

ASPECTS JURIDIQUES DU RETRAIT DES ART. 138 ET 139 DE LA CONSTITUTION JURASSIENNE

(rapport de Jean Moritz rédigé sur la base de sa communication au congrès du PSJ le 3 novembre 2021 à Saignelégier)

Résumé :

- **Le retrait des art. 138 et 139 de la Constitution jurassienne exigé par Berne doit faire l'objet d'un traitement différencié. Un point commun nous confronte cependant à cette double exigence, à savoir la voie du concordat intercantonal que le canton du Jura s'est engagé à passer avec le canton de Berne pour entériner le transfert de Moutier, ce qui implique des concessions.**
- **En raison du refus de l'Assemblée fédérale de lui octroyer la garantie fédérale avant même l'entrée en souveraineté de la RCJU, l'art. 138 n'a jamais fait partie de la Constitution jurassienne et le fait que son contenu est resté publié jusqu'à maintenant n'est pas de nature à lui rendre une quelconque validité. Il s'ensuit qu'un vote populaire portant sur l'abrogation de l'art. 138 serait nul.**
- **Même s'il a été conçu dans l'idée d'être appliqué pour une durée limitée, l'art. 139 fait juridiquement partie de la Constitution cantonale et peut donc faire l'objet d'une procédure d'abrogation. Afin d'éviter un résultat négatif si le vote populaire d'abrogation était organisé séparément du vote sur le concordat, ce qui bloquerait la venue de Moutier dans le canton du Jura, il conviendra de soumettre le concordat et l'abrogation de l'art. 139 à un vote populaire unique, dans une procédure dite de « référendum global ».**
- **Résister aux pressions bernoises concernant en particulier le retrait de l'art. 138 aurait été politiquement et juridiquement envisageable, mais aurait conduit à un report important dans le transfert effectif de Moutier au sein de la RCJU.**

I. Introduction

Dans un document (intitulé feuille de route) préparatoire à l'ouverture des négociations entre le canton de Berne et le canton du Jura en vue de la conclusion du concordat portant sur le transfert de Moutier dans le canton du Jura, le Gouvernement jurassien s'est engagé à supprimer du texte de la Constitution jurassienne le contenu de l'art. 138 et a annoncé que le concordat comprendra une clause prévoyant l'abrogation de l'art. 139 comme condition d'entrée en vigueur dudit concordat (cf. ch. 4 de la feuille de route signée par les deux exécutifs cantonaux le 22 septembre 2021).

La suppression de ces deux dispositions constitutionnelles a suscité passablement de discussions et soulevé des contestations au sein de la classe politique jurassienne, surtout en ce qui concerne le retrait de l'art. 138.

Il convient d'emblée de relever que l'intervention de l'Etat jurassien sur les art. 138 et 139 est soumise à un traitement différencié, parce que l'art. 138 étant inexistant, son retrait du corps de la Constitution cantonale n'a pas à suivre un quelconque processus décisionnel, alors que l'art. 139, puisqu'il est inscrit dans le droit positif, doit faire l'objet d'une procédure complète d'abrogation pour être « supprimé ».

Le sort de ces deux articles doit donc être traité séparément.

Toutefois, un point commun les rattache dans la discussion concernant leur retrait. Il est contenu dans la voie choisie par les deux cantons concernés pour encadrer le transfert de Moutier dans la RCJU, à savoir celle du concordat intercantonal. Cette voie était déjà prévue dans la Déclaration d'intention commune du 20 février 2012 du Gouvernement jurassien et du Conseil-exécutif bernois portant sur l'avenir institutionnel de la région jurassienne et elle a été reprise dans la Feuille de route du 4 février 2015 concernant le processus de transfert de Moutier. Le concordat est un acte de nature contractuel qui, pour être conclu, implique des concessions réciproques, ce qui place le canton du Jura dans la position délicate d'avoir à céder à certaines exigences de Berne s'il ne veut pas retarder ou bloquer le transfert de Moutier.

I. Art. 138

Faut-il l'abroger ? Autrement dit, appartient-il au peuple jurassien qui l'a adopté en 1977 d'y renoncer aujourd'hui ou, comme on l'a entendu dire, de défaire lui-même ce qu'il a fait ?

