



Avis de droit n°7 demandé par la commission thématique 3: "Institutions: les trois pouvoirs"

Mandat de député au Grand Conseil et incompatibilités

Introduction	1
1. Articles 73 et 74 de la Constitution genevoise	2
2. Projets de loi sur les incompatibilités	3
3. Serment de la police (LSer)	4
4. Restriction des droits politiques du corps de police	5
Conclusion	7
Références	8

Introduction

L'élaboration des dispositions constitutionnelles relatives au Grand Conseil pose la question des cas d'incompatibilités avec le mandat de député au Grand Conseil. Au sein de la commission thématique 3, cette problématique a notamment été abordée sous l'angle des corps qui prêtent serment devant le Conseil d'Etat, et plus particulièrement les fonctionnaires de police.

Il s'agira tout d'abord de retracer brièvement l'évolution des cas d'incompatibilité prévus pour le mandat de député au Grand Conseil dans la Constitution genevoise (1). Dans un deuxième temps, nous verrons les derniers projets de loi présentés dans ce domaine (2). Troisièmement, nous analyserons le contenu du serment des fonctionnaires de police et ses implications que nous comparerons brièvement aux autres serments prévus par la loi sur les prestations de serment (3). En dernier lieu, nous considérerons la question de l'incompatibilité entre le mandat de député au Grand Conseil et l'appartenance au corps de police (4).

Dans le cadre des incompatibilités, il convient de préciser, à titre introductif, ce qu'est l'incompatibilité et en quoi celle-ci se distingue de l'inéligibilité.

Tout d'abord, l'inéligibilité implique l'impossibilité même de se faire élire. L'éligibilité désigne donc l'aptitude à être valablement élu.¹ L'incompatibilité, quant à elle, désigne l'impossibilité non pas de se faire élire mais d'exercer conjointement deux fonctions. L'inéligibilité élimine alors d'entrée de jeu une catégorie de personnes et exclut leur candidature², alors que l'incompatibilité met, une fois l'élection réalisée, un groupe de personnes devant un choix de fonction. En définitive, l'inéligibilité est une cause d'invalidation, l'élection n'ayant pas d'effet, alors que l'incompatibilité n'empêche pas une élection valable.³

¹ AUBERT, ad art. 143, p. 1128.

² LÜTHI, ad art. 143, in Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, p. 2268.

³ AUBERT, ad art. 144, p. 1132.

1. Articles 73 et 74 de la Constitution genevoise

Les cas d'incompatibilités avec le mandat de député au Grand Conseil genevois ont été introduits en 1901 dans la Constitution suite à une initiative populaire acceptée par le corps électoral.⁴ Avant la votation du 29 novembre 1998 et la modification des articles 73 et 74, ces dispositions n'avaient pas subi de révision notable.⁵

Ainsi, avant la révision adoptée par 61,6% des votants genevois, le 29 novembre 1998⁶, le principe des incompatibilités inscrit dans la Constitution genevoise était réglé dans les articles 73 et 74 dont la teneur était la suivante:

Article 73 de la Constitution

Le mandat de député au Grand Conseil est incompatible avec toute fonction publique à laquelle est attribué un traitement permanent de l'Etat.

Article 74 de la Constitution

¹ Les fonctions de conseiller d'Etat, comme celles de magistrats de l'ordre judiciaire, à l'exception des juges suppléants et des juges des conseils des prud'hommes, sont incompatibles avec le mandat de député au Grand Conseil.

² Les conseillers d'Etat et les magistrats de l'ordre judiciaire dont les fonctions sont incompatibles en conformité de l'alinéa 1 ci-dessus sont néanmoins éligibles au Grand Conseil mais doivent, après les élections, opter entre les deux mandats.

La règle de l'article 73 de la Constitution instituait une incompatibilité générale entre le mandat de député au Grand Conseil et la fonction publique.⁷

Avec la votation du 29 novembre 1998, l'article 73 de la Constitution a été abrogé et l'article 74 a été modifié comme suit:

Article 74 de la Constitution après la votation du 29 novembre 1998:

¹ Sont incompatibles avec le mandat de député les fonctions:

- a. de conseiller d'Etat et de chancelier d'Etat;
- b. de collaborateur de l'entourage immédiat des conseillers d'Etat et du Chancelier d'Etat;
- c. de collaborateur du Service du Grand Conseil;
- d. de cadre supérieur de la fonction publique;
- e. de magistrat du pouvoir judiciaire, à l'exception des juges suppléants et des juges prud'hommes.

