités, mais aussi des citoyen-ne-s et cela même si les autorités sont réticentes. A ce jour, de multiples exemples ont pu démontrer que si les membres du conseil communal n'étaient pas acquis à l'idée

³⁴ BOC 2002, p. 244.

³⁵ BOC 2002, p. 248.

³⁶ BOC 2002, p. 244.

d'une fusion, il était difficile, voire impossible, d'y aboutir quand bien même la population y aurait été favorable. A cet égard, il convient d'ailleurs de souligner que, conformément à l'article 135 al. 3, les citoyen-ne-s actif-ve-s des communes concernées se prononcent sur la fusion, démontrant, en tout état de cause, l'importance dévolue au souverain.

La fusion proposée par l'Etat rapportée en l'article 135 al. 2 est l'un des moyens incitatifs dont dispose l'autorité cantonale. L'Etat pourra, lorsqu'il l'estime opportun pour l'exercice des tâches dévolues aux communes, leur suggérer de fusionner. En toute hypothèse, une telle fusion ne deviendra effective que pour autant qu'elle soit approuvée par le corps électoral des communes concernées (article 135 al. 3) ³⁷.

L'article 135 al. 4 consacre le fait que, dans des cas exceptionnels, l'Etat peut imposer une fusion. Suivant en cela la commission, la quasi-unanimité des constituant-e-s a estimé que dans les cas extrêmes, lorsque tous les moyens légaux à disposition (fusion proposée, médiation, tutelle) ont été épuisés et lorsque la situation de la commune prêterite les intérêts légitimes de la communauté locale, régionale ou cantonale, la fusion peut être imposée par l'Etat après que les communes concernées ont été entendues. Par l'adoption d'une telle disposition, il a été reconnu qu'il pourrait être ainsi paré aux éventualités qui surgiraient pour le cas où, d'une part, une commune ne pouvant pas remplir ses obligations refuserait une fusion avec d'autres, et où, d'autre part, plusieurs communes refuseraient d'accepter une autre qui seule ne serait pas à même d'assumer ses obligations et tâches à elle déléguées ³⁸. Il est à noter que, dans cette hypothèse ultime, les communes seraient uniquement entendues sans que leur corps électoral ne soit amené à se prononcer sur la fusion (article 135 al. 3 *in fine*).

La fusion intercantonale a également suscité le débat. L'objet portait tout particulièrement non pas sur son principe, mais sur la présence de cette notion dans la Constitution. En effet, une telle fusion nécessiterait en toute hypothèse une décision de l'autorité fédérale. Aussi les constituant-e-s ont-ils décidé à une faible majorité de ne pas transcrire en l'article 135 la notion de fusion intercantonale ³⁹. No-

³⁷ BOC 2002, p. 244 ss.

³⁸ BOC 2002, p. 244, 245 et 248.

³⁹ BOC 2003, p. 748 s.

notobstant, il apparaît sans conteste que, compte tenu de la configuration de certains districts de notre canton, notamment la Broye, la Veveysse ou le Lac, des fusions intercantoniales pourraient, à plus ou moins long terme, être envisagées.

C. Organe communal décisionnel

Conformément à l'article 10 al. 1 let. m et 51^{bis} LCo, l'assemblée communale, respectivement le conseil général, sont aujourd'hui compétents pour décider de la fusion d'une commune avec une ou plusieurs autres communes.

Dès ses premières discussions, la commission a estimé indispensable que, compte tenu de l'importance du sujet, aucune fusion ne puisse intervenir sans le consentement du corps électoral des communes concernées. Sans qu'il ne fût nécessaire de mener de moult discussions, la Constituante a adhéré à cette opinion. De l'avis partagé par tous, il est apparu que les fusions doivent obligatoirement être admises par la majorité des citoyen-ne-s de chaque commune. Il s'agit là d'une cautèle nécessaire afin de respecter l'autonomie des communes, dont l'existence ne peut être remise en cause sans leur volonté, hormis, bien entendu, les fusions imposées conformément à l'article 135 al. 4⁴⁰.

IV. STRUCTURES TERRITORIALES

S'il est un objet qui a suscité de nombreuses discussions et des renversements de situation, c'est bien celui traitant des structures territoriales. Au cours des débats tant de la commission que des séances plénières, deux fronts se sont clairement opposés ; l'un tendant au maintien des districts administratifs, l'autre se prévalant de leur suppression moyennant diverses cautèles et en permettant à l'Etat de subdiviser le territoire cantonal en circonscriptions administratives. La majorité a tantôt été dans un sens, tantôt dans l'autre ; pour se terminer par l'adoption de l'article 136 prévoyant, en son alinéa 1, que le territoire cantonal est divisé en districts administratifs⁴¹.

⁴⁰ BOC 2002, p. 244.

⁴¹ BOC 2002, p. 248 ss ; BOC 2003, p. 375 ss ; BOC 2003, p. 748 ss ; BOC 2004, p. 175 ss.

A. Le district administratif

L'article 22 al. 1 aCst divise le territoire cantonal en trois types de circonscriptions, soit les cercles électoraux, les districts administratifs et les arrondissements judiciaires. Répondant en cela au mandat qui leur a été confié, la commission ainsi que la Constituante ne se sont, s'agissant des structures territoriales, attelées qu'à l'analyse des districts administratifs, laissant les deux autres types de circonscriptions aux autres commissions et à d'autres chapitres de la Constitution.

La loi du 11 février 1988 déterminant le nombre et la circonscription des districts administratifs⁴² fixe leur nombre à sept et les délimite en énumérant les communes qui les composent. Aucun autre texte juridique ne traite directement des districts administratifs. Ainsi, les districts ne sont pas des collectivités publiques. Ils ne jouissent pas de la personnalité juridique qui permet à une corporation publique de prendre des décisions administratives à l'égard d'un administré, de prélever des impôts et d'exercer une partie du pouvoir étatique. En résumé, les districts administratifs peuvent être définis comme de simples circonscriptions administratives sans véritable statut juridique, destinés à être le support de l'exécution déconcentrée de certaines tâches du pouvoir central cantonal. Aujourd'hui, un certain nombre d'activités étatiques sont déjà organisées dans les districts administratifs. Il s'agit, entre autres, des registres fonciers, des recettes d'Etat, des commissaires de district pour la culture des champs, des offices d'état civil et des offices de poursuites. Il convient toutefois de relever que certaines tâches déconcentrées ne se recoupent pas avec les sept districts administratifs actuels. A ce titre, la gendarmerie cantonale est organisée sur le plan territorial en trois régions⁴³.

Après avoir soutenu en lecture zéro par 58 voix contre 54 le fait que le territoire cantonal soit subdivisé en districts administratifs⁴⁴, les constituant-e-s ont, en lecture 1, adopté, par 61 voix contre 59, une disposition prévoyant que l'Etat pouvait subdiviser le territoire cantonal en circonscriptions administratives ; la loi en définissant les tâ-

⁴² RSF 112.5

⁴³ BOC 2002, p. 248 ; art. 10 al. 1 de la loi du 15 novembre 1990 sur la Police cantonale (RSF 551.1).

⁴⁴ BOC 2002, p. 260.

ches, la structure et l'organisation⁴⁵. La procédure de consultation menée sur l'avant-projet a démontré que la notion de district administratif avec un préfet à sa tête était soutenue tant par le Conseil d'Etat et la Conférence des Préfets que par la plupart des communes qui s'étaient prononcées⁴⁶. Lors d'un intéressant débat où les intervenants de l'une ou de l'autre des solutions antagonistes se sont prononcés, les constituant-e-s ont, par 56 voix contre 56 (voix prépondérante du président) accepté d'ancrer dans la Constitution le fait que le territoire cantonal est divisé en districts administratifs, un préfet élu par le peuple étant placé à la tête de chacun d'eux⁴⁷. Cette solution n'a pas été remise en cause lors de la lecture 3 et du vote final ; tout au plus, la proposition d'amendement tendant à une auto-détermination des districts administratifs adoptée en lecture 2⁴⁸, a été refusée par 69 voix contre 45⁴⁹.

En résumé, après de nombreux et intéressants débats, les constituant-e-s ont décidé de maintenir la division du territoire cantonal en districts administratifs, tout comme la fonction de préfet élu par le peuple. En revanche, il-elle-s ont clairement démontré qu'il ne convenait pas, dans un texte fondamental qui doit évoluer avec le temps, d'ancrer le nombre actuel des districts administratifs, laissant cela au législateur. En refusant en lecture 3 et au vote final d'introduire obligatoirement un droit de consultation, les constituant-e-s ont laissé ouverte la porte à une évolution en ne figeant pas la situation actuelle⁵⁰.

B. Le préfet

Si les discussions menées quant au maintien ou non des districts administratifs ont eu une influence sur leur structure et leur organisation, en revanche, il n'a guère été contesté que, pour le cas où les dis-

⁴⁵ BOC 2003, p. 391 ; art. 152 de l'avant-projet de Constitution cantonale en consultation ainsi que les dispositions transitoires relatives à l'art. 152.

⁴⁶ BOC 2003, p. 749 s ; Rapport de synthèse sur la procédure de consultation sur l'avant-projet de Constitution, septembre 2003, p. 66.

⁴⁷ BOC 2003, p. 757.

⁴⁸ BOC 2003, p. 757.

⁴⁹ BOC 2004, p. 183.

⁵⁰ BOC 2004, p. 183.

tricts administratifs seraient maintenus, il convenait de mettre un préfet à leur tête. La seule question qui a demeuré était celle de savoir s'il convenait que le préfet soit élu ou s'il devait, comme il l'avait été avant l'entrée en vigueur de la loi du 20 novembre 1975 sur les préfets, être désigné par le Conseil d'Etat. Sans que de moult débats n'aient lieu, il a très clairement été retenu que, quand bien même le préfet représente le Conseil d'Etat et chacune de ses Directions dans le district ⁵¹, il devait, comme le prévoit d'ailleurs l'article 29 al. 1 ch. 5 aCst, être élu par l'assemblée électorale de son district ⁵². La raison principale qui a prévalu au maintien du statu quo quant au mode de désignation du préfet a été que, de plus en plus, le préfet joue et doit jouer un rôle de moteur et de coordinateur pour son district ⁵³. En d'autres termes, les constituant-e-s n'ont pas voulu retirer un droit populaire qui avait été accordé avec l'entrée en vigueur de la loi du 20 novembre 1975 sur les préfets.

S'agissant des tâches qui doivent incomber au préfet, sans qu'il n'en fût clairement débattu, les constituant-e-s ont très majoritairement souhaité que celles-ci lui soient dévolues par la loi et non par la Constitution. Il en allait d'une lisibilité du texte fondamental et de la nécessité de permettre une évolution pour cette fonction.

CONCLUSIONS

L'article 153 traitant des dispositions finales relatives aux communes (articles 49 à 51 et 129 à 135) prévoit que les nouvelles règles, à l'exception de l'article 133 (péréquation financière), devront prendre effet en vue de la période administrative 2006-2011. Il est en effet apparu opportun que, entre autres, la nouvelle citoyenneté active prescrite à l'article 48 puisse entrer en vigueur dès la prochaine période administrative, aucun motif ne justifiant son report.

Si le titre VII de la Constitution n'a pas apporté la révolution que d'aucuns attendaient, il convient néanmoins de souligner que, d'une part, la notion de commune et tout particulièrement son autonomie en

⁵¹ Art. 1 de la loi du 20 novembre 1975 sur les préfets (RSF 122.3).

⁵² Art. 3 de la loi du 20 novembre 1975 sur les préfets.

⁵³ BOC 2002, p. 260 ss.

sortent renforcées par un meilleur ancrage constitutionnel et que, d'autre part, l'évolution dans les structures territoriales pourra, à la lumière des citoyen-ne-s, faire son chemin, les constituant-e-s ayant clairement ouvert le débat.

LA CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ CIVILE

Samantha Besson

PD (Berne), Dr en droit (Fribourg), M. Jur. (Oxon.), Professeure associée FNS à l'Université de Fribourg et Chargée de cours à l'Institut européen de l'Université de Genève *

« Seule une société civile démocratique peut constituer un Etat démocratique, mais seul un Etat démocratique peut contribuer à la constitution d'une société civile démocratique. »¹

INTRODUCTION

Il est une innovation de taille dans la nouvelle Constitution cantonale qui est pourtant passée relativement inaperçue jusqu'ici. Cette nouveauté réside dans la constitutionnalisation de la société civile par les trois articles du Titre VIII *Société civile*. La société civile² et la vie associative laïque³ ont donc désormais pris place au rang des principes constitutionnels du canton de Fribourg, après avoir été introduites récemment dans la nouvelle Constitution vaudoise⁴, mais à l'heure où

* Je tiens à remercier Me Pierre Scyboz du Secrétariat de la Constituante de sa disponibilité lors de mes recherches.

¹ M. WALZER, *The Concept of Civil Society* in M. WALZER (éd.), *Toward a Global Civil Society*, Providence et Oxford 1995, p. 7 ss, 24 (en anglais). Cf. aussi M. WALZER, *Equality and Civil Society* in CHAMBERS/KYMLICKA (éd.), *Alternative Conceptions of Civil Society*, Princeton 2002, p. 34 ss, 47.

² Le milieu associatif est encore mal connu en Suisse, même si de nouvelles études fleurissent depuis peu : cf. p.ex. S. BAGLIONI, *Société civile et capital social en Suisse : une enquête sur la participation et l'engagement au niveau communal*, Thèse, Genève 2004. On compte généralement une association pour 100 habitants, selon la présentation de Mme Collaud, Groupe Action Bénévole, à la Commission thématique n° 2 de la Constituante vaudoise, Annexe au procès-verbal n° 11/2.

³ La vie associative *religieuse* est couverte par le Titre IX *Eglises et communautés religieuses*. Pour des raisons de simplicité, je n'en traiterai pas dans cet article.

⁴ La nouvelle Constitution vaudoise ne garantit cependant pas expressément la *société civile*, mais protège la *vie associative et le bénévolat* en son art. 70 et la *participation à la vie publique des partis politiques et associations* en son art. 86.

elles ne sont pas encore reconnues, comme telles du moins, par la Constitution fédérale⁵. La société civile *constitue* certes l'Etat⁶ et la démocratie en les soutenant par son réseau de coordination sociale, en les renforçant par la critique et la contestation⁷ et en promouvant diverses vertus civiques, mais il est aussi important que l'Etat démocratique (*re*)*constitue*⁸ cette société civile à son tour en lui reconnaissant valeur constitutionnelle et en lui apportant le soutien dont elle a besoin pour se développer et renforcer l'Etat en retour⁹. La tendance anti-politique de nombreux mouvements de promotion de la société civile est par-là même enrayée¹⁰; l'Etat et la société civile sont tous deux nécessaires au développement d'une démocratie forte et l'un ne peut jouer ce rôle, voire subsister sans le soutien de l'autre. Cette reconnaissance constitutionnelle dépasse par conséquent le cadre légal ordinaire de la société civile, notamment les garanties du Code civil¹¹ et les garanties constitutionnelles de la liberté d'association; le nouveau

⁵ La Constitution fédérale, comme la majorité des constitutions cantonales, garantit certes la liberté d'association en son art. 23, mais sa dimension politique et démocratique ne ressort pas clairement de cet article.

⁶ Sauf indications contraires, lorsque le présent article mentionne l'Etat, il englobe l'Etat cantonal et les communes.

⁷ Selon J. KEANE, *Democracy and Civil Society*, Londres 1988, p. 15 ss, la société civile est « une épine en permanence dans le pied du pouvoir politique ».

⁸ Cf. J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, Francfort-sur-le Main 1998, p. 443 ss. Cf. aussi J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Berlin 1962; COHEN/ARATO, *Politics and the Reconstruction of the Concept of Civil Society in HONNETH/MCCARTHY/OFFE/WELLMER* (éd.), *Zwischenbetrachtungen : Im Prozess der Aufklärung*, Francfort-sur-le Main 1989, p. 492 ss; J. HABERMAS, *Further Reflections on the Public Sphere in C. CALHOUN* (éd.), *Habermas and the Public Sphere*, Cambridge Mass. 1993, p. 421 ss, 453.

⁹ Cf. W. KYMLICKA, *Civil Society and Government : A Liberal-Egalitarian Perspective in ROSENBLUM/POST* (éd.), *Civil Society and Government*, Princeton 2002, p. 79 ss, 94.

¹⁰ Cf. WALZER, 1995 (op. cit. note 1), p. 21 ss; FOLEY/EDWARDS, *The Paradox of Civil Society in* (1996) 7:3 *Journal of Democracy* p. 38 ss; I.M. YOUNG, *State, Civil Society and Social Justice in SHAPIRO/HACKER-CORDON* (éd.), *Democracy's Value*, Cambridge 1999, p. 141 ss, 153 ss; K. KUMAR, *Civil Society : An Enquiry into the Usefulness of an Historical Term in* (1993) 44:3 *British Journal of Sociology* p. 375 ss; K. KUMAR, *Civil Society again : a reply to Christopher Bryant's "Social self-organization, civility and sociology" in* (1994) 45:1 *British Journal of Sociology* p. 127 ss.

¹¹ Cf. H. M. RIEMER, *Die Vereine in Commentaire Bernois*, Berne 1990, n. 218-264.

Titre VIII de la Constitution reconnaît en effet l'importance *collective* ou *civique* et non plus seulement individuelle de la vie associative ¹².

