
Sièges du Grand Conseil garantis à la minorité francophone du cercle électoral de Bienne-Seeland

Avis de droit

établi à la demande de l'Office des ressources et des droits politiques de la Chancellerie
d'Etat du canton de Berne

Prof. Andreas Glaser

avec la collaboration de Corina Fuhrer

Aarau, le 10 septembre 2015

I. Election du Grand Conseil à la proportionnelle

Le Grand Conseil du canton de Berne est élu à la proportionnelle (art. 71, al. 1 ConstC)¹, selon la méthode de Hagenbach-Bischoff (cf. art. 83 ss LDP)². L'article 63 LDP définit les neuf cercles électoraux qui constituent les circonscriptions de l'élection du Grand Conseil. C'est l'un de ces cercles électoraux, celui de Bienne-Seeland (art. 63, al. 1, ch. 2 LDP), qui fait l'objet du présent avis de droit. Après l'attribution préalable de douze mandats au cercle électoral du Jura bernois, les sièges sont répartis entre les cercles électoraux sur la base du quotient de répartition (art. 64 LDP), la loi prévoyant que des mandats sont garantis à la population de langue française du cercle électoral de Bienne-Seeland proportionnellement à la population totale du cercle électoral (art. 64, al. 3 LDP). Si à l'issue de la répartition des sièges, les listes francophones du cercle électoral de Bienne-Seeland n'ont pas obtenu les sièges qui leur sont garantis, il est procédé à des transferts de sièges au sein des groupes de listes électorales francophones et germanophones³ d'un même groupement politique, au profit des candidats et candidates francophones (art. 88, al. 1 et 2 et art. 89 LDP).

La Chancellerie d'Etat a souhaité qu'une réponse soit apportée par le présent avis de droit aux questions suivantes concernant ce mécanisme de garantie des sièges.

II. Questions

1. Comment interpréter la notion de représentation équitable garantie à la minorité de langue française du cercle électoral de Bienne-Seeland au sens de l'article 73, alinéa 3 de la Constitution cantonale ? Existe-t-il une définition de la notion de minorité de langue française ?

S'agissant de l'élection du Grand Conseil, la Constitution cantonale énonce la règle suivante à l'article 73, alinéa 3, 3^e phrase : « Une représentation équitable doit être garantie à la minorité de langue française du cercle électoral de Bienne-Seeland. »

a) Définition de la notion de représentation équitable au Grand Conseil

aa) Précisions données par la loi

L'article 64, alinéa 3 LDP définit la notion de représentation équitable mentionnée à l'article 73, alinéa 3, 3^e phrase ConstC en disposant que des mandats sont garantis à la population de

¹ Constitution du canton de Berne, RSB 101.1.

² Loi sur les droits politiques (LDP), RSB 141.1.

³ Cf. art. 70 LDP : « Dans le cercle électoral bilingue de Bienne-Seeland, les groupements politiques peuvent déposer des listes de candidatures distinctes en fonction de la langue des candidats et candidates. Dans ce cas, les listes de candidatures doivent être apparentées (art. 79). »

langue française proportionnellement à la population totale du cercle électoral. Cette définition est parfaitement compatible avec la *teneur* de la disposition constitutionnelle. Lorsqu'une norme a des effets qui reflètent une réalité sociale, on peut en effet dire qu'elle est « équitable ».

La représentation équitable garantie à la population de langue française du cercle électoral de Bienne-Seeland se distingue donc radicalement de la garantie dont bénéficie le Jura bernois par rapport aux autres cercles électoraux. L'article 73, alinéa 2, 2^e phrase ConstC prévoit en effet que douze mandats sont garantis au cercle électoral du Jura bernois⁴ et ce, indépendamment des chiffres de sa population. Il s'agit là d'une entorse à la règle de base définie par l'article 73, alinéa 2, 1^{re} phrase ConstC, selon laquelle les mandats sont attribués aux cercles électoraux proportionnellement au nombre d'habitants⁵.

La définition donnée par l'article 64, alinéa 3 LDP apparaît également correcte si l'on se réfère au *but* visé par la garantie constitutionnelle de la représentation de la minorité linguistique. L'article 4, alinéa 1 ConstC prévoit ainsi qu'il est tenu compte des besoins des minorités linguistiques, culturelles et régionales. A cet effet, des compétences particulières peuvent être attribuées à ces minorités (art. 4, al. 2 ConstC). L'article 4 ConstC permet en particulier de conserver à la population francophone de Bienne les droits de participation que la Constitution cantonale lui garantissait expressément avant la révision totale de 1993⁶. C'est également la minorité francophone de Bienne que vise l'article 6, alinéa 4 ConstC, en vertu duquel le canton et les communes peuvent tenir compte de situations particulières résultant du caractère bilingue du canton⁷.

La *genèse* de l'article 73, alinéa 3, 3^e phrase ConstC et de l'article 64, alinéa 3 LDP, dans le contexte de la réforme des cercles électoraux, vient également étayer la théorie selon laquelle la notion de représentation équitable est identique à celle de représentation proportionnelle. La réforme des cercles électoraux entrée en vigueur en 2006 s'est en effet traduite par l'absorption du cercle électoral (ou du district) de Bienne, jusque-là autonome, par une nouvelle circonscription plus vaste, le cercle électoral de Bienne-Seeland. Le nombre de membres du Grand Conseil ayant été parallèlement ramené de 200 à 160, le nombre total de sièges à attribuer a diminué. Lors de l'élection du Grand Conseil de 2002, le cercle électoral de Bienne avait droit à onze sièges ; les candidats et candidates francophones en avaient conquis trois, sans mécanisme de protection. Après la réforme, lors des élections de 2006, de 2010 et de 2014, le cercle électoral de Bienne-Seeland avait droit à 26 des 160 sièges, le Conseil-exécutif ayant décidé d'en garantir trois à la population francophone. L'introduction de la clause de protection a donc eu pour effet d'épargner à la population de langue française les effets né-

⁴ Cf. également KURT NUSPLIGER/JANA MÄDER, *Bernisches Staatsrecht*, 4^e éd., Berne 2012, p. 120.

⁵ Voir également art. 64, al. 1, lit. a LDP.

⁶ PETER SALADIN/KURT NUSPLIGER/PHILIPPE GERBER, *Minorités – Jura bernois - Langues*, in: Walter Kälin/Urs Bolz (éd.), *Manuel de droit constitutionnel bernois*, Berne 1995, p. 17 à 28, p. 18.

⁷ SALADIN/NUSPLIGER/GERBER (note 6), p. 27.

fastes de la réforme des cercles électoraux et de préserver le statu quo concernant sa représentation.

bb) Interprétation conforme au droit fédéral

La disposition de l'article 73, alinéa 3, 3^e phrase ConstC a obtenu la garantie de l'Assemblée fédérale ; on peut dès lors supposer qu'elle est conforme au droit fédéral. Dans son message, le Conseil fédéral s'est exprimé sur les sièges garantis au Jura bernois⁸ - déclarant que ce mécanisme est conforme au droit fédéral, mais pas sur la disposition dont il est question ici et qui concerne le cercle électoral de Bienne-Seeland. L'article 64, alinéa 3 LDP ne donne toutefois pas la seule interprétation possible de cette norme. Il faut donc la confronter au droit fédéral (art. 49, al. 1 Cst.) ou plus exactement l'interpréter en conformité avec le droit fédéral. Et, selon les cas, il se pourrait qu'on s'écarte d'une représentation strictement proportionnelle.

