



JAAC 2/2015 du 30 juin 2015

2015.2 (p. 5–10)

**Modification du territoire d'un canton:
approbations requises et délais à respecter. Avis de droit de l'Office
fédéral de la justice pour les gouvernements des cantons de Berne
et du Jura**

DFJP, Office fédéral de la justice

Avis de droit du 22 avril 2015

Mots clés: modification du territoire d'un canton; approbations requises; informations nécessaires; délais à respecter; principe de la proportionnalité; principe de la bonne foi; pouvoir d'appréciation; devoir de diligence

Stichwörter: Gebietsveränderungen zwischen den Kantonen; erforderliche Zustimmungen; notwendige Informationen; einzuhaltende Fristen; Grundsatz der Verhältnismässigkeit; Grundsatz von Treu und Glauben; Ermessen; Sorgfaltspflichten

Termini chiave: modifica del territorio dei Cantoni; approvazioni richieste; informazioni necessarie; scadenze da rispettare; principio della proporzionalità; principio della buona fede; potere di apprezzamento; obbligo di diligenza

Regeste:

1. En cas de changement de canton d'une commune, l'approbation du corps électoral de la commune concernée requis par l'art. 53 Cst. doit être réalisée uniquement lors de la votation communale, et non pas également lors de la votation cantonale ultérieure (ch. 2.1 de l'avis de droit).
2. Les autorités doivent expliquer dans les rapports explicatifs l'objet et les enjeux du vote de façon objective, mais pas nécessairement neutre. S'agissant de pronostics, les autorités sont tenues d'informer sur quelles bases ils ont été établis et de mettre en évidence les incertitudes dont ils sont affectés (art. 34 al. 2 Cst.; ch. 2.2 de l'avis de droit).
3. Il découle du principe de la bonne foi et du principe de la proportionnalité que les votations communales et cantonales doivent être organisées avec diligence, dans un laps de temps approprié et en évitant tout retard injustifié ou disproportionné, voire arbitraire (art. 5 al. 2 et 3 Cst.; ch. 2.3 de l'avis de droit).

Regeste:

1. Bei einem Kantonswechsel einer Gemeinde muss die von Art. 53 BV geforderte Zustimmung der Bevölkerung der betreffenden Gemeinde nur bei der Gemeindeabstimmung gegeben sein, nicht auch bei der späteren kantonalen Abstimmung (Ziff. 2.1 des Gutachtens)

2. Die Behörden müssen in den Abstimmungserläuterungen den Gegenstand und die Auswirkungen der Vorlage objektiv, aber nicht notwendigerweise neutral erläutern. Bei Prognosen müssen sie deren Grundlagen offenlegen und die Unsicherheiten aufzeigen, mit denen sie behaftet sind.
3. Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit ergibt sich, dass die kommunalen und kantonalen Abstimmungen sorgfältig, in einer angemessenen Zeitspanne und ohne ungerechtfertigte, unverhältnismässige oder gar willkürliche Verzögerung durchgeführt werden müssen.

Regesto:

1. In caso di cambiamento di Cantone da parte di un Comune l'approvazione del corpo elettorale del Comune interessato, richiesta dall'art. 53 Cost., deve essere ottenuta soltanto nella votazione comunale e non anche nell'ulteriore votazione cantonale (cap. 2.1 della perizia).
 2. Le autorità devono spiegare nei rapporti esplicativi l'oggetto e gli effetti del voto in modo obiettivo, ma non necessariamente neutro. Per quanto concerne i pronostici, le autorità sono tenute a indicarne le basi e a metterne in evidenza le incertezze intrinseche (art. 34 cpv. 2 Cost.; cap. 2.2 della perizia).
 3. Nel rispetto del principio della buona fede e del principio della proporzionalità le votazioni comunali e cantonali devono essere organizzate con diligenza, in un lasso di tempo appropriato e senza ritardi ingiustificati, sproporzionati o persino arbitrari (art. 5 cpv. 2 e 3 Cost.; cap. 2.3 della perizia).
-

Bases légales:

Art. 5 Cst., art. 34, al. 3, Cst., art. 53, al. 3, Cst., art. 5 de la Charte européenne de l'autonomie communale

Rechtliche Grundlagen:

