



Module 2:
Aspects méthodologiques
et techniques choisis

Version
du 27 août 2014

Direction de la justice, des affaires
communales et des affaires ecclésiastiques
et Chancellerie d'Etat du canton de Berne

Berne, 2014

Impressum

Directives du canton de Berne sur la procédure législative Module 2: Aspects méthodologiques et techniques choisis

Rédacteurs et rédactrice :

Gérard Caussignac, avocat, chef du Service de législation, des affaires jurassiennes et du bilinguisme de la Chancellerie d'Etat

Christoph Eberhard, avocat, docteur en droit, Service juridique de la Direction de l'économie publique

Paul Häusler, avocat, coordinateur des affaires législatives, Direction de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques (jusqu'à fin février 2014)

Donatella Pulitano, terminologue, cheffe du Service central de terminologie de la Chancellerie d'Etat

Rudolf Zurflüh, avocat, Office juridique de la Direction de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques

Traduction:

Annie Bouix, cheffe du Service central de traduction de la Chancellerie d'Etat

Le Conseil-exécutif a pris acte du module 2: « Aspects méthodologiques et techniques choisis » le 27 août 2014.

Mise en page et distribution :

Chancellerie d'Etat du canton de Berne, Postgasse 68, CH-3000 Berne 8

Téléphone +41 31 633 75 60

Télécopie +41 31 633 75 05

Courriel : print@sta.be.ch

Prix:

4 francs

© 2014 Direction de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques et Chancellerie d'Etat du canton de Berne. Toute reproduction et toute diffusion sur support informatique sans l'accord du canton de Berne sont interdites. La reproduction d'extraits est autorisée avec l'indication des sources.

Dieses Modul kann auch auf Deutsch bezogen werden

Table des matières

	Page
1 Introduction	1
2 Projets législatifs	2
2.1 Calendrier	2
2.2 Esquisse d'acte législatif	2
2.3 Rédaction	3
2.4 Gestion du projet	3
2.5 Publications connexes	5
3 Evaluation législative	6
4 Les différentes formes d'acte législatif	8
4.1 Constitution cantonale	8
4.2 Loi	8
4.3 Décret	9
4.4 Ordonnance	9
4.5 Ordonnance de Direction	10
4.6 Règlement	10
5 Révision totale ou révision partielle?	11
5.1 Distinction	11
5.2 Choix du mode de révision	11
5.3 Dispositions d'application d'une loi révisée totalement	12
6 Législation d'organisation et législation de domaine	13
6.1 Autonomie du Conseil-exécutif en matière d'organisation	13
6.2 Législation d'organisation	14
6.3 Législation de domaine	14
7 Critères de division des actes législatifs	15
8 Densité normative	17
8.1 Définition	17
8.2 Densité adéquate	17
9 Renvois	19
9.1 Généralités	19
9.2 Renvoi au sens propre et renvoi improprement dit	19
9.3 Renvoi interne et renvoi externe	20
9.4 Renvoi statique et renvoi dynamique	20
9.5 Renvoi à des normes d'associations ou d'organismes spécialisés	21
10 Harmonisation du nouveau droit avec le droit en vigueur	24
10.1 Harmonie de l'ordre juridique	24
10.2 Modification du droit en vigueur	24
10.3 Abrogation du droit en vigueur	25
10.4 Dispositions transitoires	25
10.5 Détermination de l'entrée en vigueur	28

11	Mise en œuvre du droit fédéral	30
11.1	Généralités	30
11.2	Mise en œuvre de traités internationaux	30
11.3	Exploitation de la latitude réglementaire du canton	31
11.4	Répétition du droit de rang supérieur	31
11.5	Division de l'acte introductif	31
11.6	Terminologie	31
11.7	Ordonnance urgente	32
11.8	Approbation ou prise de connaissance par une autorité fédérale	32
11.9	Documentation de la procédure de corapport et de la procédure de consultation	32
11.10	Réseau des cantons	33
12	Délégation de tâches publiques à des tiers	34
13	Traités intercantonaux	35
13.1	Typologie	35
13.2	Adhésion aux traités intercantonaux	36
13.3	Modification des traités intercantonaux	36
13.4	Dénonciation, abrogation et caducité des traités intercantonaux	37
13.5	Publication des traités intercantonaux	37
13.6	Prise en charge de tâches pour le compte d'autres cantons	37
13.7	Participation aux groupes de travail et groupes d'experts chargés d'élaborer les traités intercantonaux	38
14	Outils	40
14.1	Législation	40
14.2	Langue	40
14.3	Communiqués de presse	41

1 Introduction

Le présent module aborde brièvement divers aspects de la légistique. Les aspects traités ont été choisis en fonction des demandes émanant de l'administration cantonale.

Les aspects méthodologiques sont traités aux chapitres 2 et 3, les aspects techniques, aux chapitres 4 à 14.

Le présent module n'énonce aucune règle contraignante pour la rédaction ou la systématique des actes législatifs. Mais il renvoie dans plusieurs cas à des normes législatives ou aux modules obligatoires des Directives du canton de Berne sur la procédure législative (DPL) qui, bien évidemment, doivent être observées.

Les aspects traités étant variés et sans rapport les uns avec les autres, la table des matières n'est pas conçue de manière systématique ou chronologique. Elle permet néanmoins de retrouver plus facilement les thèmes traités.

La recherche plein texte dans la version des DPL publiée sur Intranet (portail Intranet du canton de Berne: https://www.in.sta.be.ch/intranet_sta/fr/index Législation > Directives sur la procédure législative) permet en outre de rechercher les thèmes de manière ciblée, dans les différents modules et dans l'index qui se rapporte à tous les modules.

2 Projets législatifs

2.1 Calendrier

Le calendrier du projet législatif est déterminé, d'une part, par le degré normatif du projet et, d'autre part, par la date d'entrée en vigueur souhaitée. L'ampleur et l'intensité de la participation des acteurs internes et externes à l'administration augmentent en même temps qu'on s'élève dans la hiérarchie des degrés normatifs (cf. la représentation synoptique du déroulement de la procédure législative dans le Module 1, ch. 5 et dans le Module 5).

Avant d'établir le calendrier, il importe dès lors d'analyser soigneusement le mandat législatif (Module 7, ch. 3.1).

Si la forme de l'acte législatif est déterminée (cf. ch. 4), il est possible d'évaluer la durée des différentes phases d'élaboration et de décision et de définir le calendrier (cf. Module 7, exemple 3.1-1, ch. 7).

Le calendrier sera si nécessaire adapté à l'esquisse de l'acte législatif (ch. 2.2).

Les points suivants seront en particulier observés :

- L'acte législatif doit être rédigé dans les deux langues officielles pour pouvoir être adopté (Module 4, ch. 4.1.1).
- La publication ordinaire de l'acte législatif doit respecter le calendrier de publication du Recueil officiel des lois bernoises (ROB) (Intranet du canton, rubrique « Législation » > « Planification et calendriers »).
- La procédure de corapport dure en principe trois semaines au moins (Module 9, ch. 4.5).
- Les ordonnances de Direction doivent elles aussi être soumises au Service de législation, des affaires jurassiennes et du bilinguisme de la Chancellerie d'Etat (Module 9, ch. 4.3).
- Le projet d'acte législatif et le rapport sont rédigés dans les deux langues officielles dès l'instant où ils sont soumis à l'avis de destinataires germanophones et francophones (Module 9, ch. 2.9 et 3.9).
- La procédure de consultation dure en principe trois mois au moins (Module 9, ch. 2.6).
- Les révisions constitutionnelles, les projets législatifs et les projets de modification législative sont soumis dans les deux langues officielles à l'examen préalable de la Commission de rédaction avant l'adoption de la proposition du Conseil-exécutif au Grand Conseil (Module 10, ch. 3).
- Le traitement du projet par le Grand Conseil tient compte de la *Planification des affaires du Grand Conseil* (feuilles roses) (Intranet du canton, rubrique « Législation » > « Planification et calendriers »).
- L'acte législatif qui requiert l'approbation d'une autorité fédérale n'entre en vigueur qu'après l'approbation (Module 11, ch. 6.2).

2.2 Esquisse d'acte législatif

L'analyse du mandat législatif (Module 7, ch. 3.1), les conclusions des experts et expertes et des groupes de travail et, le cas échéant, les conclusions tirées de l'évaluation législative prospective (ch. 3) doivent être formalisées. Selon l'ampleur et la complexité de la réglementation, il est recommandé d'établir une esquisse d'acte législatif avant de s'attaquer à la rédaction du projet à proprement parler (cf. en particulier Module 7, ch. 3.6 ss). L'esquisse d'acte législatif

- définit les objectifs ;
- énonce les outils réglementaires permettant de réaliser les effets souhaités ;

- circonscrit le champ d'application ;
- désigne les principaux destinataires des normes ;
- indique comment garantir la marge de manœuvre des autorités ;
- énumère les principales questions à régler ;
- indique à quel degré normatif ces questions doivent être réglementées ;
- précise la densité normative (ch. 8) ;
- analyse le bien-fondé de l'élaboration du nouvel acte législatif ou de l'intégration de la matière à régler dans un acte existant ;
- dans ce dernier cas de figure, départage l'option de la révision partielle et celle de la révision totale (cf. ch. 5).

L'établissement de l'esquisse d'acte législatif peut entraîner la nécessité d'adapter le mandat législatif. Et ces adaptations peuvent à leur tour impliquer une modification de l'esquisse d'acte législatif.

2.3 Rédaction

La rédaction de l'acte législatif confronte les rédacteurs et rédactrices aux questions suivantes :

- Comment l'acte législatif doit-il se présenter ?
- Quelle est sa systématique ?
- Quelle méthodologie adopter ?
- Quelles règles observer concernant la langue ?

Les aspects formels sont réglés dans le Module 3, la systématique au chiffre 7 du présent module et la langue dans le Module 4.

Remarques d'ordre méthodologique :

- L'esquisse d'acte législatif doit être prête au moment où débute la rédaction du projet à proprement parler.
- Les tableaux synoptiques qui mettent en regard les adaptations nécessaires et le droit en vigueur sont un bon moyen de garantir la cohérence notionnelle et systématique du projet.
- La rédaction en binôme et, dans l'idéal, la rédaction parallèle (Module 4, ch. 4.2) contribuent largement à la clarté matérielle et linguistique des projets.
- Il faut prendre contact avec le service de traduction le plus tôt possible (Module 4, ch. 4.1).