L'article 4 Cst.⁹ place formellement les quatre langues nationales de la Suisse sur un pied d'égalité et constitue simultanément le fondement d'une politique des minorités linguistiques¹⁰. Cette disposition oblige la Confédération, mais aussi les cantons, à œuvrer à la défense des langues¹¹. Par ailleurs, l'article 70, alinéa 2, 2^e phrase Cst. oblige explicitement les cantons plurilingues à prendre en considération les minorités linguistiques autochtones, ce qui, en pratique, se traduit essentiellement par la détermination des langues officielles et, dans le domaine scolaire, par la détermination de la langue de l'école. La prise en considération peut impliquer des obligations aussi bien positives que négatives, en ce sens que les cantons doivent à la fois réprimer les tendances expansionnistes d'une langue par rapport à l'autre et prendre des mesures de protection¹². Etant donné que les Francophones de Bienne et d'Evilard constituent une minorité linguistique autochtone, les mesures prises par le canton de Berne au sens de l'article 73, alinéa 3, 3^e phrase ConstC et de l'article 64, alinéa 3 LDP tombent sous le coup de cette disposition de la Constitution fédérale.

Canton plurilingue, Berne bénéficie des mesures de soutien prévues à l'article 21 de la loi fédérale sur les langues nationales et la compréhension entre les communautés linguistiques (loi sur les langues, LLC)¹³. La loi n'impose aucune règle aux cantons concernant le traitement à réserver aux minorités linguistiques.

L'article 175, alinéa 4 Cst., selon lequel les diverses régions et les communautés linguistiques doivent être « équitablement représentées » au Conseil fédéral pourrait enfin livrer des indices pour l'interprétation de la notion de représentation équitable. En droit, cette notion est très

⁸ Message concernant la garantie des constitutions révisées des cantons de Berne, Lucerne, Glaris, Valais et Genève, FF 2003 2999 p. 3002.

⁹ « Les langues nationales sont l'allemand, le français, l'italien et le romanche. »

¹⁰ REGULA KÄGI-DIENER, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (éd.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3^e édition, Zurich/St-Gall 2014, art. 4 n. 14.

¹¹ GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar, Zurich 2007, art. 4 n. 4.

¹² BIAGGINI (note 11), art. 70 n. 9.

¹³ RS 441.1

indéterminée¹⁴. Il n'existe en particulier aucun quorum qui puisse être déterminé arithmétiquement¹⁵.

Cette disposition laisse une vaste latitude à l'Assemblée fédérale¹⁶, qui n'a pas légiféré à son sujet. La notion de représentation équitable donne une marge considérable, dans un sens ou dans l'autre, une surreprésentation de fait des minorités devant en tout cas être considérée comme ne posant pas de problème¹⁷. A cela s'ajoute le fait qu'il s'agit d'un mandat à l'Assemblée fédérale qui ne peut pas être imposé par voie judiciaire¹⁸. L'article 175, alinéa 3 Cst. n'implique donc pas une interprétation étroite du droit cantonal, d'autant plus qu'il n'impose qu'une obligation de représentation équitable des minorités linguistiques, tandis que l'article 73, alinéa 3, 3^e phrase ConstC dit que la représentation équitable doit être « garantie ». L'obligation de protection imposée au législateur cantonal semble donc aller nettement plus loin.

Les dispositions du droit fédéral permettent de déduire que le canton de Berne n'est pas seulement en droit de promouvoir la langue française, il y est aussi contraint. La Confédération accorde de plus une importance considérable à cette tâche, dans la perspective de la paix des langues et de la défense des communautés linguistiques. La représentation parlementaire équitable garantie à la minorité francophone sort dès lors plutôt renforcée que restreinte d'une interprétation dans la logique du droit fédéral. Reste à déterminer si le droit fédéral réclame une garantie de sièges proportionnelle par rapport à la population. En tout cas, il ne s'y oppose pas.

Réponse à la question : La représentation équitable de la minorité de langue française du cercle électoral de Bienne-Seeland au sens de l'article 73, alinéa 3, 3^e phrase ConstC signifie, comme le prévoit l'article 64, alinéa 3 LDP en conformité avec le droit fédéral, que des mandats sont garantis à la population de langue française proportionnellement à la population totale du cercle électoral.

b) Définition de la notion de minorité francophone

Ni la Constitution cantonale ni la loi sur les droits politiques ne précisent quelles personnes composent la population francophone du cercle électoral de Bienne-Seeland. La Constitution fédérale ne donne pas non plus de définition de la notion de communauté linguistique, elle

¹⁴ BIAGGINI (note 11), art. 175 n. 16.

¹⁵ BIAGGINI (note 11), art. 175 n. 16.

¹⁶ BERNHARD EHRENZELLER, in: *ibid.*/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 3^e éd., Zurich/St-Gall 2014, art. 175 n. 26.

¹⁷ Cf. à ce sujet DAGMAR RICHTER, *Sprachenordnung und Minderheitenschutz im schweizerischen Bundesstaat*, Berlin 2005, p. 358: « La notion de représentation équitable laisse d'une part ouverte la voie de l'interprétation hors des règles mathématiques. D'autre part, la disposition semble avoir une tendance à la protection des minorités; en tout cas, elle n'a pas pour vocation de protéger la population germanophone, majoritaire, contre un nombre excessif de membres du Conseil fédéral issus de Suisse romande. » [trad]

¹⁸ EHRENZELLER (note 16), art. 175 n. 26.

semble plutôt tendre vers une interprétation souple¹⁹. Quoiqu'il en soit, dans la définition de la composition de la minorité linguistique, il importe de distinguer la perspective territoriale et la perspective individuelle.

S'agissant de la *perspective territoriale*, l'article 6, alinéa 2 ConstC prévoit que les langues officielles sont le français et l'allemand dans la région administrative du Seeland ainsi que dans l'arrondissement administratif de Biel/Bienne. La Constitution cantonale précise en outre que les langues officielles sont le français et l'allemand dans les communes de Biel/Bienne et d'Evilard. Diverses dispositions de la loi sur le statut particulier²⁰ (cf. art. 34, al. 1, art. 35, art. 42, al. 2, art. 44, art. 47, art. 51 LStP) permettent également de conclure que les personnes qui composent la minorité francophone doivent être domiciliées dans les deux communes de Bienne et d'Evilard, soit sur le territoire de l'ancien district de Bienne. Les Francophones domiciliés dans les autres communes du cercle électoral de Bienne-Seeland ne peuvent pas d'emblée être considérés comme appartenant à la minorité de langue française. Cette théorie est étayée par la genèse de l'article 73, alinéa 3, 3^e phrase ConstC.

Cette limitation aux deux communes de Bienne et d'Evilard est admissible compte tenu de l'article 70, alinéa 2, 2^e phrase ConstC (« traditionnelle », « autochtones »). Pour déterminer le nombre de sièges garantis au Grand Conseil, le Conseil-exécutif a toutefois manifestement intégré toutes les communes du cercle électoral de Bienne-Seeland aux calculs, et pas seulement Bienne et Evilard comme le prévoit la loi sur le statut particulier. Mais cette option est elle aussi défendable, car elle évite de pénaliser la minorité francophone compte tenu des différentes valeurs de référence. Dans un souci de clarté du droit, il faudrait toutefois édicter des règles précises.

Il faut distinguer la perspective territoriale de la *perspective individuelle*. Jusqu'à maintenant (élections de 2006, 2010 et 2014), on s'est référé au recensement de la population de 2000 pour déterminer la population francophone et ensuite calculer le nombre de sièges garantis au Grand Conseil²¹. Lors du recensement, les personnes interrogées étaient priées d'indiquer leur langue principale, sans pouvoir en donner plusieurs. Elles avaient aussi la possibilité d'indiquer les autres langues qu'elles parlent régulièrement. Il faut se demander si la mention du français comme langue principale a pour conséquence de rattacher son locuteur ou sa locutrice à la minorité francophone ou s'il suffit pour ce faire d'indiquer le français parmi les autres langues parlées.

