

*Cet avis de droit a été traduit de l'allemand par la Constituante. La version originale de l'auteur du rapport est la version allemande.*

## **AVIS DE DROIT**

à l'attention de

**LA CONSTITUANTE  
DU CANTON DU VALAIS**

concernant

**LES DROITS DE REPRÉSENTATION AU CONSEIL DES ÉTATS  
DES RÉGIONS DE BRIGUE ET VIÈGE NOUVELLEMENT CRÉES  
DANS LE PROJET DE CONSTITUTION**

établi par

**PROF. FELIX UHLMANN, LL.M., AVOCAT  
PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE ZURICH  
CONSULTANT AU SEIN DU CABINET D'AVOCATS WENGER PLATTNER**

Date : 6 avril 2022

## **TABLE DES MATIÈRES**

<b>I.</b>	<b>LE CONTEXTE ET LE MANDAT.....</b>	<b>3</b>
<b>II.</b>	<b>CARACTÉRISATION DES PROPOSITIONS .....</b>	<b>4</b>
<b>III.</b>	<b>DISPOSITIONS DE LA CONSTITUTION FÉDÉRALE .....</b>	<b>5</b>
	1. Principes.....	5
	2. Garanties de siège pour les petites circonscriptions.....	5
	3. Garanties de siège au gouvernement cantonal .....	6
	4. Justifications .....	8
<b>IV.</b>	<b>ÉVALUATION.....</b>	<b>10</b>
	1. Forme de la garantie de siège .....	10
	2. Étendue de la distorsion .....	10
	3. Justification .....	11
	4. Mise en perspective de l'élection du Conseil des États .....	11
	5. Autres points de vue .....	12
<b>V.</b>	<b>APPRÉCIATION GLOBALE ET CONCLUSION .....</b>	<b>13</b>

## I. LE CONTEXTE ET LE MANDAT

1 Le 4 mars 2018, la population valaisanne a approuvé une initiative populaire pour la révision totale de la Constitution cantonale. L'élection des 130 membres de la Constituante a eu lieu le 25 novembre 2018. La première lecture du projet a eu lieu en automne 2021. Après un examen de cette version par une experte et un expert, les commissions retravaillent le projet en vue de la deuxième lecture, qui devrait avoir lieu entre juin et octobre 2022 (cf. <https://www.vs.ch/web/constituante>).

2 Lors de sa séance de mars 2022, le bureau de la Constituante a accepté la proposition de la Commission des droits politiques d'établir un avis de droit sur la question d'une garantie de siège pour le Conseil des États. L'examen portera sur les deux dispositions constitutionnelles suivantes :

Variante 1 :

*"La circonscription électorale pour l'élection de la députation au Conseil des États est le canton. Un membre du Conseil des États est choisi parmi le corps électoral des régions de Brigue et Viège et un parmi celui des régions de Sierre, Sion, Martigny et Monthey."*

Variante 2 :

*"La circonscription électorale pour l'élection de la députation au Conseil des États est le canton. L'un des membres du Conseil des États est choisi parmi la population des régions de Brigue et Viège si, lors de la précédente élection du Conseil des États, aucun membre élu du Conseil des États n'était domicilié dans ces régions."*

3 L'examen doit porter sur la compatibilité des deux variantes avec la Constitution fédérale suisse (Cst. féd.). L'avis de droit devrait également présenter, le cas échéant, des alternatives à une garantie de siège pour les élections au Conseil des États qui soient conformes à la Constitution.

4 Le 14 mars 2022, le secrétaire général a formellement chargé le soussigné d'établir l'avis de droit. L'avis de droit du Prof. ETIENNE GRISEL du 14 mars 1984 (ci-après : "avis de droit GRISEL"), qui traitait d'une question similaire a également été transmis.

5 Le soussigné a adressé un premier projet à la Constituante le 30 mars 2022. Après un retour d'information par courrier électronique le même jour, l'avis de droit a été mise en forme dans le présent document. En raison des délais serrés, il se limite aux sources les plus importantes.