2.4 Gestion du projet

2.4.1 Organisation de projet

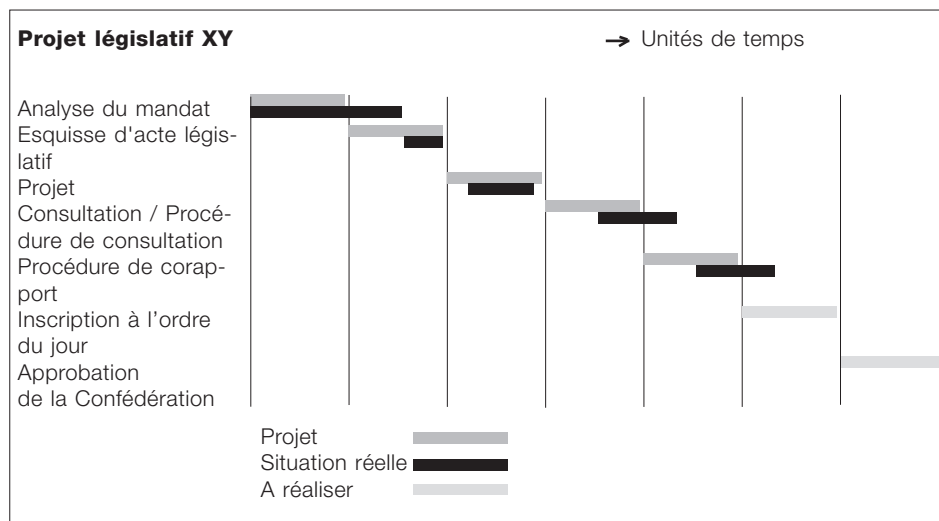
Un projet législatif sort de la routine quotidienne et exige une planification propre des délais (ch. 2.1) et de l'organisation ainsi que des ressources nécessaires à mettre à disposition. Généralement, des juristes et des spécialistes de domaine sont impliqués ; de plus, l'acte législatif est adopté dans les deux langues officielles. Il est dès lors nécessaire de mettre une organisation de projet en place pour au minimum assurer la coordination entre le service juridique chargé du projet et les services spécialisés.

Si le projet consiste principalement à codifier des décisions matérielles déjà entérinées, la direction du projet sera de préférence confiée à un ou une juriste. S'il s'agit en revanche de définir une politique publique, on aura avantage à désigner un ou une spécialiste de domaine. Dans le cas des projets volumineux ou complexes, les travaux pourront être divisés en deux étapes avec chacune sa direction propre. La direction du projet assure l'interface entre la Direction ou la Chancellerie d'Etat et les services concernés. Elle est responsable du suivi administratif du projet.

Si le projet a pour but de réorienter une politique publique, il faut envisager la désignation d'une commission d'experts. Il importe en effet dans ce cas d'impliquer à un stade précoce les milieux politiques et les spécialistes de domaine hors de l'administration et de tenir compte de leur avis dès l'avant-projet. En vertu de l'article 37 de la loi sur l'organisation du Conseil-exécutif et de l'administration (loi d'organisation, LOCA) (RSB 152.01), les Directions et la Chancellerie d'Etat sont libres de désigner de telles commissions. L'organisation de projet comprendra en règle générale une direction générale (comité directeur, comité de pilotage p. ex.) et un groupe de travail. La direction générale a pour tâche de définir les orientations stratégiques du projet à l'attention de la Direction ou de la Chancellerie d'Etat. Le groupe de travail, quant à lui, réunit les bases nécessaires à la définition des orientations stratégiques et met les décisions de la Direction ou de la Chancellerie d'Etat en forme.

2.4.2 Structuration du projet

Parce qu'ils sont soumis à un calendrier et qu'ils impliquent différents services spécialisés et instances de décision, les projets législatifs doivent être clairement structurés, par étape. La présentation du déroulement de la procédure dans le Module 5 est utile à cet égard. Les différentes étapes peuvent être visualisées sur un diagramme, comme le montre l'exemple ci-dessous (Office fédéral de la justice [2007]: *Guide de législation. Guide pour l'élaboration de la législation fédérale*. 3e édition mise à jour. Berne. p. 105):



2.5 Publications connexes

Se reporter aux publications suivantes pour de plus amples explications sur la gestion des projets législatifs :

- Office fédéral de la justice [2007]: *Guide de législation. Guide pour l'élaboration de la législation fédérale*. 3e édition mise à jour. Berne. ch. 14, p. 89 ss (Page d'accueil du DFJP > Page d'accueil de l'OFJ > Thèmes > Etat & Citoyen > Légistique > Instruments de légistique > Guide de législation)
- Müller, Georg/Uhlmann, Felix (2013): *Elemente einer Rechtssetzungslehre*. 3e édition. Zurich/Bâle/Genève: Schulthess. N. 100 ss et 465 ss

3 Evaluation législative

L'évaluation législative est une méthode scientifique qui permet de mesurer les répercussions des politiques publiques. Elle analyse en particulier les effets, le degré de congruence entre les objectifs visés et le comportement effectif des groupes cible (effectivité) et l'efficacité (analyse coût/bénéfice).

On distingue l'évaluation prospective, l'évaluation concomitante et l'évaluation rétrospective (Direction des finances du canton de Berne [2001]: *Manuel de législation en mode Nouvelle gestion publique*, [Manuel]. Berne, p. 15, portail Intranet du canton de Berne > Législation > Directives sur la procédure législative):

Type d'évaluation	Quand intervient-elle?	Quel est son objet?
Evaluation législative prospective (Module 7, ch. 3.4; Manuel, p. 16 ss)	<i>ex ante</i> au stade de la conceptualisation (volonté de réglementer; mandat d'élaborer une réglementation)	Analyse des besoins (agir ? réglementer ?) et étude des différentes possibilités
Evaluation législative concomitante (Module 7, ch. 3.11; Manuel, annexe II)	<i>ex ante</i> au stade du projet (après la rédaction du projet de l'administration ; év. pendant les travaux des commissions parlementaires)	Examen du projet : optimisation des effets, rapport coût-bénéfice, intégrité sémantique, compréhensibilité, applicabilité et convivialité (pour les citoyens et citoyennes)
Evaluation législative rétrospective (Module 7, ch. 3.12; Manuel, p. 19 ss)	<i>ex post</i> au stade de l'exécution (après l'entrée en vigueur)	Examen de la fiabilité des prescriptions légales et de la réalisation des objectifs pouvant déboucher sur le maintien, l'abrogation ou la révision des prescriptions

Le principe de l'évaluation législative prospective est prescrit par les dispositions suivantes :

- article 101, alinéa 3 de la Constitution cantonale (ConstC) (RSB 101.1),
- article 3, alinéa 3, lettre b de la loi sur le pilotage des finances et des prestations (LFP) (RSB 620.0),
- articles 67 s. du règlement du Grand Conseil (RGC) (RSB 151.211),
- article 42 de la loi sur l'organisation du Conseil-exécutif et de l'administration (loi d'organisation, LOCA) (RSB 152.01),
- article 5, alinéas 2 et 3 de la loi sur les subventions cantonales (LCSu) (RSB 641.1).

Les dispositions suivantes posent le principe de l'évaluation rétrospective :

- article 101, alinéa 4 ConstC (clause d'évaluation),
- article 3, alinéa 3, lettre c LFP,
- article 36, alinéa 5 RGC,
- article 3, alinéa 2 de la loi cantonale sur le Contrôle des finances (LCCF) (RSB 622.1) (contrôle de l'emploi économe des moyens et de la rentabilité, de l'opportunité ainsi que de l'efficacité de la gestion financière).

Du fait de leur coût financier et humain généralement élevé, les évaluations sont plutôt rares en pratique (elles sont p. ex. menées au sujet des actes législatifs qui génèrent des dépenses élevées ou qui ont de lourdes implications sur la société et l'économie). Le degré de détail de l'évaluation est proportionnel à l'importance de l'acte législatif. Pour les actes de moindre importance, on se contentera d'une brève évaluation ou d'une simple check-list (Manuel, p. 49 ss).

Se reporter au Module 7, chiffres 3.4 et 3.11 ss ainsi qu'au Manuel, p. 16 ss pour de plus amples explications sur l'évaluation législative.

4 Les différentes formes d'acte législatif

4.1 Constitution cantonale

La Constitution occupe le sommet de la hiérarchie des normes du droit cantonal. La révision constitutionnelle suit en principe la procédure législative. Le projet fait toutefois l'objet de deux lectures au Grand Conseil (art. 127, al. 2 et 3 de la Constitution cantonale [ConstC] [RSB 101.1]), et il est obligatoirement soumis au vote populaire (art. 61, lit. a ConstC).

Le droit fédéral et le droit international ainsi que les traités intercantonaux priment la Constitution cantonale.

Le projet de révision constitutionnelle est soumis à l'examen préalable de la Commission de rédaction avant son adoption par le Conseil-exécutif et une nouvelle fois avant la seconde lecture (cf. Module 10, ch. 2.3, 3 et 4).

4.2 Loi

La loi est un acte législatif édicté par le Grand Conseil et contre lequel la votation cantonale n'a pas été demandée pendant les délais impartis ou un acte législatif adopté en votation populaire, ou encore une initiative populaire soumise au peuple sous la forme d'un projet législatif rédigé de toutes pièces et adopté par lui.

La Constitution cantonale bernoise ne connaît pas le système de la réserve constitutionnelle. La loi peut dans ces conditions définir de nouvelles tâches publiques sans qu'il soit nécessaire de réviser la Constitution.

En vertu de l'article 69, alinéa 4 ConstC, les normes fondamentales et importantes du droit cantonal sont édictées dans la forme de la loi. Il s'agit en particulier des normes pour lesquelles la Constitution exige expressément la forme de la loi ainsi que des normes

- qui fixent les grandes lignes du statut juridique des particuliers, 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;
- qui déterminent le but, la nature et le cadre des prestations cantonales importantes;
- qui fixent les grandes lignes de l'organisation et des tâches des autorités;
- qui chargent le canton d'une nouvelle tâche durable.

La loi règle ce qui est fondamental et important. L'accessoire et le secondaire n'y ont pas leur place.

La délégation de tâches publiques à des organisations obéit aux règles définies à l'article 95, alinéa 2 ConstC (cf. ch. 12).