A ce stade de la réflexion, il vaut la peine de se pencher sur le cas des Grisons, canton trilingue et le seul à s'être doté d'une loi sur les langues (Sprachengesetz, SpG)²². Ce texte renferme des dispositions plus précises concernant la détermination de l'appartenance des indivi-

¹⁹ GIOVANNI BIAGGINI, Die Rumantschia als Teil des (direkt-)demokratischen pluralistischen Bundesstaates, in: Corsin Bisaz/Andreas Glaser (éd.), Rätoromanische Sprache und direkte Demokratie, Zurich 2015, p. 77 à 91, p. 80.

²⁰ Loi sur le statut particulier du Jura bernois et sur la minorité francophone du district bilingue de Bienne (Loi sur le statut particulier, LStP), RSB 102.1.

²¹ Cf. http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/infothek/erhebungen_quellen/blank/blank/vz/uebersicht.htm (12.8.2015).

²² BR 492.100.

lus à une communauté linguistique. L'article 16, alinéa 4 SpG prévoit qu'il faut se référer aux résultats du *dernier recensement fédéral de la population* pour déterminer quelle est la proportion de la communauté linguistique par rapport au total de la population. Les langues latines minoritaires que sont le romanche et l'italien bénéficient d'un régime de faveur en ce sens que les personnes ayant indiqué l'une de ces deux langues en réponse à l'une au moins des questions du recensement concernant la langue sont réputées appartenir à la communauté linguistique en cause (art. 16, al. 4, 2^e phrase SpG).

Il est dans ces conditions admissible, pour déterminer la population francophone, de se référer au fait que la personne ait indiqué le français comme langue principale ou comme langue parlée régulièrement. Compte tenu de la précision des données du recensement de 2000, la méthode appliquée jusqu'à maintenant par le canton de Berne pour déterminer les personnes formant la minorité francophone peut sans problème être qualifiée d'admissible. Dans l'intérêt de la protection des minorités, nous recommandons de suivre l'exemple des Grisons et de placer la barre assez bas pour déterminer l'appartenance à la minorité linguistique. Par ailleurs, compte tenu de l'accélération de la croissance démographique et des mouvements migratoires en Suisse, les données recensées en 2000, il y a plus de quinze ans, sont de l'avis général dépassées et dénuées de fiabilité. Le canton de Berne ne pourra donc plus se référer au recensement de 2000 pour les élections de 2018. Il faudra en outre déterminer si, pour appartenir à la minorité francophone, la personne doit être domiciliée par définition à Bienne ou à Evilard ou si elle peut aussi habiter dans une autre commune.

Réponse à la question : La minorité francophone comprend toutes les personnes pour qui le français est la langue principale ou celle parlée dans un domaine déterminant de leur vie. La question de savoir si la minorité francophone se limite au territoire de Bienne et d'Evilard reste posée. Jusqu'à maintenant, on a pu se référer aux données du recensement de 2000 pour déterminer la population francophone. Mais elles sont aujourd'hui dépassées et il va falloir se référer à de nouvelles bases.

2. Jugez-vous admissible de déterminer le nombre de sièges garantis au sens de l'article 64, alinéa 3 LDP en référence aux données du relevé structurel de l'OFS (données sur la langue principale) ?

L'article 64, alinéa 3 LDP prévoit que des mandats sont garantis à la population de langue française du cercle électoral de Bienne-Seeland proportionnellement à la population totale du cercle électoral. On entend par là la proportion réelle et non un pourcentage fictif. Ce pourcentage doit être déterminé, à la personne près, à un moment donné avant l'élection, tout comme le sont les chiffres de la population, sur la base des statistiques démographiques, pour définir la répartition des mandats entre les cercles électoraux (art. 73, al. 3, 1^{re} phrase ConstC)²³. L'article 64, alinéa 1, lettre *b* LDP parle d'ailleurs du « chiffre actuel de la popula-

²³ Cf. arrêté du Conseil-exécutif sur la répartition des mandats entre les cercles électoraux pour les élections du Grand Conseil du 30 mars 2014, 2013.RRGR.485.

tion ». De même, les sièges du Conseil national sont répartis entre les cantons sur la base de données actuelles (cf. art. 16 LFDP)²⁴.

Depuis 2010, la Confédération a modifié les modalités du recensement de la population : les données concernant la langue sont enregistrées uniquement dans le cadre d'un « relevé structurel » complémentaire. Ce relevé structurel a cela de problématique, s'agissant de la détermination de la proportion de Francophones par rapport au total de la population, qu'il s'effectue sur la base d'un échantillon (de 200 000 personnes). L'intervalle de confiance pour la catégorie « le français, mais pas l'allemand », qui pourrait vraisemblablement servir de base pour déterminer la minorité francophone, était de 8,0 pour cent pour les derniers relevés. Lors du relevé au 31 décembre 2010, 18 180 personnes ont été attribuées à cette catégorie par extrapolation. Ce qui donne une fourchette comprise entre 16 726 et 19 634 personnes. Autrement dit, la part effective de la population francophone par rapport à la population totale du cercle électoral pourrait se situer entre 12,53 et 14,7 pour cent (pour 18 180 personnes, elle est de 13,62%), et le nombre de sièges garantis, entre 3,26 dans le premier cas et 3,82 dans le second. Or, l'article 64, alinéa 3, 2^e phrase LDP prévoit que les décimales sont arrondies au chiffre supérieur à partir de cinq dixièmes. Dans le second cas de figure, le nombre de sièges garantis serait donc de quatre et pas de trois.

De plus, le relevé structurel n'est pas précis du fait que toutes les catégories de personnes ne sont pas d'emblée intégrées à l'étude (seuls les plus de 15 ans et les ménages privés le sont). De plus, les personnes interrogées peuvent indiquer plusieurs langues principales, avec pour conséquence que celles par exemple qui donnent le français et l'allemand comme langues principales tombent dans la catégorie « l'allemand et le français ». Selon les cas, il serait donc indiqué d'inclure également cette catégorie aux calculs, en plus de la catégorie « le français, mais pas l'allemand », ou en tout cas de procéder à la détermination de la population francophone selon le modèle du canton des Grisons²⁵. De plus, le relevé structurel n'est pas conçu pour déterminer les garanties de représentation politique, mais pour livrer des informations sociologiques, pour lesquelles l'exactitude des données revêt une moins grande importance.

Si le relevé des données doit avoir des conséquences juridiques, et s'il est mené sur la base d'un échantillon et pas de la population dans son ensemble, il faut justifier ce choix, en tout cas s'il en résulte une restriction des droits fondamentaux. Tel est le cas s'agissant de l'attribution de sièges du Grand Conseil à des cercles électoraux déterminés. La garantie des droits politiques énoncée à l'article 34, alinéa 2 Cst. implique que les résultats électoraux doivent refléter, de manière fidèle et sûre, la volonté librement exprimée de l'électorat²⁶. S'agissant de la répartition des sièges du parlement entre les cercles électoraux, le Tribunal fédéral considère que l'égalité de la force électorale garantit à l'électeur ou à l'électrice que son suffrage est décompté mais aussi qu'il contribue de la même manière que les autres au résultat électoral. Le rapport entre la population représentée et le nombre de sièges attribués

²⁴ Loi fédérale sur les droits politiques, RS 161.1.

²⁵ Cf. supra la réponse à la question 1. b).

²⁶ ATF 136 I 352 cons. 2, JdT I 75.

doit être si possible le même dans tous les cercles électoraux. L'attribution des sièges aux cercles électoraux ne doit se mesurer qu'aux chiffres de la population²⁷.

Autrement dit, pour être admissible, l'attribution de sièges à des cercles électoraux donnés ou la garantie de sièges au profit de certains groupements au sein d'un cercle électoral doit être fondée sur des données fiables. Un relevé structurel sur la base d'un échantillon de la population ne peut en aucun cas remplacer un relevé complet, d'autant moins qu'en l'occurrence il s'applique à une petite catégorie de population, 2500 habitants dans le cas d'Evilard. Les arguments d'efficacité et de coût plaidant en faveur du recours à des données existantes et contre un relevé propre ne justifient en rien qu'on ne se fonde pas sur un relevé complet. L'égalité en matière électorale et la foi dans les institutions démocratiques revêtiront toujours plus d'importance que les considérations pratiques.