## II. CARACTÉRISATION DES PROPOSITIONS

- 6 Au 31 décembre 2020, les nouvelles régions de Brigue et de Viège créées dans l'avant-projet (communément appelées "Haut-Valais", qui comprend, selon le découpage actuel des districts, les districts de Conches, Rarogne oriental et occidental, Brigue, Viège et Loèche) comptaient 83'813 habitantes et habitants sur 348'503, soit 24,05 % de la population résidente du canton (voir <https://www.vs.ch/web/acf/tableau>). Les deux variantes de la Commission des droits politiques visent à une représentation minoritaire du Haut-Valais. Dans la première variante, un siège est garanti au Haut-Valais à chaque élection du Conseil des États, dans la deuxième variante seulement à chaque deuxième élection. Ces dispositions visent à *protéger les minorités*.
- 7 Les deux variantes ont en commun le fait que le canton constitue la *circonscription électorale*. Cela signifie que le représentant ou la représentante du Haut-Valais est également désigné(e) par les voix du Valais romand et n'est donc pas forcément le candidat ou la candidate qui obtient le plus de voix dans le Haut-Valais. Inversement, les électeurs du Haut-Valais votent dans tout le canton. Si deux candidates ou candidats du Valais romand obtiennent le plus de voix, la deuxième personne ne peut éventuellement pas être élue et doit laisser la place à la prochaine personne la mieux placée du Haut-Valais.
- 8 L'élection concerne le *Conseil des États*. Contrairement à l'élection du Conseil national, l'élection au Conseil des États est réglée par le canton (art. 150 al. 3 Cst. féd.).
- 9 La disposition constitutionnelle est *directement applicable* dans les deux variantes. Elle n'a pas besoin d'être traduite en droit légal pour ce qui est de son contenu réglementaire central (mais éventuellement pour des questions particulières, p. ex. concernant la durée minimale de résidence dans le Haut-Valais, etc.). D'autres dispositions constitutionnelles relatives à la protection des minorités sont formulées de manière moins contraignante à cet égard (cf. p. ex. l'art. 175, al. 4 Cst. féd. : Les diverses régions et les communautés linguistiques doivent être équitablement représentées au Conseil fédéral."). Les deux variantes reçoivent des directives juridiques claires qui peuvent être directement appliquées par les autorités et les tribunaux.

### III. DISPOSITIONS DE LA CONSTITUTION FÉDÉRALE

#### 1. Principes

10 Pour être valables, les constitutions cantonales nécessitent la garantie de la Confédération. Elles sont garanties par l'Assemblée fédérale si elles ne sont pas contraires au droit fédéral (art. 51 al. 2, Cst. féd. en relation avec l'art. 172 al. 2, Cst. féd. ; cf. FF 2020 147 ss. 148 ; cf. sur la nature juridique du contrôle l'avis de droit GRISEL, p. 2 ss ; pour plus de détails, TÖNDURY ANDREA MARCEL, Bundesstaatliche Einheit und kantonale Demokratie, Diss. Zurich 2003, Zurich/Bâle/Genève 2004, p. 191 ss. [cit. TÖNDURY, Diss.]).

11 Une constitution cantonale doit être "démocratique" (art. 51 al. 1, Cst. féd.). Mais elle doit aussi respecter toutes les autres exigences de la Constitution fédérale et de la législation fédérale. En l'occurrence, on pense en particulier aux droits politiques (art. 34 Cst. féd.), en premier lieu en relation avec l'égalité de droit (art. 8 Cst. féd.).

12 Il faut également tenir compte du droit international public, en particulier de l'art. 25 let. b du Pacte II de l'ONU (Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, RS 0.103.2), dont le contenu, en tant que garantie minimale, se fonde toutefois dans le principe de l'égalité de traitement (art. 8 Cst. féd.) et les droits politiques (art. 34 Cst. féd.) garantis par la Constitution fédérale (ATF 125 I 289 ss, 299 consid. 7d ; cf. ATF 129 I 185 ss, 192 consid. 5).