² Les personnes concernées par l'alinéa 1 sont néanmoins éligibles mais doivent, après les élections, opter entre les deux mandats.

La règle générale d'incompatibilité entre le mandat de député au Grand Conseil a ainsi été supprimée au profit d'une liste d'incompatibilités visant uniquement certaines catégories de personnes de la fonction publique. Il s'agissait d'un contre-projet à l'initiative "Pour des fonctionnaires à part entière" qui demandait l'abrogation de l'article 73 sans pour autant impliquer la révision de l'article 74 de la Constitution.⁸

⁴ BEAUSIRE, La constitution genevoise et ses modifications annotées, p. 210.

⁵ *Idem*, p. 210 ss.

⁶ Voir www.ge.ch/votations/19981129/index.asp consulté le 16.02.10.

⁷ Pour plus de détails sur l'étendue de cette incompatibilité voir BUFFAT, Les incompatibilités, p. 54-55.

⁸ GASSMANN, L'incompatibilité entre le statut de fonctionnaire et la fonction parlementaire: une longue histoire, p. XVIII.

En 2005, lors de la votation portant sur la loi constitutionnelle instituant la Cour des comptes, une incompatibilité a été rajoutée pour les magistrats de cette Cour.

La dernière modification apportée à l'article 74 de la Constitution a été acceptée en votation populaire le 24 septembre 2006 et a eu pour conséquence la suppression de l'exception prévue à la lettre e de l'alinéa premier de l'article 74.

Tel qu'il figure actuellement dans la Constitution genevoise, l'article 74 a la teneur suivante:

Art. 74 de la Constitution

¹ Sont incompatibles avec le mandat de député les fonctions :

- a) de conseiller d'Etat et de chancelier d'Etat;
- b) de collaborateur de l'entourage immédiat des conseillers d'Etat et du chancelier d'Etat;
- c) de collaborateur du service du Grand Conseil;
- d) de cadre supérieur de la fonction publique;
- e) de magistrat du pouvoir judiciaire;
- f) de magistrat de la Cour des comptes.

² Les personnes concernées par l'alinéa 1 sont néanmoins éligibles mais doivent, après les élections, opter entre les deux mandats.

Ces mêmes incompatibilités sont reprises dans la loi portant règlement du Grand Conseil.⁹

2. Projets de loi sur les incompatibilités

Suite au vote populaire de septembre 2006, les cas d'incompatibilités ont encore animé le débat au sein du Grand Conseil. En effet, un projet de loi modifiant la loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève avait été déposé le 16 mars 2006 avant même que la dernière votation sur le cas des incompatibilités ne soit organisée. Ce projet visait à introduire l'incompatibilité avec le mandat de député, des membres de la fonction publique soumis par un serment particulier à une obligation d'obéissance envers le Conseil d'Etat.¹⁰ Ce projet débattu par le Grand Conseil a été rejeté en premier débat.¹¹

Le débat sur les incompatibilités a été relancé ces derniers temps avec la présentation d'un projet de loi en février 2010 visant à inscrire l'incompatibilité "des membres de la fonction publique dotés de pouvoir d'autorité qui sont soumis par serment à une obligation de subordination envers le Conseil d'Etat"¹² dans la Constitution cantonale ainsi que dans la loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève. Dans l'exposé des motifs du projet, il ressort clairement que les fonctionnaires de police sont visés par le projet de loi. Leur serment est mis en avant pour justifier la subordination de la police au pouvoir exécutif et laquelle serait "liée au devoir particulier d'obéissance au Conseil d'Etat".¹³ Nous verrons ci-dessous le contenu du serment des fonctionnaires de police et son implication en termes de devoir de fidélité et de subordination.

⁹ Art. 21 LRG (B 1 01).

¹⁰ Art. 1 PL 9820.

¹¹ Mémorial du Grand Conseil, 56^{ème} législature, 1^{ère} année, session 12 (octobre 2006), séance 61 du 13.10.2006 à 20h30.

¹² Article 1 du projet de loi modifiant l'article 74 de la Constitution genevoise.

¹³ Projet de loi déposé en février 2010, p. 4.