Le fait d'accorder des garanties de sièges pouvant en outre constituer une brèche dans le principe de l'égalité des résultats²⁸ et cette entorse appelant justification, il faut en tous les cas s'assurer qu'il n'existe pas déjà en amont des distorsions par rapport à l'égalité de la force électorale. Et s'il ne s'agit justement « que » de garantir des sièges à une catégorie de population proportionnellement à la population totale, les données sur lesquelles on s'appuie doivent être irréprochables. Une question aussi épineuse du point de vue des principes démocratiques que l'application de quotas à la répartition des sièges du parlement exige que le relevé des données pertinentes se fasse auprès de chaque individu du groupe de référence considéré, en l'occurrence la population de Bienne et d'Evilard, voire du cercle électoral de Bienne-Seeland²⁹.

Réponse à la question : Le nombre de sièges garantis ne peut être déterminé sur la base du relevé structurel de l'OFS, il doit s'appuyer sur un relevé intégral.

3. Jugez-vous admissible de déterminer le nombre de sièges garantis au sens de l'article 64, alinéa 3 LDP en référence aux données des registres des habitants des communes concernant la langue de correspondance ?

L'allemand et le français sont les langues officielles de la région administrative du Seeland et de l'arrondissement administratif Biel/Bienne (art. 6, al. 2, lit. *b* ConstC). Les seules communes bilingues sont celles de Biel/Bienne et d'Evilard (art. 6, al. 3, lit. *a* ConstC). Toutes les personnes domiciliées dans ces deux communes doivent donc choisir entre l'allemand et le français pour la langue de correspondance. Ces indications fournies par les intéressés permettent à l'administration communale de les enregistrer comme Germanophones ou Francophones, ce qui est utile surtout pour l'envoi du matériel de vote et la correspondance.

²⁷ ATF 140 I 394 cons. 8.3.

²⁸ Cf. à ce sujet la réponse à la question 6. a).

²⁹ Concernant les groupes de référence susceptibles d'être considérés, cf. la réponse à la question 1. b).

Le fait pour une personne d'indiquer une langue de correspondance ne signifie pas nécessairement que c'est la seule langue qu'elle pratique. Toute personne bilingue devra ainsi choisir l'une des deux langues qu'elle maîtrise. Le fait de choisir une langue pour les échanges avec les autorités n'empêche pas la personne de pratiquer quotidiennement l'autre langue. Les critères de choix de la langue de correspondance varient d'une personne à l'autre et sont inconnus du canton. Le risque existe en particulier que les bilingues indiquent l'allemand par habitude, cette langue étant plus fortement présente dans la région.

La langue de correspondance ne présente pas de lien suffisant avec la représentation de la minorité francophone visée par le système des sièges garantis. Le choix du français comme langue de correspondance ne dit rien de l'appartenance subjective ou objective de la personne à la minorité francophone. Il n'existe en outre aucun lien avec l'élection démocratique du parlement. La détermination de la langue de correspondance facilite les formalités administratives tandis que la garantie de sièges conditionne considérablement l'issue de l'élection du Grand Conseil.

Si la langue de correspondance était le critère déterminant l'appartenance à la minorité francophone, on peut imaginer que la plupart des citoyens et des citoyennes n'auraient pas conscience, en choisissant la langue de leurs échanges avec les autorités communales, d'exercer une influence considérable sur le résultat de l'élection du Grand Conseil. Mais s'ils en avaient conscience, le potentiel de manipulation ne serait pas négligeable. Si l'on voulait envisager de se référer à la langue de correspondance, il faudrait édicter une base légale et informer les citoyens et les citoyennes des conséquences juridiques de leur choix.

La référence à la langue de correspondance n'est toutefois pas une méthode nouvelle : l'article 34, alinéa 2 LStP se réfère à langue d'inscription au registre électoral pour la composition du Conseil des affaires francophones du district bilingue de Bienne (CAF) (« dix au moins de ses membres sont inscrits au registre électoral en tant que francophones »). Il ne s'agit toutefois dans ce cas que de vérifier l'une des conditions d'éligibilité définies par la loi. L'inscription au registre électoral n'est pas une valeur numérique destinée à influencer l'issue d'une élection démocratique. De plus, les personnes élues connaissent cette condition et peuvent l'influencer.

Réponse à la question : Il n'est pas admissible actuellement de déterminer le nombre de sièges garantis en référence aux données des registres des habitants des communes concernant la langue de correspondance. Une base légale serait nécessaire pour ce faire. Toutefois, nous déconseillons cette option, compte tenu du fait que le lien entre le choix du français comme langue de correspondance et l'appartenance à la minorité francophone est trop ténu.

4. Quelle base statistique faut-il selon vous privilégier pour déterminer le nombre de sièges garantis ?

Le nombre de sièges garantis ne peut pas être déterminé en référence aux données du recensement de la population de 2000, ni à celles du relevé structurel de l'OFS ou à celles concernant la langue de correspondance. Il faut donc trouver une autre base statistique. Le gouver-

nement du canton des Grisons a opté pour un relevé intégral spécifique pour déterminer les langues officielles et les langues scolaires. Il a complété en conséquence l'ordonnance sur les langues en mai 2015.

Le canton procède à un relevé des données comparable à celui du recensement de la population de 2000, à la demande des communes qui présentent un écart de 10 points ou moins par rapport au seuil (de 40%) déterminant pour la qualification de commune romanchophone ou italophone et de celles qui présentent un écart de 10 points ou moins par rapport au seuil (de 20%) déterminant pour la qualification de commune plurilingue (art. 19a, al. 1 SpV). Pour les communes issues de la fusion de communes unilingues et/ou plurilingues avec des communes germanophones, les données sont recensées séparément dans le périmètre des anciennes communes ; pour que les données soient recensées, il faut toutefois que toutes les anciennes communes se situent dans la fourchette mentionnée (art. 19a, al. 2 SpV). Ces relevés peuvent être répétés au bout de dix ans au plus tôt (art. 19a, al. 4 SpV).

Réponse à la question : Le nombre de sièges garantis devra être déterminé en référence à des données recensées spécifiquement par le canton de Berne dans les communes de Bienne et d'Evilard. Les données du recensement de la population sont dépassées, celles du relevé structurel de l'OFS ne sont pas fiables et celles concernant la langue de correspondance ne présentent pas un lien suffisant avec l'appartenance à une communauté linguistique.

5. Le nombre de sièges garantis devrait-il éventuellement être défini dans la loi ?

Il existe des normes pour lesquelles la *Constitution exige expressément* la forme de la loi : ce sont les normes fondamentales et importantes du droit cantonal (art. 69, al. 4, 1^{re} phrase ConstC). Sont considérées notamment comme telles celles qui fixent les grandes lignes du statut juridique des particuliers, celles qui fixent l'objet des contributions publiques, le principe de leur calcul et le cercle des personnes qui y sont assujetties, à l'exception des émoluments peu élevés, celles qui déterminent le but, la nature et le cadre des prestations cantonales importantes, celles qui fixent les grandes lignes de l'organisation et des tâches des autorités et celles qui chargent le canton d'une nouvelle tâche durable (art. 69, al. 4, 2^e phrase ConstC).

L'article 64, alinéa 3 LDP est la norme édictée dans la forme de la loi qui règle le droit constitutionnel de la minorité francophone du cercle électoral de Bienne-Seeland à être équitablement représentée au Grand Conseil. Les articles 88 et 89 LDP renferment en outre des règles détaillées sur les transferts de sièges, soit le moyen technique d'assurer la représentation de la minorité francophone proportionnellement à la population totale. La loi laisse entendre suffisamment clairement que pour procéder à ces transferts, le Conseil-exécutif doit déterminer le nombre de sièges permettant d'assurer dans le cas d'espèce une représentation équitable. Définir le chiffre exact sur la base du recensement de la population de 2000 est un acte administratif d'exécution et rien d'autre. Le législateur est dès lors libre de fixer lui-même le nombre de sièges ou de laisser au Conseil-exécutif le soin de le faire.