#### 2. Garanties de siège pour les petites circonscriptions

13 Le Tribunal fédéral a dû se pencher à plusieurs reprises sur la question de savoir si des garanties de siège en faveur de certaines communes, généralement de petite taille, sont admissibles. Ainsi, le Tribunal fédéral a protégé la réglementation suivante dans le canton d'Uri concernant l'élection du parlement cantonal (ATF 143 I 92 ss, 108 consid. 6.4) :

*"Zu prüfen bleibt der Einwand der Beschwerdeführer, die bestehende Wahlkreiseinteilung sei mit erheblichen Verzerrungen der Stimmkraftgleichheit verbunden. Im Kanton Uri stehen relativ viele Wahlkreise (20) relativ wenigen Landratssitzen (64) gegenüber. Sodann garantiert Art. 88 Abs. 2 lit. a KV/UR jeder Gemeinde mindestens einen der 64 Landratssitze, wobei mehrere Gemeinden deutlich weniger als 1/64 der gesamtkantonalen Schweizer Wohnbevölkerung aufweisen. Unter diesen Umständen variiert das Verhältnis zwischen der den Wahlkreisen zugeteilten Sitzzahl und der repräsentierten Bevölkerung teilweise stark, was einer Einschränkung der Stimmkraft- bzw. Stimmgewichtsgleichheit gleichkommt. Diese Einschränkung lässt sich jedoch sachlich rechtfertigen und ist unter den gegebenen Umständen mit Art. 34 Abs. 2 BV vereinbar, zumal die Einwohnergemeinden traditionellerweise die Wahlkreise bilden und mit grosser Autonomie ausgestattet sind (vgl. Art. 106 Abs. 1 und Art. 107 Abs. 1 i.V.m. Art. 110 ff. KV/UR). Die Sitzgarantie für jede Gemeinde ermöglicht es, dass auch die kleinsten Gemeinden mit einer Person im Landrat vertreten sind."*

14 Ce jugement est conforme à des décisions antérieures du Tribunal fédéral (ATF 136 I 376 ss, 386 ss. consid. 5.2 ; sur la pratique, voir aussi ATF 145 I 259 ss., 272 s. consid. 7.2) et la pratique de garantie des constitutions cantonales par le Parlement (par ex. la garantie de la Constitution du canton de Schwyz du 14 mars 2013 contenant des garanties de siège, FF 2013 2621 s.). La doctrine se montre plutôt critique à l'égard de la pratique (certes plus sévère, mais néanmoins) généreuse du Tribunal fédéral (MUSLIU NAGIHAN, Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Wahlsysteme der Kantone, in : Glaser Andreas (éd.), Das Parlamentswahlrecht der Kantone, Zurich/St. Gallen 2018, p. 1 ss, N 18 ; TÖNDURY ANDREA, Der ewige K(r)ampf mit den Wahlkreisen, in : Good Andrea/Platipodis Bettina (éd.), Direkte Demokratie, Festschrift für Andreas Auer zum 65. Geburtstag, Berne 2013, p. 51 ss, p. 61 [cit. TÖNDURY, FS Auer]).

### 3. Garanties de siège au gouvernement cantonal

15 La doctrine et la jurisprudence (par exemple HANGARTNER YVO/KLEY ANDREAS, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zurich 2000, N 1560) considèrent comme *moins critique* la garantie de sièges pour des membres de certains groupes de population, tout en conservant une circonscription électorale unique. En ce qui concerne la réglementation de la Constitution du canton de Berne, qui garantit au Jura bernois un siège sur sept au Conseil-exécutif, le Conseil fédéral a relevé (FF 1990 II 473 ss, 480 s.) :

*"La réglementation en cause n'entraîne pas une modification du poids de vote des suffrages des citoyens des différentes régions du canton: le Conseil-exécutif est toujours élu au scrutin majoritaire par tous les citoyens du canton, de sorte que ceux-ci élisent également le "représentant" du Jura bernois. On peut donc se demander si l'égalité arithmétique en est affectée. La seule restriction effectivement instituée par la nouvelle réglementation concerne la possibilité de choisir entre candidats. Cette restriction ne doit toutefois pas être traitée autrement que les autres conditions d'éligibilité ou motifs d'exclusion relatifs aux fonctions exécutives: tant qu'ils reposent sur des motifs raisonnables, sont mesurés et ne limitent pas d'une manière disproportionnée les possibilités de choix entre les candidats, ils ne sont contraires ni au principe de l'égalité de traitement, ni à l'interdiction de l'arbitraire. Le fait que la constitution prescrive la provenance d'un des sept membres du gouvernement pour des raisons tenant à la "représentation" d'une minorité linguistique et régionale au gouvernement, repose, eu égard à la situation qui fait l'objet de la réglementation, sur des motifs qui doivent être considérés comme raisonnables à tous les points de vue. En particulier, cette réglementation n'empêche pas non plus ou ne complique pas non plus dans une mesure disproportionnée une certaine "représentation" des autres régions du canton. Elle n'est donc pas contraire à l'article 4 cst. féd. Il convient par conséquent de lui accorder la garantie fédérale".*