La réponse dépend de l'effet qui est attribué à un refus de la garantie fédérale à une disposition constitutionnelle cantonale. Sans entrer dans les subtilités et nuances des théories juridiques à ce propos, il est incontesté que le refus de l'Assemblée fédérale d'accorder la garantie de la Confédération à une norme constitutionnelle cantonale a un effet cassatoire (destructeur) ou encore de caducité sur celle-ci, à savoir l'effet d'une invalidation. Au cas particulier, puisque la décision de l'Assemblée fédérale refusant de lui donner sa garantie date du 28 septembre 1977, soit bien avant l'entrée en souveraineté de la RCJU, partant avant l'entrée en vigueur de notre Constitution, l'art. 138 était nul dès son adoption et n'a dès lors jamais eu d'existence, respectivement de force juridique. Le peuple jurassien ne peut donc pas « défaire » ce qu'il a fait ; l'art. 138 a été « défait » par une autorité supérieure à l'Etat jurassien et à son peuple, à savoir le Parlement suisse.

Un député jurassien quelque peu téméraire soutient que la compétence du Gouvernement pour modifier le recueil systématique du droit jurassien afin de supprimer l'article 138 du corps de la Constitution ne repose sur aucune base légale. Cet avis est bien sûr erroné : l'acte qui est reproché à notre exécutif - qui est un pur acte matériel informel et non une décision - a pour fondement juridique la décision de l'Assemblée fédérale de 1977 d'invalider l'art. 138, décision dont la base légale, qui se trouvait à l'art. 6 al. 2 de la Constitution fédérale de 1874, a été reprise à l'art. 51 al. 2 de la Constitution fédérale de 1999 ; cette disposition donne la compétence aux Chambres fédérales de refuser la garantie à une norme constitutionnelle cantonale contraire au droit fédéral. Le retrait du texte de l'art. 138 de notre Constitution peut intervenir sur cette seule base ; le fait que le contenu de la disposition invalidée a continué d'être publié tant dans le recueil systématique du droit jurassien que dans celui du droit fédéral depuis l'entrée en souveraineté n'y change rien, car le maintien de cette publication n'a aucun effet guérisseur propre à rendre sa validité à l'art. 138 (les deux recueils indiquent du reste que la garantie fédérale lui a été refusée).

En résumé, du fait de la décision de l'Assemblée fédérale de 1977 intervenue avant l'entrée en souveraineté, l'article 138 n'a jamais fait partie de la Constitution jurassienne. Par conséquent, un vote populaire pour l'abroger n'a pas lieu d'être. Si un tel vote devait malgré tout être organisé, n'importe quel citoyen ou n'importe quelle citoyenne de la RCJU pourrait demander à la Cour constitutionnelle d'en constater la nullité, cela avant même qu'il soit tenu. Notons en outre qu'un vote consultatif serait tout aussi nul, pour la simple raison que ce type de consultation ne fait pas partie des droits populaires définis par la Constitution cantonale.

I. Art. 139

L'adoption de cette disposition par le corps électoral jurassien le 24 novembre 2013 s'inscrivait dans le cadre du processus initié par la Déclaration d'intention de 2012. L'art. 139 a obtenu la garantie fédérale le 11 mars 2015.

A première lecture, l'art. 139 semble donner au Gouvernement le mandat permanent d'engager un processus tendant à la réunification du Jura par la création d'un nouveau canton englobant tant le sud que le nord du Jura historique. En réalité, une interprétation historique conduit à ne voir dans ce mandat qu'une mission limitée dans le temps. Il ressort en effet des travaux préparatoires (message du Gouvernement au Parlement, discussions parlementaires), mais aussi du message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale en vue de l'obtention de la garantie fédérale de l'art. 139, que la durée de validité de cette norme était circonscrite à la période durant laquelle se déroulerait le processus convenu entre les cantons de Berne et du Jura. Ce processus prenant fin avec le transfert cantonal de Moutier, il paraît justifié d'engager la procédure d'abrogation de l'art. 139. Notons que cette procédure aurait pu être évitée si le mandat donné au Gouvernement par l'art. 139 avait figuré dans les dispositions transitoires de la Constitution.