Quant à savoir si, *politiquement*, il est judicieux de définir le nombre de sièges garantis dans la loi, tout dépend du but recherché. Si l'on veut défendre la minorité linguistique et garantir le statu quo, la fixation du nombre de sièges dans la loi est une solution.

Le canton de Berne pratique déjà ce système pour le cercle électoral du Jura bernois : la Constitution lui garantit douze sièges au Grand Conseil (art. 73, al. 3, 2^e phrase ConstC, disposition d'application à l'art. 64, al. 1 LDP). Il s'agit-là d'une garantie minimale qui n'est pas proportionnelle à la population de la région³⁰. Cette surreprésentation est délibérée. Par égard toutefois pour le principe de l'égalité en matière électorale, pareille réglementation appelle une justification nettement plus étoffée que celle prévoyant une représentation simplement proportionnelle.

Si toutefois la réglementation a expressément pour objectif d'assurer la défense de la communauté linguistique menacée dans un territoire donné, la surreprésentation peut dans certains cas se justifier. La défense de la communauté en question doit, des points de vue linguistique, culturel ou historique, primer l'absence de restriction des droits politiques. L'article 5, alinéa 1, 2^e phrase ConstC mentionne explicitement le statut particulier reconnu au Jura bernois : « Ce statut doit lui permettre de préserver son identité, de conserver sa particularité linguistique et culturelle et de participer activement à la vie politique cantonale ».

La minorité francophone du cercle électoral de Bienne-Seeland n'est quant à elle mentionnée que dans le contexte de l'élection du Grand Conseil (art. 73, al. 3, 3^e phrase ConstC) ; quant aux articles 4 et 6, alinéa 4 ConstC, ils ne l'évoquent qu'implicitement. Dans ces conditions, il faut partir du principe que la minorité francophone du cercle électoral de Bienne-Seeland ne doit être protégée « que » pour les aspects inhérents à la langue et non, comme le Jura bernois, pour les aspects inhérents à son identité. Grâce à la garantie de leurs droits politiques, les Francophones du cercle électoral de Bienne-Seeland bénéficient d'une protection en leur qualité de minorité linguistique ; mais les mesures que justifie cette protection sont forcément nettement moins radicales que celles prises pour protéger une communauté liée par la langue, la culture et l'histoire.

Le mécanisme des sièges garantis à la minorité francophone du cercle électoral de Bienne-Seeland ne constitue qu'indirectement une mesure de défense de la langue ; il a surtout pour vocation d'assurer la représentation politique de la population francophone de Bienne et d'Evilard. Si un statut particulier comparable à celui du Jura bernois devait lui être accordé, il faudrait réviser la Constitution cantonale.

Compte tenu des dispositions constitutionnelles en vigueur, la fixation du nombre de sièges garantis dans la loi aurait pour seul avantage d'instaurer plus de transparence par rapport à la fixation par décision du Conseil-exécutif. Mais le Grand Conseil devrait lui aussi pouvoir se référer à des données statistiques pour déterminer le nombre exact de sièges. Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit de tenir compte de l'évolution démographique effective. Si la proportion de population francophone baisse fortement, le Grand Conseil est contraint par la

³⁰ Cf. RICHTER (note 17), p. 637.

Constitution d'adapter la loi. Cette procédure nettement plus lourde que celle de l'arrêté du Conseil-exécutif, de surcroît soumise au référendum alors même que la marge politique est limitée, plaide politiquement contre la fixation du nombre de sièges garantis dans la loi. D'un autre côté, la délibération parlementaire éveillerait les consciences au but recherché par le mécanisme des sièges garantis à la minorité francophone de Bienne et d'Evilard.

Réponse à la question posée : La Constitution n'oblige pas à définir le nombre de sièges garantis dans la loi, mais cette option est admissible. La loi devrait toutefois être adaptée au fur et à mesure à l'évolution démographique, pour que la règle imposée par la Constitution d'une « représentation équitable » puisse être respectée. Nous déconseillons par conséquent de fixer le nombre de sièges garantis dans la loi. Si le mécanisme des sièges garantis se transformait en une mesure de défense de la minorité linguistique sans considération de l'évolution démographique, la Constitution cantonale devrait être révisée par analogie avec la réglementation prévue pour le Jura bernois.

6. La procédure d'attribution des sièges garantis selon les articles 88 et 89 LDP vous semble-t-elle licite et adéquate ?

a) Licéité

La garantie des droits politiques énoncée à l'article 34, alinéa 2 Cst. implique que les résultats électoraux doivent refléter, de manière fidèle et sûre, la volonté librement exprimée de l'électorat³¹.

L'article 34 Cst. concerne l'égalité en matière électorale, qui comporte trois aspects : *l'égalité de décompte, l'égalité de la force électorale et l'égalité des résultats*³².

La représentation « équitable » exigée par l'article 73, alinéa 3, 3^e phrase ConstC est précisée par l'article 64, alinéa 3 LDP comme étant une représentation de la minorité francophone proportionnelle à sa part de la population totale. Cette réglementation ne heurte ni le principe de l'égalité de décompte, ni celui de l'égalité de la force électorale, à condition que le nombre de sièges soit déterminé en référence à des données correctes³³. Si les Francophones conquièrent directement le nombre de sièges prévu par l'article 64, alinéa 3 LDP, le principe d'égalité des résultats n'est pas non plus entamé.

L'article 88, alinéa 1 LDP part toutefois du principe que les listes francophones n'obtiendront pas nécessairement le nombre de sièges prévu par l'article 64, alinéa 3 LDP à l'issue de la répartition ordinaire des sièges dans le cercle électoral bilingue de Bienne-Seeland et prévoit donc des transferts. Ce mécanisme porte atteinte à l'égalité des résultats. La volonté de

³¹ ATF 136 I 352, cons. 3.4.

³² ANDREAS KLEY, Politische Rechte, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (éd.), Staatsrecht, 2^e éd., Zurich/St-Gall 2015, § 42 n. 68.

³³ Cf. la réponse à la question 2.

l'électorat ne se reflète pas fidèlement dans la répartition des mandats. Ainsi, lors des trois dernières élections, des transferts ont été nécessaires pour que la minorité francophone du cercle électoral de Bienne-Seeland puisse continuer d'être représentée par trois personnes au Grand Conseil. Certains candidats ont ainsi obtenu un siège de député, alors qu'ils ont recueilli moins de suffrages que des candidats qui, en définitive, n'ont pas été élus.

La jurisprudence du Tribunal fédéral tolère toutefois dans une certaine mesure les restrictions de l'égalité des résultats lorsqu'elles sont justifiées objectivement³⁴. Plus l'écart par rapport à l'égalité des résultats est grand, plus les motifs invoqués en guise de justification doivent être importants³⁵. Les motifs justifiant une brèche dans le principe d'égalité des résultats peuvent être en particulier d'ordre historique, fédéraliste, culturel, linguistique ou religieux³⁶.

La protection de la minorité francophone de Bienne et d'Evilard par le mécanisme des transferts de sièges est réglée de manière détaillée dans la forme de la loi (art. 88 et 89 LDP) ; elle est l'expression d'un intérêt public sanctionné par le droit constitutionnel (art. 73, al. 3, 3^e phrase ConstC, art. 70, al. 2, 2^e phrase Cst.).