Dans la foulée de ce nouveau projet de loi, un autre projet a été annoncé visant, quant à lui, à exclure du Grand Conseil tout fonctionnaire. Il s'agirait là de revenir à la situation qui prévalait avant la votation de 1998.¹⁴

3. Serment de la police (LSer)

La loi sur la prestation des serments précise la teneur du serment des fonctionnaires de police qui est le suivant¹⁵:

« Je jure ou je promets solennellement :

- d'être fidèle à la République et canton de Genève;
- de remplir avec dévouement les devoirs de la fonction à laquelle je suis appelé;
- de suivre exactement les prescriptions relatives à mon office qui me seront transmises par mes supérieurs dans l'ordre administratif;
- de garder le secret de fonction sur toutes les informations que la loi ou les instructions reçues ne me permettent pas de divulguer;
- de dire, dans les rapports de service, toute la vérité sans faveur ni animosité;
- et, en général, d'apporter à l'exécution des travaux qui me seront confiés, fidélité, discrétion, zèle et exactitude. »

Le serment des fonctionnaires de police contient une promesse de fidélité envers la République mais non pas directement envers le Conseil d'Etat. Ce devoir de fidélité ne diffère pas du serment qui est prévu pour les fonctionnaires et employés de l'administration cantonale devant être assermentés. En effet, ces derniers doivent également jurer ou promettre d'être fidèles à la République et canton de Genève¹⁶ (voir par exemple le serment des fonctionnaires fiscaux)¹⁷. Le serment des fonctionnaires de police ne contient donc pas un devoir de fidélité au Conseil d'Etat en particulier qui le distinguerait des autres serments.

Quant à l'obligation de suivre les prescriptions relatives à leur office transmises par leurs supérieurs dans l'ordre administratif, il convient de préciser que les policiers se trouvent sous les ordres du chef ou de la cheffe de police et que le Conseil d'Etat n'est pas leur chef direct.

S'il est vrai que la loi sur la police indique que "tous les services de police sont placés sous l'autorité du conseiller d'Etat chef du département des institutions" (suite au remaniement des départements, il s'agit actuellement du département de la sécurité, de la police et de l'environnement)¹⁸, il n'en demeure pas moins que le serment des fonctionnaires de police ne contient pas, en tant que tel, un devoir d'allégeance particulier envers le Conseil d'Etat qui justifierait une distinction entre les fonctionnaires de police et les autres employés de l'administration appelés à prêter serment.

¹⁴ Tribune de Genève du 11 février 2010.

¹⁵ Art. 4 al. 3 LSer (A 2 15).

¹⁶ Art. 4 al. 1 LSer (A 2 15).

¹⁷ Voir art. 4 al. 2 LSer (A 2 15), art.

¹⁸ Art. 1 LPol (F 1 05).

4. Restriction des droits politiques du corps de police

La notion de droits politiques comprend plusieurs aspects. Il s'agit du droit de vote, du droit d'élire et d'être élu, du droit de signer et de déposer des initiatives populaires, de demander des référendums et du respect du droit de vote.¹⁹

La limitation du droit d'être élu de certaines catégories de personnes constituerait donc une limitation aux droits politiques de celles-ci.

On relève de la jurisprudence du Tribunal fédéral que: "Les cantons sont en principe libres d'établir les règles d'incompatibilités qui leur paraissent opportunes, compte tenu des circonstances. Ces règles peuvent trouver leur fondement dans le principe de la séparation des pouvoirs; elles peuvent aussi être motivées pour d'autres raisons, telles que l'intérêt ou l'indépendance d'une fonction".²⁰

Du message concernant la garantie de la Constitution genevoise révisée en 1998, il ressort que la compétence en matière de droits politiques cantonaux est dévolue aux cantons qui "peuvent notamment définir les cas d'incompatibilité entre diverses charges et fonctions politiques cantonales, en particulier pour réaliser le principe de la séparation des pouvoirs. Dans l'exercice de cette compétence, ils sont toutefois tenus de respecter certaines règles matérielles fédérales, en particulier de principe d'égalité de l'art. 4 cst."²¹ ainsi que ceux de l'intérêt public prépondérant et de la proportionnalité des restrictions portées aux droits politiques".²²

En d'autres termes, une limitation du droit d'être élu n'est pas exclue d'emblée, mais celle-ci doit tout de même répondre à certains critères pour être valable.