La délégation de compétences législatives exige une base dans la forme de la loi qui limite la délégation à un domaine déterminé et en fixe le cadre (art. 69, al. 1 ConstC). La loi doit dès lors indiquer les décisions importantes et définir elle-même les orientations de la réglementation à édicter. Les compétences législatives ne peuvent pas être déléguées directement à une Direction ou à la Chancellerie d'Etat.

Le projet législatif est soumis à l'examen préalable de la Commission de rédaction avant son adoption par le Conseil-exécutif et une nouvelle fois avant la seconde lecture, si le Grand Conseil n'y a pas renoncé (art. 75, al. 3 de la loi sur le Grand Conseil [LGC] [RSB 151.21]) (cf. Module 10, ch. 2.3, 3 et 4).

4.3 Décret

Le décret est un texte d'application de la loi, édicté par le Grand Conseil (ordonnance parlementaire). Il comporte des dispositions complémentaires ou de substitution ainsi que des dispositions d'application importantes dans des domaines dans lesquels le Conseil-exécutif n'a pas compétence de légiférer à cause de la séparation des pouvoirs (p. ex. décrets dans le domaine de la Justice). A la différence des ordonnances du Conseil-exécutif, tous les décrets doivent avoir une base légale au sens formel qui désigne expressément les objets qui seront précisés par un décret (art. 74, al. 1 ConstC).

Le Grand Conseil peut déléguer ses compétences législatives au Conseil-exécutif par voie de décret à condition que la loi le prévoit expressément (art. 69, al. 2 ConstC).

4.4 Ordonnance

L'ordonnance est un acte d'exécution du Conseil-exécutif. La terminologie bernoise distingue les catégories suivantes :

L'ordonnance indépendante (basée directement sur la Constitution) :

- ordonnance d'exécution,
- ordonnance introductive urgente,
- ordonnance de nécessité.

L'ordonnance dépendante (basée sur un acte législatif du Grand Conseil) :

- ordonnance de substitution,
- ordonnance exploratoire.

L'article 90, lettre d en relation avec l'article 88, alinéa 2 ConstC habilite le Conseil-exécutif à édicter, directement sur la base de la Constitution, toutes les dispositions sans lesquelles une loi ne peut être mise en application. On parle dans ce cas d'*ordonnance d'exécution*.

En vertu de l'article 88, alinéa 3 ConstC, en cas d'urgence, le Conseil-exécutif peut en outre édicter par voie d'ordonnance les dispositions qui sont nécessaires à l'introduction du droit supérieur (droit fédéral, droit international) (cf. également ch. 11.7). *L'ordonnance introductive urgente* a une durée de validité limitée à cinq ans et doit être remplacée sans retard en suivant la procédure ordinaire (Module 3, ch. 2.2.2 et 2.2.4.5).

Le Conseil-exécutif peut enfin, sans base légale, prendre des mesures afin de parer à des troubles actuels ou imminents menaçant la sécurité et l'ordre public ainsi qu'à des situations de crise sociale (art. 91 ConstC). *L'ordonnance de nécessité* est immédiatement soumise à l'approbation du Grand Conseil ; elle est caduque au plus tard un an après son entrée en vigueur.

Toutes les autres ordonnances du Conseil-exécutif nécessitent une base légale au sens formel, conforme aux exigences de l'article 69, alinéa 1 ConstC. Les compétences d'exé-

cutation que la loi attribue aux Directions peuvent être déléguées aux offices de l'administration centrale directement par le Conseil-exécutif.

L'article 44 de la loi sur l'organisation du Conseil-exécutif et de l'administration (loi d'organisation, LOCA) (RSB 152.01) constitue la base légale au sens formel de l'*ordonnance exploratoire*. Les ordonnances de ce type servent à tester de nouvelles tâches, des tâches modifiées ou de nouvelles formes d'action de l'administration, de nouveaux processus de travail et de nouveaux modes d'organisation. Elles peuvent contenir des dispositions qui, dans le cadre du droit constitutionnel cantonal, dérogent aux lois cantonales. Le Conseil-exécutif a rarement exercé cette compétence d'édicter des ordonnances exploratoires.

4.5 Ordonnance de Direction

Les Directions et la Chancellerie d'Etat ne peuvent édicter d'ordonnance de Direction sans une norme de délégation inscrite dans une ordonnance du Conseil-exécutif. La norme de délégation doit pour sa part reposer sur une base légale au sens formel (art. 69, al. 3 ConstC). L'article 43, alinéa 1 LOCA définit les conditions de cette subdélégation : la réglementation doit revêtir un caractère éminemment technique, être régie par des circonstances en constante évolution ou être de portée mineure.

L'article 43, alinéa 2 LOCA interdit au Conseil-exécutif de déléguer ses compétences législatives aux offices de l'administration cantonale.

4.6 Règlement

Le règlement est un acte d'exécution des autorités judiciaires et des organisations et institutions extérieures à l'administration.

L'article 95, alinéa 2, lettre *b* ConstC précise que la nature et le cadre de la délégation de compétences législatives à des organisations et institutions extérieures à l'administration sont réglés dans la loi. Cette disposition s'applique également aux actes législatifs des autorités judiciaires puisque la Constitution ne leur accorde aucune compétence législative.

Les autorités judiciaires ainsi que les organisations et institutions extérieures à l'administration ne sont certes pas tenues de respecter les Directives du canton de Berne sur la procédure législative. Mais leurs Directions de tutelle veilleront cependant à ce que soit le cas. Les services spécialisés de la Chancellerie d'Etat fournissent le soutien nécessaire.

Les ordonnances administratives, c'est-à-dire les normes édictées par les offices et les services de l'administration cantonale, sont parfois appelés règlement (p. ex. règlement d'office). Cette dénomination ne change toutefois rien au fait qu'il ne s'agit pas d'actes législatifs et qu'ils ne sont donc pas publiés dans le Recueil officiel des lois bernoises.

5 Révision totale ou révision partielle?

5.1 Distinction

Par révision partielle, on entend la modification d'un acte législatif (Module 3, ch. 2.3). La révision totale implique l'élaboration d'un nouvel acte législatif appelé à remplacer l'ancien (Module 3, ch. 2.2).

La distinction est de nature formelle : la révision partielle ne modifie ou n'abroge que certaines dispositions de l'acte législatif tandis que la révision totale se traduit par le remplacement complet de l'acte législatif par un nouveau.

La révision peut également ne porter que sur certaines des règles matérielles de l'acte législatif mais exiger cependant, dans certains cas, la révision totale.

5.2 Choix du mode de révision

La modification législative prend souvent la forme de la révision partielle, mais, dans certains cas, la révision totale est obligatoire. Dans d'autres cas, on peut choisir l'une ou l'autre option.

Il n'est pas possible de régler de manière générale dans quels cas il faut choisir l'option de la révision totale et dans quels cas celle de la révision partielle. Le choix se fait de cas en cas, selon les circonstances. Dans une certaine mesure, le choix est en définitive aussi politique. On peut se référer aux critères d'appréciation suivants :

- a Rapport entre le nombre d'articles à modifier et le nombre total d'articles de l'acte législatif :
Si la modification concerne plus de la moitié des articles, on choisira l'option de la révision totale.
- b Longueur de l'acte législatif et fréquence des modifications :
Pour les actes législatifs courts d'une dizaine d'articles au plus soumis par ailleurs à de fréquentes modifications, on privilégiera la révision totale.
- c Adaptations formelles ou rédactionnelles, notamment terminologiques ou organisationnelles :
Si les adaptations de ce type sont nombreuses, on procédera à une révision totale.
- d Nombre de révisions partielles déjà menées et âge de l'acte législatif :
On choisira l'option de la révision totale pour les actes législatifs qui ont déjà subi de nombreuses révisions partielles et qui sont anciens (≥ 20 ans).
- e Réglementation très spécialisée ou très technique soumise à de fréquentes modifications :
Les actes législatifs qui règlent des domaines très spécialisés ou très techniques doivent souvent être adaptés. On privilégiera dans ce cas la révision totale.
- f Modification de la systématique de l'acte législatif :
Une modification conséquente de la systématique peut rendre une révision totale nécessaire.

g Ampleur de la modification législative :

Si les dispositions à introduire ou à abroger sont nombreuses, cela peut bouleverser la systématique de l'acte législatif ou nuire à sa lisibilité et à sa compréhensibilité. On choisira dans ce cas l'option de la révision totale, à moins qu'il n'existe un intérêt marqué à maintenir les fondements de la réglementation en vigueur pour en faciliter par exemple l'application par les autorités concernées ou un large public, ou en particulier si l'acte législatif a été largement traité par la doctrine et la jurisprudence (cf. p. ex. la révision partielle du 8 mai 1991 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite [LP] [RS 281.1], FF 1991 III, ch. 113). On renoncera en pareil cas à la révision partielle.

h Nature des modifications par rapport au droit en vigueur :

Si la nouvelle réglementation introduit des changements de principe ou de système, on choisira la révision totale.

i Une révision totale subséquente est prévue :

Si l'acte législatif doit de toute façon subir prochainement une révision totale, on procédera à une révision partielle, même si les critères d'appréciation mentionnés ci-dessus plaident plutôt en faveur de l'option de la révision totale.

5.3 Dispositions d'application d'une loi révisée totalement

La révision totale d'une loi nécessite que ses dispositions d'application subissent également une révision totale.

Certes, dans certains cas, l'ordonnance pourrait être adaptée moyennant quelques modifications dans le préambule (bases légales), dans certains articles et si nécessaire dans le titre. Même si l'on peut escompter qu'il n'entraînerait pas de problèmes juridiques dans la mise en œuvre du nouveau droit, un tel procédé nuirait à la sécurité du droit et à la transparence, puisque l'ordonnance porterait une date d'adoption plus ancienne que la nouvelle loi qu'elle servirait à mettre en œuvre.

La même réflexion s'applique aux décrets.

6 Législation d'organisation et législation de domaine

6.1 Autonomie du Conseil-exécutif en matière d'organisation

6.1.1 Principe

En vertu de l'article 87, alinéa 2 de la Constitution cantonale (ConstC) (RSB 101.1), le Conseil-exécutif organise l'administration de manière appropriée dans le cadre de la Constitution et de la loi. Les lois et les décrets édictés par le Grand Conseil doivent garantir l'autonomie du Conseil-exécutif en matière d'organisation.

