



Justizkommission  
Commission de justice

Projet mis en consultation (23.02-16.03.2022)

# Complément

au rapport du Conseil-exécutif du 17 février 2021 « Dispositions constitutionnelles sur l'organisation judiciaire » **concernant l'article 68, alinéas 1a et 2 ConstC**

## Table des matières

<b>1.</b>	<b>Contexte</b> .....	<b>1</b>
1.1	Première lecture des dispositions constitutionnelles sur l'organisation judiciaire lors de la session d'automne 2021 ; antécédents .....	1
1.2	Examen préalable à la deuxième lecture : expertise succincte « unité de la matière » ; séparation en deux projets .....	2
<b>2.</b>	<b>Commentaire des articles</b> .....	<b>3</b>
2.1	Article 68 alinéa 1a ConstC.....	3
2.2	Article 68 alinéa 2 ConstC.....	4
<b>3.</b>	<b>Résultat de la procédure de consultation</b> .....	<b>5</b>

## 1. Contexte

### 1.1 *Première lecture des dispositions constitutionnelles sur l'organisation judiciaire lors de la session d'automne 2021 ; antécédents*

Lors de la session d'automne 2021, le Grand Conseil du canton de Berne a procédé à la première lecture des actes législatifs concernant les dispositions constitutionnelles sur l'organisation judiciaire et les mesures découlant de la deuxième réforme de la justice (modification de la Constitution du canton de Berne du 6 juin 1993 [ConstC<sup>1</sup>] ainsi que de la loi du 11 juin 2009 sur l'organisation des autorités judiciaires et du ministère public [LOJM<sup>2</sup>] ; ci-après « dispositions constitutionnelles sur l'organisation judiciaire »)<sup>3</sup>. Le Grand Conseil a notamment décidé la modification suivante de l'article 68 ConstC : ajout d'un alinéa 1a (*règlementation dérogatoire concernant l'art. 68, al. 1, lit. c*) et modifications de l'alinéa 2 (*remplacement du terme « administration cantonale » par celui d'« administration centrale ou administration décentralisée du canton », plus concret*). Le Grand Conseil a ainsi donné suite aux propositions en ce sens soumises par la

<sup>1</sup> RSB 101.1

<sup>2</sup> RSB 161.1

<sup>3</sup> Cf. documentation relative aux points 75 et 76 à l'ordre du jour de la session d'automne 2021 du Grand Conseil, disponible à l'adresse [Session d'automne 2021 \(be.ch\)](https://www.parlament.ch/fr/Session-d%27automne-2021-be.ch)

Commission de justice (CJus), chargée de l'examen préalable. Les deux dispositions en question sont à l'origine du présent complément au rapport relatif aux dispositions constitutionnelles sur l'organisation judiciaire.

Les deux propositions mentionnées ci-dessus prennent leur origine dans les délibérations en commission concernant les dispositions constitutionnelles sur l'organisation judiciaire. Toutes deux avaient été déposées en avril 2021, lors de la première séance de commission consacrée à l'examen préalable. À cette occasion, la Direction de l'intérieur et de la justice (DIJ) avait attiré l'attention sur le fait que l'unité de la matière risquait d'être violée<sup>4</sup> au vu de la teneur du projet dans son ensemble et a également fait remarquer qu'aucune consultation n'avait été menée sur ces deux dispositions. En ce qui concerne l'article 68, alinéa 2 ConstC, il convient de mentionner que la CJus avait abordé le sujet avec la DIJ très précocement, dès octobre 2019. Malgré cela, la question n'a plus été discutée lors de la suite des travaux. Par la suite, la majorité de la Commission a conclu que chacune des deux dispositions pouvait être intégrée aux dispositions constitutionnelles sur l'organisation judiciaire ; la question de l'unité de la matière ne posait en effet pas de problème selon elle. Le Grand Conseil a ensuite adopté les deux propositions en première lecture, malgré certaines prises de position critiques relatives au principe de l'unité de la matière et à l'absence de consultation<sup>5</sup>.