Art. 5 BV, Art. 34 Abs. 3 BV, Art. 53 Abs. 3 BV, Art. 5 der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung

Basi giuridiche:

Art. 5 Cost., art. 34 cpv. 3 Cost., art. 53 cpv. 3 Cost., art. 5 della Carta europea dell'autonomia locale

1 Contexte de l'avis de droit

1.1 Le vote sur l'appartenance cantonale de Moutier

1.1.1 La déclaration d'intention du 20 février 2012

Dans le cadre de la Conférence tripartite du 20 février 2012, présidée par la cheffe du Département fédéral de justice et police, les gouvernements du canton de Berne et du canton du Jura ont signé une Déclaration d'intention dans laquelle ils affirment leur volonté commune de régler la question jurasienne. La Déclaration d'intention prévoit à cet effet l'organisation de deux votations populaires simultanées dans le canton du Jura et dans le Jura bernois. Ces dernières ont eu lieu le 24 novembre 2013. Les deux populations devaient répondre à la même question, à savoir si elles souhaitent autoriser leurs gouvernements respectifs à entamer un processus tendant à la création d'un nouveau canton couvrant les territoires du Jura bernois et du canton du Jura. Acceptée dans le canton du Jura par 76,57 %, mais refusée par 71,8 % dans le Jura bernois, l'idée d'une nouvelle entité cantonale a été abandonnée.

La Déclaration d'intention du 20 février 2012 prévoit également que, dans un délai de deux ans après les votations populaires, les communes du Jura bernois peuvent demander individuellement la création des bases légales permettant l'organisation de votations communales ayant pour objet leur rattachement au canton du Jura. Le 9 avril 2014, le Conseil municipal de Moutier a déposé une telle demande. Les communes de Grandval et de Belprahon ont également déposé une demande, à la condition que la commune de Moutier accepte préalablement son transfert au canton du Jura.

1.1.2 La Feuille de route du 4 février 2015

Le 4 février 2015, le Conseil-exécutif du canton de Berne, le Gouvernement du canton du Jura et le Conseil municipal de la commune de Moutier ont signé une Feuille de route fixant le processus de votation populaire concernant l'appartenance cantonale de la commune de Moutier.

Selon l'art. 2 de la Feuille de route, le Conseil-exécutif bernois propose au Grand Conseil du canton de Berne, dans les meilleurs délais, une base légale permettant l'organisation du vote communal. L'art. 3 prévoit que l'objet de la votation communale est le transfert au sens de l'art. 53, al. 3, de la Constitution fédérale (Cst.; RS 101) de la commune de Moutier du Canton de Berne dans le canton du Jura. Selon l'art. 6 de la Feuille de route, une expertise sur les questions qui se posent en lien avec le changement de canton, notamment en matière financière, est établie. Ses données constituent des éléments d'information fournis à la population de Moutier lui permettant de voter en toute connaissance de cause. L'art. 7 dispose que le message adressé aux citoyens de Moutier en vue de la votation communale se compose de trois parties: une partie principale rédigée par les autorités municipales de Moutier, qui contient notamment des informations objectives et factuelles, et deux parties d'étendue semblable que les autorités municipales de Moutier requièrent respectivement du canton de Berne et du canton du Jura.

L'art. 8 de la Feuille de route prévoit que si Moutier décide de rejoindre le canton du Jura, la modification territoriale est soumise simultanément à l'approbation des citoyens du canton de Berne et du Jura, conformément à l'art. 53, al. 3, Cst. Dans le cas contraire, l'appartenance cantonale de la commune de Moutier est considérée comme définitivement réglée. L'art. 9 de la Feuille de route précise que l'objet des votations cantonales est un concordat qui porte sur la modification territoriale consécutive au choix des citoyens de Moutier. Ce concordat sera soumis aux législatifs des deux cantons dans les plus brefs délais dès la votation communale à Moutier; le concordat déléguera aux exécutifs cantonaux la compétence de négocier et de conclure les accords réglant le partage des biens, la dévolution administrative et judiciaire et d'autres modalités du transfert de la commune de Moutier dans le canton du Jura.