Le *paradoxe de la société civile* ¹³ et la relation dialectique qu'elle nourrit avec l'Etat et le pouvoir politique ¹⁴ sont donc enfin dévoilés et garantis en tant que tels. Pourtant, mis à part la reconnaissance de la valeur de la société civile, le texte de la nouvelle Constitution ne semble guère prêter d'attention à l'importance de la relation entre Etat et société civile ; il regroupe sous un même titre et pêle-mêle des institutions et principes aussi différents que la promotion du civisme, la protection de la vie associative et le soutien aux partis politiques. Ce sera un des objets de cet article que de démêler l'écheveau très complexe des art. 137 à 139. Il s'agira en particulier d'*explicitier* le concept polysémique de société civile à l'ombre duquel ces trois dispositions sont réunies et de le *délimiter* d'autres concepts connexes comme ceux de sphère publique et de société politique. Paradoxalement, ce n'est que lorsque les limites de la société civile sont clairement établies que son rôle constitutif de l'Etat démocratique peut être mis en œuvre et que l'Etat peut ensuite intervenir pour remédier à certains de ses défauts ¹⁵. C'est en effet le *double paradoxe de la société civile* que d'être non seulement en relation de constitution mutuelle avec l'Etat et donc de complémentarité, mais aussi de l'être d'une manière telle que ni l'un ni l'autre ne perdent leur indépendance et leur capacité de renouvellement ¹⁶.

¹² Cf. M. WALZER, Constitutional Rights and the Shape of Civil Society in E. CALVERT (éd.), *The Constitution of the People, Reflections on Citizens and Civil Society*, Lawrence 1991, p. 123 ss, 125.

¹³ Cf. WALZER, 1995 (op. cit. note 1), p. 23 ; WALZER, 2002 (op. cit. note 1), p. 43 ss ; COHEN/ARATO (op. cit. note 8) ; COHEN/ARATO, *Civil Society and Political Theory*, Cambridge Mass. 1992 ; FOLEY/EDWARDS (op. cit. note 10) ; ROSENBLUM/POST, Introduction in ROSENBLUM/POST (éd.), *Civil Society and Government*, Princeton 2002, p. 1 ss, 23.

¹⁴ Cf. les essais in ROSENBLUM/POST (op. cit. note 13).

¹⁵ Cf. HABERMAS, 1993 (op. cit. note 8) ; YOUNG (op. cit. note 10) ; S. CHAMBERS, A Critical Theory of Civil Society in CHAMBERS/KYMLICKA (éd.), *Alternative Conceptions of Civil Society*, Princeton 2002, p. 90 ss.

¹⁶ Cf. ROSENBLUM/POST (op. cit. note 13), pp. 11-12 ; WALZER, 2002 (op. cit. note 1), pp. 47-48 ; T. NARDIN, Private and Public Roles in Civil Society in M. WALZER (éd.), *Toward a Global Civil Society*, Providence et Oxford 1995, p. 29 ss, 30 ; C. OFFE, New Social Movements : Challenging the Boundaries of

Par ailleurs, si l'on peut se féliciter de la reconnaissance constitutionnelle du rôle de la société civile dans une démocratie constitutionnelle, il ne faut pas pour autant perdre de vue le rôle actif et positif que doit jouer l'Etat dans la (re)constitution pratique de la société civile. Par conséquent, il est important, d'une part, de souligner l'absence de mesures de protection plus détaillées de la *dimension positive* de la société civile dans le nouveau Titre VIII ; cette protection devrait passer, par exemple, par un mandat législatif clair ou des propositions élaborées de mesures de soutien qui aillent plus loin qu'une simple reconnaissance constitutionnelle¹⁷. D'autre part, si la dimension positive de la société civile ne semble pas avoir été suffisamment protégée par la nouvelle Constitution, il est d'autant plus surprenant que sa dimension négative et les *dangers* inverses d'oppression et d'exclusion que peut présenter la société civile¹⁸ n'aient pas été davantage développés par le Titre VIII.

La structure de cet article reflète ces deux critiques. Dans une première partie, il examine le concept de société civile et le distingue d'autres concepts et éléments constitutifs de la sphère publique et notamment de l'Etat et de la société politique. La première partie traite donc de la *nature* et des *limites* de la société civile (I). La deuxième partie aborde la question de la *relation* paradoxale entre l'Etat et la société civile et de leur besoin de renforcement mutuel dans les limites de leur indépendance, ainsi que les *responsabilités* de l'Etat vis-à-vis de la société civile (II). L'approche de cet article est par conséquent résolument *normative* voire *politique* dans la mesure où il analyse le nouveau Titre VIII de la Constitution à la lumière du concept éthique de société civile¹⁹ et propose ensuite des amendements du régime juridique existant.

Institutional Politics in (1985) 52:4 Social Research p. 817 ss, 818-819 ; C. TAYLOR, Invoking Civil Society in *Philosophical Arguments*, Cambridge Mass. 1995, p. 210 ss.

17 Cf. HABERMAS, 1998 (op. cit. note 8) ; COHEN/ARATO (op. cit. note 8) ; WALZER (op. cit. note 12) ; WALZER, 2002 (op. cit. note 1), p. 42 ss.

18 Cf. KUMAR, 1993 (op. cit. note 10) ; KUMAR, 1994 (op. cit. note 10) ; WALZER, 2002 (op. cit. note 1) ; ROSENBLUM/POST (op. cit. note 13).

19 Cf. A. SELIGMAN, *The Idea of Civil Society*, Princeton 1992, p. 201 ss.

I. LA NATURE ET LES LIMITES DE LA SOCIÉTÉ CIVILE

La nature et les limites de la société civile seront tout d'abord présentées de manière générale (A), puis ensuite dans le contexte du régime constitutionnel de la société civile (B).

A. Le concept général de société civile

Peu de concepts sont autant utilisés aujourd'hui sans pourtant être définis de manière approfondie que le concept de société civile. Il s'agit d'un concept polysémique et complexe, voire essentiellement contestable dont il existe autant de conceptions que de courants politiques²⁰.

Historiquement, l'apparition de la société civile en tant que champ social distinct de l'Etat remonte au 18^{ème} siècle et à l'émergence d'Etats souverains territorialement délimités et distincts de l'Eglise, et plus particulièrement à la séparation des sphères privée et sociale de la sphère publique²¹. Développé d'abord par les auteurs de la Renaissance écossaise, le concept est ensuite transformé, et constamment « recombinié » avec les concepts d'Etat et de marché, au fil des courants philosophiques et cela notamment par des auteurs comme Locke, Kant, Hume, Montesquieu, de Tocqueville, Hegel, Gramsci et Marx²². Réapparu à la fin du 20^{ème} siècle comme symbole de la résistance anti-totalitaire, notamment dans le contexte des révolutions sud-américaines et de l'émancipation démocratique des pays de l'Europe de l'Est²³, le concept est empreint depuis une vingtaine d'années, en

²⁰ Cf. les essais in ROSENBLUM/POST (op. cit. note 13) et CHAMBERS/KYMLICKA (éd.), Introduction in CHAMBERS/KYMLICKA (éd.), *Alternative Conceptions of Civil Society*, Princeton 2002, p. 1 ss.

²¹ Cf. TAYLOR (op. cit. note 16), p. 210 ss. Le concept apparaît antérieurement bien sûr, mais principalement pour signifier la distinction entre l'Etat de nature et l'Etat établi par contrat social.

²² Cf. sur l'histoire du concept, SELIGMAN (op. cit. note 19) ; A SELIGMAN, Civil Society as Idea and Ideal in CHAMBERS/KYMLICKA (éd.), *Alternative Conceptions of Civil Society*, Princeton 2002, p. 13.

²³ Cf. KUMAR, 1993 (op. cit. note 10) ; C. BRYANT, Social self-organization, civility and sociology : a comment on Kumar's "Civil Society" in (1993) 44:3 British Journal of Sociology p. 397 ss ; KUMAR, 1994 (op. cit. note 10) ; C. BRYANT, A

raison de l'apparition des « nouveaux mouvements sociaux ²⁴ », d'une nouvelle signification dans les milieux politiques et académiques des démocraties libérales occidentales ²⁵. Contrairement à ce qui a lieu à l'Est, la société civile est considérée ici comme un complément nécessaire au champ politique plutôt qu'un mode de substitution de ce dernier ²⁶. Le concept est devenu le symbole de la vie civique et de l'importance du lien social dans une société marquée par la diminution de l'engagement associatif ²⁷ ou de ce que l'on est convenu d'appeler le *capital social* ²⁸ pour des raisons liées à l'individualisme ambiant ou à l'omniprésence de l'Etat et du politique dans le champ social ²⁹.

Le concept de société civile est un concept relationnel, voire même une « courroie de transmission ³⁰ » entre l'individu et l'Etat, qui se définit par conséquent en vertu de ses *limites* ³¹. En bref, et de manière très générale, la société civile regroupe toutes les relations *sociales* et *volontaires* qui ne relèvent ni de l'Etat ou du *politique*, ni du marché

further comment on Kumar's "civil society" in (1994) 45:3 British Journal of Sociology p. 497 ss.

²⁴ Cf. OFFE (op. cit. note 16).

²⁵ Un des domaines d'expansion du concept de société civile est celui des relations internationales, que ce soit dans un contexte global ou européen. Cf. p.ex. J. KEANE, *Global Civil Society*, Cambridge 2003 ; ANHEIER/GLASIUS/KALDOR (éd.), *Global Civil Society 2001*, Oxford 2001 ; M. WALZER (éd.), *Toward a Global Civil Society*, Providence et Oxford 1995.

²⁶ Sur ce contraste, cf. FOLEY/EDWARDS (op. cit. note 10) ; ROSENBLUM/POST (op. cit. note 13), p. 1 ; WALZER, 1995 (op. cit. note 1), p. 21 ss ; YOUNG (op. cit. note 10).

²⁷ Cf. R. PUTNAM, *Bowling Alone : America's Declining Social Capital* in (1995) 6:1 Journal of Democracy p. 65 ss. Cf. aussi SELIGMAN (op. cit. note 19), p. 206 ; SELIGMAN (op. cit. note 22), p. 13.

²⁸ Pour ce terme, cf. PUTNAM (op. cit. note 27).

²⁹ Sur le rôle des partis politiques dans cette interpénétration du civil et du politique, cf. C. CALHOUN, Introduction : Habermas and the Public Sphere in C. CALHOUN (éd.), *Habermas and the Public Sphere*, Cambridge Mass. 1993, p. 1 ss, 27. Cf. aussi COHEN/ARATO (op. cit. note 8), pp. 486-487.

³⁰ Cf. M. MOSHER, Conclusion : Are Civil Societies the Transmission Belt of Ethical Tradition ? in CHAMBERS/KYMLICKA (éd.), *Alternative Conceptions of Civil Society*, Princeton 2002, p. 207 ss.

³¹ Cf. CHAMBERS (op. cit. note 15) ; HABERMAS, 1993 (op. cit. note 8) ; YOUNG (op. cit. note 10). Contra : N. FRASER, *Rethinking the Public Sphere : A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy* in C. CALHOUN (éd.), *Habermas and the Public Sphere*, Cambridge Mass. 1993, p. 109 ss, 132 ss.

ou de l'*économique* (société bourgeoise)³², ni de la famille ou du *privé*. Contrairement à l'Etat ou au marché, les relations de la société civile ne sont pas coordonnées par le pouvoir ou l'argent (*System*), mais par la communication (*Lebenswelt*)³³; alors que le pouvoir et l'argent mettent en danger la solidarité et la justice sociales, la communication les renforce³⁴. La société civile comprend des associations au sens strict – d'où l'idée de vie associative –, mais aussi d'autres groupes sociaux, qu'ils soient formellement et juridiquement constitués ou non³⁵. Certaines de ces associations sont bénévoles, mais la plupart ont des ressources économiques propres, même si leur but n'est pas principalement lucratif³⁶. Certaines associations œuvrent dans l'intérêt public, alors que d'autres protègent des intérêts purement privés. La caractéristique essentielle de la société civile est son pluralisme ou particularisme; le degré de vivacité du lien associatif se mesure en effet au degré d'hétérogénéité des associations et organisations représentant la diversité des relations humaines dans la société³⁷.

³² Toutes les conceptions contemporaines de la société civile n'excluent pas le marché et la vie économique de la société civile. Pour des arguments contre l'inclusion du marché, cf. ROSENBLUM/POST (op. cit. note 13); COHEN/ARATO (op. cit. note 13); J. COHEN, *Interpreting the Notion of Civil Society* in M. WALZER (éd.), *Toward a Global Civil Society*, Providence et Oxford 1995, p. 35 ss, 36; CHAMBERS (op. cit. note 15); HABERMAS, 1998 (op. cit. note 8), p. 443 ss; YOUNG (op. cit. note 10), p. 143 ss; TAYLOR (op. cit. note 16). Pour des arguments pour l'inclusion du marché, cf. L. LOMASKY, *Classical Liberalism and Civil Society* in CHAMBERS/KYMLICKA (éd.), *Alternative Conceptions of Civil Society*, Princeton 2002, p. 50 ss; KYMLICKA (op. cit. note 9), p. 83; WALZER, 2002 (op. cit. note 1), p. 35; L. DIAMOND, *Rethinking Civil Society: Toward Democratic Consolidation* in (1994) 5:3 *Journal of Democracy* p. 4 ss, 6; E. SHILS, *The Virtue of Civil Society* in (1991) 26:2 *Government and Opposition* p. 3 ss, 9-10.

³³ Cf. HABERMAS, 1993 (op. cit. note 8); COHEN/ARATO (op. cit. note 13); COHEN (op. cit. note 32); YOUNG (op. cit. note 10), p. 144.

³⁴ COHEN (op. cit. note 32), p. 36.

³⁵ Sur l'importance d'une certaine structure et organisation interne, cf. ROSENBLUM/POST (op. cit. note 13).

³⁶ La jurisprudence relative aux art. 60 ss CC établit que ces formes d'associations peuvent aussi être considérées comme des associations au sens strict. A noter que beaucoup d'associations appartiennent à la société économique et politique et que la qualité d'association ne suffit pas à établir l'appartenance à la société civile.

³⁷ Cf. ROSENBLUM/POST (op. cit. note 13); N. ROSENBLUM, *Democratic Character and Community: The Logic of Congruence?* in (1994) 2:1 *The Journal of Poli-*

On ne peut pas par conséquent logiquement attendre de la société civile qu'elle se plie aux règles d'organisation de l'Etat et des services publics, ni à un mode de régulation parfaitement démocratique³⁸.

Il est utile de distinguer trois *degrés* d'associations selon leur taille : les associations primaires de type familial, sur le modèle d'une association de pêche locale, les associations secondaires ou intermédiaires, comme une association de physiothérapeutes, et les associations tertiaires ou anonymes, à l'exemple d'une association de défense des droits de l'homme³⁹. Une autre distinction a trait au *type d'activités* associatives ; on peut en effet distinguer entre les associations d'allégeance (p.ex. associations d'étudiants), les associations de médiation (p.ex. associations d'automobilistes), les associations de conscientisation (p.ex. associations de locataires) et les associations de gestion⁴⁰ (p.ex. associations de défense des aveugles). Les associations de conscientisation et de gestion sont celles qui se sont le plus développées depuis la fin des années 70 ; leur apparition correspond notamment au recul de l'Etat-providence et à l'accroissement des délégations de tâches publiques à la société civile. Il faut aussi distinguer la société civile *privée* de la société civile *publique* ou *civique* en vertu du degré de publicité de l'engagement associatif⁴¹. Une association d'anciens collégiens, par exemple, peut être considérée comme privée, alors qu'une association de défense des locataires relève de la société civile publique.

Il convient de souligner cependant que tout ce qui n'est ni Etat, ni économie ni famille n'appartient pas nécessairement à la société civile. Il est important à cet égard de séparer la société civile publique de la *société politique* ; la première n'implique pas d'interaction politique à proprement parler, alors que la seconde implique déjà un rôle et des compétences politiques⁴². La société politique est un intermé-

tical Philosophy p. 67 ss, 97 ; COHEN/ARATO (op. cit. note 13), p. 346 sur les quatre conditions de la société civile : *pluralité*, publicité, vie privée et légalité.

³⁸ Cf. ROSENBLUM (op. cit. note 37).

³⁹ Cf. A. GUTMANN, Freedom of Association : An Introductory Essay in A. GUTMANN (éd.), *Freedom of Association*, Princeton 1998, p. 3 ss.

⁴⁰ Cf. Présentation de Mme Collaud, Groupe Action Bénévole, à la Commission thématique n° 2 de la Constituante vaudoise, Annexe au procès-verbal n° 11/2.

⁴¹ Cf. KYMLICKA (op. cit. note 9) ; YOUNG (op. cit. note 10), p. 143.

⁴² Cf. COHEN (op. cit. note 32) ; DIAMOND (op. cit. note 32), p. 7.

diaire nécessaire entre la société civile et l'Etat⁴³. Par exemple, une association de quartier appartient à la société civile (publique), alors qu'un parti politique est une association de la société politique⁴⁴. Il est crucial par conséquent de distinguer la participation politique d'un citoyen comme électeur ou votant de son engagement civil dans la désobéissance civile⁴⁵, ou encore le rôle politique de syndicats de leur fonction purement civile. Société politique et société civile publique forment ensemble la *sphère publique*, c'est-à-dire le réseau communicationnel dans lequel ont lieu différents échanges de vue et les délibérations sur des questions d'intérêt public⁴⁶. La sphère publique constitue une structure intermédiaire au sein de laquelle se rencontrent des éléments du système politique et de la société civile⁴⁷. Il est important par conséquent de ne pas confondre société civile publique et sphère publique ; la première fait partie intégrante de la seconde qui est plus vaste, mais uniquement dans les cas où la société civile exprime des points de vue liés à la vie publique. A cette opposition correspond la distinction entre sphère publique *forte* et sphère publique *faible*, selon que les parties au dialogue ont un pouvoir de décision ou non⁴⁸ ; la première correspond à la société politique et comprend les partis politiques ou les citoyens lorsqu'ils votent ou élisent, alors que la seconde correspond à la société civile lorsqu'elle est suffisamment publique et comprend les communications de différents groupes de pression.

⁴³ Cf. COHEN (op. cit. note 32), p. 38 ; FRASER (op. cit. note 31), p. 132 ss.

⁴⁴ Cf. KYMLICKA (op. cit. note 9), p. 81 ; DIAMOND (op. cit. note 32), p. 7. Contra : T. BALMELLI, Relations problématiques entre la société civile et l'Etat in BORGHI/MEYER-BISCH (éd.), *Société civile et indivisibilité des droits de l'homme*, Fribourg 2000, p. 55 ss qui inclut les partis politiques dans la société civile.