La protection de la minorité est en outre assurée de manière proportionnée. En témoigne principalement l'article 88, alinéa 2 LDP, selon lequel les transferts de sièges s'effectuent au sein des groupes de listes électorales francophones et germanophones d'un même groupement politique et ne doivent pas modifier le résultat de la répartition des sièges dans le cercle électoral. Le principe d'égalité des résultats a pour finalité que les forces politiques en présence puissent être représentées au parlement en fonction de leur force numérique³⁷. L'article 88 LDP porte atteinte à l'égalité des résultats non pas par rapport au choix des partis représentés au Grand Conseil, mais uniquement par rapport au choix des candidats au sein d'un même parti. La volonté de l'électorat est ainsi prise en compte autant que faire se peut, à la différence du système du siège du Conseil-exécutif garanti au Jura bernois (art. 84, al. 2, art. 85, al. 4 ConstC). Les seules restrictions concernent la possibilité de voter pour une liste déterminée au sein d'un groupe de listes apparentées du même parti et les possibilités de cumul et de panachage prévues par l'article 80 LDP.

Réponse à la question : Nous attestons la licéité de la procédure de transfert de sièges au sens des articles 88 et 89 LDP.

³⁴ ANDREAS GLASER, Politische Rechte, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (éd.), Staatsrecht, 2^e éd., Zurich/St-Gall 2015, § 42 n. 94 s.

³⁵ Arrêt du TF 1C_546/2014 du 9 décembre 2014, cons. 3.3.

³⁶ ATF 136 I 352, cons. 4.1; opinion plus stricte encore exprimée dans l'ATF 140 I 107, cons. 4.1, JdT 2014 I 227. Cf. également ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8^e éd. 2012, n 1380a.

³⁷ Arrêt du TF du 19 mars 2012, 1C_407/2011, 1C_445/2011, 1C_447/2001, cons. 5.3.

b) Adéquation

Politiquement, quelques doutes sont permis concernant l'adéquation du système des transferts. On peut ainsi se demander à quoi ils servent si le nombre de sièges garantis est de toute façon calculé proportionnellement, si l'électorat francophone peut parfaitement élire de lui-même le nombre requis de candidats et candidates francophones, mais ne le fait manifestement pas pour des raisons que le secret du vote ne permet pas d'explorer plus avant. Les transferts, à supposer que l'électorat en soit informé, ont quelque chose de paternaliste puisqu'ils viennent corriger un résultat erroné qui n'aurait pas dû se produire. On prête aux membres de la minorité francophone l'idée que les aspects linguistiques sont plus importants que les considérations politiques.

La règle selon laquelle les groupements politiques peuvent déposer, dans le cercle électoral de Bienne-Seeland, des listes de candidatures distinctes en fonction de la langue des candidats et candidates, listes qu'ils doivent apparenter (art. 70 LDP), est ambivalente. Premièrement, les critères qui poussent une personne à se porter candidate sur une liste germanophone ou sur une liste francophone ne sont pas clairement établis. La loi ne prévoit aucune règle à ce sujet. Les partis et les candidats et candidates ont ainsi des possibilités de manipulation.

Le système a en outre des effets indésirables. Certes, il est ainsi conçu que les sièges transférés à des Francophones restent acquis au parti. Mais, par ailleurs, la transparence faite sur la coloration linguistique des listes permettrait parfaitement aux électeurs et électrices de langue française de « voter francophone ». Mais, lors des derniers scrutins, ils ne l'ont manifestement pas fait. Fait aggravant, les partis peuvent aussi s'abstenir de déposer des listes distinctes. Les candidats et candidates francophones élus sur ces listes ne sont pas comptés dans les sièges garantis et les transferts concernent essentiellement les partis qui ont déposé des listes par langue.

Ce scénario s'est produit lors des dernières élections de 2014. Avant les transferts, la liste PS francophone avait obtenu un siège et une candidate UDC francophone avait été élue sur une liste mélangée. Mais des transferts ont ensuite été opérés au sein des listes PS et des listes PLR. Les électeurs et les électrices ont ainsi souhaité envoyer deux Francophones à Berne, la loi en réclame trois et ce sont en définitive quatre personnes de langue française qui ont été élues. Il s'agit-là d'un résultat incompréhensible pour l'électorat et peu probant pour la légitimité démocratique des personnes élues. De plus, les dispositions concernant les transferts resteraient lettre morte si aucun parti ne déposait de liste distincte par langue.

Réponse à la question : Les dispositions des articles 88 et 89 LPD concernant les transferts de sièges sont inadéquates du fait de leur caractère paternaliste et des effets indésirables pour le respect des principes démocratiques.

7. Existe-t-il des alternatives au mécanisme des sièges garantis au sens de l'article 73, alinéa 3 ConstC et/ou à celui des transferts de sièges au sens des articles 88 et 89 LDP ?

a) Sièges garantis

Avant de proposer des alternatives, examinons le droit d'autres cantons. La comparaison avec les autres cantons bilingues et plurilingues que sont Fribourg, le Valais et les Grisons ne fait toutefois guère avancer la réflexion. La Constitution du canton de Fribourg se borne à réclamer la « représentation équitable des régions du canton » au Grand Conseil (art. 95, al. 3, 2^e phrase ConstC FR)³⁸. Les aspects linguistiques ne sont toutefois pas explicitement mentionnés et la disposition constitutionnelle n'est pas précisée par la loi. La LEDP³⁹ ne renferme aucune disposition qui exigerait par exemple des sièges au Grand Conseil pour la minorité germanophone ou francophone des cercles électoraux bilingues de la Singine ou du Lac. De même, la constitution et la législation des cantons du Valais et des Grisons se bornent à énumérer les cercles électoraux, sans toutefois imposer de règle concernant la composition du Grand Conseil⁴⁰.

Dans le canton du Valais, le peuple a rejeté en juin 2015 une révision partielle de la Constitution cantonale, qui prévoyait de garantir aux deux (nouveaux) arrondissements germanophones de Brigue et de Viège 35 des 130 sièges du Grand Conseil. Ce nombre de 35 sièges était calculé en fonction de la part de Germanophones par rapport à la population totale, et serait resté inchangé même en cas de diminution de la population germanophone. Ce mécanisme de sièges garantis au Haut-Valais avait été proposé par crainte que la minorité germanophone de la région ne se retrouve dans un avenir proche sous-représentée au Grand Conseil du fait de l'évolution démographique. Il aurait été comparable au système appliqué à la minorité francophone du cercle électoral de Bienne-Seeland, mais aurait pu évoluer en un statut particulier sans rapport avec les chiffres de la population, similaire à celui du Jura bernois. C'est la rigidité de ce mécanisme qui est sans doute la cause principale du rejet du projet en votation populaire.

La Constitution de la commune bilingue (romanche et allemand) d'Ilanz/Glion dans les Grisons, une commune issue d'une fusion, contient des règles détaillées sur les langues officielles et les langues scolaires. Mais elle ne prévoit pas de mécanisme de sièges garantis dans les autorités communales. Elle précise simplement qu'aucun membre de l'une ou l'autre communauté linguistique ne peut être désavantagé ou exclu de la participation politique en raison de sa langue⁴¹.

La représentation minimale des communes d'avant la fusion est toutefois prévue à titre transitoire : pendant deux législatures au moins, le parlement se compose de dix membres de la

³⁸ Constitution du canton de Fribourg, RSF 10.1.

³⁹ Loi sur l'exercice des droits politiques (LEDP), RSF 115.1.

⁴⁰ Cf. art. 27 de la Constitution du canton des Grisons, BR 110.100; art. 2 de la loi sur le Grand Conseil (Gesetz über den Grossen Rat, Grossratsgesetz, GRG), BR 170.100 ; art. 84 de la Constitution du canton du Valais, RSV 101.1 ; art. 135 ss de la loi sur les droits politiques, RSV 160.1.