## 1.2 Examen préalable à la deuxième lecture : expertise succincte « unité de la matière » ; séparation en deux projets

La deuxième lecture des dispositions constitutionnelles sur l'organisation judiciaire était initialement prévue pour la session de printemps 2022. En amont de la séance de la CJus de janvier 2022, la DIJ a mandaté auprès de la prof. Judith Wyttenbach de l'Université de Berne une étude succincte sur la question de l'unité de la matière en lien avec l'article 68, alinéas 1a et 2 ConstC<sup>6</sup>. Cette étude parvient à la conclusion que l'article 68, alinéa 1a est problématique dans la mesure où il porte sur les exceptions à l'incompatibilité des fonctions au sein de l'administration et du Grand Conseil et ne présente pas de rapport avec les dispositions constitutionnelles sur l'organisation judiciaire ; toutefois, toujours selon l'étude, la pratique du Tribunal fédéral sur la question de l'unité de la matière est en partie incohérente, et aussi relativement généreuse, en particulier lorsqu'il s'agit de projets des autorités. L'étude indique que cette situation rend difficile l'établissement d'un pronostic fiable, mais que, tout bien considéré, il semble probable qu'un recours en matière de droit de vote ait de bonnes chances d'être acceptée. En revanche, l'étude conclut que le principe de l'unité de la matière est respecté en ce qui concerne l'article 68, alinéa 2 ConstC en lien avec le projet dans son ensemble, vu qu'il s'agit de la même thématique de l'incompatibilité dans le contexte des autorités judiciaires<sup>7</sup>.

Au vu, d'une part, du résultat de la première lecture au Grand Conseil et, d'autre part, de l'expertise succincte mentionnée ci-dessus, la CJus est parvenue à la conclusion, en concertation avec la DIJ, qu'il convenait de faire de l'article 68, alinéa 1a ConstC un *projet séparé* en vue de la deuxième lecture, cette séparation se justifiant par la problématique potentielle de l'unité de la matière en lien avec l'article 68, alinéa 1a ConstC. Elle a également décidé de repousser la deuxième lecture des deux projets (dispositions constitutionnelles sur l'organisation judiciaire et projet séparé relatif à l'art. 68, al. 1 ConstC) à la session d'été 2022. Le présent complément a été rédigé pour fournir des explications sur les deux dispositions

<sup>4</sup> Le principe de l'unité de la matière proscrie le regroupement de différentes questions sans lien matériel en une seule question soumise à un vote. L'art. 128 ConstC précise ainsi pour le canton de Berne qu'une demande de révision partielle tend à modifier « une disposition constitutionnelle ou plusieurs dispositions constitutionnelles intrinsèquement liées. » (cf. Kälin, Walter / Bolz, Urs (1995) : *Manuel de droit constitutionnel bernois*, Éditions Stämpfli, commentaire relatif à l'art. 128 ConstC, ch. 1 et à l'art. 59 ConstC, ch. 5c ; ci-après « Manuel de droit constitutionnel bernois de Kälin/Bolz »)

<sup>5</sup> Journal de la session d'automne 2021, en particulier dans les interventions relatives à l'art. 68, al. 1a ConstC, cf. intervention de la CE Evi Allemann ainsi que les interventions de Barbara Stucki, de Christa Ammann et d'Urs Graf, p. 438 ss, disponible à l'adresse [Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, Herbstsession 2021 / Journal du Grand Conseil du canton de Berne, session d'automne 2021](#) (ci-après « Journal de la session d'automne 2021 »)

<sup>6</sup> Wyttenbach, Judith / Ameti, Sanija (décembre 2021) : *Einheit der Materie: Vereinbarkeit der Revision von Art. 68 Abs. 1a und Abs. 2 Berner Kantonsverfassung in Kombination mit dem Nachführungspaket als Gesamtvorlage*, Berne (Unité de la matière : compatibilité de la révision de l'art. 68, al. 1a et 2 de la Constitution du canton de Berne avec le complément sous la forme d'un projet d'ensemble, en allemand uniquement ; ci-après « expertise succincte Wyttenbach/Ameti »)

<sup>7</sup> Expertise succincte Wyttenbach/Ameti, p. 13

(art. 68, al. 1a et al. 2 ConstC), étant donné qu'elles n'ont été soumises que lors des délibérations parlementaires concernant les dispositions constitutionnelles sur l'organisation judiciaire. Le projet séparé relatif à l'article 68, alinéa 1a ConstC fera l'objet au Grand Conseil d'une délibération groupée avec les dispositions constitutionnelles sur l'organisation judiciaire. L'objectif est de soumettre à la votation populaire ce projet distinct en même temps que les dispositions constitutionnelles sur l'organisation judiciaire, mais avec deux questions distinctes.