⁴⁵ Cf. sur la relation entre désobéissance civile et société civile, HABERMAS, 1998 (op. cit. note 8), p. 463 ; COHEN/ARATO (op. cit. note 13), p. 587 s. Contra : M. BORGHI, Société civile et effectivité des droits de l'homme in BORGHI/MEYER-BISCH (éd.), *Société civile et indivisibilité des droits de l'homme*, Fribourg 2000, p. 377 ss, 386 ss et P. MEYER-BISCH, Et si le lien politique se trouvait d'abord au niveau « meso » ? Essai sur le « milieu » des responsabilités in BORGHI/MEYER-BISCH (éd.), *Société civile et indivisibilité des droits de l'homme*, Fribourg 2000, p. 3 ss, 4 qui associent société civile et démocratie directe.

⁴⁶ Cf. CALHOUN (op. cit. note 29) ; HABERMAS, 1993 (op. cit. note 8) ; HABERMAS, 1998 (op. cit. note 8), p. 436.

⁴⁷ HABERMAS, 1998 (op. cit. note 8), p. 451.

⁴⁸ Cf. FRASER (op. cit. note 31), p. 134 ss.

B. Le régime constitutionnel de la société civile

Le régime constitutionnel de la société civile sera présenté tout d'abord de manière générale (1) et ensuite dans le cadre de la Constitution fribourgeoise (2).

1. Le régime constitutionnel en général

Le paradoxe de la société civile réside dans la relation de constitution mutuelle entre société civile et Etat. Sans Etat et par conséquent sans cadre légal, la société civile ne peut se développer, se transformer et se défendre, et par conséquent renforcer l'Etat en retour⁴⁹. L'Etat ne peut par conséquent (re)constituer la société civile et bénéficier de ses avantages qu'en s'autolimitant juridiquement⁵⁰ et en reconnaissant à la société civile un espace juridique propre dans lequel elle peut se développer dans le pluralisme⁵¹. Il est utile de diviser les garanties juridiques de la société civile en deux groupes : ses garanties individuelles et ses garanties collectives. Ces deux groupes de normes se recoupent souvent ; une fois la liberté d'association protégée sur le plan individuel, sa protection en tant que bien social devrait en principe en être renforcée⁵². Il demeure cependant que les garanties individuelles liées au bon fonctionnement de la vie associative peuvent mener à une privatisation et à un isolement de la vie associative⁵³. La (re)constitution de la société civile requiert par conséquent davantage que des *droits* ; elle exige aussi des garanties collectives de la société civile en tant que telle⁵⁴.

⁴⁹ Cf. ROSENBLUM/POST (op. cit. note 13) ; WALZER (op. cit. note 12) ; WALZER, 2002 (op. cit. note 1). Cf. aussi COHEN/ARATO (op. cit. note 13), p. 346.

⁵⁰ Cf. COHEN/ARATO (op. cit. note 8).

⁵¹ Cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Berne 2000, n. 151, 842. Cf. aussi ROSENBLUM/POST (op. cit. note 13), p. 8.

⁵² Cf. A. AUER, Les libertés face à l'Etat et dans la société in *Repertorio di giurisprudenza patria* 1986, p. 1 ss ; A. AUER, Freiheitsrechte im Dreieckverhältnis zwischen Staat, Gesellschaft und Individuum in *ZBl.* 1993, p. 2 ss ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (op. cit. note 51), n. 143-145 ; P.L. MANFRINI, § 46 La liberté de réunion et d'association in THÜRER/AUBERT/MÜLLER (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Zürich 2001, p. 739, n. 2.

⁵³ Cf. WALZER (op. cit. note 12), pp. 124-125 ; HABERMAS, 1998 (op. cit. note 8), p. 447.

⁵⁴ Cf. HABERMAS, 1993 (op. cit. note 8) ; COHEN/ARATO (op. cit. note 8) ; SELIGMAN (op. cit. note 22).

Premièrement, les garanties *individuelles* de la société civile⁵⁵. Il s'agit principalement des garanties constitutionnelles et législatives⁵⁶ des libertés de réunion, d'association et d'expression et de leur mise en œuvre en pratique⁵⁷. Elles ont pour but d'isoler la société civile de l'Etat et de garantir ainsi son indépendance⁵⁸. Elles existent en droit suisse depuis la fin du 19^{ème} siècle⁵⁹, tant sur le plan fédéral que cantonal. En fait, l'essentiel du régime associatif est désormais fédéral et garanti par l'art. 23 Cst. féd.⁶⁰ qui garantit la liberté d'association en général et protège tout type d'association à but idéal, d'une part, et les art. 60 ss CC qui garantissent la liberté des associations de droit privé à but non lucratif⁶¹, d'autre part. L'art. 23 Cst., comme la plupart des garanties constitutionnelles cantonales, ne fait que reproduire la teneur de l'art. 23 Cst. féd.⁶².

Deuxièmement, les garanties *collectives* de la société civile. Il s'agit principalement de garanties constitutionnelles et législatives du lien associatif en tant que tel plutôt que de ses composants individuels. Ces garanties sont encore largement absentes du paysage juridique

⁵⁵ Sur cette notion, cf. HABERMAS, 1998 (op. cit. note 8), pp. 445-446. Bien sûr, la liberté d'association est exercée par une personne *avec* d'autres et, en ce sens, il s'agit d'un droit de nature collective. Ce qu'il faut entendre par une garantie collective par opposition à une garantie individuelle relève cependant non pas de la nature des droits en cause, mais de l'opposition entre droits et biens collectifs.

⁵⁶ Sur la complémentarité entre droits ordinaire et constitutionnel, cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (op. cit. note 51), n. 146-152 ; WALZER (op. cit. note 12), pp. 124-125.

⁵⁷ Cf. p.ex. ROSENBLUM/POST (op. cit. note 13). Cf. aussi AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (op. cit. note 51), n. 842.

⁵⁸ Cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (op. cit. note 51), n. 842.

⁵⁹ Cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (op. cit. note 51), n. 846-848.

⁶⁰ Cf. à ce sujet, J.P. MÜLLER, *Grundrechte in der Schweiz*, Bern 1999 ; G. MALINVERNI, Art. 56, *Commentaire de la Constitution fédérale du 28 mai 1874*, Bâle 1986 ; C. ROHNER, Art. 23 in EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, Zürich 2002, n. 9.

⁶¹ Cf. à ce sujet, RIEMER (op. cit. note 11) ; S. BESSON, Liberté d'association et égalité de traitement : une dialectique difficile. Etude comparative des modèles théoriques américain et suisse in *Revue de droit suisse* 2001, p. 43 ss.

⁶² Cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (op. cit. note 51), n. 850 ; MANFRINI (op. cit. note 52), n. 7.

suisse et étrangement de la nouvelle Constitution fédérale⁶³. Elles sont cependant essentielles en ce qu'elles entérinent l'importance politique de la société civile et la nécessité de la promouvoir en pratique, tout en la protégeant contre les abus qu'entraîne son isolement. En ce sens, le Titre VIII de la nouvelle Constitution cantonale est une innovation d'importance, qui survient peu après la garantie de la vie associative et du rôle des associations dans la vie publique par la Constitution vaudoise.

2. *Le régime constitutionnel fribourgeois*

Dans cette section, il s'agira tout d'abord d'analyser et de critiquer le régime constitutionnel fribourgeois (a) et ensuite de proposer d'éventuels amendements (b).

a) *Analyse et critique*

Le régime constitutionnel de la société civile fribourgeoise consiste en trois articles regroupés sous le Titre VIII *Société civile*⁶⁴. Les art. 137 à 139 rassemblent trois idées principales : le soutien des organisations de la société civile, des associations et du bénévolat (art. 137 al. 1 et 138), la promotion du civisme (art. 137 al. 2) et le soutien des partis politiques (art. 139).

Même si ces différents types de soutien et principes sont liés en ce qu'ils relèvent tous de la sphère publique, il aurait fallu faire ressortir plus clairement les différences entre société civile privée et société

⁶³ Cf. MALINVERNI (op. cit. note 60), n. 5 sur l'importance des partis politiques notamment et l'insuffisance de la protection octroyée par l'art. 56 aCst. féd. et *a fortiori* par l'art. 23 Cst. féd.

⁶⁴ ART. 137 *Principes* – ¹ L'Etat et les communes peuvent, pour des motifs d'intérêt public, soutenir les organisations de la société civile. Ils peuvent également les consulter. ² Ils assurent, en particulier auprès des enfants et des jeunes, la promotion du civisme et de la citoyenneté.

ART. 138 *Associations* – ¹ L'Etat et les communes reconnaissent l'importance de la vie associative ; ils peuvent accorder un soutien aux associations et leur déléguer des tâches. ² Ils encouragent le bénévolat.

ART. 139 *Partis politiques* – Les partis politiques contribuent de manière importante au fonctionnement de la démocratie ; l'Etat et les communes peuvent les soutenir financièrement.

civile publique, d'une part, et entre société civile et société politique, d'autre part. Premièrement, même s'il est utile de distinguer les organisations de la *société civile* en général du groupe plus restreint des associations⁶⁵ et notamment des associations bénévoles, il y a une certaine redondance entre l'art. 137 al. 1 et l'art. 138 quant au soutien qui leur est accordé. Deuxièmement, la promotion du *civisme*⁶⁶ ne devrait pas être liée uniquement à la société civile. Même si le civisme peut être encouragé indirectement grâce la société civile, la société civile ne promeut pas nécessairement les vertus civiques requises par l'Etat⁶⁷ et ne devrait pas être appelée à le faire en vertu du pluralisme qui la caractérise⁶⁸. De plus, le civisme devrait aussi être directement promu par l'Etat dans le champ politique et notamment dans le contexte éducatif⁶⁹. Finalement, les *partis politiques* n'appartiennent pas à la société civile au sens strict, mais à la société politique, ce qui ne correspond pas au Titre VIII.

b) Propositions d'amendement

La structure des dispositions correspondantes de la nouvelle Constitution vaudoise est davantage conforme à la nature de la société civile et à sa délimitation du champ politique. Les art. 70, 85 et 86 Cst. VD sont

⁶⁵ Il n'est pas clair cependant si ces associations sont les associations au sens large de l'art. 23 Cst. féd. ou les associations au sens plus restreint des art. 60 ss CC. La deuxième variante est clairement privilégiée par le Rapport final de la Commission thématique n° 8, Décembre 2001 (<http://www.fr.ch/constituante/>), p. 10.

⁶⁶ A noter que la distinction entre « civisme » et « citoyenneté » n'est pas des plus utiles, en ce que le civisme est une vertu et la citoyenneté un statut ou une qualité de membre. Cf. les débats entourant l'examen des Titres V et Vbis, BOC 2003, p. 392.

⁶⁷ Cf. YOUNG (op. cit. note 10) ; N. ROSENBLUM, *Feminist Perspectives on Civil Society and Government* in ROSENBLUM/POST (éd.), *Civil Society and Government*, Princeton 2002, p. 151 ss ; ROSENBLUM (op. cit. note 37) ; A. PHILIPPS, *Does Feminism Need a Conception of Civil Society* in CHAMBERS/KYMLICKA (éd.), *Alternative Conceptions of Civil Society*, Princeton 2002, p. 71 ss ; WALZER, 2002 (op. cit. note 1).

⁶⁸ Cf. GUTMANN (op. cit. note 39), p. 13 ; ROSENBLUM (op. cit. note 37) ; YOUNG (op. cit. note 10) ; CHAMBERS/KYMLICKA (op. cit. note 20) ; ROSENBLUM/POST (op. cit. note 13).

⁶⁹ Cf. le Rapport de consultation du Conseil d'Etat (<http://www.fr.ch/constituante/>), p. 62. A noter que la promotion du civisme faisait initialement partie du Titre II sur les droits fondamentaux.

divisés en deux groupes selon qu'ils protègent la *vie associative* et le *bénévolat* (société civile privée) ou la *vie publique* (société civile publique et société politique, soit l'ensemble de la sphère publique)⁷⁰.

Même s'ils ne sont pas expressément désignés par le terme générique de société civile, la *vie associative* et le *bénévolat* sont protégés par le Chapitre 9 du Titre III et son article unique, l'art. 70 ; cette disposition protège les associations au sens strict tout comme d'autres groupements de la société civile privée. Quant à la *formation civique*, elle est garantie par l'art. 85 qui appartient à un autre titre, le Titre IV régissant le *peuple*, et qui figure au Chapitre 4 sur la *participation à la vie publique* ; il s'agit par conséquent d'une tâche liée à la protection de la société politique plutôt que de la société civile. Finalement, les *partis politiques* sont protégés par l'art. 86 du même chapitre. Cela implique la reconnaissance claire de leur appartenance à la société politique et leur rôle dans la sphère publique plus largement. Il est intéressant de remarquer que l'art. 86 protège aussi le rôle des associations dans le contexte de la formation de la volonté publique dans la sphère publique et distingue par conséquent la société civile publique de la société civile privée protégée par l'art. 70.

Mis à part la référence expresse à la société civile dans le Titre VIII qu'il convient de saluer, il est regrettable que la nouvelle Constitution fribourgeoise n'ait pas suivi le modèle vaudois de plus près sur cette question. Une autre solution aurait été de garder l'unité des trois

⁷⁰ TITRE III *Tâches et responsabilité de l'Etat et des communes* – CHAPITRE 9 *Vie associative et bénévolat*

ART. 70 – ¹ L'Etat et les communes prennent en considération le rôle de la vie associative et reconnaissent son importance. ² Ils peuvent accorder aux associations reconnues un soutien pour leurs activités d'intérêt général. ³ Ils peuvent leur déléguer des tâches dans le cadre de contrats de partenariat. ⁴ Ils facilitent le bénévolat et la formation des bénévoles.

TITRE IV : *Le peuple* – CHAPITRE 4 : *Participation à la vie publique*

ART. 85 *Formation civique et commission de jeunes* – ¹ L'Etat et les communes préparent les enfants et les jeunes à la citoyenneté en assurant leur formation civique et en favorisant diverses formes d'expériences participatives. ² L'Etat met en place une commission de jeunes.

ART. 86 *Partis politiques et associations* – ¹ Les partis politiques et les associations contribuent à former l'opinion et la volonté publiques. ² Ils sont consultés par l'Etat et les communes sur les objets qui les concernent. ³ Les partis veillent à la mise en œuvre du principe de la représentation équilibrée entre femmes et hommes.

articles du Titre VIII, mais sous le titre de *sphère publique*⁷¹ et en y distinguant clairement la société civile (associations et autres organisations de la société civile privée et publique) de la société politique (partis politiques et autres organisations de la société politique). Outre celui de la clarté, cette approche aurait eu le mérite de mettre en avant et de mieux protéger ce qui constitue l'essence de la vie associative privée et notamment du bénévolat, d'une part, et de la vie publique et notamment du rôle des partis politiques, d'autre part.

II. LA RELATION ENTRE LA SOCIÉTÉ CIVILE ET L'ÉTAT

Il s'agit dans cette deuxième partie d'aborder la question de la *relation* paradoxale entre l'Etat et la société civile et de leur besoin de renforcement mutuel dans les limites de leur indépendance, ainsi que les *responsabilités* de l'Etat vis-à-vis de la société civile. Ces responsabilités sont à la fois positives et négatives⁷² et correspondent aux dimensions offensives et défensives de la société civile⁷³. La première section traite des avantages de la société civile et des moyens de la promouvoir plus activement (A). Dans une seconde section, il s'agira d'examiner les dangers de la société civile et les moyens de limiter ses effets négatifs (B).

A. Les avantages et la promotion de la société civile

Dans cette section, il s'agit tout d'abord de présenter les principaux avantages de la société civile dans un Etat démocratique (1), puis ensuite de considérer différentes mesures de promotion de ces avantages (2).

1. Les principaux avantages

L'évaluation des avantages de la vie associative est rendue difficile par la superposition des valeurs *individuelles* et *collectives* de la société

⁷¹ Il est intéressant à cet égard de remarquer que le Titre III, prédécesseur du Titre VIII, s'intitulait *Organismes paraétatiques* jusqu'à la lecture « 0 ».

⁷² Cf. ROSENBLUM/POST (op. cit. note 13), p. 8 ; WALZER, 2002 (op. cit. note 1), p. 47.

⁷³ Sur ces deux dimensions, cf. COHEN/ARATO (op. cit. note 8), p. 500 ss ; YOUNG (op. cit. note 10).

té civile. L'individu et les libertés individuelles ne sont rien sans la société et la possibilité d'association, mais l'exercice de la liberté d'association acquiert rapidement une plus-value collective ou civique dans la mesure où le groupe lui-même bénéficie de la vie associative ⁷⁴.

La valeur civique de la société civile est moins évidente à déterminer que sa valeur individuelle. Elle est notamment plus empirique que sa valeur individuelle ; elle repose en effet sur l'impact des valeurs individuelles sur la démocratie et la vie publique ⁷⁵. En bref, la valeur collective de la société civile comporte trois dimensions. Premièrement, la société civile constitue le premier niveau d'association civique et donc de sensibilisation à l'intérêt commun ; ce premier niveau est nécessaire pour engendrer par la suite des vertus civiques et une conscience politique ⁷⁶. Deuxièmement, la société civile et le pluralisme qui la caractérise renforcent la démocratie par la contestation et la délibération, et plus généralement l'encouragement à la communication ⁷⁷. Finalement, la société civile peut jouer un rôle de coordination et de protection sociale dans un contexte où l'Etat abandonne progressivement ses fonctions ⁷⁸.

Il faut remarquer cependant que toutes les associations ou organisations de la société civile ne présentent pas ces avantages ⁷⁹. La société civile publique sera la plus à même d'assurer ces effets bénéfiques, même si ce ne sera pas nécessairement le cas ; tous les intérêts ne sont pas toujours représentés de manière égale dans la société civile, ni même défendus de manière conforme aux exigences publiques ⁸⁰. Par ailleurs, certaines associations de la société civile privée

⁷⁴ Cf. AUER, 1986 (op. cit. note 52) ; AUER, 1993 (op. cit. note 52) ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (op. cit. note 51), n. 143-145 ; MANFRINI (op. cit. note 52), n. 2.