⁴¹ Art. 7, al. 2 de la Constitution communale d'Ilanz/Glion.

ville d'Ilanz, de deux membres de chacune des communes de Castrisch, Rueun, Ruschein et d'un membre de chacune des autres communes⁴². Etant donné que la langue officielle des anciennes communes est le romanche hormis Ilanz qui, elle, est germanophone, cette disposition constitutionnelle équivaut grosso modo à un mécanisme de sièges garantis. Mais les Germanophones et les Romanchophones n'étant pas confinés à des territoires déterminés en fonction de leur langue, le lien est relativement lâche. De fait, plusieurs personnes élues à Ilanz sont romanchophones. Etant donné que la qualification de l'ancienne ville d'Ilanz comme ville germanophone est une fiction motivée par des considérations historiques et politiques qui ne correspond en rien à la réalité mise en évidence par le recensement de la population de 2000, le cas l'Ilanz/Glion n'est pas du tout exemplaire. D'ailleurs le rapport entre l'allemand et le romanche n'est pas comparable à celui entre l'allemand et le français.

La situation linguistique du cercle électoral de Bienne-Seeland peut plutôt être rapprochée de celle de la région de Morat dans le district fribourgeois du Lac. La minorité francophone de la ville bilingue de Morat ne bénéficie toutefois d'aucun siège garanti. Rien n'est prévu non plus dans la convention conclue entre les communes de Courlevon, Jentes, Lourtens, Salvagny et Morat et qui entérine la fusion effective à partir de 2016. La minorité francophone n'y est même pas mentionnée et encore moins un mécanisme de sièges garantis. Etant donné qu'aucune des communes en question n'est majoritairement francophone, les sièges garantis temporairement à chacune des anciennes communes au conseil général (parlement communal) n'ont aucun effet sur la représentation francophone.

Réponse à la question : Rien dans la pratique d'autres cantons, voire de communes ne fait apparaître d'alternative valable au mécanisme de sièges garantis. Les cantons bilingues ou plurilingues de Fribourg, des Grisons et du Valais n'ont rien de ce genre. Les seuls mécanismes de sièges garantis sont ceux instaurés pour une période transitoire dans le cadre de fusion de communes au bénéfice des anciennes communes. Dans le cas des communes plurilingues, le lien avec la protection des minorités est parfois ténu.

b) Procédure de transferts de sièges

Si l'on observe ça et là dans les autres cantons des mécanismes de sièges garantis à la minorité linguistique, on ne trouve par contre aucune trace de transfert de sièges au profit d'une communauté linguistique déterminée, comparable à ce qui se pratique dans le cercle électoral de Bienne-Seeland. Le canton de Vaud a toutefois des arrondissements électoraux subdivisés en sous-arrondissements dans le but de parvenir à une répartition régionale plus précise. La base se trouve dans la Constitution cantonale⁴³. Sur les dix arrondissements, qui correspon-

⁴² Art. 60, al. 1 de la Constitution communale d'Ilanz/Glion.

⁴³ Art. 93, al. 2 et 3 de la Constitution du Canton de Vaud, RSV 101.01.

dent aux dix districts du canton, trois sont subdivisés en deux sous-arrondissements⁴⁴. L'arrondissement du Jura-Nord vaudois comprend ainsi les sous-arrondissements de La Vallée et d'Yverdon, l'arrondissement de Lausanne, les sous-arrondissements de Lausanne-Ville et de Romanel, et l'arrondissement de la Riviera-Pays-d'Enhaut, les sous-arrondissements du Pays-d'Enhaut et de Vevey. Les mandats sont répartis entre les arrondissements puis entre les sous-arrondissements en fonction des chiffres de la population⁴⁵.

La révision du droit électoral proposée par le Conseil d'Etat du canton de Fribourg prévoit désormais elle aussi une procédure de transfert de sièges, sans rapport toutefois avec la protection de la minorité linguistique. Cette réglementation a pour but, lors de la répartition inférieure, de corriger les écarts éventuels par rapport à la proportionnalité résultant du groupement des cercles électoraux de la Glâne et de la Veveysse destiné à faire descendre le niveau du quorum naturel (répartition supérieure). Il est également prévu que les partis présentent des listes groupées parallèlement dans les deux cercles électoraux. La répartition inférieure des sièges obtenus dans le groupe de cercles à l'issue de la répartition supérieure se déroule selon une procédure similaire à celle du double Pukelsheim⁴⁶. Etant donné que deux cercles seulement sont concernés, le système est nettement moins complexe que dans les cantons où la méthode biproportionnelle est appliquée à l'ensemble du territoire⁴⁷. D'ailleurs, le Conseil d'Etat utilise à juste titre l'expression de « mini-Pukelsheim »⁴⁸.

Ce modèle présenterait de l'intérêt pour le cercle électoral de Bienne-Seeland uniquement si le sous-cercle du Seeland comptait moins de dix mandats. Les sièges devraient alors être répartis entre les partis en fonction des résultats obtenus à l'échelle du cercle électoral. La répartition affinée entre les deux sous-cercles prendrait alors la forme d'une répartition inférieure.

Plusieurs éléments plaident en faveur d'une solution s'inspirant du modèle vaudois des sous-cercles électoraux et tenant compte du mécanisme de transfert prévu par le Conseil d'Etat fribourgeois :

- La garantie constitutionnelle au sens de l'article 73, alinéa 3, 3^e phrase ConstC, relayée par les dispositions de l'article 64, alinéa 3 LDP, serait respectée si l'on part du principe que la minorité francophone du sous-cercle de Bienne obtiendra au minimum trois des 15 sièges. La solution proposée ici dépend dès lors de la condition restrictive que la minorité francophone obtienne le nombre de sièges auxquels elle a droit en fonction de la part de sa population au total de la population du sous-cercle électoral de Bienne, soit l'ancien district de Bienne composé des communes de Bienne et d'Evilard, « par ses propres moyens », sans avoir besoin d'un mécanisme de garantie.

⁴⁴ Art. 45a de la loi sur l'exercice des droits politiques (LEDP), RSV 160.01

⁴⁵ Art. 46 et 46a LEDP VD.

⁴⁶ Message 2013-DIAF-73 11.03.2014 du Conseil d'Etat au Grand Conseil accompagnant deux projets de loi modifiant la législation en matière de droits politiques (adaptations diverses ; groupe de cercles électoraux), p. 43 s.

⁴⁷ ANDREAS KLEY, *Demokratisches Instrumentarium*, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (éd.), *Staatsrecht*, 2^e éd., Zurich/St-Gall 2015, § 24 n. 103 ss.

⁴⁸ Message (note 46), p. 44.

- Etant donné que dans un sous-cercle électoral à 15 ou onze mandats, la clause de barrage naturelle ne serait pas trop élevée et qu'ainsi, aucun correctif ne serait nécessaire pour respecter la Constitution⁴⁹, on pourrait dans un premier temps renoncer aux transferts selon le modèle fribourgeois et se contenter de s'aligner sur le modèle vaudois. Si le nombre de mandats du sous-cercle du Seeland devait descendre à neuf, on pourrait reprendre la solution choisie par le canton de Fribourg pour les cercles de la Glâne et de la Veveyse (« mini-Pukelsheim »).
- Pour créer des sous-cercles électoraux, il suffirait de modifier l'article 63 LDP. Il ne serait pas nécessaire, comme dans le canton de Vaud, de réviser la Constitution cantonale, puisqu'il s'agirait d'une *lex specialis* ne concernant que le cercle électoral de Bienne-Seeland et découlant de l'article 73, alinéa 3, 3^e phrase ConstC. Certes, la possibilité de créer des sous-cercles électoraux ne serait pas prévue expressément dans la Constitution, contrairement au canton de Vaud (art. 93, al. 2 et 3 ConstC VD) ; mais la Constitution bernoise n'exclut pas la création de sous-cercles électoraux. A la différence de la Constitution fribourgeoise par exemple qui, à l'article 95, alinéa 3, fixe à huit le nombre maximal de cercles du canton, l'article 73, alinéa 2 ConstC BE prévoit en effet que c'est la loi qui fixe le découpage des cercles électoraux (et leur nombre). Nul besoin donc de se demander, comme à Fribourg, si la Constitution s'oppose à la subdivision des cercles électoraux, la loi fondamentale fribourgeoise fixant en effet à huit le nombre des cercles électoraux⁵⁰.
- Les règles opaques des articles 88 et 89 LDP concernant les transferts de sièges pourraient être remplacées par des dispositions plus transparentes concernant l'attribution des sièges aux sous-cercles électoraux en fonction des chiffres de la population.
- Le recensement complet de la minorité francophone nécessaire pour déterminer sa force numérique, une procédure absorbante et coûteuse, ne serait plus indispensable. Il suffirait de procéder à un contrôle de plausibilité en référence aux données du relevé structurel de l'OFS pour vérifier le respect de l'article 73, alinéa 3, 3^e phrase ConstC et de l'article 64, alinéa 3 LDP dans le sous-cercle électoral de Bienne auquel des sièges ont été attribués sur la base de chiffres de la population fiables.