6.1.2 Attribution des tâches et réglementation des compétences dans la loi et le décret

La loi délègue des tâches ou des compétences aux Directions et à la Chancellerie d'Etat. Si des compétences sont déléguées à une unité particulière de la Direction ou de la Chancellerie d'Etat, la disposition s'énonce de la manière suivante : « le service compétent de la Direction X » ou le « service compétent de la Chancellerie d'Etat ». Le Conseil-exécutif peut ensuite désigner l'office compétent par voie d'ordonnance.

Même si la loi délègue des tâches et des compétences à la Direction X ou à la Chancellerie d'Etat, le Conseil-exécutif peut les subdéléguer par voie d'ordonnance à une autorité subordonnée (art. 69, al. 3 ConstC).

Si la loi doit exceptionnellement déléguer des compétences décisionnelles à la Direction X ou à la Chancellerie d'Etat, la disposition s'énonce de la manière suivante: « Le directeur X ou la directrice X décide ... » ou « Le chancelier ou la chancelière décide ... ».

La référence au « service compétent de la Direction X » ou au « service compétent de la Chancellerie d'Etat » indique d'une part que ce n'est pas la Direction ou la Chancellerie d'Etat qui doit être l'autorité compétente. D'autre part, en ce qui concerne les décisions, les voies de droit sont ainsi indirectement tracées : c'est la Direction ou la Chancellerie d'Etat qui est la première instance de recours contre les décisions rendues par l'office (ou l'unité assimilée à un office) (art. 62, al. 1, lit. a de la loi sur la procédure et la juridiction administratives [LPJA] [RSB 155.21]).

Les mêmes principes s'appliquent aux décrets.

6.1.3 Attribution des tâches et réglementation des compétences par voie d'ordonnance

Le Conseil-exécutif peut déterminer par voie d'ordonnance quel office (ou unité assimilée) doit se voir attribuer la tâche ou la compétence (art. 21, al. 1 de la loi sur l'organisation du Conseil-exécutif et de l'administration [loi d'organisation, LOCA] [RSB 152.01]), même si la loi l'attribue à une Direction. Dans l'ordonnance d'organisation, il peut confier le détail de l'attribution des tâches ou de l'organisation au sein des offices et des unités administratives qui leur sont assimilées au membre compétent du Conseil-exécutif (art. 21, al. 2 et art. 25, al. 4 LOCA). Si l'ordonnance d'organisation contient une telle norme de subdélégation, le directeur ou la directrice ou le chancelier ou la chancelière arrête la réglementation nécessaire dans une ordonnance de Direction, dans la mesure en tout cas où des compétences relevant de la puissance publique doivent être déléguées. C'est dans l'ordonnance de Direction qu'est désigné le service compétent. Les compétences autres que celles relevant de la puissance publique sont déléguées par la voie du règlement de la Direction ou de la Chancellerie d'Etat et, au niveau de l'office, par la voie du règlement de l'office.

Le Conseil-exécutif n'est pas tenu d'intégrer une norme de subdélégation dans l'ordonnance d'organisation, il peut parfaitement désigner lui-même l'unité compétente. Mais la norme de subdélégation permet d'adapter rapidement l'organisation des offices aux nouveaux besoins.

Les tâches ne peuvent pas être attribuées ni les modalités d'organisation définies par voie d'ordonnance des offices, ces derniers n'étant pas habilités à en édicter (art. 43, al. 2 LOCA).

6.2 Législation d'organisation

La Constitution cantonale ne règle l'organisation de l'administration cantonale que de manière très sommaire (art. 92 ConstC).

L'acte législatif d'organisation (loi, décret, ordonnance) définit les structures administratives et les champs d'activité des diverses unités.

On peut citer l'exemple de la loi d'organisation, de l'ordonnance sur l'organisation du Conseil-exécutif (ordonnance d'organisation CE) (RSB 152.11) et des huit ordonnances d'organisation des Directions et de la Chancellerie d'Etat. La loi d'organisation décrit brièvement les champs d'activité du canton et les attribue aux Directions et à la Chancellerie d'Etat (art. 27 à 34 LOCA), en application de l'article 69, alinéa 4, lettre *d* ConstC. Les ordonnances d'organisation subdivisent les Directions et la Chancellerie d'Etat en offices et unités assimilées et répartissent entre eux les champs d'activité qui sont décrits de manière sommaire.

Les actes législatifs d'organisation ont pour seule finalité de répartir entre les organes et les autorités les tâches définies dans la législation de domaine. Ils n'ont pas pour objet de régler les questions matérielles spécifiques.

6.3 Législation de domaine

La législation de domaine règle les questions spécifiques et la procédure. Elle décrit également les tâches des autorités et les attribue aux organes et aux autorités établis par la législation d'organisation. Mais, à la différence de cette dernière, la législation de domaine décrit précisément les tâches des autorités, le degré de détail variant selon le niveau normatif.

Si un organe ou une autorité du canton ne doit se voir attribuer que quelques tâches spécifiques, il ou elle est généralement créée par la législation de domaine (c'est le cas des commissions p. ex.).

Les offices et les unités assimilées ainsi que les sections et les services ne sont pas créés par les ordonnances de domaine.

7 Critères de division des actes législatifs

Les règles de division des actes législatifs sont énoncées dans le Module 3, chiffre 2.1.1 ss. Le présent chapitre traite la structure formelle de l'acte législatif, la « systématique externe ». La systématique interne s'intéresse à l'absence de contradiction, dans l'acte lui-même, et par rapport au reste de la législation.

La systématique externe sert principalement à assurer la lisibilité et l'intelligibilité de l'acte législatif. Elle doit tenir compte du fait qu'un texte se lit généralement du début à la fin. Les normes sont classées, d'une part, par type (p. ex. dispositions définissant le but, dispositions de procédure, dispositions pénales) et, d'autre part, selon les critères dictés par l'objet de la réglementation. Dans tous les cas, on va du général au particulier, du principe aux détails et de la règle à l'exception.

Si l'acte législatif comprend des dispositions générales, applicables à plusieurs domaines, on les placera au début de l'acte ou en tête de chapitre.

La division de l'ordonnance devrait, si possible, reprendre celle de la loi qu'elle exécute.

Il est recommandé de subdiviser l'acte en chapitres, en fonction des différents types de norme. La division est toutefois superflue pour les textes courts de 12 articles au plus (Module 3, ch. 2.1.1). La systématique suivante est donnée à titre indicatif :

1. Chapitre : Introduction

- But
- Champ d'application, objet
- Définitions

2. Chapitre réglementant l'objet de l'acte législatif (partie principale)

- Cf. les critères spécifiques de division dans la section suivante

3. Chapitre : Financement, coûts, émoluments

4. Chapitre : Organisation, exécution, procédure

5. Chapitre : Dispositions pénales

6. Chapitre : Dispositions transitoires et dispositions finales

- Droit transitoire
- Modification indirecte d'actes législatifs
- Abrogation d'actes législatifs
- Entrée en vigueur (et éventuellement limitation de la durée de validité)

Les *critères de division* ci-après, applicables au chapitre principal de l'acte législatif, sont utiles mais ne peuvent être appliqués systématiquement. Il faut les ajuster aux particularités de l'objet de la réglementation :

- Logique : le général précède le particulier, le principe les détails, la règle les exceptions, le terme générique les hyponymes.
- Rapport avec la matière : la systématique est déterminée par l'objet et les destinataires de la réglementation (division en fonction des personnes ou institutions concernées, des activités réglementées, du bien juridique protégé).
- Chronologie : une activité qui en précède une autre dans le temps est mentionnée en premier.
- Liens de cause à effet : la cause est mentionnée avant l'effet.
- Hiérarchie : les autorités supérieures sont mentionnées avant les autorités subalternes.
- Pertinence : les personnes ou institutions les plus fortement concernées sont mentionnées en premier.

- Doctrine : on utilise les critères usuels d'ordonnement des notions et institutions juridiques développés par la doctrine (p. ex. propriété et droits réels restreints).

Le choix des critères sera toujours guidé par le souci de lisibilité et d'intelligibilité de l'acte législatif.

8 Densité normative

8.1 Définition

La densité normative qualifie le degré de détail de la réglementation. Elle peut aussi exprimer le rapport existant dans une société entre les situations réglées de manière précise par la loi et celles libres de toute réglementation. La notion est utilisée ci-après dans sa première acception.

L'acte législatif qui comporte de nombreuses dispositions de détail présente une densité normative élevée. S'il ne contient que des instructions à caractère général, sa densité normative est faible.

Ainsi, en règle générale, plus le contenu de la norme est important et fondamental, plus la densité normative est faible. La densité normative de la loi est donc plutôt faible, celle de l'ordonnance plutôt forte.

Ce sont les règles constitutionnelles qui déterminent la densité normative, notamment le principe de la légalité et celui en découlant de la précision des normes (art. 66, al. 2, art. 69 de la Constitution cantonale [ConstC] [RSB 101.1]), le principe de proportionnalité (art. 28, al. 3 ConstC), l'interdiction de l'arbitraire, le principe de la protection de la bonne foi (art. 11 ConstC) ainsi que les dispositions sur le contenu des lois (p. ex. art. 25, al. 1, art. 28, al. 1, art. 69, art. 74, al. 1, art. 93, art. 95, al. 2, art. 96, art. 116, art. 126, al. 2 ConstC).

Les justifications et les explications introduites dans les dispositions législatives n'ont en soi aucun rapport avec la densité normative, puisque ce ne sont pas des normes. Mais étant donné qu'on en trouve pourtant dans certains projets législatifs, il convient de rappeler ici que les actes législatifs ne peuvent contenir que des normes. Justifications et explications ont leur place dans le rapport, pas dans l'acte législatif.

Publications connexes :

- Müller, Georg/Uhlmann, Felix (2013): *Elemente einer Rechtssetzungslehre*. 3e édition. Zurich/Bâle/Genève: Schulthess. N. 123 s., 250 ss, 272 s., 308 ss
- Office fédéral de la justice [2007]: *Guide de législation. Guide pour l'élaboration de la législation fédérale*. 3e édition mise à jour. Berne. p. 270 s. (Page d'accueil du DFJP > Page d'accueil de l'OFJ > Etat & Citoyen > Légistique > Instruments de légistique > Guide de législation)

8.2 Densité adéquate

La densité normative est *adéquate* si elle tient compte des paramètres suivants :

- importance du domaine considéré ;
- besoins des destinataires (sécurité du droit) ;
- niveau de la norme.