⁷⁵ Cf. GUTMANN (op. cit. note 39), p. 18.

⁷⁶ Cf. WALZER, 2002 (op. cit. note 1), pp. 37-39 ; SHILS (op. cit. note 32), p. 11 ss ; PUTNAM (op. cit. note 27), p. 67.

⁷⁷ Cf. DIAMOND (op. cit. note 32), p. 7 ss.

⁷⁸ Cf. GUTMANN (op. cit. note 39), p. 18.

⁷⁹ Cf. YOUNG (op. cit. note 10), p. 147. C'est l'erreur de PUTNAM (op. cit. note 27) que de ne pas avoir réalisé cela : FOLEY/EDWARDS (op. cit. note 10) ; DIAMOND (op. cit. note 32).

⁸⁰ Cf. WALZER (op. cit. note 12), pp. 123-125 ; HABERMAS, 1993 (op. cit. note 8), pp. 453-456.

peuvent même avoir des effets néfastes sur les vertus civiques⁸¹, et cela indépendamment de leur nature juridique et notamment de leur qualité d'association au sens strict⁸². La société civile n'est donc pas garante du civisme et de la démocratie, mais elle peut leur être favorable et est dans tous les cas nécessaire à leur développement⁸³.

2. *Quelques mesures de promotion*

C'est le *paradoxe* de la société civile que de requérir une protection politique et juridique positive, tout en conservant une certaine autonomie afin de pouvoir questionner et soutenir l'Etat démocratique en retour⁸⁴. A cet égard, il est important de réaliser que la protection effective de la société civile implique davantage que de simples garanties *constitutionnelles* de la société civile en tant que phénomène collectif. La (re)constitution de la société civile requiert des réformes politiques en profondeur et ces réformes exigent par conséquent une certaine autolimitation de l'Etat dans son intérêt à long terme⁸⁵.

Ces mesures de promotion passent d'abord par un *mandat législatif* ou *exécutif* donnant lieu à des mesures législatives ou exécutives de soutien actif de la société civile. Aucun mandat exprès quant à la nécessité de ce soutien ni quant à sa forme ne figure cependant aux art. 137 al. 1 et 138 al. 1 ; ils reconnaissent certes l'importance de la vie associative⁸⁶, mais ne mentionnent que la possibilité d'un soutien⁸⁷, même si l'art. 138 al. 2 semble rendre le soutien au bénévolat impératif. Ensuite, les *mesures de promotion* de la société civile à proprement parler peuvent prendre différentes formes de valeur très inégale. On peut mentionner les mesures de soutien général et la délégation

⁸¹ Cf. KYMLICKA (op. cit. note 9), pp. 92-93.

⁸² En ce sens, l'apparente générosité du régime de soutien de l'art. 138 par rapport au régime de l'art. 137 al. 1 n'est pas justifiée, du moins de manière générale.

⁸³ ROSENBLUM/POST (op. cit. note 13), p. 19.

⁸⁴ Cf. WALZER, 2002 (op. cit. note 1), p. 47 ; WALZER, 1995 (op. cit. note 1).

⁸⁵ Cf. HABERMAS, 1998 (op. cit. note 8), p. 447 ; COHEN/ARATO (op. cit. note 8) ; SELIGMAN (op. cit. note 22).

⁸⁶ Curieusement, et contrairement à l'art. 138 al. 1, l'art. 137 al. 1, dont la sphère d'application est plus large, ne mentionne pas la reconnaissance de l'importance de la société civile.

⁸⁷ Cf. Rapport de synthèse après consultation de septembre 2003 (<http://www.fr.ch/constituante/>), p. 67.

gation de tâches prévus aux art. 137 al. 1 et 138 al. 1, même s'il y en a bien d'autres. Il est important de discuter les contours des ces deux types de mesures plus précisément, puisqu'ils ne ressortent pas clairement des deux articles.

Premièrement, les différentes formes de *soutien* de la société civile. Tout d'abord, il est important de mentionner les mesures de *soutien financier*. Ces mesures peuvent être *directes* comme dans le cas de subventions ou *indirectes* comme dans le cas d'exemptions fiscales. Même si les exemptions fiscales présentent l'avantage de ne pas requérir un soutien financier direct, elles privilégient habituellement les associations les plus riches, alors que le but du soutien de l'Etat devrait être d'assurer l'égalité dans la société civile et de protéger les associations les plus faibles afin d'assurer la diversité qui fait la force de la société civile⁸⁸. Un autre type de mesure de promotion est le *soutien matériel*. Il s'agit de mesures très diverses qui vont de la fourniture de matériel, de locaux et d'infrastructure à des mesures de formation de bénévoles, par exemple.

Même si les art. 137 al. 1 et 138 ne prévoient pas expressément la possibilité d'un soutien financier, contrairement à l'art. 139, cette forme de soutien de la société civile est clairement couverte par la nouvelle Constitution. Dans le contexte du soutien financier aux associations au sens de l'art. 138 al. 1, la Commission thématique n° 8 a retenu cinq conditions non cumulatives dans ses travaux : poursuite d'un but non lucratif, accomplissement de tâches d'intérêt public, transparence dans les comptes, respect des principes démocratiques, coordination et collaboration avec d'autres associations⁸⁹. Ces conditions n'ont cependant pas été rappelées dans le texte constitutionnel ni dans un message, et il est difficile dès lors de considérer qu'elles aient force et légitimité constitutionnelle. De plus, certaines d'entre elles laissent à désirer. Premièrement, l'exigence de l'accomplissement de tâches d'intérêt public, que l'art. 137 al. 1 semble aussi prescrire en établissant la condition de l'*intérêt public suffisant*, est ambiguë. Très souvent, l'indépendance et la fonction civique de la société civile ne peuvent être assurées qu'au prix de l'absence d'une parfaite corres-

⁸⁸ Cf. WALZER, 2002 (op. cit. note 1), p. 43.

⁸⁹ Cf. Rapport final de la Commission thématique n° 8, Décembre 2001 (<http://www.fr.ch/constituante/>), p. 10.

pondance entre les intérêts de l'Etat et ceux de la société civile⁹⁰. Quant au respect des principes démocratiques dans l'organisation des associations soutenues, deuxièmement, il s'agit d'une exigence controversée pour des raisons liées à l'absence de correspondance absolue entre les raisons de l'impact démocratique d'une association et la nature démocratique des règles selon lesquelles elle est organisée⁹¹. Un des éléments caractéristiques de la société civile est son pluralisme⁹². Il est important par conséquent de ne pas se limiter à protéger les valeurs civiques et démocratiques que les associations génèrent directement, mais au contraire de viser à protéger aussi les activités associatives qui ne protègent ces valeurs qu'indirectement et à long terme uniquement, par la nature de leurs activités plutôt que par leur contenu ou leur organisation⁹³.

Deuxièmement, la *délégation des tâches* à la société civile. Elle est prévue par l'art. 138 al. 1 dans le contexte des associations au sens strict. Il s'agit cependant d'un concept ambigu qui n'a pas véritablement sa place dans un article sur la protection et la (re)constitution de la société civile. Le besoin de protection constitutionnelle de la société civile découle en effet en grande partie de l'assimilation progressive de la société civile par le champ politique durant les trente dernières années et la diminution de l'autonomie de la société civile qui s'ensuit⁹⁴. La société civile a un rôle central à jouer dans le contexte social, mais cette fonction doit être indépendante de la délégation formelle de tâches de l'Etat. Elle peut bien sûr être soutenue et subventionnée pour son travail social, mais elle ne devrait pas être soumise au cadre strict du contrôle d'une délégation de tâches publiques⁹⁵.

⁹⁰ Cf. GUTMANN (op. cit. note 39), p. 13 ; ROSENBLUM (op. cit. note 37) ; WALZER, 2002 (op. cit. note 1), p. 44 ss.

⁹¹ Cf. ROSENBLUM (op. cit. note 37) ; GUTMANN (op. cit. note 39), p. 13 ; WALZER, 2002 (op. cit. note 1), p. 44 ss.

⁹² Cf. ROSENBLUM/POST (op. cit. note 13) ; WALZER, 2002 (op. cit. note 1).

⁹³ Cf. ROSENBLUM (op. cit. note 37) ; N. ROSENBLUM, *Compelled Association : Public Standing, Self-Respect and the Dynamic of Exclusion* in A. GUTMANN (éd.), *Freedom of Association*, Princeton 1998, p. 75 ss ; GUTMANN (op. cit. note 39), p. 31 ss.

⁹⁴ Cf. TAYLOR (op. cit. note 16), p. 206 ; HABERMAS, 1993 (op. cit. note 8) ; COHEN (op. cit. note 32) ; COHEN/ARATO (op. cit. note 8).

⁹⁵ A noter que les contrats de partenariat étaient prévus par les travaux préparatoires de la Commission thématique n° 8, mais n'ont pas été retenus dans la version finale de l'art. 138 Cst.

B. Les dangers et la limitation de la société civile

Dans cette section, il s'agira tout d'abord de présenter les principaux dangers de la société civile dans un Etat démocratique (1), puis de considérer les différentes mesures de limitation face à ces dangers (2).

1. Les principaux dangers

Il existe une tendance générale à considérer la société civile et la vie associative comme essentiellement positives⁹⁶. La société civile peut certes jouer un rôle extrêmement positif dans une démocratie et dans le contexte de la protection des droits fondamentaux contre l'Etat, mais elle peut aussi à son tour violer ces droits et les principes fondamentaux de la démocratie⁹⁷. En fait, nombre de ces abus sont rendus possibles par le régime juridique autonome de la société civile et notamment par la liberté d'association⁹⁸. Il est possible de classer ces dangers en deux groupes.

Premièrement, les dangers *individuels* désignent tous les risques et abus de la société civile qui menacent des droits et intérêts particuliers. Il s'agit principalement des dangers de renforcement des *discriminations*⁹⁹. Bien sûr, la société civile étant volontaire, les membres d'une association discriminatoire peuvent en principe en sortir (art. 23 al. 3 Cst. féd.). En pratique, cependant, les choses ne se déroulent pas de cette manière et la survie sociale peut dépendre de l'appartenance à des associations même discriminatoires¹⁰⁰. De plus, la liberté d'association implique le droit de s'associer, mais non pas celui de devenir membre de toute association : le revers de la liberté d'association est en effet la liberté de ne pas s'associer et par consé-

⁹⁶ Cf. WALZER, 2002 (op. cit. note 1) ; COHEN/ARATO (op. cit. note 13) ; ROSENBLUM (op. cit. note 67) ; YOUNG (op. cit. note 10).

⁹⁷ Cf. WALZER, 2002 (op. cit. note 1), p. 46.

⁹⁸ Cf. WALZER (op. cit. note 12) sur ce paradoxe de la relation entre société civile et droit constitutionnel.

⁹⁹ Cf. sur le renforcement de l'exclusion de la femme par la société civile, PHILIPPS (op. cit. note 67) ; CHAMBERS (op. cit. note 15) ; ROSENBLUM (op. cit. note 67) ; YOUNG (op. cit. note 10).

¹⁰⁰ Cf. WALZER, 2002 (op. cit. note 1), pp. 39-41 ; M. WALZER, *On Involuntary Association in A. GUTMANN (éd.), Freedom of Association*, Princeton 1998, p. 64 ss.

quent la liberté d'exclure en s'associant ¹⁰¹. Ces effets d'*exclusion* de la société civile se sont accrus avec l'extension de la délégation des tâches publiques aux associations privées.

Deuxièmement, les dangers *collectifs* désignent les risques d'abus de la vie associative perçus du point de vue du groupe ou de l'ensemble de la société. Ces dangers regroupent les menaces pour les vertus civiques et le pluralisme démocratique qui peuvent dériver d'associations créées à des fins non civiques ou non démocratiques. Dans ces cas, l'intérêt à la protection d'associations, dont les buts ne correspondent pas nécessairement à ceux de l'Etat, et cela simplement en vertu de leur caractère associatif, peut entrer en conflit avec d'autres intérêts publics dont la violation ne peut être tolérée même dans une société libérale.

2. *Quelques mesures de limitation*

Ce qui fait la spécificité de la société civile est de jouir d'une certaine autonomie nécessaire au déploiement de ses effets positifs, mais aussi potentiellement de ses effets néfastes. Cela rend toute intervention politique et juridique difficile, dans la mesure où en protégeant la société civile contre elle-même, et en protégeant les droits fondamentaux contre les associations, l'Etat risque de mettre en danger les aspects de la vie associative qui contribuent à la contestation de l'Etat et à la protection d'autres droits fondamentaux, et par conséquent à l'autonomie de l'Etat lui-même ¹⁰². Il demeure qu'une société civile décente requiert un minimum d'intervention étatique destiné à la renforcer, mais aussi à la protéger contre ses propres abus et à lui assurer les conditions nécessaires à son développement ¹⁰³. La logique d'une absence de correspondance totale entre les buts de la société civile et de l'Etat est donc aussi absurde que celle d'une parfaite correspondance ¹⁰⁴.

¹⁰¹ Cf. BESSON (op. cit. note 61) sur les effets discriminatoires de la liberté d'association. Cf. aussi MALINVERNI (op. cit. note 60), n. 33 ; ROHNER (op. cit. note 60), n. 20.

¹⁰² Cf. WALZER, 2002 (op. cit. note 1) ; WALZER, 1995, (op. cit. note 1) ; OFFE (op. cit. note 16), pp. 818-819.

¹⁰³ Cf. COHEN/ARATO (op. cit. note 13), p. 474, 517-563.

¹⁰⁴ GUTMANN (op. cit. note 39), p. 13.

La question est de déterminer comment concilier l'autonomie de la société civile, d'une part, avec son besoin de soutien et le respect des principes fondamentaux de l'Etat, d'autre part. La responsabilité de la sphère privée et sociale en cas de violation des droits et principes fondamentaux est une question relativement nouvelle qui doit impérativement être résolue à l'heure où beaucoup de tâches publiques sont déléguées à des particuliers¹⁰⁵. Ces associations ne peuvent plus se cacher derrière l'écran de la vie privée, mais elles ne peuvent pas non plus être tenues des respecter les mêmes standards constitutionnels que l'Etat, au risque sinon de vider l'autonomie associative et son pluralisme de tout sens. Ce qu'il est important de saisir cependant, c'est que cette responsabilité en cas de violation des droits et principes fondamentaux n'appartient pas uniquement à la société civile ou à l'Etat, mais qu'elle est *plurale*¹⁰⁶ ; tous deux portent le fardeau du respect minimal des droits fondamentaux et principes démocratiques dans leurs sphères d'autonomie. Cette responsabilisation plurale requiert un régime de limitation très délicat qui respecte l'indépendance de l'Etat *et* de la société civile¹⁰⁷. La société civile doit pouvoir réagir à une intervention abusive de l'Etat, mais l'Etat doit pouvoir conserver l'indépendance nécessaire à faire respecter ses droits et principes fondamentaux¹⁰⁸. Parmi les critères de délimitation des zones de responsabilité constitutionnelle entre la société civile et l'Etat, on peut mentionner celui de la taille et du type d'association concernée, d'une part, et celui du type d'activité en question, d'autre part¹⁰⁹.

Les art. 137 à 139 ne parlent que de reconnaissance, de soutien et d'encouragement de la société civile et de délégation de tâches à celle-ci. Ils ne contiennent aucune mention des dangers et des limites de la société civile, ni de la légitimité d'une intervention étatique pour y

¹⁰⁵ Cf. p.ex. S. BESSON, *L'égalité horizontale – L'égalité de traitement entre particuliers. Des fondements théoriques au droit privé suisse*, Fribourg 1999, dans le contexte de l'égalité de traitement. Cf. aussi BESSON (op. cit. note 61).

¹⁰⁶ Cf. WALZER, 2002 (op. cit. note 1), p. 43.

¹⁰⁷ Cf. ROSENBLUM/POST (op. cit. note 13), p. 11.

¹⁰⁸ Cf. WALZER, 2002 (op. cit. note 1), p. 47 ; WALZER, 1995 (op. cit. note 1) ; NARDIN (op. cit. note 16), p. 30. Cf. aussi MEYER-BISCH (op. cit. note 45) et BORGHI (op. cit. note 45) pour un exemple de cette circularité (non-exprimée, cependant) entre une société civile gardienne des droits de l'homme (p. 380) et une société civile elle-même victime ou responsable de violations de ces droits de l'homme (p. 384).

¹⁰⁹ Cf. BESSON (op. cit. note 61) pour davantage de détails.

remédier¹¹⁰. Le régime juridique de restriction des droits fondamentaux de l'art. 36 Cst. féd. s'applique aux restrictions de la liberté d'association de l'art. 23 Cst. féd. et par conséquent aux restrictions de la marge de manœuvre des associations de l'art. 138. Plus précisément, l'art. 56 aCst. féd., prédécesseur de l'art. 23 Cst. féd., prévoyait expressément qu'étaient interdites les associations dont les buts ou les moyens présentaient un caractère illicite ou dangereux pour l'Etat. L'art. 23 Cst. féd. n'a pas repris cette formule, même si son principe s'applique encore¹¹¹. Une mesure de restriction de la liberté d'association se justifie, par exemple, lorsque le but ou les moyens qu'emploie une association sont contraires à la sécurité ou à la moralité publiques ou lorsqu'ils menacent la sécurité de l'Etat¹¹². Cette notion est cependant interprétée de manière restrictive ; même la volonté de supprimer les institutions fondamentales sur lesquelles repose l'Etat, comme le fédéralisme ou les droits fondamentaux, ne suffit pas pour déclarer une association illicite, pour autant que les moyens utilisés soient licites¹¹³. Plus généralement, il faut ajouter que l'art. 35 al. 2 Cst. féd. prévoit qu'une association ou toute organisation qui assume une tâche de l'Etat est tenue de respecter les droits fondamentaux. Dans le cas de délégations formelles de tâches publiques, par conséquent, la société civile est clairement tenue de respecter les droits et principes fondamentaux protégés par l'ordre juridique suisse¹¹⁴. Dans les autres cas, l'art. 35 al. 3 Cst. féd. engage les autorités à réaliser les droits fondamentaux dans le contexte de relations privées dans la mesure du possible, ce qui implique des obligations positives de la part du législatif et de l'exécutif¹¹⁵ et d'assurer l'effet indirect des droits fondamentaux par le biais de l'interprétation judiciaire du droit associatif¹¹⁶.