Le report de la deuxième lecture de la session de printemps à la session d'été 2022 permet également de mener une brève consultation sur ces deux nouvelles dispositions<sup>8</sup>. Le présent complément expose ci-après le détail des deux dispositions. Pour davantage d'informations, notamment sur les antécédents et le contexte du projet, renvoi est fait au rapport « Dispositions constitutionnelles sur l'organisation judiciaire »<sup>9</sup>.

## 2. Commentaire des articles

### 2.1 Article 68 alinéa 1a ConstC

L'article 68, alinéa 1a ConstC traite du rapport entre un emploi auprès de l'administration cantonale et un mandat de député-e au Grand Conseil. Actuellement, les membres du personnel de l'administration cantonale ne peuvent pas siéger au Grand Conseil (cf. art. 68, al. 1, lit. c ConstC). L'ajout proposé de l'alinéa 1a à la Constitution vise à ménager la possibilité d'introduire au niveau de la loi des dérogations à l'incompatibilité pour certaines fonctions ou groupes de personnes dans des cas justifiés. Ces dérogations ne concerneraient pas uniquement le personnel de l'administration cantonale, mais aussi le personnel des autorités judiciaires et du Ministère public, puisque l'adoption des dispositions constitutionnelles sur l'organisation judiciaire étendrait à ces catégories de personnes les règles d'incompatibilité figurant à la lettre c.<sup>10</sup>

Il faut savoir à ce sujet que les prescriptions en matière d'incompatibilité du droit cantonal bernois sont à la fois très strictes et très étendues. Cela dit, le droit en vigueur permet déjà à certaines personnes exerçant une fonction proche de l'administration cantonale de siéger au Grand Conseil. Cela concerne en particulier le corps enseignant et les professeures et professeurs de l'Université de Berne : si le salaire de ces personnes est certes versé par le canton ou une institution cantonale, l'organisation concrète des établissements concernés implique qu'elles ne peuvent malgré cela pas être considérées comme appartenant à l'administration cantonale proprement dite. Par conséquent, elles sont autorisées à siéger au Grand Conseil.

En soi, la modification envisagée de la ConstC ne suffit pas pour permettre à certains groupes de personnes travaillant à l'administration centrale ou à l'administration décentralisée du canton de siéger au Grand Conseil. Comme expliqué en introduction, il s'agit tout d'abord de créer une base constitutionnelle pour ensuite avoir la possibilité d'introduire une telle exception au niveau de la loi (c.-à-d. au moyen d'un acte soumis au référendum facultatif [art. 62, al. 1, lit. a ConstC]), ce qui permettrait à l'avenir d'élargir légèrement le cercle des membres potentiels du Grand Conseil. Il découle des interventions de la première lecture<sup>11</sup> qu'aucune exception ne doit être introduite pour les *cadres* de l'administration centrale et de l'administration décentralisée du canton en raison des conflits d'intérêts potentiels entre activité « exécutive » et « législative » : la modification vise en effet les personnes *sans rôle de cadre ou fonction dirigeante* (par exemples les simples collaboratrices et collaborateurs ou les personnes travaillant dans le domaine de la sécurité).

<sup>8</sup> Les deux dispositions n'ont été adoptées qu'au cours de la procédure parlementaire, ce qui est possible selon les règles en vigueur (art. 82 ConstC ; art. 14, al. 1, lit. c LGC ; art. 92 RGC ; cf. aussi le chiffre 4 du commentaire relatif à l'art. 82, al. 3 ConstC, dans le Manuel de droit constitutionnel bernois de Kälin/Bolz. Au demeurant, la procédure parlementaire fait aussi partie de la procédure applicable aux lois au sens de l'article 127, alinéa 3 ConstC.