Un acte législatif a une densité normative *trop forte* lorsqu'il

- règle des situations qui pourraient parfaitement être réglementées à un niveau inférieur ;
- règle des situations qui sont déjà suffisamment réglementées ;

- règle des situations atypiques;
- fait des distinctions inutiles et répond à des questions que personne ne se pose.

Un acte législatif a une densité normative *trop faible* lorsqu'il

- se contente d'énumérer des principes généraux au lieu d'apporter des solutions concrètes aux problèmes ;
- laisse trop de questions ouvertes et de problèmes sans réponse;
- ne clarifie pas les situations équivoques ;
- omet d'opérer des distinctions importantes.

9 Renvois

9.1 Généralités

Par renvoi, on entend le fait de se référer, dans un acte législatif, à une réglementation existante et de renoncer à en créer une nouvelle. Il s'agit par conséquent d'une technique législative particulière : la réglementation n'est pas retranscrite dans l'acte législatif, ce dernier est complété par un renvoi au texte d'un autre acte législatif.

Le double renvoi est un renvoi à un autre renvoi. Il complique considérablement la lecture du texte et doit être évité.

Les renvois peuvent contribuer à condenser les actes législatifs et à diminuer la nécessité de légiférer. Ils favorisent d'une certaine manière l'harmonisation du droit puisque grâce aux renvois, les situations semblables sont réglées par des normes identiques.

Mais les renvois présentent aussi des inconvénients :

- A l'application de l'acte législatif, il faut consulter simultanément plusieurs textes, ce qui n'est pas pratique.
- Ils sont en contradiction avec le principe selon lequel l'acte législatif doit être compréhensible en soi.
- S'ils sont nombreux, ils nuisent à la vue d'ensemble et à l'intelligibilité de l'acte législatif.

L'acte législatif devrait être conçu de telle sorte que les renvois soient si possible superflus. Il devrait donc être rédigé intégralement sauf s'il est considérablement plus simple de recourir au renvoi plutôt qu'à la répétition et que l'intelligibilité du texte n'en pâtisse pas.

Les renvois sont par nature nombreux dans les cas où l'objet de l'acte législatif qui renvoie et celui auquel il est renvoyé présentent des points de convergence ou même se recoupent.

Publications connexes :

- Müller, Georg/Uhlmann, Felix (2013): *Elemente einer Rechtssetzungslehre*. 3e édition. Zurich/Bâle/Genève: Schulthess. N. 360 ss
- Office fédéral de la justice [2007]: *Guide de législation. Guide pour l'élaboration de la législation fédérale*. 3e édition mise à jour. Berne. p. 361 ss (Page d'accueil du DFJP > Page d'accueil de l'OFJ > Etat & Citoyen > Légistique > Instruments de légistique > Guide de législation)

9.2 Renvoi au sens propre et renvoi improprement dit

Le renvoi au sens propre (renvoi constitutif) a pour effet que la norme qui règle un autre état de fait est réputée applicable à l'état de fait présent. La norme à laquelle il est renvoyé voit son champ d'application étendu.

Le renvoi improprement dit (renvoi déclaratoire) est supposé faciliter l'application du droit dans la mesure où il indique qu'il existe un rapport avec une autre réglementation et où il améliore ainsi la vue d'ensemble sur les normes pertinentes. Cela ne change rien au champ d'application des normes auxquelles il est renvoyé. Le renvoi improprement dit est donc un simple rappel.

Ce type de renvoi, sans contenu normatif, est souvent superflu et il n'est pas rare qu'il crée des problèmes : il alourdit l'acte législatif et suscite des malentendus puisqu'il peut être interprété comme un renvoi au sens propre ou donner une impression d'exhaustivité, le lecteur ou la lectrice omettant alors de vérifier si d'autres normes sont applicables. Les rappels de ce type ont leur place dans le rapport.

9.3 Renvoi interne et renvoi externe

Le *renvoi interne* renvoie à une ou plusieurs dispositions de l'acte législatif. Le but est de raccourcir l'acte législatif et d'en exclure les contradictions, des règles et valeurs identiques s'appliquant aux situations analogues.

Le renvoi interne ne pose pas de problème juridique en soi. Mais il présente aussi les inconvénients évoqués au chiffre 9.1. Si l'acte législatif est conçu clairement et logiquement, les renvois internes seront dans la plupart des cas superflus.

Le *renvoi externe* se réfère à une norme d'un autre acte législatif de même rang, de rang supérieur ou – dans certaines conditions – de rang inférieur du droit cantonal, du droit fédéral ou du droit international. Les renvois externes permettent dans une très large mesure d'alléger la législation, d'établir des liens, de simplifier la réglementation et de transmettre le savoir. D'un autre côté, les inconvénients évoqués au chiffre 9.1 pèsent plus lourdement. Dans le cas du renvoi d'une loi à une ordonnance, il faudra prêter une attention toute particulière au principe de la légalité (art. 69, al. 4 de la Constitution cantonale [ConstC] [RSB 101.1]) et à celui de la délégation de compétences législatives (art. 69, al. 1 à 3 et art. 74, al. 1 ConstC).

Se reporter au Module 3, chiffres 2.1.3 et 2.1.4 pour la présentation des renvois.

9.4 Renvoi statique et renvoi dynamique

Le *renvoi statique* porte sur une version déterminée de la réglementation à laquelle il se réfère. Le législateur adopte le renvoi en connaissance du contenu de l'objet du renvoi ; sans adaptation du renvoi, ce contenu ne change pas.

Le renvoi statique est admis dans la mesure où il respecte les exigences du principe de la légalité (art. 69, al. 4 ConstC) et de celui de la délégation de compétences législatives (art. 69, al. 1 à 3 ConstC). Mais la norme de renvoi doit en règle générale être adaptée dès que le législateur modifie ou abroge l'objet du renvoi. Avant de l'adapter, le législateur doit s'assurer que la nouvelle version de l'objet du renvoi est bien conforme au droit.

Le *renvoi dynamique* se réfère non pas à une version déterminée, mais à la version en vigueur de l'objet du renvoi. Ce dernier peut donc être modifié sans intervention de l'autorité qui a édicté la norme de renvoi. Le contenu de cette dernière est modifié sans révision formelle.

C'est le libellé de la norme de renvoi ou son interprétation qui permet de déterminer si le renvoi est statique ou dynamique.

Le renvoi dynamique accroît la flexibilité de la législation. La réglementation est adaptée aux derniers développements sans intervention du législateur, ce qui a son utilité dans le cas en particulier des normes techniques.

Le renvoi dynamique aux normes de même rang ou de rang supérieur de la même collectivité est admis. Si le renvoi doit se référer à l'ensemble de la réglementation d'un sujet, la norme de renvoi sera souvent rédigée comme suit : « les dispositions de la loi sur le pilotage des finances et des prestations concernant le compte spécial sont applicables ».

Dans la loi, le renvoi dynamique à des normes cantonales de rang inférieur est admis uniquement si ces normes ne contiennent aucune réglementation qui, de par leur importance, sont réservées à la loi au sens formel (art. 69, al. 4 ConstC). En d'autres termes, il faut que les conditions de la délégation de compétences législatives soient remplies. Le renvoi dynamique à une réglementation définie en partie dans une loi et en partie dans une ordonnance peut avoir la teneur suivante : « les dispositions de la législation sur le personnel concernant les obligations des agents et des agentes sont applicables ».

Le renvoi dynamique à des normes d'une autre collectivité, de la Confédération en particulier, doit satisfaire aux mêmes conditions.

9.5 Renvoi à des normes d'associations ou d'organismes spécialisés

Le renvoi à des normes d'une association ou d'un organisme spécialisé présente l'avantage de délester l'acte législatif cantonal notamment des dispositions techniques compliquées et volumineuses. Selon sa conception, il permet l'adaptation rapide de l'acte législatif aux progrès techniques et scientifiques. Il permet en outre la participation des spécialistes, ce qui peut se répercuter favorablement sur l'acceptation de la législation.

Mais ce type de renvoi a aussi des inconvénients : les renvois dynamiques peuvent nuire à la sécurité du droit puisque les normes privées ne sont pas soumises à la publication officielle et qu'il est ainsi souvent difficile d'en trouver la version en vigueur.

De plus, le renvoi ne confère pas aux normes privées valeur d'acte législatif. Elles conservent leurs caractéristiques propres : elles ne sont pas édictées selon la procédure législative ordinaire, ne sont pas publiées et n'ont donc pas valeur de normes de droit.

Les principes de l'Etat de droit comme la défense des droits fondamentaux, l'égalité devant la loi, l'interdiction de l'abus de droit et de l'arbitraire ainsi que le principe de la légalité ne lient pas le législateur privé de la même manière que le législateur public. Or, le contenu d'une norme de droit doit être conforme dans tous ses points au droit de rang supérieur. L'autorité qui légifère doit donc contrôler la conformité au droit de l'objet du renvoi avant de s'y référer dans la norme de renvoi.

Il faut en outre examiner de près la constitutionnalité de ce type de renvoi comme le montrent les explications ci-après.

Le renvoi statique aux normes d'une association ou d'un organisme est admis s'il respecte les conditions énoncées au chiffre 9.4.

Dans le cas du renvoi dynamique, l'autorité qui édicte la norme de renvoi peut certes avoir la vue d'ensemble du contenu de l'objet du renvoi au moment de l'entrée en vigueur. Elle pourra en particulier s'assurer que la version en vigueur de l'objet du renvoi est conforme au droit. Mais il n'existe aucune garantie que l'objet du renvoi continuera à l'avenir de s'inscrire dans le cadre défini par le législateur et que les normes qui constituent le complément nécessaire de l'acte législatif ne seront pas modifiées *contra legem*. Le renvoi dynamique permet également, grâce au caractère automatique du renvoi, de procéder à des modifications normatives futures sans — et peut-être contre — la volonté du législateur. En fin de compte, le législateur signe ainsi un « chèque en blanc ». Le renvoi dynamique constitue en fait une délégation déguisée de compétences législatives à un organe extra-étatique. C'est la raison pour laquelle il n'est en principe pas admissible en vertu du droit constitutionnel.