16 Cette variante apparaît dans les faits comme plus douce à la lumière de l'art. 34 Cst. féd. que la constitution de circonscriptions électorales trop petites. Le Tribunal fédéral s'est montré en partie très généreux à cet égard et a largement admis de telles

conditions lors d'élections parlementaires cantonales (ATF 99 la 658 ss, 663 consid. 5c) :

*"Le constituant et le législateur cantonal peuvent prendre en considération d'autres facteurs. [...] Ils peuvent aussi prévoir une représentation un peu plus forte des régions peu peuplées, lesquelles sont le plus souvent économiquement défavorisées et désavantagées par leur éloignement des grands centres. Cela permet de compenser dans une certaine mesure le déséquilibre, dans un esprit de solidarité."*

17 Cette pratique est toutefois aussi critiquée dans la doctrine (TSCHANNEN PIERRE, Stimmrecht und politische Verständigung, Habil. Berne 1994, Bâle/Frankfurt am Main 1995, N 748 ; STAUFFER VON MAY NANDO, Regionale Aufgabenerfüllung und demokratische Rechte, Diss. Berne 2017, Berne 2018, N 123). Ainsi, de telles interventions ne doivent être admises que si (1) "il s'agit effectivement d'une minorité culturelle ou linguistique qui a besoin de protection pour préserver sa spécificité", (2) "les moyens de la décentralisation locale de l'administration" ne suffisent pas "pour que la minorité concernée puisse être suffisamment encouragée" et (3) "l'égalité politique de tous les électeurs du canton n'est que modérément limitée par la préférence accordée à la minorité" (TÖNDURY, Diss, loc. cit., p. 239 ; cf. TÖNDURY, Wahlkreisgrösse und Parlamentswahlssystem, dans : Jusletter du 14 août 2006, N 37 [cit. TÖNDURY, JUSLETTER]).

18 Il n'y a pas de distorsion de l'égalité des voix. Toutefois, les restrictions de l'éligibilité constituent également une atteinte à l'art. 34 Cst. féd. et nécessitent une justification correspondante (MARTENET VINCENT/VON BÜREN THÉOPHILE, Kommentar zu Art. 34 BV, in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (éd.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Bâle 2021, N 43 ; cf. TÖNDURY, Diss, op. cit) :

*"De la notion d'égalité politique ne découle pas uniquement une certaine conception du droit de vote, mais aussi de l'éligibilité. Chaque citoyen est un membre à part entière du "peuple souverain" et jouit a priori de la même légitimité pour accéder aux mandats électifs. "*

19 Ainsi, le Tribunal fédéral s'est prononcé avec réserve en relation avec les quotas de femmes (liés aux résultats) (ATF 125 I 21 ss, 33 consid. 3d/dd) :

*"Dabei [bei der Prüfung der Zulässigkeit von Einschränkungen der Stimmkrafts- und Erfolgswertgleichheit] können - was einzuräumen ist - auch Gründe in Betracht fallen, die nur in einem weiten Sinne wahlssystembedingt sind, wie z.B. der Schutz regionaler oder sprachlicher Minderheiten (vgl. etwa den in Art. 84 Abs. 2 und Art. 85 der Berner Verfassung dem Berner Jura garantierten Sitz im Regierungsrat). Wegen des hohen Stellenwertes der betroffenen politischen Rechte sind solche Einschränkungen allerdings nur mit grösster Zurückhaltung anzuerkennen."*