¹¹⁰ Cf. cependant Rapport intermédiaire de la Commission thématique n° 8 (<http://www.fr.ch/constituante/>), pt. 3.3.8.

¹¹¹ Cf. ROHNER (op. cit. note 60), n. 2.

¹¹² Cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (op. cit. note 51), n. 879 ss ; ROHNER (op. cit. note 60), n. 8 ss ; MALINVERNI (op. cit. note 60), n. 9 ss.

¹¹³ Cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (op. cit. note 51), n. 881 ; MÜLLER (op. cit. note 60), p. 347.

¹¹⁴ Cf. MALINVERNI (op. cit. note 60), n. 22.

¹¹⁵ Cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (op. cit. note 51), n. 870.

¹¹⁶ Cf. RIEMER (op. cit. note 11), n. 258 ss ; BESSON (op. cit. note 61).

Finalement, il existe d'autres moyens de responsabilisation de la société civile en cas d'abus. On peut mentionner, par exemple, les sanctions financières et notamment le retrait de subventions ou d'exemptions fiscales de la part de l'Etat, mais aussi de la part d'organisations de la société civile. Dans tous les cas, il est important de faire en sorte de limiter l'intervention au redressement du tort causé et, dans la mesure du possible, de laisser les structures associatives en place.

CONCLUSION

La vie associative et la société civile sont des valeurs collectives qu'il est fondamental de protéger constitutionnellement. C'est le paradoxe de la société civile en effet que de renforcer l'Etat démocratique tout en nécessitant sa protection pour se développer et pouvoir le protéger en retour. Les garanties constitutionnelles individuelles de la liberté d'association, et plus généralement le cadre légal traditionnellement offert à la vie associative ne suffisent pas à la promouvoir ni à la protéger contre les risques qui la menacent. D'où la nécessité d'une garantie constitutionnelle de la société civile en tant que phénomène collectif. C'est maintenant chose faite dans le canton de Fribourg, même si le contenu et la structure des dispositions laissent encore à désirer. Cette reconnaissance constitutionnelle servira, je l'espère, d'exemple à d'autres cantons et, qui sait, peut-être un jour à la Confédération. Il est important cependant de réaliser qu'une simple garantie constitutionnelle ne suffira ni à protéger la société civile dans ce qu'elle apporte d'essentiel à la démocratie constitutionnelle, ni à la limiter dans ce qu'elle peut générer de négatif dans une société encore bien imparfaite. Pour assurer la qualité du développement associatif et son rôle dans la protection de la vie démocratique et des droits de l'homme, l'Etat doit s'investir davantage par des mesures législatives, mais aussi pratiques, et cela tant de manière négative que positive. Bien sûr, il s'agira de trancher des questions difficiles que pose le deuxième paradoxe de la société civile, comme celle de savoir où placer la limite de l'intervention de l'Etat dans la société civile et comment concilier l'indépendance de ces deux sphères qui ont pourtant besoin l'une de l'autre pour subsister. Mais, après avoir ouvert la boîte de Pandore et révélé le para-

doxe de la société civile, il n'y a plus de retour possible. La balle est maintenant dans le camp du politique, et bien sûr des citoyens fri-bourgeois eux-mêmes.

TRAVAUX DE LA CONSTITUANTE – DOCUMENTATION ET CD-ROM

Pierre Scyboz

Avocat, conseiller juridique de la Constituante

I. ARCHIVES

Les archives des travaux de la Constituante sont triples :

La version *classique* :

Quelque 10 mètres linéaires (80 cartons) ont été versés aux Archives de l'Etat de Fribourg en août 2004. On peut y consulter librement une partie des documents.

La version *en ligne* :

Le site Internet de la Constituante (www.fr.ch/constituante), publié pour la première fois les 22 mai (en français) et 2 juillet (en allemand) 2001 puis constamment mis à jour et complété jusqu'à la fin du mois de juillet 2004, date de la fermeture du Secrétariat de la Constituante¹, sera accessible pendant plusieurs années encore, en principe jusqu'à la fin de la période de mise en œuvre de la nouvelle Constitution. Il comprend tous les documents rendus publics par l'assemblée au cours de ses travaux.

La version se trouvant sur le *CD-ROM* joint à ce numéro spécial :

L'essentiel du contenu du site Internet a été archivé sur un CD-ROM. La matière a été réorganisée pour faciliter l'accès à l'information.

Tous les documents sont rangés en 7 rubriques : organisation, commissions, plénum, avant-projet, consultation, presse, autres (cf. page d'accueil reproduite à la page suivante). Chaque rubrique contient une liste de documents, sous forme d'arborescence que l'on peut déployer et réduire à volonté.

¹ Les cahiers du Bulletin officiel parus après la fermeture du Secrétariat ont été également publiés récemment sur le site Internet.

La recherche se veut aussi simple et logique que possible (exemples) :

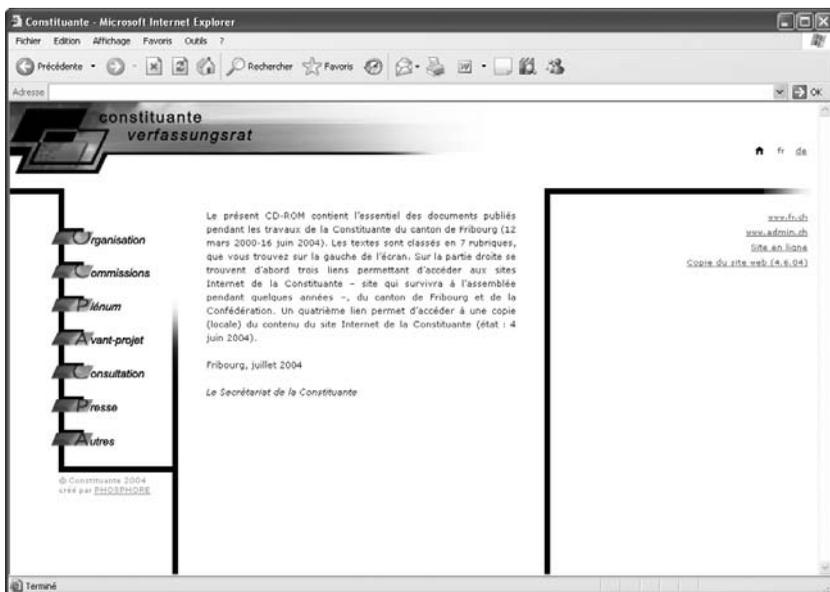
La liste de la rubrique « Plénum » contient trois entrées principales : procès-verbaux succincts, Bulletin officiel et votes nominaux, au sein desquelles les documents sont rangés par ordre chronologique.

A l'intérieur de la rubrique « Presse », qui contient plus de 400 documents, les entrées principales sont les années, puis viennent les mois et les jours.

Celui qui est à la recherche du règlement (et de ses modifications), de la planification-cadre des travaux, de l'organigramme de l'assemblée ou du concept de consultation et de communication choisira la rubrique « Organisation ».

On ne peut manquer le rapport de la Commission 4 sur les dispositions finales en suivant « Commissions » puis en choisissant « Commissions thématiques ».

Les documents qui ne concernent pas directement les six premières rubriques sont classés sous « Autres » : ancienne Constitution, délibérations du Grand Conseil (lancement de la procédure de révision totale), cahiers d'idées, logo, photos, matériel pour la votation du 16 mai, résultats de celle-ci, etc.



Chaque page du CD-ROM contient sur la partie droite quatre liens menant, pour les trois premiers, vers les sites Internet de l'Etat de Fribourg (www.fr.ch), de la Confédération (www.admin.ch) et de la Constituante (www.fr.ch/constituante ; cf. ci-dessus) ainsi que, pour le quatrième,

vers une copie du site Internet de la Constituante (état : 4 juin 2004) qui se trouve sur le CD-ROM lui-même et que l'on pourra donc consulter même lorsque cette information ne sera plus disponible en ligne.

Bonne découverte à tous !

II. AUTRES DOCUMENTS PUBLIÉS

Message n° 110 du 29 septembre 1998 (adressé par le Conseil d'Etat au Grand Conseil) accompagnant le projet de décret engageant la procédure de révision totale de la Constitution cantonale (*BGC 1998*, p. 1021 ss ; en allemand : 1063 ss ; délibérations : 1405 ss).

Bulletin officiel des séances de la Constituante :

- mai 2000 : séance constitutive *BOC 2000*, p 1-52
- septembre/octobre 2000 : organisation, notamment adoption du règlement *BOC 2000*, p. 53-233
- janvier et septembre 2001 : fin de l'organisation, première journée de réflexion, bilan intermédiaire du travail en commissions *BOC 2001*, p. 1-167
- janvier à mai 2002 : lecture « 0 » *BOC 2002*, p. 1-496
- janvier à mars 2003 : première lecture de l'avant-projet rédigé *BOC 2003*, p. 1-429
- novembre/décembre 2003 : deuxième lecture *BOC 2003*, p. 431-762
- janvier et juin 2004 : troisième lecture, vote final et dissolution de l'assemblée *BOC 2004*, p. 1-232

Rapport du 16 juin 2004 de la Constituante au Grand Conseil sur les objets qui lui ont été transmis par celui-ci (publié comme annexe au Rapport n° 170, *BGC 2004*, p. 1756 ss).

Rapport n° 170 du 5 novembre 2004 (adressé par le Conseil d'Etat au Grand Conseil) sur la mise en œuvre de la nouvelle Constitution cantonale (*BGC 2004*, p. 1716 ss ; en allemand : 1726 ss ; délibérations : 1853 ss).

Message n° 04.087 du Conseil fédéral du 22 décembre 2004 concernant la garantie de la Constitution du canton de Fribourg (*FF 2005*, p. 359 ss ; en allemand : *BBl 2005*, p. 403 ss).

ARBEITEN DES VERFASSUNGSRATS – MATERIALIEN UND CD-ROM

Pierre Scyboz

Rechtsanwalt, juristischer Berater des Verfassungsrats

I. ARCHIV

Die Arbeiten des Verfassungsrats sind auf drei Arten archiviert:

Herkömmliche Version:

Im August 2004 sind dem Staatsarchiv rund 10 Laufmeter (80 Schachteln) abgeliefert worden. Ein Teil der Dokumente kann dort frei eingesehen werden.

Online-Version:

Die Website des Verfassungsrats (www.fr.ch/constituante/de), die erstmals am 22. Mai (Französisch) und am 2 Juli (Deutsch) 2001 aufgeschaltet wurde und bis zur Schliessung des Sekretariats des Verfassungsrats Ende Juli 2004² laufend nachgeführt und ergänzt wurde, wird noch während mehrerer Jahre zugänglich bleiben, grundsätzlich bis zum Schluss der Phase der Umsetzung der neuen Verfassung. Sie umfasst alle Dokumente, die der Verfassungsrat im Lauf seiner Arbeiten öffentlich gemacht hat.

Version auf *CD-ROM* (liegt dieser Sondernummer bei):

Der wesentliche Inhalt der Website ist auf einer CD-ROM archiviert worden. Die Materie ist neu geordnet worden, um den Zugang zur Information zu erleichtern.

Die Dokumente sind in sieben Rubriken eingeordnet: Organisation, Kommissionen, Plenum, Vorentwurf, Vernehmlassung, Presse, Verschiedenes (vgl. Einstiegsseite auf der nächsten Seite). Jede Rubrik enthält eine in einer Baumstruktur dargestellte Dokumentenliste, die beliebig auf- und zugeklappt werden kann.

² Die nach der Schliessung des Sekretariats erschienenen Hefte des Amtlichen Tagblatts sind seit kurzem ebenfalls abrufbar.

Das Recherchieren soll möglichst einfach und logisch sein (Beispiele):

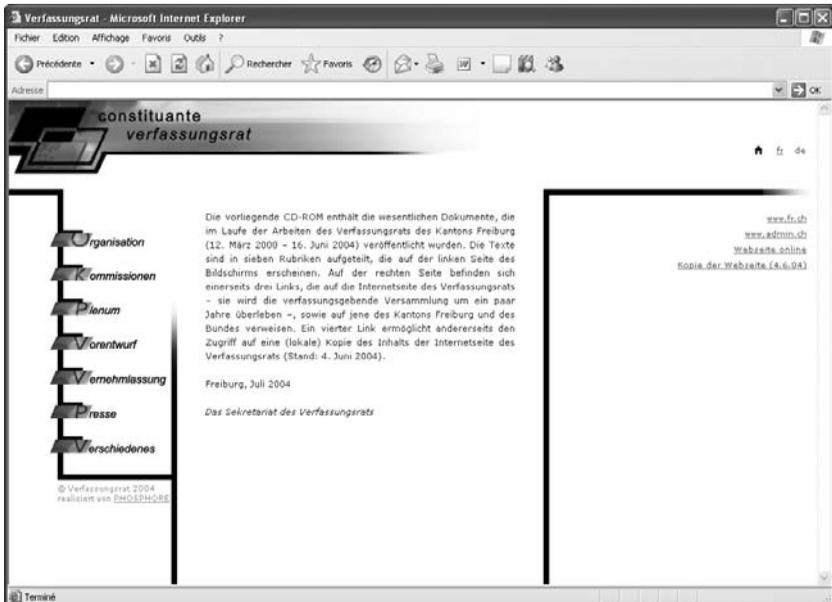
Die Liste der Rubrik «Plenum» gliedert sich in drei Unterrubriken: Kurzprotokolle, Amtliches Tagblatt und Nominalabstimmungen, in denen die Dokumente in chronologischer Reihenfolge aufgeführt sind.

Die Rubrik «Presse», die mehr als 400 Dokumente umfasst, gliedert sich in Jahre, Monate und Tage.

Wer die Geschäftsordnung (mit ihren Änderungen), die Rahmenplanung für die Arbeiten, das Organigramm des Verfassungsrats oder das Vernehmlassungs- und Kommunikationskonzept sucht, wählt die Rubrik «Organisation».

Den Bericht der Kommission 4 über die Schlussbestimmungen findet man ohne weiteres unter «Kommissionen» und dort unter «Sachbereichskommissionen».

Die Dokumente, die nicht unmittelbar eine der ersten sechs Rubriken betreffen, sind unter «Verschiedenes» eingeordnet: alte Kantonsverfassung, Beratungen des Grossen Rates (Einleitung der Totalrevision), Ideenhefte, Logo, Fotos, Stimmmaterial für die Abstimmung vom 16. Mai und deren Ergebnisse usw.



Jede Seite der CD-ROM enthält in der rechten Spalte vier Links, von denen die ersten drei zu den Websites des Staates Freiburg (www.fr.ch), des Bundes (www.admin.ch) bzw. des Verfassungsrats (www.fr.ch/constituante/de; vgl. oben) führen; der vierte führt zu einer Kopie der

Website des Verfassungsrats (Stand: 4. Juni 2004) auf der CD-ROM selbst, so dass man auf diese auch dann noch zugreifen können, wenn diese Information nicht mehr online abrufbar sein wird.

Viel Vergnügen beim Schnuppern!

II. WEITERE VERÖFFENTLICHTE DOKUMENTE

Botschaft Nr. 110 (des Staatsrats an den Grossen Rat) vom 29. September 1998 zum Dekretsentwurf über die Einleitung der Totalrevision der Staatsverfassung (*TGR 1998, S. 1063 ff.*; Französisch: *1021 ff.*; Beratungen: *1405 ff.*).

Amtliches Tagblatt der Sitzungen des Verfassungsrats:

- Mai 2000: konstituierende Sitzung *TVR 2000, S. 1–52*
- September/Oktober 2000: Organisation, insb. Verabschiedung der Geschäftsordnung *TVR 2000, S. 53–233*
- Januar und September 2001: Schluss der Organisation, erste Klausurtagung, Zwischenbilanz der Arbeit in den Kommissionen *TVR 2001, S. 1–167*
- Januar bis Mai 2002: «Null-Lesung» *TVR 2002, S. 1–496*
- Januar bis März 2003: erste Lesung des ausgearbeiteten Vorentwurfs *TVR 2003, S. 1–429*
- November/Dezember 2003: zweite Lesung *TVR 2003, S. 431–762*
- Januar und Juni 2004: dritte Lesung, Schlussabstimmung und Auflösung des Verfassungsrats *TVR 2004, S. 1–232*

Bericht des Verfassungsrats an den Grossen Rat vom 16. Juni 2004 über die Geschäfte, die ihm von diesem überwiesen wurden (veröffentlicht als Anhang zum Bericht Nr. 170, *TGR 2004, S. 1756 ff.*; existiert nur auf Französisch).

Bericht Nr. 170 (des Staatsrats an den Grossen Rat) vom 5. November 2004 über die Umsetzung der neuen Kantonsverfassung (*TGR 2004, S. 1726 ff.*; Französisch: *1716 ff.*; Beratungen: *1853 ff.*).

Botschaft des Bundesrates Nr. 04.087 vom 22. Dezember 2004 über die Gewährleistung der Verfassung des Kantons Freiburg (*BBl 2005, S. 403 ff.*; Französisch: *FF 2005, S. 359 ff.*).