<sup>9</sup> Cf. rapport du Conseil-exécutif relatif aux dispositions constitutionnelles sur l'organisation judiciaire et aux mesures découlant de la deuxième réforme de la justice, session d'automne 2021, points 75 et 76 à l'ordre du jour (disponible à l'adresse [Session d'automne 2021 \(be.ch\)](https://www.parlament.ch/fr/Session%20d'automne%202021))

<sup>10</sup> Cf. synopsis des dispositions constitutionnelles sur l'organisation judiciaire, art. 68, al. 1, lit. c ConstC session d'automne 2021, points 75 et 76 à l'ordre du jour (disponible à l'adresse [Session d'automne 2021 \(be.ch\)](https://www.parlament.ch/fr/Session%20d'automne%202021))

<sup>11</sup> Cf. Journal de la session d'automne 2021, en particulier l'intervention de Patrick Freudiger, p. 434 s.

## 2.2 Article 68 alinéa 2 ConstC

Le libellé en vigueur de l'article 68, alinéa 2 ConstC est le suivant : « Les membres d'une autorité judiciaire cantonale ne peuvent pas simultanément être membres du Conseil-exécutif, ni appartenir à l'administration cantonale. » Pour la CJus, qui, dans la pratique, examine principalement d'éventuelles incompatibilités des juges à titre accessoire, le terme « administration cantonale » représente bien souvent un défi, car il n'est pas toujours aisé de définir ce qu'il recouvre précisément. Selon le Manuel de droit constitutionnel bernois de Kälin/Bolz<sup>12</sup>, la disposition doit être comprise au sens large, c'est-à-dire qu'elle peut également comprendre des institutions créées par le canton (établissements et collectivités autonomes ou non, fonds ou fondations, par exemple ; cf. art. 95, al. 1, lit. a ConstC). Ce commentaire doit toutefois être compris dans le contexte de son époque, où les autonomisations n'avaient pas encore l'ampleur que nous leur connaissons aujourd'hui (Banque cantonale bernoise, Bedag Informatique SA, etc.). Une expertise de 2010 de la prof. Regina Kiener défend d'ailleurs elle aussi une position moins stricte<sup>13</sup>.

Vu ce qui précède, la CJus a élaboré au cours des dernières années une pratique plus détaillée en matière d'incompatibilités, notamment en ce qui concerne l'application de l'incompatibilité au sens de l'article 68, alinéa 2 ConstC au personnel de l'« administration médiate ». Pour toutes ces raisons, il est prévu de remplacer le terme « administration cantonale » par le terme « administration centrale ou administration décentralisée du canton », plus précis. L'incompatibilité frapperait ainsi, comme c'est le cas aujourd'hui, l'administration centrale au sens de l'article 92 ConstC (avec ses offices, par exemple) et les administrations de district au sens de l'article 93 ConstC (avec les préfetures, par exemple). En revanche, une distinction est introduite entre ces organismes et ce qu'on appelle les « autres organisations chargées de tâches publiques » (cf. art. 95 ConstC). Ainsi, une collaboratrice ou un collaborateur d'un office AI cantonal pourrait clairement exercer en parallèle une fonction de juge non professionnel·le ou de juge spécialisé·e<sup>14</sup>, les offices AI étant rattachés à un établissement et donc à une *autre organisation chargée de tâches publiques*. Fondamentalement, la Constitution serait donc précisée dans le sens de la pratique actuelle de la CJus.<sup>15</sup>