#### 4. Justifications

20 Pour le Tribunal fédéral, la protection des minorités linguistiques est notamment un argument de poids (en relation avec le système électoral proportionnel, ATF 143 I 92 ss., 99 consid. 5.2 ; cf. ATF 129 I 185 ss., 190 E. 3.1 ; ATF 131 I 74 ss., 79 consid. 3.2 ; ATF 131 I 85, 87 ss. consid. 2.2 ; MUSLIU NAGIHAN, OP. CIT., n. 17) :

*"Ausnahmsweise können Gründe überkommener Gebietsorganisation proporzfremde Elemente und somit ein Abweichen vom Verhältniswahlrecht rechtfertigen. Es kann sich dabei um historische, föderalistische, kulturelle, sprachliche oder religiöse Gründe handeln, welche kleine Wahlkreise als eigene Identitäten und als «Sonderfall» erscheinen lassen und ihnen - auf Kosten des Proporz - im Sinne eines Minderheitenschutzes einen Vertretungsanspruch einräumen. Das Bundesgericht hat allerdings betont, dass es hierfür ausreichender sachlicher Gründe bedarf. Je grösser die Abweichungen vom Proporzverfahren und von der Erfolgswertgleichheit sind, desto gewichtiger müssen sich die rechtfertigenden Gründe erweisen."*

21 Dans son message sur la garantie de la Constitution du canton de Berne, le Conseil fédéral part lui aussi du principe que les atteintes à la "possibilité de choix entre les candidats" sont admissibles, pour autant qu'elles "reposent sur des motifs raisonnables, qu'elles soient modérées et qu'elles ne restreignent pas de manière disproportionnée les possibilités de choix des candidats" (FF 1990 II 473 ss., 481). Il est généralement admis que des garanties de siège pour les minorités linguistiques peuvent en principe être justifiées (GARRONE PIERRE, L'élection populaire en Suisse : étude des systèmes électoraux et de leur mise en œuvre sur le plan fédéral et dans les cantons, Diss. Genève 1990, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1991, p. 160 ; MARTENET VINCENT, L'autonomie constitutionnelle des cantons, Diss. Genève, Bâle/Genève/Munich 1999, p. 353 s. ; avis de droit GRISEL, p. 10) :

*"Certes, le fait qu'un siège est garanti au seul Jura bernois peut à première vue apparaître comme un privilège injustifié, d'autant plus que sa population ne lui donnerait théoriquement droit qu'à 0,38 siège : cependant, l'existence d'une minorité linguistique est une circonstance exceptionnelle qui peut justifier une conception relativement large de l'interdiction des privilèges de lieu, aussi bien en ce qui concerne l'existence même d'une règle spéciale que la disproportion ; l'absence de prise en considération d'une telle minorité par la Constitution cantonale risquerait en effet de la priver de toute participation à l'exécutif. De plus, il ne faut pas oublier que, même s'il y a une certaine inégalité entre les candidats selon leur provenance, l'égalité entre les citoyens des diverses parties du canton en ce qui concerne le poids de leur vote est respectée"*.

22 Le canton du Valais connaît en outre déjà le système des garanties de siège dans la Constitution cantonale actuelle. Ainsi, les districts de Conches, Brigue, Viège, Rarogne et Loèche, les districts de Martigny, Entremont, Saint-Maurice et Monthey et les districts de Sierre, Sion et Hérens et Conthey se voient chacun garantir un siège au Conseil d'État (art. 52 al. 2 Cst-VS).



23 Dans un cas précédent, le Tribunal fédéral a constaté que la division territoriale du canton du Valais reposait sur des données historiques et qu'une dérogation à l'art. 34 Cst. féd. pouvait ainsi être justifiée dans un autre contexte (ATF 131 I 85 ss, 89 s. consid. 2.5) :