Selon l'art. 10 de la Feuille de route, en cas d'acceptation du transfert de la commune de Moutier par les populations des deux cantons, l'Assemblée fédérale se prononce sur la modification territoriale en application de l'art. 53, al. 3, Cst. Si l'une des populations s'oppose à la modification territoriale, les processus décrits dans la Déclaration d'intention du 20 février 2012 seront considérés comme arrivés à leur terme en ce qui concerne la commune de Moutier.

1.2 Les questions soumises à l'Office fédéral de la Justice

Lors de la Conférence tripartite du 19 janvier 2015, les gouvernements du canton de Berne et du canton du Jura ont décidé de demander à l'Office fédéral de la justice un avis de droit sur les questions suivantes:

- «1. Est-il exact que la majorité communale n'est pas pertinente dans la votation cantonale sur le concordat qui porte sur la modification territoriale (un oui au niveau communal n'est pas requis)? En d'autres termes, est-il exact que l'art. 53, al. 3, Cst. peut être interprété dans le sens que «l'approbation du corps électoral concerné» doit être réalisée uniquement lors de la votation communale antérieure sur l'appartenance cantonale, et non pas également lors de la votation cantonale ultérieure sur le concordat qui porte sur la modification territoriale?
2. Y a-t-il des conditions à réaliser pour que la supposition selon le ch. 1 soit correcte? Est-ce que par exemple la votation cantonale doit avoir lieu dans un certain délai après la votation communale pour que la situation factuelle des deux votations soit comparable?»

Les questions visent l'hypothèse dans laquelle le changement de canton serait accepté par une faible majorité des habitants de la commune de Moutier, mais refusé par ces derniers lors de la votation cantonale ultérieure, alors que la majorité cantonale est favorable à la modification territoriale. Il se poserait dans ce cas la question de savoir quelles sont la portée et les conséquences du résultat du vote dans la commune de Moutier.

2 La modification du territoire d'un canton

Les votations sur la modification de territoires d'un canton doivent respecter des prescriptions de procédure, notamment certaines conditions quant aux approbations requises, aux informations nécessaires et aux délais à respecter. Ces conditions sont exposées ci-dessous.

2.1 Les approbations requises

Situé dans le chapitre sur les rapports entre la Confédération et les cantons, dans la section des garanties fédérales, l'art. 53 Cst. a pour objet l'existence, le statut et le territoire des cantons. Selon l'al. 1, la Confédération protège l'existence et le statut des cantons, ainsi que leur territoire; l'al. 2 traite de la modification du nombre des cantons ou de leur statut; l'al. 3 vise l'hypothèse de la cession de territoire où, le nombre des cantons restant le même, un territoire, par exemple un district ou une ou quelques communes, passent d'un canton à un autre (Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zurich/Bâle/Genève 2003, art. 53, ch. 11; Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. I, 3^e éd., Berne 2013, ch. 1007; Alexander Ruch, in: St. Galler Kommentar, 3^e éd. 2014, art. 53, ch. 22). L'al. 4 finalement traite de la rectification de frontières.

La Charte européenne de l'autonomie locale (RS 0.102) prévoit que pour toute modification des limites territoriales, les collectivités locales concernées doivent être consultées préalablement, éventuellement par la voie du référendum là où la loi le prévoit (art. 5 de la charte). La charte s'applique en Suisse aux communes politiques (art. 1, al. 2, de l'arrêté fédéral du 15 décembre 2004 portant approbation de la Charte européenne de l'autonomie locale, RO 2005 2391). L'art. 5 de la charte vise uniquement les modifications des limites territoriales des communes dont il confirme l'intégrité territoriale (Kilian Meyer, Gemeindeautonomie im Wandel, thèse St-Gall 2010, p. 90; message du Conseil fédéral du 19 décembre 2003 relatif à la Charte européenne de l'autonomie locale, FF 2004 71 85). Etant donné que l'intégrité territoriale n'est pas touchée si une commune change de canton, l'art. 5 de la charte ne s'applique pas en l'espèce. En outre, même s'il s'appliquait, la procédure envisagée respecterait les exigences de la charte.

L'art. 53, al. 3, Cst. est ainsi seul pertinent. Il est libellé comme suit:

«Toute modification du territoire d'un canton est soumise à l'approbation du corps électoral concerné et des cantons concernés; elle est ensuite soumise à l'approbation de l'Assemblée fédérale sous la forme d'un arrêté fédéral.»