Le risque que présente un vote populaire séparé sur l'art. 139 réside dans la possibilité que les Jurassiens refusent son abrogation, alors qu'il ne fait aucun doute qu'ils accueilleront favorablement le concordat relatif

au transfert de Moutier. On ne peut d'ailleurs s'empêcher de penser que Berne a exigé la suppression des art. 138 et 139 comme conditions à la conclusion du concordat dans l'idée sous-jacente d'obstruer la venue de Moutier dans la RCJU.

Pour éviter les effets contradictoires qu'auraient d'une part l'acceptation du concordat et, d'autre part, un refus d'abroger l'art. 139, partant pour limiter les risques d'un blocage dans le processus de transfert de Moutier, il conviendra de soumettre le concordat et l'abrogation de l'art. 139 simultanément au vote populaire, dans une procédure dite de « référendum global ». Ce mécanisme est particulièrement approprié dans le canton du Jura pour les conventions intercantionales qui ne sont pas d'application directe et qui dérogent à la Constitution : au même titre que les modifications constitutionnelles qu'elles impliquent, de telles conventions sont soumises au référendum obligatoire. En l'espèce, puisqu'il est prévu qu'une clause du concordat spécifiera l'abrogation de l'art. 139 comme condition de son entrée en vigueur, l'Etat jurassien sera amené à abroger effectivement cette disposition, de sorte que l'arrêté d'approbation du concordat qui sera soumis au vote pourra prévoir l'abrogation proprement dite de l'art. 139. Il y a ainsi unité de la matière qui justifie un vote unique pour cette double opération.

I. Conclusions

Certains ont dit - et diront encore - que le Gouvernement a cédé trop facilement aux pressions de Berne. Mais avait-il le choix ?

L'exécutif jurassien aurait sans doute pu résister, du moins jusqu'à un certain point.

On doit d'abord constater que la suppression de l'art. 138 ne fait nullement l'objet de la Feuille de route du 4 février 2015 entourant le processus permettant à Moutier de rejoindre le canton du Jura. Quant à l'abrogation de l'art. 139, cet accord n'y fait pas allusion. On peut donc douter de la pertinence des exigences récentes du canton de Berne qui ne les a pas émises au moment de négocier la Feuille de route. Second constat : dans la Feuille de route du 4 février 2015, le Conseil-exécutif bernois s'est engagé à présenter le concordat au Grand Conseil « dans les plus brefs délais » dès la votation communale de Moutier (art. 9 al. 2 de la Feuille de route). Le Gouvernement bernois ne pouvait donc retarder la négociation du concordat, partant sa présentation au Grand Conseil et à la votation cantonale sans justes motifs. Dès lors, en cherchant à retarder, voire à bloquer le transfert de Moutier avec des exigences qui ne constituent certainement pas de justes motifs (en tout cas pour ce qui concerne l'art. 138), la Berne cantonale s'exposait à devoir répondre d'une violation du principe de la bonne foi et de celui de la fidélité confédérale (art. 44 Cst.féd.) devant le Tribunal fédéral. La voie judiciaire de la contestation de droit public (art. 189 al. 2 Cst. féd. et 120 al. 1 let. b LTF) était probablement ouverte. Mais, entreprendre une telle démarche revenait à engager une longue procédure qui, même si elle pouvait être couronnée de succès, avait un prix à payer, celui d'un report considérable de la venue de Moutier dans le canton du Jura, et cela personne n'en voulait du côté jurassien.

En conclusion, il nous faut admettre que les concessions jurassiennes faites à Berne sont le fruit d'un processus négocié et mis en place en 2012 par les cantons de Berne et du Jura. Par ailleurs, le retrait du texte de l'art. 138 du corps de notre Constitution n'enlève rien à la valeur historique de cette disposition. L'esprit de l'art. 138 perdurera et continuera d'alimenter le désir profond des Jurassiens d'unifier sous le même toit l'ensemble de leur territoire.