LA CONSTITUTION DANS TOUS SES ÉTATS
DIE ETAPPEN DER VERFASSUNGSENTSTEHUNG

Table de concordance / Vergleichstabelle

Pierre Scyboz, avocat, conseiller juridique de la Constituante

Julia Brügger, Verwaltungssachbearbeiterin des Verfassungsrats

Chaque colonne du tableau correspond à un état de l'avant-projet /
Jede Tabellenspalte entspricht einer Version des Vorentwurfs :

- Thèses adoptées par la Constituante en lecture « 0 » / Vom Verfassungsrat in der Null-Lesung verabschiedete Thesen : Thèses après L « 0 »
- Texte établi en vue de la lecture « 1 » / Text für die Lesung « 1 » : Pour L « 1 »
- Texte à la fin de la lecture « 1 » / Text nach der Lesung « 1 » : Après L « 1 »
- Texte envoyé en consultation / Text für die Vernehmlassung : Consultation
- Texte établi en vue de la lecture « 2 » / Text für die Lesung « 2 » : Pour L « 2 »
- Texte à la fin de la lecture « 2 » / Text nach der Lesung « 2 » : Après L « 2 »
- Texte établi en vue de la lecture « 3 » / Text für die Lesung « 3 » : Pour L « 3 »
- Texte à la fin de la lecture « 3 » (ancienne numérotation) / Text nach der Lesung « 3 » (alte Nummerierung) : Après L « 3 » (anc. n°)

– Constitution du canton de Fribourg du 16 mai
2004 / Verfassung des Kantons Freiburg vom
16. Mai 2004 :

Cst. du 16 mai 2004

Les chiffres arabes se réfèrent aux articles (ou aux thèses), les chiffres romains aux alinéas et les lettres précédées d'une barre oblique aux subdivisions internes des alinéas.

Die arabischen Zahlen verweisen auf die Artikel (oder die Thesen), die römischen Zahlen auf die Absätze und die Buchstaben nach einem Schrägstrich auf die interne Gliederung der Absätze.

Cst. du 16 mai 2004	Après L "3" (anc. n°)	Pour L "3"	Après L "2"	Pour L "2"	Consultation	Après L "1"	Pour L "1"	Thèses après L "0"
1 I	1 I	1 I	1 I	1 I	1 I	1 I	1 I	1.1.1
1 II			1 II	1 II	1 II	1 II	1 II	1.4.1
2 I	2 I	2 I	2 I	2 I	2 I	2 I	2 I	1.1.2 + 1.1.3
2 II			2 II	2 II	2 II	2 II	2 II	1.1.4 + 1.6.3
2 III			2 III	2 III	2 III	2 III	2 III	1.1.5
—	—	—	—	3/a	3/a	3/a	3/a	1.2.5
3 I/a	3 I/b	3 I/b	3 I/b	3/b	3/b	3/b	3/b	1.2.1
3 I/b			3 I/c	3/c	3/c	3/c	3/c	1.2.1 ^{bis}
3 I/c			3 I/d	3/d	3/d	3/d	3/d	1.2.7
3 I/d	3 I/e	3 I/e	3 I/e	3/e	3/e	3/e	3/e	1.2.4
3 I/e	3 I/e ^{bis}	3 I/e ^{bis}	3 I/e ^{bis}	3/e	3/e	3/e	3/e	1.2.4
3 I/f	3 I/f	3 I/f	3 I/f	3/b + f	3/b + f	3/b + f	3/f	1.2.3
3 I/g	3 I/f ^{bis}	3 I/f ^{bis}	3 I/f ^{bis}	—	—	—	—	—
3 I/h			3 I/g	3/g	3/g	3/g	3/g	1.2.2
—	—	—	—	3/h	3/h	3/h	3/h	1.2.6
3 II	3 II	3 II	3 II	—	—	—	—	—
4	4	4	4	4 I	4 I	4 I	4 I	1.3.1 + 1.3.2 + 1.3.3 + 1.3.5
—	—	—	—	4 II	4 II	4 II	4 II	1.3.4 + 1.3.5 + 1.3.9

Cst. du 16 mai 2004	Après L "3" (anc. n°)	Pour L "3"	Après L "2"	Pour L "2"	Consultation	Après L "1"	Pour L "1"	Thèses après L "0"
5 I			5 I	5 I	5 I	5 I	5 I	1.4.2 + 1.4.3 + 1.4.7
5 II			5 II	5 II	5 II	5 II	5 II	1.4.4
—	—	—	—	5 III	5 III	5 III	5 III	1.4.5
6 I	6 I	6 I	6 I	7 I	7 I	7 I	7 I	1.6.1
6 II	6 II	6 II	6 II	7 II	7 II	7 II	7 III	1.6.4.1 + 1.6.4.2
6 III	6 III	6 III	6 III	6 I + 7 III	6 I + 7 III	6 I + 7 III	6 I + 7 II	1.6.3 + 1.6.4.3
6 IV	6 IV	6 IV	6 IV	6 I + II	6 I + II	6 I + II	6 I + II	1.5.2 + 1.5.3
6 V	6 V	6 V	6 V	6 III	6 III	6 III	6 III	1.4.6
7 I	7 ^{bis} I	7 ^{bis} I	7 ^{bis} I	—	—	—	—	—
7 II	7 ^{bis} II	7 ^{bis} II	7 ^{bis} II	43 I + II	43 I + II	43 I + II	43 I + II	2.20
7 III	7 ^{bis} III	7 ^{bis} III	7 ^{bis} III	—	—	—	—	—
8			8	8	8	8	8	2.1
9 I	9 I	9 I	9 I	9 I + II	9 I + II	9 I + II	9 I + II	2.2.1 + 2.2.2
9 II	9 II	9 II	9 II	10 I + II	10 I + II	10 I + II	10 I + II	1.3.10 + 2.2.3
9 III	9 III	9 III	9 III	37	37	37	37	2.21
—			—	—	—	—	11	7.4.3 ^{bis}
10			12	12	12	12	12	1.3.4 + 1.3.5 + 2.3.1 + 2.3.2
11 I	13 I	13 I	13 I	13	13	13	13	2.6.1

Cst. du 16 mai 2004	Après L "3" (anc. n°)	Pour L "3"	Après L "2"	Pour L "2"	Consultation	Après L "1"	Pour L "1"	Thèses après L "0"
11 II	13 II	13 II	13 II	13	13	13	13	2.6.1
12 I			14 I	14 I	14 I	14 I	14 I	2.4.1
12 II			14 II	14 II	14 II	14 II	14 II	2.4.2
—			—	—	—	—	14 III	2.4.2
13	15	15	15	15 I	15 I	15 I	15 I	2.5.1
14 I	15 ^{bis} I	15 ^{bis} I	15 ^{bis} I	15 II	15 II	15 II	15 II	2.5.1
14 II	15 ^{bis} II	15 ^{bis} II	15 ^{bis} II	—	—	—	15 III	2.5.2
15 I			16 I	16 I	16 I	16 I	16 I	2.6.3.1
15 II			16 II	16 II	16 II	16 II	16 II	2.6.3.2
15 III			16 III	16 III	16 III	16 III	16 III	2.6.3.3
15 IV			16 IV	16 IV	16 IV	16 IV	16 IV	2.6.3.4
16			17	17	17	17	17	2.6.2
17 I			18 I	18 I	18 I	18 I	18 I	1.5.1
17 II			18 II	18 II	18 II	18 II	18 II	1.6.2
18	18 ^{bis}	18 ^{bis}	18 ^{bis}	—	—	—	—	—
19 I			19 I	19 I	19 I	19 I	19 I	2.6.4
19 II			19 II	19 II	19 II	19 II	19 II	1.3.9 + 2.8.1 + 2.8.2 + 5.1.11
20 I	20 I	20 I	20 I	20	20	20	20	2.6.11

Cst. du 16 mai 2004	Après L "3" (anc. n°)	Pour L "3"	Après L "2"	Pour L "2"	Consultation	Après L "1"	Pour L "1"	Thèses après L "0"
20 II	20 II	20 II	20 II	21	21	21	21	2.6.12
21			22	22	22	22	22	2.6.7
22 I			23 I	23 I	23 I	23 I	23 I	2.6.8.1
22 II			23 II	23 II	23 II	23 II	23 II	2.6.8.2
23			24	24	24	24	24	2.6.5
24 I			25 I	25 I	25 I	25 I	25 I	2.6.6.1 + 2.6.6.2
24 II	25 II	25 II	25 II	25 II	25 II	25 II	25 II	2.6.6.3
24 III			25 III	25 III	25 III	25 III	25 III	2.6.6.4
25	26	26	26	26 I + II	26 I + II	26 I + II	26 I + II	4.2 + 4.2.1 + 4.2.2 + 4.11
26 I			27 I	27 I	27 I	27 I	27 I	2.6.9.1
26 II			27 II	27 II	27 II	27 II	27 II	2.6.9.2
27 I	28 I	28 I	28 I	28 I + II	28 I + II	28 I + II	28 I + II	2.6.10.1
27 II	28 II	28 II	28 II	29 I	29 I	29 I	29 I	2.6.10.1
27 III	28 III	28 III	28 III	29 II	29 II	29 II	29 II	2.6.10.2
27 IV	28 IV	28 IV	28 IV	29 III	29 III	29 III	29 III	2.6.10.3
28 I			30 I	30 I	30 I	30 I	30 I	2.7.1
28 II			30 II	30 II	30 II	30 II	30 II	2.7.2
29 I			31 I	31 I	31 I	31 I	31 I	—

Cst. du 16 mai 2004	Après L "3" (anc. n°)	Pour L "3"	Après L "2"	Pour L "2"	Consultation	Après L "1"	Pour L "1"	Thèses après L "0"
29 II			31 II	31 II	31 II	31 II	31 II	6.40
29 III			31 III	31 III	31 III	31 III	31 III	6.42
29 IV			31 IV	31 IV	31 IV	31 IV	31 IV	6.46
29 V	31 V	31 V	31 V	36 IV	36 IV	36 IV	36 IV	2.18.3
30			31 ^{bis}	31 ^{bis}	31 ^{bis}	31 ^{bis}	—	—
31 I			32 I	32 I	32 I	32 I	32 I	6.36 + 6.38
31 II			32 II	32 II	32 II	32 II	32 II	6.41
32 I			33 I	33 I	33 I	33 I	33 I	6.43
32 II			33 II	33 II	33 II	33 II	33 II	6.43
32 III			33 III	33 III	33 III	33 III	33 III	6.43
33 I			34 I	34 I	34 I	34 I	34 I	2.16.1
33 II	34 II	34 II	34 II	34 II	34 II	34 II	34 II	2.16.2 + 2.16.3 + 2.16.6 + 3.20
33 III	34 III	34 III	34 III	34 II	34 II	34 II	34 II	
33 IV	34 IV	34 IV	34 IV	34 III	34 III	34 III	34 III	2.17
34 I	36 I	36 I	36 I	36 I	36 I	36 I	36 I	2.26.5
34 II			36 II	36 II	36 II	36 II	36 II	2.18.1
34 III			36 III	36 V	36 V	36 V	36 V	2.26.6
35			38	38 I	38 I	38 I	38 I	2.22

Cst. du 16 mai 2004	Après L "3" (anc. n°)	Pour L "3"	Après L "2"	Pour L "2"	Consultation	Après L "1"	Pour L "1"	Thèses après L "0"
—	—	—	—	—	39	39	39	2.9.2
36 I			40 I	40 I	40 I	40 I	40 I	2.11
36 II			40 II	40 II	40 II	40 II	40 II	2.12
36 III	40 III	40 III	40 III	36 III	36 III	36 III	36 III	2.18.2
37			41	41	41	41	41	2.13.1
38 I			42 I	42 I	42 I	42 I	42 I	2.14.2
38 II			42 II	42 II	42 II	42 II	42 II	2.14.3
38 III			42 III	42 III	42 III	42 III	42 III	2.14.4
38 IV			42 IV	42 IV	42 IV	42 IV	42 IV	2.14.1
39 I/a	44 I/a	44 I	44 I	44 I/a	44 I/a	44 I/a	44/a	4.22
39 I/b	44 I/b	—	—	44 I/b	44 I/b	44 I/b	44/b	4.15 + 4.15.2
—	—	—	—	44 I/c	44 I/c	44 I/c	—	4.17
39 II			44 II	44 II	44 II	44 II	44, phr. intro.	—
40 I	44 ^{bis} I	44 ^{bis} I	44 ^{bis} I	44 ^{bis} I + DT 152, II/b	52 I + DT 152, II/b	52 I	52 I	5.1.12 + 7.7.1
40 II			44 ^{bis} II	44 ^{bis} II	52 II	52 II	52 II	4.14 + 4.18
40 III	44 ^{bis} III	—	—	44 ^{bis} III	52 III	52 III	52 III	—
41/a	45/a	45/a	45/a	45 I	45 I	45 I	45 I	4.4
41/b	45/b	45/b	45/b	45 I	45 I	45 I	45 I	

Cst. du 16 mai 2004	Après L "3" (anc. n°)	Pour L "3"	Après L "2"	Pour L "2"	Consultation	Après L "1"	Pour L "1"	Thèses après L "0"
42 I	46 I	46 I	46 I	45 II + 46 + 47	4.4 + 4.4.2 + 4.4.3 + 4.4.4 + 5.2.3.29 III			
42 II	46 II	46 II	46 II	45 I	45 I	45 I	45 I	4.4.1
43	47	47	47	45 IV	45 IV	45 IV	45 IV	5.2.3.29 I + II
44	48	48	48	45 III + 46 II	4.4.2 + 5.2.3.29 I + III			
45/a			49/a	49/a	49/a	49/a	45 V	—
45/b			49/b	49/b	49/b	49/b	50 I	3.44 + 4.6 + 4.6.1
46 I/a			50 I/a	50 I/a	50/a	50/a	49	4.5 + 4.5.1
46 I/b			50 I/b	50 I/b	50/b	50/b	50 II	3.44 + 4.6 + 4.6.2
46 II			50 II	50 II	50, phr. intro.	50, phr. intro.	49 + 50 II	3.44 + 4.5.1 + 4.6.2
47 I			51 I	51 I	51 I	51 I	51 I	4.1 + 4.1.1
47 II			51 II	51 II	51 II	51 II	51 II	—
48 I/a			53 I/a	53 I/a	53 I/a	53 I/a	53/a	4.16
48 I/b			53 I/b	53 I/b	53 I/b	53 I/b	53/b	4.19
48 II			53 II	53 II	53 II	53 II	53, phr. intro.	4.22
49			54	54	55	55	55	7.3.3
50 I			55 I	55 I	54 I	54 I	54 I	4.9
50 II	55 II	55 II	55 II	55 II	54 II	54 II	54 II	4.9 + 4.10 + 4.12 + 4.13

Cst. du 16 mai 2004	Après L « 3 » (anc. n°)	Pour L « 3 »	Après L « 2 »	Pour L « 2 »	Consultation	Après L « 1 »	Pour L « 1 »	Thèses après L « 0 »
51 I			56 I	56 I	56 I	56 I	56 I	7.4.3
51 II			56 II	56 II	56 II	56 II	56 II	
52 I			57 I	57 I	57 I	57 I	57 I	1.3.6
52 II			57 II	57 II	57 II	57 II	57 II	3.3.3
—	—	—	—	57 III	57 III	57 III	57 III	3.4 + 5.2.3.36
53			58	58 I	58 I	58 I	58 I	7.1.2
—	—	—	—	58 II	58 II	58 II	58 II	3.38
54 I			59 I	59 I	59 II	59 II	59 II	5.1.10 I + 8.13
54 II	59 II	59 II	59 II	59 II	59 III	59 III	59 III	5.1.10 II
54 III			59 III	59 III	59 I	59 I	59 I	3.51
—	—	—	—	60 I	60 I	60 I	60 I	2.15.1 + 2.15.2 + 2.31
55 I			60 I	61	61	61	61	3.12
55 II			60 II	60 II	60 II	60 II	60 II	2.31 + 3.13
56 I	62 I	62 I	62 I	62 I	62 I	62 I	62	2.24 + 3.14
56 II	62 II	62 II	62 II	62 II + 30 III	62 II + 30 III	62 II + 30 III	30 III	2.7.3 + 3.14
57 I	63 I	63 I	63 I	63 I	63 I	63 I	63 I	3.52
57 II	63 II	63 II	63 II	63 II	63 II	63 II	63 II	
58	64	64	64	64	64	64	64	3.7.1 + 3.7.2

Cst. du 16 mai 2004	Après L « 3 » (anc. n°)	Pour L « 3 »	Après L « 2 »	Pour L « 2 »	Consultation	Après L « 1 »	Pour L « 1 »	Thèses après L « 0 »
59 I	65 I	65 I	65 I	65 I + II	65 I + II	65 I + II	65 I + II	2.32.1 + 3.17
59 II	65 II	65 II	65 II	65 III + IV	65 III + IV	65 III + IV	65 III + IV	2.32.3 + 2.33 + 3.17
59 III			65 III	65 V	65 V	65 V	65 V	2.32.2
60 I			66 I	66 I	66 I	66 I	66 I	3.16
60 II			66 II	66 II	66 II	66 II	66 II	2.18.5
60 III			66 III	66 III	66 III	66 III	66 III	3.18
—	—	—	—	67 I	67 I	67 I	67 I	2.26.1
61	67	67	67	67 II	67 II	67 II	67 II	
—	—	—	—	67 III	67 III	67 III	67 III	2.26.4
62	67 ^{bis}	67 ^{bis}	67 ^{bis}	38 II	38 II	38 II	38 II	2.29
—	—	—	—	68	68	68	68	2.34
63 I	68 ^{bis} I	68 ^{bis} I	68 ^{bis} I	35 I	35 I	35 I	35 I	2.9.1 + 3.19 + 2.26.5
63 II	68 ^{bis} II	68 ^{bis} II	68 ^{bis} II	35 II	35 II	35 II	35 II	
64 I	69 I	69 I	69 I	69 I + II + III	69 I + II + III	69 I + II + III	69 I + II + III	2.19.1 + 3.24 + 3.28 + 3.28 ^{bis}
64 II			69 II	70 I + II	70 I + II	70 I + II	70 I + II	2.19.2 + 3.25 + 3.26
—			—	—	—	—	71 I	1.6.6
64 III			69 III	71	71	71	71 II	1.6.5
64 IV	69 IV	69 IV	69 IV	75	75	75	75	3.27