Le corps électoral concerné est constitué des citoyens domiciliés dans le territoire dont une cession est envisagée. L'approbation du canton est réglée par son propre droit; il peut s'agir d'une modification constitutionnelle, soumise au référendum obligatoire, d'une loi, sujette au référendum facultatif, voire, comme l'ont prévu le canton de Berne et le canton du Jura, d'un concordat soumis au référendum obligatoire. Le droit cantonal peut en outre prévoir deux votations distinctes ou une seule votation. La question de la modification du territoire peut ainsi par exemple être d'abord soumise à l'approbation du corps électoral concerné et ensuite à celle du canton ou l'inverse, ou soumise à une seule votation cantonale dans le cadre de laquelle le scrutin du corps électoral concerné serait compté séparément. Lorsque l'approbation du corps électoral concerné et celle du canton pour la modification de territoire ont été obtenues, la question est ensuite soumise à l'approbation de l'Assemblée fédérale, qui rend un arrêté fédéral soumis au référendum facultatif (cf. Aubert/Mahon, art. 53 ch. 14; Giovanni Biaggini, BV-Kommentar, Zurich 2007, art. 53 ch. 12; Tobias Jaag, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller, Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001, § 30 ch. 10; Auer/Malinverni/Hottelier, ch. 1006).

L'art. 53, al. 3, Cst. distingue ainsi clairement l'approbation du corps électoral concerné, l'approbation du canton et l'approbation de l'Assemblée fédérale. Il ressort également de cette disposition que le corps électoral concerné, le canton et l'Assemblée fédérale ne sont consultés qu'une seule fois. Par conséquent, si le canton décide de séparer la votation du corps électoral concerné et la votation cantonale, il n'est pas concevable que lors de la votation cantonale, le résultat de la votation du corps électoral concerné détermine le résultat de la votation cantonale; le corps électoral concerné vote en effet lors de la votation cantonale en tant que partie du corps électoral cantonal dont le résultat d'ensemble seul est déterminant pour l'issue du scrutin.

Ainsi, dans le cas concret de la commune de Moutier, et en réponse à la première question soumise à l'Office fédéral de la justice, l'approbation du corps électoral de Moutier doit être réalisée uniquement lors de la votation communale à Moutier sur l'appartenance cantonale et non pas également lors de la votation cantonale ultérieure sur le concordat qui porte sur la modification territoriale.

2.2 Les informations nécessaires

L'objet de l'approbation requise par l'art. 53, al. 3, Cst. est la modification de territoire, c'est-à-dire une cession de territoire où, le nombre des cantons restant le même, un territoire, par exemple un district ou une ou plusieurs communes, passe d'un canton à un autre (cf. ch. 2.1). Pour déterminer quelles informations doivent être fournies aux citoyens lors des votations, il convient de se référer à l'art. 34 Cst.

Selon l'art. 34, al. 1, Cst., les droits politiques sont garantis; l'al. 2 dispose que la garantie des droits politiques protège la libre formation de l'opinion des citoyens et l'expression fidèle et sûre de leur volonté. Une formation et expression libres de la volonté des citoyens supposent que les objets soumis au vote soient portés à temps et de façon adéquate à leur connaissance.

Cela implique en particulier une formulation simple, claire et objective des questions soumises au vote: celles-ci ne doivent pas induire en erreur, ni être rédigées dans des termes propres à influencer sur la décision des citoyens. La manière dont l'information des citoyens doit intervenir découle avant tout du droit cantonal, qui précise quels documents doivent parvenir aux électeurs et dans quels délais (ATF 135 I 104, p. 108, cons. 3.1; Auer/Malinverni/Hottelier, ch. 848).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et la doctrine, il appartient à l'autorité d'expliquer dans les rapports explicatifs l'objet et les enjeux du vote de façon objective, mais pas nécessairement neutre. L'autorité n'est en particulier pas tenue de thématiser tous les détails de la mesure soumise au vote, ni de répondre à toutes les objections que celle-ci peut soulever. Elle doit cependant fournir des explications complètes et objectives, indiquant les avantages et les inconvénients de la mesure et mentionnant l'avis de ceux qui ne défendent pas son point de vue. Le message explicatif peut notamment contenir l'avis des autorités sur des questions d'appréciation, car il appartient en définitive au citoyen de se faire lui-même sa propre opinion (ATF 138 I 61, p. 83, cons. 6.2; Auer/Malinverni/Hottelier, ch. 928; Michel Besson, *Behördliche Information vor Volksabstimmungen*, Berne 2003, p. 182 ss.). S'agissant de pronostics, les autorités sont tenues d'informer sur quelles bases ils ont été établis et de mettre en évidence les incertitudes dont ils sont affectés (ATF 138 I 61, p. 91 s., cons. 8.4; Besson, p. 187; Gerold Steinmann, in: *St. Galler Kommentar*, art. 34, ch. 24).