Dans ce contexte, il convient de préciser que les *règles en matière d'incompatibilité* doivent continuer à être *appliquées de manière stricte aux juges* à titre principal et aux juges à titre accessoire, dans le souci de *garantir leur indépendance*. Par ailleurs, il faut savoir que la question concerne en premier lieu les juges à titre accessoire (juges non professionnel·le·s et juges spécialisé·e·s). Pour les membres à titre principal des autorités judiciaires ou du Ministère public, les prescriptions en matière d'incompatibilité ne jouent qu'un rôle secondaire dans la pratique, car il n'est guère probable que ces personnes exercent un autre emploi en marge de leur activité principale. Toutefois, des situations similaires peuvent apparaître en lien avec les demandes d'autorisation d'activités extérieures au service. S'appliquent alors l'article 97, alinéa 1 ConstC, relatif à l'indépendance des tribunaux, ainsi que l'article 30, alinéa 3 LOJM. En vertu de l'article 30 LOJM, les juges à titre principal ainsi que les procureures et procureurs<sup>16</sup> doivent être au bénéfice d'une autorisation pour exercer des activités annexes ou des charges publiques. Ces autorisations sont émises respectivement par la CJus pour les membres des tribunaux suprêmes (Cour suprême et Tribunal administratif) ainsi que du Parquet général, et par l'autorité de surveillance compétente pour les autres membres des autorités judiciaires et du Ministère public. Il existe donc déjà des instruments permettant d'éviter des conflits d'intérêts problématiques. À titre d'exemple, la CJus n'approuve pas de mandats d'administratrice ou d'administrateur dans des entreprises dépassant une certaine taille. En revanche, elle approuve notamment les mandats d'enseignement, à condition qu'ils servent les intérêts de la justice bernoise<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Manuel de droit constitutionnel bernois de Kälin/Bolz, remarques préliminaires sur l'art. 66 ConstC, ch. 4 et commentaire sur l'art. 68, al. 2 ConstC, ch. 12

<sup>13</sup> Kiener, Regina / Grunder, Jan (Juni 2010): *Richterwahlen: Diverse Fragen im Rahmen der Umsetzung der «Justizreform 2», Teil 2*, Zurich (Élections des juges : diverses questions dans le cadre de la deuxième réforme de la justice). Selon l'expertise (p. 12), l'aspect déterminant est de savoir si l'activité en question remet en question ou non l'impression d'indépendance pour une personne tierce indépendante. L'expertise indique qu'il faut en particulier conclure à une incompatibilité lorsque la personne en question est perçue à l'extérieur avant tout comme appartenant à l'administration cantonale.

<sup>14</sup> Journal de la session d'automne 2021, cf. intervention de Jan Gnägi, p. 438

<sup>15</sup> Cf. Notice (en allemand) de la CJus pour évaluer dans la pratique les incompatibilités éventuelles des membres des autorités judiciaires cantonales. L'incompatibilité ne concernerait dorénavant plus les organisations de l'administration au sens de l'art. 95 ConstC qui ne possèdent pas de personnalité juridique.

<sup>16</sup> En vertu du projet de dispositions constitutionnelles sur l'organisation judiciaire, cette règle s'appliquera également aux présidentes et présidents des autorités de conciliation, aux procureures et procureurs des mineurs et aux procureures-assistantes et procureurs-assistants (cf. projet de dispositions constitutionnelles sur l'organisation judiciaire, art. 30 al. 1 LOJM, résultat de la première lecture).

<sup>17</sup> Cf. Directives du 7 mai 2013 de la Commission de justice du canton de Berne *Activités annexes et charges publiques des juges de la Cour suprême et du Tribunal administratif ainsi que des membres du Parquet général*, consultables à l'adresse <https://www.gr.be.ch/content/dam/gr/dokumente/grosser-rat/fr/organisation/election-des->

### **3. Résultat de la procédure de consultation**

*(sera rajouté à l'issue de la consultation succincte)*

---

juges/richtlinien-juko-nebebeschaeftigungen-fr.pdf. À comparer aux prescriptions relatives à la représentation du canton au sein d'organes de direction stratégique : les membres du Conseil-exécutif ne siègent pas dans l'organe de direction stratégique d'organisations chargées de tâches publiques, des exceptions étant possibles uniquement pour les représentations d'office (cf. Lignes directrices sur la conduite, le pilotage et la surveillance des organisations chargées de tâches publiques [Lignes directrices du canton de Berne sur la gouvernance des entreprises publiques] du 16 décembre 2020, ch. 12.3, p. 24 ss, consultable à l'adresse <https://www.fin.be.ch/content/dam/fin/dokumente/de/generalsekretariat/beteiligungscontrolling/Beteiligungen-PCG-Richtlinien.pdf>)