Réponse à la question : La procédure de transfert de sièges pourrait être remplacée par le partage du cercle électoral de Bienne-Seeland en deux sous-cercles, Bienne et Seeland. Ce système pourrait être mis en place par une révision de la loi sur les droits politiques s'inspirant du modèle vaudois et ne nécessitant pas de révision constitutionnelle. Les garanties profitant à la minorité francophone de Bienne et d'Evilard ne seraient pas entamées.

⁴⁹ Voir la réponse à la question 8.

⁵⁰ Cf. message (note 46), p. 19.

8. La solution pourrait-elle consister à scinder le cercle électoral de Bienne-Seeland en deux cercles ?

Du point de vue juridique, le partage des cercles électoraux soulève la question de la clause de barrage naturelle⁵¹. Le maximum de dix pour cent défini par la jurisprudence du Tribunal fédéral empêche en principe le découpage de cercles électoraux à moins de dix mandats, faute de quoi l'égalité des résultats, l'un des aspects de l'égalité en matière électorale au sens de l'article 34 Cst., ne serait pas respectée. Le dépassement de cette clause de barrage doit être justifié. Le découpage de deux cercles électoraux distincts respecterait, en l'état actuel des choses, la jurisprudence du Tribunal fédéral : le cercle électoral de Bienne compterait 15 sièges, celui du Seeland, onze. Mais si ce dernier venait à perdre deux sièges, il faudrait de nouveau rapidement réviser la loi.

L'introduction de la méthode biproportionnelle permettrait d'atténuer ce risque, puisque dans ce cas, la répartition des sièges entre les partis respecte celle faite à l'échelle du canton. La clause de barrage naturelle trop faible du cercle électoral du Seeland ne porterait donc pas atteinte à l'égalité des résultats et le cercle pourrait être maintenu tel quel. Toutefois, aucune majorité politique ne semble se dessiner dans un avenir proche en faveur de l'abandon de la méthode de Hagenbach-Bischoff⁵².

Le principe d'égalité des résultats demande en outre qu'un territoire électoral fermé, en l'occurrence le canton de Berne, soit découpé en cercles électoraux de taille si possible égale⁵³. Les cercles électoraux du canton de Berne comptent entre douze et 26 sièges. Le découpage des deux nouveaux cercles électoraux, avec 15 et onze sièges respectivement, se situerait donc dans la fourchette actuelle. D'ailleurs, le cercle électoral de Bienne-Seeland est actuellement et de loin le plus grand cercle.

Du point de vue politique, relevons que le cercle électoral de Bienne-Seeland n'a été créé qu'en 2006, lors de la réforme des cercles électoraux, et qu'il n'a donc servi que trois fois pour l'élection du Grand Conseil (2006, 2010, 2014). Cette réforme, adoptée à une nette majorité par le peuple le 22 septembre 2002, semble avoir donné globalement de bons résultats jusqu'à maintenant. Sachant que le droit électoral appelle des règles du jeu claires, nous conseillons un nouveau découpage des cercles électoraux. En revanche, le partage du cercle électoral de Bienne-Seeland en deux sous-cercles, sur le modèle vaudois, mérite réflexion.

Réponse à la question : Le partage de l'actuel cercle électoral en deux cercles, Bienne et Seeland, est juridiquement admissible puisque la clause de barrage naturelle de ces deux nouvelles circonscriptions ne serait pas trop élevée. Politiquement, la modification d'un décou-

⁵¹ GLASER (note 34), § 42 n. 92.

⁵² Cf. le postulat 029-2007 Kast/Löffel « Election du Grand Conseil : application de la méthode biproportionnelle de répartition des sièges » et la motion subséquente 175-2007 Kast/Löffel « Application de la méthode biproportionnelle de répartition des sièges à l'élection du Grand Conseil », Journal du Grand Conseil du canton de Berne 2007, p. 312 à 318, 2008, p. 3 à 13.

⁵³ Cf. à ce sujet PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3^e éd., Berne 2011, § 52 n. 56d.

page qui en principe a fait ses preuves n'est toutefois pas recommandée. Il faut en revanche envisager la subdivision en deux sous-cercles électoraux.

9. Avez-vous d'autres remarques ?

La Constitution bernoise pose à l'article 73, alinéa 3, 3^e phrase une exigence importante, celle de la représentation équitable de la minorité francophone du cercle électoral de Bienne-Seeland. Cette disposition s'inscrit dans la droite ligne de l'article 70, alinéa 2, 2^e phrase Cst. selon lequel, afin de préserver l'harmonie entre les communautés linguistiques, les cantons veillent à la répartition territoriale traditionnelle des langues et prennent en considération les minorités linguistiques autochtones. Se référer à la part de la population francophone par rapport à la population totale pour déterminer le nombre de sièges garantis, comme le prévoit l'article 64, alinéa 3 LDP, semble être une solution parfaitement défendable.

Cette réglementation, constitutionnellement irréprochable, se réfère toutefois à une réalité sociale de plus en plus complexe et à des données de moins en moins fiables pour ce qui est du classement des individus dans une catégorie linguistique clairement définie. Compte tenu de la mobilité sociale, les données du recensement de la population de 2000 sont dépassées ; quant au relevé structurel de l'OFS, il ne satisfait pas aux exigences de légitimité démocratique. La langue de correspondance n'est pas un indicateur permettant de définir l'appartenance à une communauté linguistique. Pour obtenir des chiffres empiriques fiables, le canton de Berne devrait, pour être en règle avec la Constitution, procéder à un relevé spécifique complet de la réalité linguistique à Bienne et à Evilard et, éventuellement, dans l'ensemble du cercle électoral de Bienne-Seeland.

Cette situation devrait être l'occasion de réfléchir à la finalité du mécanisme des sièges garantis. S'il s'agit d'assurer la protection et la défense d'une catégorie de population classique, il faudrait envisager de fixer dans la Constitution le nombre de siège garantis comme c'est le cas pour le Jura bernois. Si, par contre, il s'agit uniquement de défendre les intérêts politiques des Francophones, on devrait se demander si la mise en œuvre de l'article 73, alinéa 3, 3^e phrase ConstC ne doit pas être laissée au libre jeu des forces politiques, la disposition constitutionnelle ayant alors une fonction d'appel comme l'article 175, alinéa 3 Cst. Cette option serait grandement facilitée par la subdivision, par la voie législative, du (grand) cercle électoral de Bienne-Seeland en deux sous-cercles. La protection des minorités se mettrait ainsi en place d'elle-même, harmonieusement.

Si les communes de Moutier, Belpnahon et Grandval devaient quitter le canton de Berne en 2017, les douze sièges garantis au Jura bernois devraient être remis en cause du fait de cette saignée démographique. C'est donc au plus tard à ce moment-là que devrait s'ouvrir le débat sur la représentation de la minorité francophone du cercle électoral de Bienne-Seeland. Il se pourrait que même dans ce contexte, la variante du sous-cercle électoral de Bienne apparaisse comme une solution d'avenir pragmatique.