Sous l'angle de l'intérêt public, le respect du principe de la séparation des pouvoirs est invoqué pour justifier une restriction des droits politiques des fonctionnaires de police. Ce principe implique d'une part, le partage du pouvoir étatique entre plusieurs organes distincts et d'autre part, celui-ci vise à empêcher que les différents pouvoirs de l'Etat puissent être détenus par les mêmes personnes.²³

Au regard du principe de la séparation des pouvoirs, la question du policier-député doit être considérée du point de vue de l'appartenance au pouvoir législatif et au pouvoir exécutif dans la mesure où la fonction de policier requiert l'application de la loi et donc son exécution alors que le rôle du député est l'élaboration des lois. Il est vrai que lors de leur prestation de serment les fonctionnaires de police promettent de suivre exactement les prescriptions relatives à leur office qui leur seront transmises par leurs supérieurs dans l'ordre administratif. Cependant, il n'en ressort pas un devoir de fidélité explicite et direct envers le Conseil d'Etat. Par ailleurs, de la loi sur la police il ressort que "tous les services de police sont placés sous l'autorité du conseiller d'Etat chef du département des instructions".²⁴ Toutefois, il faut noter que tout fonctionnaire de police ne dispose pas d'un rang élevé dans la hiérarchie et que son pouvoir de décision n'est alors pas relevant. En ce sens, si un fonctionnaire de police exécute certes la loi, il n'en demeure

¹⁹ TORNAY, La démocratie directe saisie par le juge, p. 8.

²⁰ Arrêt P 378/82 du 9 février 1983, Sutter-Pleines, Schneider-Rimes et Meyll.

²¹ Actuel article 8 de la Constitution fédérale de 1999 (RS 101):

¹ Tous les êtres humains sont égaux devant la loi.

² Nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique.

³ L'homme et la femme sont égaux en droit. La loi pourvoit à l'égalité de droit et de fait, en particulier dans les domaines de la famille, de la formation et du travail. L'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale.

⁴ La loi prévoit des mesures en vue d'éliminer les inégalités qui frappent les personnes handicapées

²² FF 1999 4981.

²³ Au sujet de la séparation des pouvoirs voir AUER, MALINVERNI, HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, L'Etat, p. 599 ss.

²⁴ Art. 1 LPol (F 1 05).

pas moins qu'il ne dispose pas d'un pouvoir décisionnel important qui lui laisserait une marge de manœuvre susceptible d'entraîner un conflit avec une activité parlementaire. Dans ce cas, l'on pourrait admettre que la séparation des pouvoirs n'est pas atteinte. Par ailleurs, comme les officiers n'ont pas la possibilité de faire de la politique, les personnes gradées au sein de la police ne pourront pas être élues au Grand Conseil, ce qui limite la possibilité d'être député et policier aux seuls membres de la police non-gradés.²⁵ La séparation des pouvoirs n'est alors pas directement mise en cause par le cumul de fonction de député et de fonctionnaire de police. Le respect du principe de la séparation des pouvoirs serait donc difficilement remis en cause.

Sous l'angle du principe de l'égalité de traitement qui interdit que des distinctions qui ne reposent pas sur un motif objectif et pertinent soient opérées²⁶, il semble qu'il n'est pas admissible d'opérer une distinction uniquement pour les fonctionnaires de police puisque celle-ci ne reposerait pas sur des motifs sérieux.²⁷

En effet, comme nous l'avons vu, le serment des fonctionnaires de police ne permet pas de fonder un devoir de fidélité particulier envers le Conseil d'Etat. Il reste encore à savoir si la subordination du corps de police au conseiller d'Etat en charge du département pourrait être évoquée.²⁸ A cet égard, il convient d'indiquer que le corps de police n'est pas le seul à être soumis à cette subordination. Si l'on se réfère à la loi sur l'instruction publique à la teneur de laquelle: "La direction et l'administration de l'instruction publique appartiennent au Conseil d'Etat et, sous la surveillance de ce corps, au département chargé de l'instruction publique", les enseignants se trouvent également dans un rapport spécial avec le Conseil d'Etat.²⁹ En conséquence, une limitation du droit d'être élu des policiers uniquement ne trouverait pas de justification pour de justes motifs.