Il existe cependant dans la législation bernoise des exemples de renvois dynamiques qu'on peut, pour de bonnes raisons, considérer comme constitutionnellement admissibles : par exemple le renvoi à trois normes nationales ou internationales de présentation des comptes, pour les hôpitaux et les maisons de naissance répertoriés, à l'article 16 de l'ordonnance sur les soins hospitaliers (OSH) (RSB 812.112), renvoi fondé sur l'article 54 de la loi sur les soins hospitaliers (LSH) (RSB 812.11).

Ces bonnes raisons peuvent être les suivantes :

- L'organisme spécialisé compte principalement des collectivités de droit public parmi ses membres, dont le canton de Berne qui, de par sa représentation dans les organes, peut influencer sur les règles édictées par l'organisme.
- Les rares institutions et organisations concernées ont, pendant la procédure de consultation ou la consultation, expressément souhaité le renvoi dynamique. Exemple : normes de présentation des comptes des hôpitaux et maisons de naissance répertoriés.
- Il s'agit de standards nationaux ou internationaux reconnus qui donc s'appliquent largement. Exemple : normes de présentation des comptes des hôpitaux et maisons de naissance répertoriés.
- Il s'agit d'une question technique complexe et le renvoi se réfère à un standard scientifique reconnu qui n'affaiblit pas la protection des droits fondamentaux, mais au contraire la renforce. Exemple : directives de l'Académie suisse des sciences médicales concernant le moment du décès.

Contre-exemples :

- Le Tribunal fédéral réserve le cas d'une modification importante de l'objet du renvoi ; elle n'est pas couverte par le renvoi dynamique (ATF 123 I 131 s., cons. 7c ee).
- Si l'objet du renvoi contient des règles ayant de lourdes implications pour le canton de Berne, le renvoi ne peut être dynamique. Exemple : directives CSIAS concernant le calcul de l'aide sociale (quand bien même la CSIAS compte principalement parmi ses membres des collectivités de droit public, dont le canton de Berne, qui peut ainsi influencer sur le contenu des directives).

Il convient de distinguer le renvoi dynamique de la délégation de compétences législatives à des personnes privées, un outil apparenté mais de plus grande portée. La Constitution cantonale l'admet, mais uniquement aux conditions définies à l'article 95 ConstC. La délégation de compétences législatives est généralement liée à la délégation d'une tâche publique à des tiers, la loi devant régler la nature et l'étendue de l'attribution de tâches

publiques, si celles-ci impliquent des prestations importantes, la restriction de droits fondamentaux ou la perception de contributions publiques (art. 95, al. 2, lit. *d* ConstC). La nature et le cadre de la délégation de compétences législatives doivent également être précisés dans la loi (art. 95, al. 2, lit. *b* ConstC).

Se reporter au chiffre 12 pour de plus amples explications à ce sujet.

10 Harmonisation du nouveau droit avec le droit en vigueur

10.1 Harmonie de l'ordre juridique

Légiférer, c'est presque toujours, aujourd'hui, modifier des normes en vigueur. Il faut donc toujours se demander comment intégrer au mieux les nouvelles règles dans l'ordre juridique. L'harmonisation du nouveau droit avec le droit en vigueur consiste à éviter les conflits, les lacunes, le manque de clarté et les contradictions.

L'harmonisation est essentielle. Elle doit se faire au moment de l'édiction des nouvelles règles et ne doit en aucun cas être laissée aux praticiens.

Pour éviter les contradictions et les conflits d'objectifs, il faudra souvent abroger, modifier ou compléter une ou plusieurs normes d'autres actes législatifs au moment de l'élaboration de l'acte. Ce travail d'ajustement impose de sévères exigences du point de vue de la technique législative, car la modification indirecte ne doit pas nuire à la systématique, au style et à la cohésion interne des actes législatifs ainsi modifiés. L'harmonie de l'ordre juridique doit par conséquent être garantie du point de vue du nouveau droit et du point de vue du droit en vigueur.

Une fois l'avant-projet du nouvel acte législatif ou de l'acte modificateur élaboré, il faut procéder à la recherche parfois fastidieuse des interfaces avec le droit en vigueur. Il faut d'abord comparer le droit en vigueur avec le droit futur, à tous les niveaux législatifs concernés. Dans la plupart des cas, il faudra également analyser la mise en pratique du droit en vigueur et ses effets. Pour pouvoir détecter les contradictions et les conflits d'objectifs, il faudra également anticiper l'interprétation et les effets des nouvelles dispositions.

La recherche plein texte dans le Recueil systématique des lois bernoises (RSB) et dans le Recueil officiel des lois bernoises (ROB) est d'une grande utilité à cet égard (page d'accueil du canton de Berne > Lois).

Une fois déterminées les interfaces entre l'ancien droit et le nouveau, il faut rechercher les solutions propres à éliminer les difficultés. La modification et l'abrogation du droit en vigueur, les dispositions transitoires et la détermination de la date adéquate d'entrée en vigueur constituent les moyens d'harmonisation envisageables.

Publications connexes :

- Müller, Georg/Uhlmann, Felix (2013): *Elemente einer Rechtssetzungslehre*. 3e édition. Zurich/Bâle/Genève: Schulthess. N. 171 ss et 342 ss
- Office fédéral de la justice [2007]: *Guide de législation. Guide pour l'élaboration de la législation fédérale*. 3e édition mise à jour. Berne. p. 267 ss et 277 ss (Page d'accueil du DFJP > Page d'accueil de l'OFJ > Etat & Citoyen > Légistique > Instruments de légistique > Guide de législation)

10.2 Modification du droit en vigueur

Il faut très souvent modifier des normes de niveau législatif divers, dans des lois et des ordonnances par exemple. Dans ces cas, il faut respecter le parallélisme des formes. Un acte législatif ne peut modifier qu'un acte de même rang. La loi ne peut modifier une ordonnance ou un décret, de même qu'une ordonnance ou un décret ne peut modifier une loi.

Le nouveau droit comporte souvent de nouvelles notions. Dans ce cas, les nouvelles notions doivent être introduites dans le droit en vigueur (p. ex. : la notion de conférence régionale est introduite dans le cadre de la modification de la loi sur les communes).

Souvent, le nouveau droit introduit de nouvelles dénominations (termes) pour des notions qui ne changent pas (p. ex. : le terme allemand de «Voranschlag» est remplacé par «Budget» dans le cadre de la modification de la loi sur le pilotage des finances et des prestations [LFP] [RSB 620.0]; le terme de «jardin d'enfants» est remplacé par «école enfantine» dans le cadre de la modification de la loi sur l'école obligatoire [LEO] [RSB 532.210]). L'ancien terme doit être remplacé par le nouveau dans toute la législation cantonale. Le remplacement peut également se faire globalement (cf. Module 3, ch. 2.3.11.2 et 2.2.4.2).

On appelle modification indirecte la modification d'un acte législatif par un autre. La présentation obéit aux règles définies dans le Module 3, chiffres 2.2.4.2 et 2.3.14.

Il est indispensable de recourir à la recherche plein texte dans le RSB et le ROB pour trouver les termes à remplacer (page d'accueil du canton de Berne > Lois).

10.3 Abrogation du droit en vigueur

Le droit en vigueur est toujours remplacé par le nouveau droit dans le cas de la révision totale, plus rarement dans le cas de la révision partielle. L'abrogation doit être formelle, à moins que la durée de validité ne soit de toute façon limitée dans le temps.

Le parallélisme des formes doit également être respecté dans le cas de l'abrogation d'actes législatifs. Un acte législatif ne peut abroger qu'un acte de même rang ou exceptionnellement de rang inférieur si la base légale de ce dernier est rendue totalement caduque par le nouveau droit (abrogation d'un décret ou d'une ordonnance par la loi).

Il ne suffit pas de prévoir dans les dispositions finales du nouvel acte que « toutes les dispositions contraires au nouveau droit » sont abrogées. Cette formulation va de soi mais elle est aussi en même temps trop imprécise. Les dispositions contraires au nouveau droit et qui, partant, doivent être abrogées, doivent être énumérées expressément et exhaustivement dans les dispositions finales. La décision de savoir si des dispositions de l'ancien droit sont en contradiction avec celles du nouveau droit ne peut être laissée à l'appréciation des autorités d'application, mais doit être celle du législateur, car elle détermine les effets du nouveau droit.

La présentation obéit aux règles définies dans le Module 3, chiffres 2.2.4.3 et 2.3.14.

10.4 Dispositions transitoires

10.4.1 Rappel

Le principe de proportionnalité exige que le passage de l'ancien droit au nouveau soit conçu de telle manière que les charges en résultant pour les personnes concernées soient raisonnablement proportionnées au but de la modification législative. Il faudra donc confronter les motifs plaidant en faveur d'une application immédiate et complète du nouveau droit et les effets négatifs de la modification sur les individus qui ont pris des dispositions en partant légitimement du principe que l'ancien droit resterait en vigueur.

L'entrée en vigueur immédiate et complète du nouveau droit peut constituer une charge disproportionnée pour les personnes concernées ou certaines d'entre elles ou porter atteinte au principe de la protection de la bonne foi, en particulier si l'acte législatif concerne des états de fait durables. En pareil cas, le passage de l'ancien au nouveau droit peut exiger une réglementation particulière compte tenu des effets sur les personnes concernées. La nécessité en est déterminée lors de l'identification des interfaces (ch. 10.1).

Les dispositions transitoires circonscrivent le champ d'application dans le temps de l'ancien droit et du nouveau. Elles peuvent prévoir le maintien provisoire de l'ancien droit ou prendre la forme d'une réglementation matérielle transitoire ou encore combiner les deux options.

10.4.2 *Maintien provisoire de l'ancien droit*

Pour certains états de fait ou catégories de personnes, les dispositions transitoires prévoient le maintien provisoire ou, plus rarement, définitif de l'ancien droit.

Exemple : le nouveau droit introduit des exigences de qualité plus sévères pour la mise d'un produit sur le marché. Les dispositions transitoires autorisent la mise sur le marché des produits fabriqués ou acquis avant l'entrée en vigueur de la modification législative dans les conditions définies par l'ancien droit pour une durée de trois ans.

Ces réglementations ont pour principale vocation de protéger les investissements déjà consentis.