Cst. du 16 mai 2004	Après L « 3 » (anc. n°)	Pour L « 3 »	Après L « 2 »	Pour L « 2 »	Consultation	Après L « 1 »	Pour L « 1 »	Thèses après L « 0 »
65 I			72 I	72 I	72 I	72 I	72 I	2.19.1 + 3.28.1 + 3.28.2
65 II	72 II	72 II	72 II	72 II	72 II	72 II	72 II	3.30.1
65 III	72 III	72 III	72 III	72 III	72 III	72 III	72 III	
65 IV			72 IV	72 IV	72 IV	72 IV	72 IV	2.19.3
66	73	73	73	73	73	73	73	3.29
67 I	74 I	74 I	74 I	71 ^{bis} II	74 II	74 II	74 II	3.31
67 II	74 II	74 II	74 II	71 ^{bis} I	74 I	74 I	74 I	3.30.2
68	76	76	76	76 I	76 I	76 I	76 I	3.36.2 + 3.37
—	—	—	—	76 II	76 II	76 II	76 II	3.36.1
—	—	—	—	76 III	76 III	76 III	76 III	
69 I			77 I	77 I	77 I	77 I	77 I	3.21
69 II			77 II	77 II	77 II	77 II	—	—
69 III			77 III	77 III	77 III	77 III	77 II	3.22
70			78	78	78	78	78	3.23
71 I			79 I	79 I	79 I	79 I	79 I	3.6.1 + 3.6.2
71 II			79 II	79 II	79 II	79 II	79 II	
—			—	—	—	—	79 III	

Cst. du 16 mai 2004	Après L "3" (anc. n°)	Pour L "3"	Après L "2"	Pour L "2"	Consultation	Après L "1"	Pour L "1"	Thèses après L "0"
72	80	80	80	80 I	80 I	80 I	80 I	3.10
—	—	—	—	80 II	80 II	80 II	80 II	
73 I	81 I	81 I	81 I	81 I	81 I	81 I	81 I	3.10 + 3.34
73 II			81 II	81 II	81 II	81 II	81 II	
73 III	81 III	81 III	81 III	81 III	81 III	81 III	81 III	
74			82	82	82	82	82	3.8
75	83	83	83	83	83	83	83	3.5 ^{bis}
76 I			84 I	84 I	84 I	84 I	84 I	3.5
—	—	84 II	84 II	—	—	—	—	—
76 II			84 III	84 II	84 II	84 II	84 II	3.5
77			85	85	85	85	85	3.7.3
78 I			86 I	86 I	86 I	86 I	86 I	3.11
78 II			86 II	86 II	86 II	86 II	86 II	
78 III			86 III	86 III	86 III	86 III	86 III	
79 I			87 I	87 I	87 I	87 I	87 I	3.32
79 II			87 II	87 II	87 II	87 II	87 II	3.33
80	88	88	88	88	88	88	88	3.35
—	—	—	—	89	89	89	89	3.15

Cst. du 16 mai 2004	Après L "3" (anc. n°)	Pour L "3"	Après L "2"	Pour L "2"	Consultation	Après L "1"	Pour L "1"	Thèses après L "0"
81 I			90 I	90 I	90 I	90 I	90 I	3.47
81 II			90 II	90 II	90 II	90 II	90 II	3.42 + 3.47
81 III			90 III	90 III	90 III	90 III	90 III	3.48
82 I	91 I	91 I	91 I	91 I	91 I	91 I	91 I	5.2.3.20
82 II	91 II	91 II	91 II	91 II	91 II	91 II	91 II	3.46 + 5.2.3.20
83 I			92 I	92 I	92 I	92 I	92 I	3.41 + 5.2.3.20
83 II			92 II	92 II	92 II	92 II	92 II	
83 III	92 III	92 III	92 III	92 III	92 III	92 III	92 III	
84 I			93 I	93 I	93 I	93 I	93 I	3.45
84 II			93 II	93 II	93 II	93 II	93 II	3.49
85	94	94	94	94	94	94	94	1.3.8 + 5.1.1
86 I			95 I	95 I	95 I	95 I	95 I	4.14 + 4.18
—	—	—	—	95 II <i>in initio</i>	95 II <i>in initio</i>	95 II <i>in initio</i>	95 II	6.13
86 II	95 II	95 II	95 II	95 II	95 II	95 II	95 III	6.23
87 I/a			96 I/a	96 I/a	96 I/a	96 I/a	96 I/a	5.1.3
87 I/b			96 I/b	96 I/b	96 I/b	96 I/b	96 I/b	
87 I/c	96 I/c	96 I/c	96 I/c	96 I/c	96 I/c	96 I/c	96 I/c	
87 II	96 II	96 II	96 II	96 III + DT 152, II/c	96 III + DT 152, II/c	96 III	96 III	5.1.4

Cst. du 16 mai 2004	Après L "3" (anc. n°)	Pour L "3"	Après L "2"	Pour L "2"	Consultation	Après L "1"	Pour L "1"	Thèses après L "0"
87 III			96 III	96 IV	96 IV	96 IV	96 IV	5.1.5
87 IV	96 IV	96 IV	96 IV	96 II	96 II	96 II	96 II	5.2.1.7
—	—	—	—	97	97	97	97	5.1.6
88 I	98 I	98 I	98 I	98 I	98 I	98 I	98 I	5.1.11
88 II	98 II	98 II	98 II	98 II + DT 152, II/c	98 II + DT 152, II/c	98 II	98 II	5.1.2
89 I	99 I	99 I	99 I	99 I + II	99 I + II	99 I + II	99 I	5.1.7
89 II			99 II	99 II	99 II	99 II	99 II	
90 I	100 I	100 I	100 I	100 I	100 I	100 I	100 I	5.1.8
90 II			100 II	100 II	100 II	100 II	100 II	
91 I			101 I	101 I	101 I	101 I	101 I	5.1.9
91 II			101 II	101 II	101 II	101 II	101 II	
92 I			102 I	102 I	102 I	102 I	102 I	4.7 + 4.7.1 + 4.7.2
92 II			102 II	102 II	102 II	102 II	102 II	
93 I	103 I	103 I	103 I	103 II + III	103 II + III	103 II + III	103 II + III	5.1.9 + 5.2.3.25
93 II	103 II	103 II	103 II	103 I	103 I	103 I	103 I	
93 III	103 III	103 III	103 III	103 II	103 II	103 II	103 II	
—	—	—	—	104	104	104	104	5.2.3.35
94			105	105	105	105	105	5.2.1.1

Cst. du 16 mai 2004	Après L "3" (anc. n°)	Pour L "3"	Après L "2"	Pour L "2"	Consultation	Après L "1"	Pour L "1"	Thèses après L "0"
95 I	106 I	106 I	106 I	106 I	106 I	106 I	106 I	5.2.2.17
—	—	—	—	106 I <i>in fine</i>	5.2.2.18			
95 II			106 II	106 II	106 II	106 II	106 II	5.2.15 + 5.2.1.8
95 III			106 III	106 III	106 III	106 III	106 III	5.2.1.6
96 I/a			107 I/a	107 I/a	107 I/a	107 I/a	107 I/a	5.2.1.10
96 I/b			107 I/b	107 I/b	107 I/b	107 I/b	107 I/b	
96 I/c			107 I/c	107 I/c	107 I/c	107 I/c	107 I/c	
96 II			107 II	107 II	107 II	107 II	107 II	
96 III			107 III	107 III	107 III	107 III	107 III	5.2.1.15
96 IV			107 IV	107 IV	107 IV	107 IV	107 IV	5.2.1.12
—	—	—	—	108	108	108	108	5.2.3.24 + 5.2.3.26
—	—	—	—	109	109	109	109	5.2.1.13
—	—	—	—	110 I	110 I	110 I	110 I	5.2.1.14
—	—	—	—	110 II	110 II	110 II	110 II	
—	—	—	—	110 III	110 III	110 III	110 III	
97			111	111	111	111	111	5.2.1.16
98 I			112 I	112 I	112 I	112 I	112 I	5.2.3.26
98 II			112 II	112 II	112 II	112 II	112 II	5.4.4

Cst. du 16 mai 2004	Après L "3" (anc. n°)	Pour L "3"	Après L "2"	Pour L "2"	Consultation	Après L "1"	Pour L "1"	Thèses après L "0"
98 III			112 III	112 III	112 III	112 III	112 III	5.4.7
99 I			113 I	113 I	113 I	113 I	113 I	—
99 II			113 II	113 II	113 II	113 II	113 II	
99 III			113 III	113 III	113 III	113 III	113 III	
100 I	114 I	114 I	114 I	114 I	114 I	114 I	114 I	5.2.3.23
100 II			114 II	114 II	114 II	114 II	114 II	
100 III			114 III	114 III	114 III	114 III	114 III	
101			115	115 I/a + b	115 I/a + b	115 I/a + b	115 I/a + b	5.2.3.21
—	—	—	—	115 I/c	115 I/c	115 I/c	115 I/c	
—	—	—	—	115 II	115 II	115 II	115 II	
102 I			116 I	116 I	116 I	116 I	116 I	5.2.3.20
102 II			116 II	116 II	116 II	116 II	116 II	
103 I/a			117 I/a	117 I/a	117 I/a	117 I/a	117 I/a	5.2.3.19
103 I/b			117 I/b	117 I/b	117 I/b	117 I/b	117 I/b	5.2.3.19 + 5.3.2.10
—	—	—	—	—	—	—	117 I/c	5.2.3.19 + 5.3.2.11
103 I/c	117 I/c	117 I/c	117 I/c	—	—	—	—	—
103 I/d			117 I/c ^{bis}	117 I/c ^{bis}	—	—	—	—
103 I/e	117 I/d	117 I/d	117 I/d	117 I/d	117 I/d	117 I/d	117 I/d	6.19 + 6.24.1

Cst. du 16 mai 2004	Après L "3" (anc. n°)	Pour L "3"	Après L "2"	Pour L "2"	Consultation	Après L "1"	Pour L "1"	Thèses après L "0"
103 I/f			117 I/e	117 I/e	117 I/e	117 I/e	117 I/e	5.2.3.19
—	—	—	—	117 I/f	117 I/f	117 I/f	117 I/f	
—	—	—	—	117 I/g	117 I/g	117 I/g	117 I/g	
103 I/g			117 I/h	117 I/h	117 I/h	117 I/h	117 I/h	
103 II			117 II	117 II	117 II	117 II	117 II	
104/a			118/a	118/a	118/a + c	118/a + c	118/a + c	5.2.3.22
104/b			118/b	118/b	118/b	118/b	118/b	
104/c			118/c	118/c	118/d	118/d	118/d	
105/a			119/a	119/a	119/a	119/a	119/a	5.2.3.29 I
105/b			119/b	119/b	119/b	119/b	119/b	5.2.3.34
105/c			119/c	119/c	119/c	119/c	119/c	5.2.3.27
105/d			119/d	119/d	119/d	119/d	119/d	5.2.3.28
—	—	—	—	119/e	119/e	119/e	119/e	5.2.3.30
105/e			119/f	119/f	119/f	119/f	119/f	5.2.3.31
105/f			119/g	119/g	119/g	119/g	119/g	5.2.3.33
106 I			120 I	120 I	120 I	120 I	120 I	5.3.1.5
106 II			120 II	120 II	120 II	120 II	120 II	5.3.1.1 à 5.3.1.4
106 III			120 III	120 III	120 III	120 III	120 III	5.3.1.6 + 5.3.1.7

Cst. du 16 mai 2004	Après L "3" (anc. n°)	Pour L "3"	Après L "2"	Pour L "2"	Consultation	Après L "1"	Pour L "1"	Thèses après L "0"
107			121	121	121	121	121 I	5.3.2.10 à 5.3.2.12
—			—	—	—	—	121 II	5.3.2.11
108			122	122	122	122	122	5.3.1.9
—	—	—	—	123 I	123 I	123 I	123 I	5.4.1
109 I			123 I	123 II	123 II	123 II	123 II	5.4.2 + 5.4.3
109 II			123 II	123 III	123 III	123 III	123 III	5.3.3.16
—	—	—	—	123 IV	123 IV	123 IV	123 IV	5.4.5
109 III			123 III	123 V	123 V	123 V	123 V	5.4.7
110			124	124	124	124	124	5.3.3.15
111 I			125 I	125 I	125 I	125 I	125 I	5.3.3.27
111 II	125 II	125 II	125 II	125 II + 126				
112			128	128/a + b	128/a + b	128/a + b	128/a + b	5.3.3.20
—	—	—	—	128/c	128/c	128/c	128/c	
113 I			129 I	129 I	129 I	129 I	129 I	5.3.3.26
113 II	129 II	129 II	129 II	129 II	129 II	129 II	129 II	
114 I			130 I	130 I	130 I	130 I	130 I	5.3.3.17 + 5.3.3.18
114 II	130 II	130 II	130 II	130 II	130 II	130 II	130 II	5.3.3.24
114 III	130 III	130 III	130 III	130 III	130 III	130 III	130 III	5.3.3.23

Cst. du 16 mai 2004	Après L "3" (anc. n°)	Pour L "3"	Après L "2"	Pour L "2"	Consultation	Après L "1"	Pour L "1"	Thèses après L "0"
—	—	—	—	130 IV	130 IV	130 IV	130 IV	5.4.6
115			130 ^{bis}	130 ^{bis}	130 ^{bis}	130 ^{bis}	131 II	5.3.3.21
116	131	131	131	131	131	131	131 I	5.3.3.22
117	131 ^{bis}	131 ^{bis}	131 ^{bis}	127	127	127	127	5.3.3.28
—			—	—	—	—	132 I	5.3.2.13 + 5.3.3.19
—			—	—	—	—	132 II	
—			—	—	—	—	132 III	
118 I			133 I	133 I	133 I	133 I	133 I	5.3.2.13 + 5.5.1
118 II			133 II	133 II	133 II	133 II	133 II	
—			—	—	—	—	133 III	
119	134	134	134	134	134	134	134	5.5.2
120 I			135 I	135 I	135 I	135 I	135 I	6.38
120 II	135 II	135 II	135 II	135 II	135 II	135 II	135 II	6.1
120 III			135 III	135 III	135 III	135 III	135 III	6.39
121 I			136 I	136 I	136 I	136 I	136 I	6.35
121 II	136 II	136 II	136 II	136 II	136 II	136 II	136 II	6.26
122	137	137	137	94 ^{bis}	94 ^{bis}	94 ^{bis}	94 ^{bis}	6.11
123 I/a			138 I/a	138 I/a	138 I/a	138 I/a	138 I/a	6.14.1 + 6.14.2 + 6.2 + 6.34.1

Cst. du 16 mai 2004	Après L "3" (anc. n°)	Pour L "3"	Après L "2"	Pour L "2"	Consultation	Après L "1"	Pour L "1"	Thèses après L "0"
123 I/b			138 I/b	138 I/b	138 I/b	138 I/b	138 I/b	6.14.1 + 6.14.2 + 6.2 + 6.34.1
123 I/c			138 I/c	138 I/c	138 I/c	138 I/c	138 I/c	6.14.1 + 6.2 + 6.34.1 + 6.4
123 II/a	138 II/a	138 II/a	138 II/a	—	—	—	—	—
123 II/b			138 II/b	138 II/a	138 II/a	138 II/a	138 II/a	6.15 + 6.2 + 6.34.2
123 II/c			138 II/c	138 II/b	138 II/b	138 II/b	138 II/b	6.15 + 6.2 + 6.34.2
123 II/d			138 II/d	138 II/c	138 II/c	138 II/c	138 II/c	6.15 + 6.2 + 6.34.2
123 II/e			138 II/e	138 II/d	138 II/d	138 II/d	138 II/d	6.15 + 6.2 + 6.34.2
123 II/f			138 II/f	138 II/e	138 II/e	138 II/e	138 II/e	6.2 + 6.34.2 + 6.4 + 6.15
123 III	138 III	138 III	138 III	138 III	138 III	138 III	138 III	6.2 + 6.3 + 6.34.3 + 6.4 + 6.5
123 IV			138 IV	138 IV	138 IV	138 IV	138 IV	6.34.1 + 6.34.2 + 6.34.3
124 I			139 I	139 I	139 I	139 I	138 III + 139 I	6.4
124 II	139 II	139 II	139 II	138 III	138 III	138 III	139 II	6.34.3 + 6.4
124 III	139 III	139 III	139 III	139 II	139 II	139 II	139 III	6.20
125			140	140	140	140	140	6.16
126 I/a			141 I/a	141 I/a	141 I/a	141 I/a	141 I/a	6.27
126 I/b			141 I/b	141 I/b	141 I/b	141 I/b	141 I/b	
126 I/c			141 I/c	141 I/c	141 I/c	141 I/c	141 I/c	
126 I/d			141 I/d	141 I/d	141 I/d	141 I/d	141 I/d	

Cst. du 16 mai 2004	Après L "3" (anc. n°)	Pour L "3"	Après L "2"	Pour L "2"	Consultation	Après L "1"	Pour L "1"	Thèses après L "0"
126 l/e			141 l/e	141 l/e	141 l/e	141 l/e	141 l/e	6.27
126 l/f			141 l/f	141 l/f	141 l/f	141 l/f	141 l/f	
126 l/g			141 l/g	141 l/g	141 l/g	141 l/g	141 l/g	
126 l/h	141 l/h	141 l/h	141 l/h	—	—	—	—	—
126 II	141 II	141 II	141 II	141 II	141 II	141 II	141 II	6.29
126 III			141 III	141 III	141 III	141 III	141 III	6.30
127 I			142 I	142 I	142 I	142 I	143 I	6.17 + 6.25
127 II			142 II	142 II	142 II	142 II	143 II	6.17
127 III			142 III	142 III	142 III	142 III	143 III	6.33
128			143	143	143	143	142I+II+III	6.19 + 6.21 + 6.22 + 6.24.1 + 6.24.2
129 I			144 I	144 I	144 I	144 I	144 I	7.2.1
129 II			144 II	144 II	144 II	144 II	144 II	7.1.3
—	—	—	—	144 III	144 III	144 III	144 III	7.2.2
130 I			145 I	145 I	145 I	145 I	145 I	7.1.1
130 II	145 II	145 II	145 II	145 II	145 II	145 II	145 II	7.2.3
131 I			146 I	146 I	146 I	146 I	146 I	4.14 + 4.20 + 4.21
131 II			146 II	146 II	146 II	146 II	146 II	7.3.2 + 7.3.8
—	—	—	—	146 III	146 III	146 III	146 III	7.3.7