Dans la Feuille de route, les autorités des cantons de Berne et du Jura ont prévu l'établissement d'une expertise sur les questions qui se posent par rapport au changement de canton, notamment en matière financière, dont les données seront fournies à la population de Moutier (art. 6 de la Feuille de route). Elles ont également prévu qu'un message sera adressé aux citoyens lors de la votation communale et des votations cantonales, avec une partie principale rédigée par les autorités municipales de Moutier, qui contiendra notamment des informations objectives et factuelles, et deux parties d'étendue semblable que les autorités municipales de Moutier requerront du canton de Berne et du canton du Jura (art. 7 de la Feuille de route). La Feuille de route pose ainsi les bases qui devront permettre que le changement de canton de Moutier soit porté de façon adéquate à la connaissance des citoyens.

2.3 Les délais à respecter

L'art. 53, al. 3, Cst. ne dit pas dans quel laps de temps l'approbation du corps électoral concerné, des cantons concernés et de l'Assemblée fédérale doit être sollicitée. Il prescrit uniquement que l'approbation de l'Assemblée fédérale doit intervenir en dernier lieu. Il incombe ainsi aux cantons de préciser dans quels délais les votations communales et cantonales doivent se dérouler. Ce faisant, ils disposent d'un pouvoir d'appréciation. Ce pouvoir d'appréciation est limité, d'une part, par le but de l'art. 53, al. 3, Cst., qui est de rendre possible une modification de territoire de cantons (pour l'interprétation des normes de la Constitution, cf. Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 8^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2012, ch. 120 ss.). Les votations au niveau communal et cantonal ne sauraient ainsi être retardées sans justes motifs par les cantons. D'autre part, les cantons sont tenus par les principes généraux régissant l'activité de l'Etat, notamment le principe de la proportionnalité qui exige que l'Etat utilise des moyens appropriés, et le principe de la bonne foi, qui exige que l'Etat agisse avec loyauté et diligence (art. 5, al. 2 et 3, Cst.; Benjamin Schindler, in: *St. Galler Kommentar*, art. 5 ch. 47 ss.; Aubert/Mahon, art. 5 ch. 13 ss.; Biaggini, art. 5 ch. 21 ss.; Katia Favre/Robert Baumann, *Sorgfalt als Massstab behördlichen Ermessens*, ZBI 1/2015, p. 6). Il découle de ces principes que les votations communales et cantonales doivent être organisées avec diligence, dans un laps de temps approprié et en évitant tout retard injustifié ou disproportionné, voire arbitraire.

La procédure de votation est, dans les grandes lignes, réglée dans la Feuille de route: elle prévoit que le Conseil-exécutif bernois propose au Grand Conseil, dans les meilleurs délais, une base légale permettant l'organisation du vote communal (art. 2). Dans le cas où Moutier décide de rejoindre le canton du Jura, un concordat portant sur la modification de territoire est soumis simultanément à l'approbation des citoyens du canton de Berne et du Jura (art. 8). Les deux exécutifs cantonaux conviennent de soumettre ce concordat à leurs législatifs dans les plus brefs délais dès la votation communale à Moutier (art. 8 et 9).

La Feuille de route prévoit donc expressément que la votation communale doit être organisée dans les meilleurs délais. Elle prévoit également que le concordat doit être soumis aux parlements cantonaux dans les plus brefs délais dès la votation communale. La Feuille de route pose ainsi les bases qui devront permettre d'organiser également les votations cantonales avec diligence et dans un laps de temps approprié, conformément aux exigences du droit fédéral, même si elle ne mentionne pas expressément que les votations populaires cantonales doivent être organisées dans les meilleurs délais.