Le maintien provisoire de l'ancien droit présente l'inconvénient que, du fait de l'abrogation ou de la modification, ses dispositions disparaissent du recueil des lois et sont dès lors plus difficilement accessibles au public.

Remarque : les actes législatifs abrogés et les versions antérieures des actes législatifs toujours en vigueur (à partir du 1er janvier 2006) peuvent être consultés sur le site de Lexfind (<http://www.lexfind.ch/>). Le Bulletin des lois, décrets et ordonnances du canton de Berne (de 1805 à 1993) et le Recueil officiel des lois bernoises des années 1994 à 2004 peuvent être consultés sur le site <http://retro.seals.ch/digbib/browse4>.

10.4.3 *Réglementation transitoire matérielle*

Si la mise en application immédiate du nouveau droit semble disproportionnée parce que, par exemple, elle ne peut être décemment exigée des administrés du fait des énormes différences par rapport à l'ancien droit, il faudra élaborer une réglementation transitoire matérielle. Ce sera le cas typiquement des règles concernant des états de fait durables.

Les dispositions transitoires peuvent contenir des règles matérielles autonomes applicables pendant une durée limitée. Elles doivent être conçues de manière à préserver autant que possible les intérêts publics et privés en cause. Sur le fond, elles doivent constituer un premier pas vers la réglementation définitive, sans cependant s'éloigner trop de l'ancien droit, le but étant de faciliter l'acclimatation.

Exemples de réglementation transitoire matérielle :

- délais d'adaptation ou de transition,
- octroi facilité d'autorisations ou exemption du régime de l'autorisation,
- subventionnement de l'adaptation au nouveau droit,

- exemption de l'obligation d'avoir accompli une formation professionnelle si la personne peut justifier d'une expérience professionnelle suffisante.

10.4.4 *Ediction par le Conseil-exécutif de dispositions transitoires concernant une loi ou un décret*

Les besoins pratiques peuvent exiger du législateur qu'il délègue au Conseil-exécutif la compétence d'édicter les dispositions transitoires concernant la nouvelle loi. Ce sera par exemple le cas s'il faut préparer des dispositions transitoires nombreuses et complexes et qu'on souhaite le faire dans le cadre seulement de l'élaboration des dispositions d'exécution de la loi, autrement dit en connaissance des détails.

La délégation de cette compétence législative est en principe possible, mais les principes constitutionnels applicables en l'occurrence doivent être respectés. Il faut d'une part une norme de délégation ou d'habilitation expresse répondant à l'exigence de précision (art. 69, al. 1 et 2 de la Constitution cantonale [ConstC] [RSB 101.1]). Les formulations générales telles que « Le Conseil-exécutif édicte les dispositions transitoires de la présente loi » ne satisfont pas à l'exigence de précision. La norme de délégation doit par conséquent désigner la réglementation au sujet de laquelle le Conseil-exécutif doit arrêter des dispositions transitoires. Le législateur doit d'autre part observer les restrictions définies à l'article 69, alinéa 4 ConstC : l'édiction de dispositions transitoires concernant des normes fondamentales et importantes au sens de l'article constitutionnel ne peut être déléguée au Conseil-exécutif. Dès l'instant où une matière doit être réglée dans la forme de la loi selon ces principes, le droit transitoire doit également l'être, en tout cas en ce qui concerne ses grandes lignes.

La délégation au Conseil-exécutif présente de toute façon un inconvénient majeur : contrairement aux attentes, les dispositions transitoires ne se trouvent pas à la fin de l'acte législatif en cause, il faut aller les consulter dans un autre, en l'occurrence l'ordonnance du Conseil-exécutif. Cette situation nuit à la clarté et à la transparence de la réglementation.

10.4.5 *Abrogation et modification des dispositions transitoires*

Les dispositions transitoires de l'acte législatif nouveau ou modificateur ne sont pas abrogées même lorsqu'on constate qu'elles n'ont plus de raison d'être. La genèse de l'entrée en vigueur d'une réglementation qui est toujours en application doit pouvoir être retracée à la lecture de l'acte législatif lui-même.

Mais ce principe a aussi ses exceptions : la disposition transitoire est abrogée si les règles sur lesquelles elle se fonde le sont. Elle le sera systématiquement et pas seulement si, du fait de la modification des règles auxquelles elle se réfère, elle devient inexacte et que son maintien génère des contradictions et une insécurité juridique.

Si les règles auxquelles se réfère la disposition transitoire sont, non pas abrogées, mais modifiées ou que la disposition transitoire devienne inadaptée pour une raison apparue entretemps, il faudra, selon les circonstances, la modifier ou l'abroger. Il est aussi possible que la modification des règles auxquelles elle se réfère n'exige pas d'adaptation de la disposition transitoire.

La modification de la disposition transitoire suit les règles du Module 3, chiffre 2.3.11. Matériellement, la disposition transitoire modifiée porte toujours sur le passage de l'ancien droit au nouveau déjà en vigueur.

L'abrogation de la disposition transitoire obéit aux règles du Module 3, chiffre 2.3.13.

10.5 Détermination de l'entrée en vigueur

10.5.1 Ajournement de l'entrée en vigueur

L'acte législatif du Grand Conseil ou la révision constitutionnelle devrait entrer en vigueur le plus rapidement possible après son adoption. Dans certains cas toutefois, les préparatifs de mise en application du nouveau droit demandent beaucoup de travail et de temps, par exemple s'il s'agit de mettre en place l'organisation nécessaire, pour le canton et les communes, de former le personnel, et pour les particuliers concernés, de se procurer les équipements, installations ou appareils techniques requis.

En pareils cas, on choisira une date d'entrée en vigueur qui laisse suffisamment de temps aux autorités et personnes concernées. Le Conseil-exécutif dispose également de latitude pour fixer la date d'entrée en vigueur, mais l'ajournement devra toujours être justifié par des motifs objectifs ; nul ne devra être avantagé ou pénalisé; le poids économique ou le pouvoir politique de certains administrés, qui peuvent retirer des avantages ou subir des inconvénients suivant la date d'entrée en vigueur choisie, ne doivent pas influencer sur la fixation de celle-ci.

L'ajournement de l'entrée en vigueur permet dans certains cas de se passer de dispositions transitoires (cf. néanmoins le Module 11, ch. 5.4.1).

10.5.2 Echelonnement de l'entrée en vigueur

Dans certains cas, l'entrée en vigueur est échelonnée. Les raisons peuvent en être les suivantes : la nécessité de réaliser rapidement les objectifs, les difficultés de mise en application dans certains domaines ou des problèmes d'organisation.

Si le législateur a délégué la compétence de fixer l'entrée en vigueur au Conseil-exécutif, cette délégation englobe également la compétence d'échelonner l'entrée en vigueur, même si ce n'est pas expressément prévu dans l'acte législatif (cf. également Module 3, ch. 2.2.4.4).

Si le nouveau droit remplace l'ancien, l'entrée en vigueur échelonnée doit s'accompagner de l'abrogation elle aussi échelonnée de l'ancien droit. Les dispositions de l'ancien droit qui correspondent à celles du nouveau dont l'entrée en vigueur a été ajournée doivent être maintenues provisoirement jusqu'à l'entrée en vigueur de l'intégralité du nouveau droit.

Se reporter au Module 11, chiffre 5.2.3 pour de plus amples explications concernant l'entrée en vigueur échelonnée et au Module 3, chiffre 2.2.4.4 pour la présentation des dispositions concernant l'entrée en vigueur et l'abrogation.

10.5.3 Entrée en vigueur rétroactive

La loi règle les effets juridiques de faits qui surviennent pendant la période durant laquelle la loi est en vigueur. La rétroactivité est donc en principe exclue. Le nouveau droit s'applique aux faits survenant après l'entrée en vigueur de la loi.

On parle de *rétroactivité proprement dite* lorsque l'acte législatif attache des conséquences juridiques à des faits qui se sont produits avant l'entrée en vigueur formelle de cet acte sans perdurer au-delà de cette date. Nous l'avons dit, la rétroactivité est en principe proscrite. Nul ne peut se voir imposer des obligations qu'il ignorait au moment des faits, avec lesquelles il ne pouvait compter et auxquelles il ne pouvait pas se conformer.

On parle de *rétroactivité improprement dite* lorsque le nouveau droit ne s'applique que pour la période postérieure à son entrée en vigueur, tout en étant fondé sur des faits qui existaient déjà partiellement avant l'entrée en vigueur. La rétroactivité improprement dite est en principe admissible à condition que les principes de la sécurité du droit, de la proportionnalité et de la protection de la bonne foi soient observés. Elle existe surtout s'agissant d'événements durables, lorsqu'on se base sur des faits survenus sous l'empire de l'ancien droit, mais qui perdurent lors de l'entrée en vigueur du nouveau droit.

Il peut toutefois dans certains cas être nécessaire de faire entrer un acte législatif ou certaines de ses parties rétroactivement en vigueur. Par rétroactivement, on entend une date antérieure à la publication. Compte tenu de ce qui précède, l'entrée en vigueur rétroactive constitue un cas de rétroactivité proprement dite. Exceptionnellement, la jurisprudence du Tribunal fédéral admet une rétroactivité défavorable aux administrés aux conditions suivantes :

- la rétroactivité doit avoir été expressément prévue par l'acte législatif ou pour le moins clairement voulue ;
- elle doit être justifiée par des motifs pertinents (intérêt public) ;
- elle doit être raisonnablement limitée dans le temps (elle ne devrait pas excéder une année) ;
- elle ne doit pas entraîner d'inégalités choquantes et
- elle ne doit pas porter atteinte à des droits acquis.

La situation est un peu différente quand l'acte législatif ne procure que des avantages aux particuliers. La rétroactivité favorable aux administrés est admissible si les quatre premières conditions mentionnées ci-dessus sont réunies.

L'entrée en vigueur rétroactive est par définition proscrite si l'acte législatif peut être publié, selon les voies ordinaires ou extraordinaires, avant sa date d'entrée en vigueur.

Se reporter au Module 11, chiffre 5.2.4 pour de plus amples explications sur l'entrée en vigueur rétroactive.

11 Mise en œuvre du droit fédéral

11.1 Généralités

Le droit fédéral est dans bien des cas mis en œuvre par les cantons. Et dans presque tous les cas, une réglementation complémentaire dans le droit cantonal est nécessaire pour ce faire.