*"Die Gliederung des Kantons Wallis beruht zudem auf der historischen, bereits im Mittelalter bestehenden Aufteilung des Gebiets in Zenden («dizains»), welchen ein Meier oder Kastlan (major, châtelain) vorstand und die weitgehend autonom waren. 1798 und 1802 kamen zu den sieben alten Unterwalliser Zenden dazu. Unter französischer Herrschaft wurde Raron zweigeteilt und das «département du Simplon» in dreizehn Kantone aufgeteilt. Die Verfassung von 1815 teilte den Kanton wiederum in dreizehn Zenden auf. Mit der Verfassung von 1848 wurde der Begriff Zenden durch Bezirk (bzw. district) ersetzt (RACHEL SIGGEN-BRUTTIN, «Dizains», in: Dictionnaire historique de la Suisse, publ. électronique, version du 1.3.2004, www.dhs.ch). Die Walliser Bezirke waren somit seit jeher Einheiten mit erheblicher Autonomie und entsprechendem Zusammengehörigkeitsgefühl; auch die Beschwerdeführer behaupten (zu Recht) nicht, dass die Bezirke zu sinnentleerten, im sozialen und politischen Leben bedeutungslos gewordenen formalen Einheiten verkommen seien. Das Bundesgericht hat denn auch in den Entscheiden, in denen es sich mit Grossratswahlen im Kanton Wallis zu beschäftigen hatte, nie daran Anstoss genommen, dass die Bezirke bevölkerungsmässig stark voneinander abweichen und teilweise sehr klein sind, sodass die natürlichen Quoren entsprechend sehr unterschiedlich und teilweise sehr hoch sind (BGE 107 Ia 217; BGE 103 Ia 603). Der Vertretungsanspruch der Bezirke ist daher ausgewiesen, weshalb es mit Art. 34 BV vereinbar ist, ihn in den kleinen Bezirken auch zu Lasten des Parteienproporz durchzusetzen."*

24 Les réflexions du Tribunal fédéral peuvent être utilisées de manière analogue dans le cas à traiter, mais ici, c'est surtout la division linguistique du canton qui est intéressante. Il convient de noter que même en cas de dérogation à l'égalité du droit de vote, une certaine retenue est parfois exigée en raison de la protection des minorités (TSCHANNEN, OP. CIT., n. 748 ; cf. également PEROLINI KURT, Die Anforderungen der Bundesverfassung an die Staatsform der Kantone, Diss. Berne 1954, p. 50 s.) :

*"Vorabmandate kommen nicht den «régions peu peuplées» als solchen zugute, sondern primär den dort herrschenden lokalen Mehrheiten. Dass Vorabmandate mittelbar die Aussichten der politischen Minderheiten hebt [sic!], einen Sitz zu gewinnen, ist ein schwacher, weil in bevölkerungsarmen Wahlkreisen praktisch wirkungsloser Trost. Weiter ist «Solidarität» mit Randregionen eine Frage der materiellen Politik, die sich nicht durch Verfremdung der Stimmkraftgleichheit hinbiegen lässt. Als verfassungsrechtliche Leitlinie muss deshalb sehr wohl gelten, dass das Repräsentationsverhältnis jedes einzelnen Sitzes möglichst gleich bleibt."*

## IV. ÉVALUATION

### 1. Forme de la garantie de siège

25 Il résulte de la situation juridique exposée que *les distorsions de l'égalité des voix* au sens de l'art. 34 et l'art. 9 Cst. féd. doivent être considérées comme particulièrement critiques. Les deux variantes de la Constituante n'entraînent pas de telles distorsions. Elles ne s'attaquent pas aux *électeurs*, mais aux *élus*. Leur droit d'éligibilité passif est limité dans la mesure où ils ne deviennent pas conseillère ou conseiller aux États, même s'ils obtiennent plus de voix qu'une candidate ou un candidat de l'autre partie du canton. En revanche, les électeurs sont libres de voter pour la personne de leur choix. Ainsi, les électeurs du Valais romand peuvent théoriquement imposer au Haut-Valais une candidate ou un candidat qui ne recueille que peu de voix dans la région concernée. Le poids des votes est donc préservé.

26 La doctrine et la jurisprudence considèrent que de telles interventions (surtout pour les élections au Conseil d'État) posent moins de problèmes que la création de circonscriptions électorales propres. Cela tend à plaider en faveur de la recevabilité des propositions de la commission. Toutefois, il s'agit dans tous les cas d'une atteinte à l'art. 34 Cst. féd. en relation avec l'art. 8 Cst. féd. qui doit se fonder sur des motifs importants.