Cst. du 16 mai 2004	Après L "3" (anc. n°)	Pour L "3"	Après L "2"	Pour L "2"	Consultation	Après L "1"	Pour L "1"	Thèses après L "0"
—	—	—	—	146 IV	146 IV	146 IV	146 IV	7.3.1
—	—	—	—	146 V	146 V	146 V	146 V	7.3.4 à 7.3.7
131 III			146 III	146 VI	—	—	—	—
132 I	147 I	147 I	147 I	147 I	147 I	147 I	147 II	3.50
132 II			147 II	147 II	147 II	147 II	147 I	3.43
133	148	148	148	148 I + II	148 I + II	148 I + II	148 I + II	3.50 + 7.1.3 ^{quater}
134 I			149 I	149 I	149 I	149 I	149 I	3.39 + 7.4.1
134 II			149 II	149 II	149 II	149 II	149 II	7.4.4 + 7.4.5
134 III			149 III	149 III	149 III	149 III	149 III	7.4.6
134 IV			149 IV	149 IV	151	151	151	7.6.3 + 7.7.3
135 I			150 I	150 I	150 I	150 I	150 I	7.5.1
—	—	—	—	150 II	150 II	150 II	150 II	7.5.5
135 II			150 II	150 III	150 III	150 III	150 III	7.5.2 + 7.5.3
135 III			150 III	150 IV	150 IV	150 IV	150 IV	7.5.4
135 IV			150 IV	150 V	150 V	150 V	150 V	7.5.6
136 I	152 I	152 I	152 I	152 I + II + DT 152	152 I + II + DT 152	152 I + II + DT 152	152 I	7.6.1
136 II	152 II	152 II	152 II				152 II	7.7.1
—	—	152 III	152 III	DT 152, II/a	DT 152, II/a	DT 152, II	—	—

Cst. du 16 mai 2004	Après L "3" (anc. n°)	Pour L "3"	Après L "2"	Pour L "2"	Consultation	Après L "1"	Pour L "1"	Thèses après L "0"
137 I	153 I	153 I	153 I	153 I + 154 II + 155 III	153 I + 154 II + 155 III	153 I + 154 II + 155 III	154 II + 155 III	8.10 ^{bis} + 8.15 ^{bis}
137 II	153 II	153 II	153 II	153 II + III	153 II + III	153 II + III	153 II + III	4.22.2
138 I	154 I	154 I	154 I	154 I	154 I	154 I	154 I	8.11 + 8.12
138 II	154 II	154 II	154 II	154 III	154 III	154 III	154 III	8.14
139	155	155	155	155 I + II	155 I + II	155 I + II	155 I + II	8.2 à 8.6
140 I			156 I	156 I	156 I	156 I	156 I	8.17
140 II			156 II	156 II	156 II	156 II	156 II	8.18
141 I			157 I	157 I	157 I	157 I	157 I	8.19
141 II			157 II	157 II	157 II	157 II	157 II	8.19 + 8.21
142 I			158 I	158 I	158 I	158 I	158 I	8.20
142 II			158 II	158 II	158 II	158 II	158 II	
143			159	159 I	159 I	159 I	159 I	8.22
—	—	—	—	159 II	159 II	159 II	159 II	8.23
144 I	159 ^{bis} I	159 ^{bis} I	159 ^{bis} I	45 I + 113 II	45 I + 113 II	45 I + 113 II	45 I + 113 II	4.4 + 4.23
144 II/a	159 ^{bis} II/a	159 ^{bis} II/a	159 ^{bis} II/a	48 I	48 I	48 I	48 I	4.23
144 II/b	159 ^{bis} II/b	159 ^{bis} II/b	159 ^{bis} II/b	48 I	48 I	48 I	48 I	
144 III	159 ^{bis} III	159 ^{bis} III	159 ^{bis} III	48 II	48 II	48 II	48 II	
144 IV	159 ^{bis} IV	159 ^{bis} IV	159 ^{bis} IV	48 III	48 III	48 III	48 III	

Cst. du 16 mai 2004	Après L "3" (anc. n°)	Pour L "3"	Après L "2"	Pour L "2"	Consultation	Après L "1"	Pour L "1"	Thèses après L "0"
—	—	—	—	—	—	—	48 IV	4.23
145 I	159 ^{ter} I	159 ^{ter} I	159 ^{ter} I	45 I + 113 II	4.4 + 4.23			
145 II	159 ^{ter} II	159 ^{ter} II	159 ^{ter} II	45 IV	45 IV	45 IV	45 IV	5.2.3.29 II

Cst. du 16 mai 2004	L "3" (anc. n°)	L "2"	L "1"	Pour L "1"	Consultation	Après L "1"	Pour L "1"	Thèses après L "0"
146		160	160	160	—	—	—	—
147 I	161 I	161 I	161 I	161 I	—	—	—	—
147 II	161 II	161 II	161 II	161 II	—	—	—	—
148 I			162 I	34 II	34 II	34 II	34 II	2.16.6
148 II			162 II	162 I	DT 34, I	DT 34, I	—	2.16.5
148 III			162 III	162 II	DT 34, II	DT 34, II	—	2.16.4
149 I		163 I	163 I	163 I	—	—	—	—
149 II		163 II	163 II	163 II	—	—	—	—
150		164	164	164	—	—	—	—
151 I		165 I	165 I	165 I	—	—	—	—
151 II		165 II	165 II	165 II	—	—	—	—
152 I		166 I	166 I	166 I	—	—	—	—
152 II		166 II	166 II	166 II	—	—	—	—
152 III/a		166 III/a	166 III/a	166 III/a	—	—	—	—
152 III/b		166 III/b	166 III/b	166 III/b	—	—	—	—
152 III/c		166 III/c	166 III/c	166 III/c	—	—	—	—
—		—	—	166 IV	—	—	—	—
—	—	—	167	167	—	—	—	6.14.3 + 6.14.4

Cst. du 16 mai 2004	L "3" (anc. n°)	L "2"	L "1"	Pour L "1"	Consultation	Après L "1"	Pour L "1"	Thèses après L "0"
153		168	168	168	—	—	—	—
—			—	169 I	DT 152, I	DT 152, I	—	—
—			—	169 II/a	DT 152, II/a	DT 152, II	—	—
—			—	169 II/b	DT 152, II/b	—	—	—
—			—	169 II/c	DT 152, II/c	—	—	—

RÉPERTOIRE PAR ARTICLES / REGISTER DER VERFASSUNGSARTIKEL

Le répertoire porte uniquement sur les références aux *dispositions de la Constitution du canton de Fribourg* du 16 mai 2004.

Il est fondé essentiellement sur les *références directes* mentionnées par les auteur-e-s. Néanmoins, dans certains cas, il a paru justifié de l'étendre aux *références indirectes* : ont donc aussi été rattachés à la disposition topique certains passages dans lesquels celle-ci n'est pas citée expressément, mais aurait aisément pu l'être.

Les pages mentionnées *en italique* renvoient au(x) passage(s) où la disposition est spécialement traitée.

Das Register verzeichnet ausschliesslich *Bestimmungen der Verfassung des Kantons Freiburg* vom 16. Mai 2004.

Es erfasst im Wesentlichen die *Bestimmungen, die in den Texten ausdrücklich genannt werden*. In einigen Fällen schien es jedoch gerechtfertigt, auch indirekt angesprochene Bestimmungen zu berücksichtigen: Somit werden gewisse Textstellen, in denen die einschlägige Bestimmung nicht angegeben ist, dieser dennoch zugeordnet, wenn die Bestimmung dort ohne weiteres hätte angeführt werden können.

Die *kursiv* gedruckten Seitenzahlen verweisen auf die Textstelle(n), in der bzw. in denen die Bestimmung eingehender behandelt wird.

Article Artikel	Pages Seiten	Article Artikel	Pages Seiten
Préambule	23 s., 27, 94, 113	5	106, 112
Préambule al. 3	61	6	30, 60 s., 105 ss, 111, 112, 119, 121
1	97		
2 al. 2	44, 85, 107, 112	6 al. 1	83
3 al. 1 let. f	106, 112, 113	6 al. 2	23, 61, 87 s.
3 al. 2	29	6 al. 3	121
4	97, 159, 220 s., 227	6 al. 3, 2 ^e phr.	114, 119

Article Artikel	Pages Seiten	Article Artikel	Pages Seiten
6 al. 4	30, 46 s., 110, 117	29 al. 3	140 s., 244
7	55 s.	29 al. 4	295
7 al. 1	56	29 al. 5	141 s., 146
7 al. 2	56	30	142, 275
7 al. 3	29, 154, 213	31 al. 1	244
8 ss	26, 50 ss, 55 s., 59 s.	31 al. 2	159, 176 s.
8	29, 125 ss	32	124
9	127 ss, 228	33 ss	16, 26, 50 ss, 55 s.
9 al. 1	127, 150 s.	33	16, 27, 31, 53 s., 143 ss
9 al. 2	128, 148	33 al. 1	53, 54
9 al. 2, 3 ^e phr.	127 ss	33 al. 2	31, 53, 143
9 al. 3	129 s.	33 al. 3	28, 31, 53, 54, 144 s.
11 al. 1	124	33 al. 4	145
11 al. 2	112, 124, 153	34	54, 146 ss
12	124	34 al. 1	147 ss
12 al. 2	159	34 al. 2	146, 149
13	130	35	54, 150 ss
14	130 ss	36	53, 153 ss, 222 s.
14 al. 1	130 ss, 135 s.	36 al. 1	52, 153 s.
14 al. 2	23, 28, 60, 133, 134 ss	36 al. 2	154 s.
15 al. 3	124	36 al. 3	146, 155
15 al. 4	136	37	161
16	124	38	51 s., 113, 115, 170, 285
17	112 s., 121, 124	38 al. 1	244
17 al. 2	118, 285	38 al. 4	126
18	28 s., 52	39	23, 26, 29, 159, 173, 180 ss, 238
19	159, 284 s.	39 al. 1	238
19 al. 1	124, 159 ss, 173	39 al. 1 let. b	28, 32, 180 ss, 199, 238
19 al. 2	60, 124, 158, 161 ss, 171, 199	39 al. 2	244
20	124, 159, 170	40	87, 182 s.
20 al. 2	85	40 al. 2	32, 90, 238
21	124	40 al. 3	32
22 al. 2	136 s.	41 ss	183 ss, 200, 202 s.
23	124, 333	41	183 s.
24	60, 137 ss	42	183 s.
24 al. 1	137 s.	43	184, 187 s.
24 al. 2	138 s.	44	184 ss
24 al. 3	60, 139	45 s.	188 ss, 200, 202 s., 243
25	60, 139 s., 195	45 let. b	226, 242
29 ss	273, 285 s.		
29 al. 1	124, 140		
29 al. 2	159		

Article Artikel	Pages Seiten	Article Artikel	Pages Seiten
46 al. 1 let. a	242	60 al. 2	225
46 al. 1 let. b	191 ss, 226, 242, 243	60 al. 3	208, 225
47	83, 194 s., 200, 203	61	146
48 ss	195 ss, 200 ss	62	150
48	159, 173, 180, 195 ss, 238	63 al. 1	208
48 al. 1 let. a	64	64	146
48 al. 1 let. b	16, 27, 63 ss, 196 s., 201 s.	64 al. 1 et 2	208
48 al. 2	64	64 al. 3	61, 106, 112
49	197, 307 ss	64 al. 4	86, 207
50	197 s.	65	217
51	198 s., 311, 313	65 al. 1 et 2	208
51 al. 1	196, 244	65 al. 3	208
51 al. 2	159, 171, 172	66	208
52 ss	26, 51, 56 s.	67	217
52 – 54	211 s.	67 al. 1	208
52 – 53	83	67 al. 2	208
52	85, 159, 212 s., 306	68	29, 208, 217
52 al. 1	159, 170 s., 171 s., 213, 306	69	23, 225 s.
52 al. 2	213 ss, 265, 276, 306	69 al. 1	208
52 al. 3	214 s.	69 al. 2	23, 62, 208, 244
53	215 s., 244, 306	69 al. 3	208
54	219 ss.	70	208, 217 s.
54 al. 2	208, 221	72	208
54 al. 3	208, 221 s.	74	208, 218
55	29, 208, 222 s.	75	208
55 al. 1	21	76	32, 208
56	208, 222 s.	76 al. 2	220
56 al. 2	208	77	208
57	217 s., 223	78	218
57 al. 1	208	78 al. 3	226
57 al. 2	208	79	112, 113, 208
58	208, 223	80	208
59	223	81	226 ss
59 al. 1	223 s.	81 al. 2	227 ss
59 al. 2	148, 208, 224	82	226, 230
59 al. 3	208	83	231
60	146, 224 s.	83 al. 1	230 s.
60 al. 1	224 s.	83 al. 2	231
		83 al. 3	27, 29, 231 s.
		84	166 s.
		84 al. 1	232
		84 al. 2	232 s.
		85 ss	237 ss, 267

Article Artikel	Pages Seiten	Article Artikel	Pages Seiten
85	238, 249, 258, 273, 284, 294	97	253, 257 ss, 269 s.
86	238, 273	98	86
86 al. 1	179, 182 s., 238	98 al. 1	58 s., 253, 260 s.
86 al. 2	77, 182, 281	98 al. 2	58 s., 261 s.
87	8, 87, 249 s., 284	98 al. 3	257
87 al. 1	249	99 ss	236
87 al. 1 let. c	249	99 al. 3	188, 226, 243, 244
87 al. 2	183, 249 s.	100 al. 3	253
87 al. 3	250, 252	101	30, 235
87 al. 4	183, 250	102	226
88	87, 159, 171, 273	103	29 s., 273, 277
88 al. 1	171 ss, 175, 199, 238, 284 s.	103 al. 1	281
88 al. 2	175, 252 s.	103 al. 1 let. a	254
89	244, 251 s., 273	103 al. 1 let. b	182
89 al. 1	251 s.	103 al. 1 let. c - e	297
89 al. 2	252	103 al. 1 let. e	21, 23, 74 ss, 76
90	221, 238, 248 s., 273, 285	103 al. 1 let. f	257
90 al. 1	248	103 al. 1 let. g	254
90 al. 2	244, 249	104	273
91 ss	179, 240 ss	104 let. b	280
91	219, 241 s., 274	105	30
91 al. 1	138, 141, 241 s.	105 let. a	184, 187
91 al. 2	242	105 let. b	247, 261
92	85, 190 s., 242 s.	105 let. d	61 s.
92 al. 2	242	106 ss	237, 262 ss, 267
93	220, 243 ss	106 al. 2	76, 182, 197
93 al. 1	191, 241, 244, 245	106 al. 3	182, 263
93 al. 2	128, 219, 241, 245, 274	108	258 ss
93 al. 3	58, 245 ss, 253	109	263 s.
94 ss	237, 253 ss, 254, 267	109 al. 1	264
94	253, 259	109 al. 2	264
95 al. 1	23, 28, 32, 253, 255 ss	109 al. 3	257
95 al. 2	182, 197	110 ss	236
95 al. 3	182, 244, 257	111 al. 2	246
96	260	113	226
96 al. 1	260	113 al. 2	244
96 al. 2	159, 175, 244	115	306
		117	243
		118	264 s.
		119	23, 69, 265 s.
		120 ss	66 ss, 237, 273 ss
		120 al. 1	244, 274
		120 al. 2	69, 265, 274 s.

Article Artikel	Pages Seiten	Article Artikel	Pages Seiten
120 al. 3	76, 275 s., 295	134 al. 1	311
121	76 s., 276 ss, 294 ss	134 al. 3	312
121 al. 1	75 ss, 294 s.	134 al. 4	303 s., 314
121 al. 2	76 s., 244, 277 s.	135	62 s., 316 s.
121 al. 2, 1 ^{re} phr.	294, 295 ss	135 al. 1	315
121 al. 2, 2 ^e phr.	294, 298 s., 301	135 al. 2	315 s.
122	67 s., 238 s., 278, 294	135 al. 3	316
123 s.	66 ss	135 al. 4	63, 304, 317
123	66 ss, 278 s., 293 s.	136	17, 23, 25 s., 27, 32, 87, 303, 317 ss
123 al. 2	279	136 al. 2	182, 244
123 al. 3	279 s.	137 – 139	323 ss, 334 s., 336 s., 344 s.
123 al. 4	279	137 al. 1	334, 335, 339 s.
124	279 s., 292 s.	137 al. 2	16, 146, 334
124 al. 1	292, 300	138	334, 335, 340, 345
125 ss	27, 69 ss, 273 s., 280 ss	138 al. 1	339 s.
125	71, 73 s., 280 s.	138 al. 2	339
126	71 ss, 282, 283 s., 299 s.	139	334, 340
126 al. 1	71 s., 283	140 – 143	323
126 al. 1 let. h	72	143	30, 244
126 al. 2	72 s., 274	144 s.	179
127 s.	73 s.	144	186 s.
127	73, 280 s.	144 al. 3	251
127 al. 1	73, 298, 300, 301	145	187 s.
127 al. 2	73, 298 s.	146	199, 267
127 al. 3	73	147 ss	267 ss
128	21, 23, 74 ss, 274, 277, 281 ss, 297 s.	147	267
129 ss	16 s., 237	147 al. 1	134, 199, 200, 268
129 al. 1	304 s.	147 al. 2	142, 163, 200, 267
129 al. 2	305, 308	148 al. 1	31, 53, 54, 144
130 al. 1	244	148 al. 2	146
130 al. 2	305 s.	148 al. 3	53, 143 ss
131	238	149	201
131 al. 1	64, 179	149 al. 1	199 s.
131 al. 2	307	150	200
131 al. 3	159, 171, 199, 237 s.	151	258, 267, 268
132	226	151 al. 1	200, 267
132 al. 1	309 s.	151 al. 2	199 s., 267
133	226, 310	152	273, 286
		152 al. 2	279 s.
		153	200 s., 267, 320