Il reste à savoir si lorsqu'un fonctionnaire de police se trouve dans l'enceinte du Grand Conseil, ses interventions ne doivent pas être limitées lorsque le corps législatif traite des objets en lien avec la police.

Ce cas de figure est réglé par la loi. Il n'est pas prévu uniquement pour les fonctionnaires de police, mais pour tout député se trouvant face à un conflit d'intérêt. Ainsi, l'article 24 de la loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève est rédigé comme suit:

Art. 24 loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève:

Dans les séances du Grand Conseil et des commissions, les députés qui, pour eux-mêmes, leurs ascendants, descendants, frères, sœurs, conjoint, partenaire enregistré, ou alliés au même degré, ont un intérêt personnel direct à l'objet soumis à la discussion, ne peuvent intervenir ni voter, à l'exception du budget et des comptes rendus pris dans leur ensemble.

Les conflits d'intérêts sont alors réglés par la loi. Le respect de cette règle fait appel à la discipline de chaque député. Savoir si cette disposition est respectée dans les faits et si elle permet réellement d'éviter les conflits d'intérêts qui peuvent se poser (pas uniquement pour les députés-policiers) est une autre question. Une adaptation de cette disposition législative pourrait présenter l'avantage de régler peut-être de manière plus contraignante la gestion des cas de conflits d'intérêts. Ce dernier point relève néanmoins d'une problématique de rang législatif. Relevons toutefois que le Tribunal fédéral a annulé une disposition législative du canton de Schaffhouse qui prévoyait un devoir général de récusation des parlementaires au service de l'Etat.³⁰

²⁵ PL 9820-A, p. 5.

²⁶ AUBERT, ad art. 8, p. 75.

²⁷ Au sujet du principe d'égalité, voir AUER, MALINVERNI, HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Les droits fondamentaux, p. 475 ss et GRISEL, Les garanties de la Constitution fédérale du 18 avril 1999.

²⁸ Art. 1 LPol (F 1 05).

²⁹ Art. 1 LIP (C 1 10).

³⁰ ATF 123 I 97=RDAF 1998 I 424.

Conclusion

En conclusion, au regard du serment des fonctionnaires de police qui n'implique pas un devoir de fidélité direct envers le Conseil d'Etat, ainsi que de la position hiérarchique des personnes concernées par une éventuelle incompatibilité, une mesure visant uniquement les fonctionnaires de police pourrait être contestable sous l'angle de l'égalité de traitement si l'on considère que ceux-ci ne disposent pas de pouvoir décisionnel dans leur fonction de police et que, s'ils sont chargés d'exécuter la loi, ils ne participent pas au processus décisionnel.

Quant à la relation spéciale de la police au conseiller d'Etat en charge du département, il n'est pas inutile de mentionner le cas de l'instruction publique qui est directement liée, selon la loi au Conseil d'Etat. Ainsi: "La direction et l'administration de l'instruction publique appartiennent au Conseil d'Etat et, sous la surveillance de ce corps, au département chargé de l'instruction publique".³¹ Si la question du lien entre les fonctionnaires de police (indépendamment de la question de la séparation des pouvoirs) et le Conseil d'Etat devait être posée, les mêmes considérations pourraient être avancées pour les enseignants par exemple.

³¹ Art. 1 LIP (C 1 10).

Références

AUBERT Jean-François/MAHON Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Schulthess, Zurich, Bâle, Genève, 2003.

AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel, Droit constitutionnel suisse, L'Etat, Stämpfli, Berne, 2006.

AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel, Droit constitutionnel suisse, Les droits fondamentaux, Stämpfli, Berne, 2006.

BEAUSIRE Pierre, La constitution genevoise et ses modifications annotées, Georg, Genève, 1979.

BUFFAT Malek, Les incompatibilités, Chabloz, Tolochenaz, 1987.

EHRENZELLER Bernhard et al. (éd.), Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, Schulthess, Zurich, Bâle, Genève, 2008.

GASSMANN Jean-Luc, L'incompatibilité entre le statut de fonctionnaire et la fonction de parlementaire: une longue histoire, in Bulletin de législation, 1999 1 p. XVIII-XXII.

GRISEL Etienne (avec la collaboration de NEUENSCHWANDER Anouk), Egalité, Les garanties de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, Stämpfli, Berne, 2009.

TORNAY Bénédicte, La démocratie directe saisie par le juge, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2008.