### 2. Étendue de la distorsion

27 La doctrine et la jurisprudence ne se prononcent généralement pas sur des *limites numériques* claires à respecter en matière de garanties de siège (MARTENET, op. cit., p. 353 ; cf. WEBER ANINA, Schweizerisches Wahlrecht und die Garantie der politischen Rechte, Diss. Zürich 2015, Zürich 2016, N 304 ; TÖNDURY, FS Auer, LOC. CIT., p. 61, qui plaide pour l'admissibilité de dérogations à l'égalité de représentation jusqu'à 15 - 25% au maximum) :

*"Si un canton recourt à l'institution du député de base, il doit veiller à ne pas amplifier l'effet de cette institution en appliquant une méthode de répartition des sièges entre les circonscriptions favorisant les petits arrondissements [sic!] électoraux. Le système électoral d'un canton doit ainsi être examiné dans son ensemble afin de déterminer dans quelle mesure il entraîne des inégalités choquantes, compte tenu du fait que la méthode de la plus forte Moyenne est favorable aux grands arrondissements, celle du plus fort reste aux petits".*

Il est toutefois incontesté que le degré d'écart par rapport à la répartition habituelle est un critère essentiel pour l'évaluation de l'admissibilité (MARTENET, OP. CIT., p. 353 ; TÖNDURY, FS Auer, OP. CIT., p. 61 ; TÖNDURY, Diss., op. cit., p. 239 ; avis de droit GRISEL, p. 14).

28 En l'occurrence, la protection des minorités est très forte dans la variante 1. Une candidate ou un candidat sur deux ne provient que d'un quart des électrices et électeurs. Il s'agit là d'une protection très forte des minorités, qui va au-delà de l'ancienne réglementation des élections au Conseil-exécutif dans le canton de Berne. Cela plaide contre l'admissibilité de la variante 1.

29 La variante 2 ne pose en grande partie aucun problème sur ce point. Il est à mon avis admissible de procéder à une considération de la garantie de siège sur deux périodes électorales, c'est-à-dire de combiner une forte garantie de siège dans une période avec la renonciation à une protection dans l'autre période. Une telle réglementation est certes inhabituelle, ce qui soulève tout au plus d'autres questions (cf. infra ch. 42), mais plausible et défendable au vu de l'ampleur de la distorsion (cf. également l'avis de droit GRISEL, p. 23 s.).

30 Cela reste valable même si la balance devait pencher quelque peu en faveur du Valais romand dans les années à venir. Actuellement, une élection pour une législature sur deux correspond à une part de voix de 25%, ce qui correspond presque exactement à la répartition de la population.

### 3. Justification

31 Lors de l'évaluation des garanties de siège, une grande importance est accordée à la *justification qui* est avancée. La protection des minorités (linguistiques) en particulier est considérée comme un motif important, plus fort en tout cas que la simple tradition ou la commodité de la réglementation existante. Dans le cas présent, il s'agit de la protection d'une minorité linguistique et donc d'une préoccupation importante (GARRONE, op. cit., p. 160 ; avis de droit GRISEL, p. 10 s. ; supra ch. 21). Cela plaide en faveur de l'admissibilité de la réglementation.

32 A cet égard, il faut tenir compte du fait que le canton du Valais a une longue tradition de protection des minorités. Ainsi, l'Assemblée fédérale a apparemment déjà garanti en 1921 une réglementation sur l'élection du Conseil d'État du canton, selon laquelle trois régions devaient toujours être représentées parmi les cinq conseillers d'État (cf. FF 1921 I 141 ss, 142 s., 147 ; avis de droit GRISEL, p. 9 ; ci-dessus ch. 22). Cette tradition n'est pas déterminante en soi, mais doit également être prise en compte en faveur de l'admissibilité de la réglementation.

### 4. Mise en perspective de l'élection du Conseil des États

33 Pour autant que l'on puisse le voir, aucun canton n'a introduit une protection des minorités lors des *élections au Conseil des États*. Dans le canton du Valais, cette possibilité a toutefois été discutée dès le début des années 80, mais n'a pas été

poursuivie au vu de l'avis de droit GRISEL, probablement parce qu'un siège permanent occupé par un tiers de la population résidante (à l'époque) était considéré comme problématique. En outre, l'origine régionale joue un rôle relativement mineur au Conseil des États (avis de droit GRISEL, p. 21).

34 Il est certainement vrai que pour de nombreuses questions au niveau fédéral, l'origine régionale est d'une importance secondaire. En outre, pour de nombreuses questions cantonales, le positionnement politique est également plus important que l'origine régionale ou la langue. De plus, l'expérience montre qu'une conseillère ou un conseiller aux États a également un certain poids dans la politique cantonale et que des changements sont envisageables, par exemple au sein du gouvernement cantonal. Néanmoins, une garantie de siège pour le Conseil des États doit pouvoir être un peu mieux justifiée que pour le gouvernement cantonal. Ce point de vue tend à s'opposer à l'admissibilité des variantes de la Constituante, mais seulement faiblement.

## 5. Autres points de vue

35 La variante 1 est calquée sur d'autres procédures électorales et ne soulève pas de questions particulières. La variante 2, en revanche, est une construction juridique qui, pour autant que l'on puisse en juger, n'a pas d'antécédent ni d'équivalent. Il s'agit d'une sorte de garantie de siège "boiteuse" qui ne s'actualise qu'une législature sur deux. Elle correspond donc presque exactement à la situation actuelle de la minorité (25 %).

36 La variante 2 peut avoir pour conséquence qu'un membre du Conseil des États ne puisse plus être élu si les deux sont originaires du Valais romand pendant la période administrative en cours. D'un point de vue purement juridique, il n'en résulte toutefois aucune particularité. Un ou une titulaire n'a pas plus de droit à l'élection qu'un nouveau candidat ou une nouvelle candidate.

37 Les inconvénients politiques (attractivité de la fonction, tradition de réélection, etc.) doivent être examinés. Mais ils doivent également être évalués sur le plan politique. En d'autres termes, il faut le dire : Les éventuels inconvénients du système n'ont, à mon avis, aucune influence sur l'évaluation juridique. Ce sont plutôt les organes politiques et, le cas échéant, les électrices et électeurs qui doivent peser les avantages et les inconvénients de la variante 2.

## V. APPRÉCIATION GLOBALE ET CONCLUSION

38 La doctrine et la pratique ne se prononcent pas clairement sur la constitutionnalité des garanties de siège lors des élections au Conseil des États. Elles doivent être évaluées sur la base d'instruments comparables pour les élections cantonales au Conseil d'État et les élections cantonales au Parlement.

39 Le fait qu'elles n'opèrent pas avec des circonscriptions électorales propres de taille inégale et qu'elles n'entraînent donc pas de distorsions de l'égalité des voix plaide en faveur de l'admissibilité des deux variantes. Elles posent des conditions d'éligibilité. Il s'agit là aussi de restrictions des droits politiques (art. 34 Cst. féd.), mais les exigences en matière de justification sont moindres.

40 Le Haut-Valais est une minorité linguistique. C'est une raison importante pour une garantie de siège. Celle-ci correspond également à une certaine tradition en Valais.

41 En ce qui concerne l'étendue de la protection, *la variante 1* présente un écart important par rapport à la répartition de la population. L'un des membres du Conseil des États est issu de moins d'un quart des électeurs, l'autre des trois quarts restants. Même si la doctrine et la pratique n'ont pas établi de limites claires, qui ne pourraient de toute façon pas être appliquées schématiquement aux élections au Conseil des États, je considère que ce traitement de faveur est *anticonstitutionnel*. Il existe ici un risque considérable que la garantie de siège ne soit pas assurée par l'Assemblée fédérale (c'est également le cas de l'avis de droit GRISEL, p. 21 s., pour une minorité germanophone encore plus forte à l'époque). Une autre conception est toutefois défendable, notamment à la lumière des préoccupations importantes de la garantie de siège d'une minorité linguistique.

42 *La variante 2* ne pose pas de problème du point de vue numérique, même si la répartition de la population devait encore changer quelque peu à l'avenir. La réglementation est inhabituelle, ce qui peut soulever des inconvénients politiques, mais qui doivent justement être jugés politiquement. Je considère que la variante 2 est *conforme à la Constitution*.

\* \* \*