L'ampleur et la densité des règles complémentaires du droit cantonal varient fortement. Si la législation fédérale se borne à énoncer des principes, le canton doit édicter d'autant plus de règles complémentaires d'exécution, y compris matérielles. Si la législation fédérale est exhaustive, le droit cantonal n'a plus qu'à définir les compétences et désigner les autorités chargées de la mise en œuvre ; éventuellement, il faudra aussi traiter certaines questions de procédure ou de protection juridique.

S'il suffit de désigner les autorités compétentes, le canton peut, conformément à l'article 69, alinéa 4, lettre *d* de la Constitution cantonale (ConstC) (RSB 101.1), mentionner la tâche qu'il s'agit d'exécuter dans l'article de la loi sur l'organisation du Conseil-exécutif et de l'administration (loi d'organisation, LOCA) (RSB 152.01) qui définit le champ d'activité de la Direction concernée ou de la Chancellerie d'Etat, puis, dans l'ordonnance d'organisation considérée, attribuer les différentes tâches d'exécution à l'office ou aux offices compétents.

Si le canton doit encore régler d'importantes questions matérielles, voire qu'il doit créer de nouvelles autorités judiciaires ou de nouveaux établissements autonomes, il lui faudra édicter une loi introductive contenant toutes les règles fondamentales et importantes (art. 69, al. 4 ConstC).

Si la loi cantonale doit réglementer d'autres sujets qui certes ont un rapport avec l'objet du nouveau droit fédéral, mais qui ne servent pas directement à son exécution, on dénommera le plus souvent la loi non pas « loi portant introduction », mais loi « cantonale » en reprenant le titre de l'acte législatif fédéral (p. ex. loi cantonale sur l'énergie, cf. Module 3, ch. 2.2.1.1).

Dans les autres cas, compétence peut être déléguée au Conseil-exécutif (art. 69, al. 1 ConstC) d'édicter les dispositions d'exécution du droit fédéral par voie d'ordonnance. Cette délégation n'exige pas de base dans la forme de la loi, conformément à l'article 88, alinéa 2 en relation avec l'article 90, lettre *d* ConstC. On parlera alors aussi d'« ordonnance portant introduction » ou d'« ordonnance cantonale ... ».

Publication connexe :

- Müller, Georg/Uhlmann, Felix (2013): *Elemente einer Rechtssetzungslehre*. 3e édition. Zurich/Bâle/Genève: Schulthess. N. 389 ss

11.2 Mise en œuvre de traités internationaux

Les dispositions du présent chapitre concernant la mise en œuvre du droit fédéral sont applicables par analogie à la mise en œuvre des traités internationaux applicables directement au niveau cantonal.

11.3 Exploitation de la latitude réglementaire du canton

Il conviendra dans chaque cas d'examiner si le droit fédéral laisse de la latitude aux cantons pour l'exécution et dans l'affirmative, jusqu'où va cette latitude. Celle-ci devrait être exploitée pour garantir les intérêts du canton. Les dispositions introductives doivent être conçues pour servir ces intérêts au mieux.

11.4 Répétition du droit de rang supérieur

Il est fréquent que plusieurs actes législatifs de niveaux étatiques et de niveaux normatifs différents cohabitent, ce qui complique la vue d'ensemble. On pourrait être tenté de réunir les dispositions en question dans un seul et même texte, une ordonnance du Conseil-exécutif par exemple, pour ainsi en simplifier la mise en application et ne devoir consulter qu'un seul acte législatif. La répétition du droit de rang supérieur n'aurait dans ce cas qu'une seule vocation, celle d'informer sur l'état du droit applicable.

En principe, il ne faut pas répéter les normes. Les répétitions gonflent le volume des réglementations et en accroissent la densité, ce qui gêne la vue d'ensemble. Compte tenu du fait en outre qu'il est impossible de reprendre toutes les normes déterminantes, l'information sur le droit pertinent sera de toute façon incomplète, avec à la clé, l'incompréhension des personnes concernées, voire des erreurs dans l'application du droit. On court en outre le risque, en cas de révision de la norme, que les changements ne soient pas repris dans la répétition et que celle-ci soit ainsi « fausse ». Le fait de répéter des normes non pas textuellement, mais en substance est particulièrement problématique à cause des télescopages possibles (résumé de: Müller, Georg / Uhlmann, Felix [2013]: *Elemente einer Rechtssetzungslehre*. 3e édition. Zurich/Bâle/Genève: Schulthess. N. 308 ss)

La répétition n'a de sens que si une norme nouvelle est incompréhensible si le texte de la norme existante dont elle dépend étroitement n'est pas répété. Ce cas de figure est toutefois extrêmement rare. En règle générale, il suffira, pour établir le lien, d'introduire un mot-clé ou de renvoyer à la réglementation existante dans le titre ou le préambule de l'acte législatif (Müller, Georg/Uhlmann, Felix [2013]: op. cit.).

11.5 Division de l'acte introductif

Pour faciliter la vue d'ensemble et la lecture, on aura intérêt à calquer la systématique de l'acte introductif cantonal sur celle de l'acte législatif fédéral qu'il s'agit de mettre en œuvre. L'expérience montre toutefois que ce n'est pas toujours possible.

11.6 Terminologie

La terminologie n'a pas à être réinventée quand il s'agit de mettre le droit fédéral en œuvre. Le droit cantonal devra dans toute la mesure du possible reprendre la terminologie du droit fédéral, pour assurer une lecture cohérente des deux législations. Les dénominations employées dans le droit fédéral ne peuvent en principe être modifiées que pour des motifs d'orthographe.

Si le droit fédéral n'utilise que des termes généraux (service compétent, permis, etc.), le droit cantonal devra créer des termes spécifiques pour éviter ultérieurement que les autorités d'application ne créent leur propre terminologie, génératrice de malentendus.

Avant d'entreprendre les travaux de rédaction, il est recommandé de consulter « LINGUA-PC », la banque de terminologie du canton (page d'accueil de l'intranet de la Chancellerie d'Etat > LINGUA PC) et de s'assurer que les termes envisagés ne désignent pas déjà d'autres réalités. Si nécessaire, on demandera au Service central de terminologie de constituer la terminologie de l'acte législatif.

11.7 Ordonnance urgente

Il arrive parfois que des dispositions du droit fédéral entrent en vigueur si vite après leur adoption que le temps à disposition ne suffit pas pour élaborer la loi cantonale introductive, la soumettre à la délibération et à l'approbation du Grand Conseil et promulguer son entrée en vigueur après la votation populaire éventuelle.

En pareil cas, l'article 88, alinéa 3 ConstC habilite le Conseil-exécutif à édicter provisoirement les dispositions nécessaires par voie d'ordonnance. Le critère déterminant est celui de l'urgence. Par ailleurs, seules les dispositions nécessaires à l'introduction du droit de rang supérieur peuvent être édictées de cette manière. L'ordonnance urgente peut rendre incompatibles avec le nouveau droit fédéral certaines dispositions cantonales édictées dans la forme de la loi ou du décret. Mais il est exclu de les abroger formellement ou de les réviser par la voie de l'ordonnance urgente.

Il est en revanche admissible d'adapter indirectement ou d'abroger une ordonnance par la voie de l'ordonnance urgente. Et ces modifications resteront en vigueur même à l'échéance de la durée de validité de l'ordonnance urgente, à condition bien évidemment qu'elle ait été remplacée par les bases légales nécessaires.

Les dispositions introductives urgentes sont remplacées sans retard en suivant la procédure ordinaire (art. 88, al. 3 ConstC). La durée de validité de l'ordonnance urgente est en pratique limitée à cinq ans au plus (Module 3, ch. 2.2.4.5).

Se reporter au chiffre 4.4 pour de plus amples explications à ce sujet.

11.8 Approbation ou prise de connaissance par une autorité fédérale

Certaines lois fédérales demandent que les dispositions introductives cantonales soient soumises à l'approbation d'une autorité fédérale. L'approbation conditionne la validité. La loi fédérale peut aussi prévoir que l'acte législatif cantonal soit porté à la connaissance d'une autorité fédérale.

La procédure d'approbation doit être intégrée au calendrier du projet. Les différentes étapes de la procédure sont décrites dans le Module 11, chiffre 6.

11.9 Documentation de la procédure de corapport et de la procédure de consultation

Pour se faire une opinion sur un projet d'acte législatif cantonal portant introduction d'une loi fédérale, d'une ordonnance du Conseil fédéral ou d'un traité international, il faut impérativement se référer à ce texte de rang supérieur. Raison pour laquelle on pensera à donner aux destinataires de la procédure de corapport ou de consultation accès à ce texte, soit

en indiquant le lien dans la lettre d'accompagnement ou le rapport, soit en fournissant une version papier (cf. Module 9, ch. 2.14).

11.10 Réseau des cantons

Un réseau des personnes responsables de la législation dans les cantons (« Réseau des cantons ») s'est constitué en 2013 sous l'égide de la Conférence des gouvernements cantonaux (CdC). Il s'agit d'une plateforme d'information et d'échanges au sujet de la mise en œuvre du droit fédéral par les cantons.

Le réseau est actionné quand il s'agit, pour les cantons, de mettre en œuvre des projets législatifs de la Confédération déterminés et importants. Il permet d'échanger connaissances, expériences, avis de droit et prises de position.

Le réseau a également pour vocation d'aider la CdC à défendre au mieux les intérêts des cantons face aux autorités fédérales, quand il s'agit de planifier la mise en œuvre du nouveau droit fédéral.

Les membres du réseau – les représentants et représentantes des cantons – se rencontrent régulièrement et entretiennent des contacts par courriel. Ces personnes font, dans leur administration cantonale, office d'interlocutrices et de relais d'information. Les responsables cantonaux des projets de mise en œuvre du droit fédéral peuvent s'adresser à eux à tout moment. Le canton de Berne est représenté dans le réseau par deux personnes du Service de législation, des affaires jurassiennes et du bilinguisme. L'adresse de contact est la suivante : info.begleitenderechtsetzung@sta.be.ch.

Les conférences intercantionales spécialisées savent qu'elles peuvent s'adresser aux experts du réseau et inversement.

Les membres du réseau prennent contact avec la CdC, leurs collègues des autres cantons et les responsables de leur canton dès le début du processus législatif.

12 Délégation de tâches publiques à des tiers

La délégation de tâches publiques à des personnes privées ou à des institutions hors de l'administration cantonale doit, en vertu du principe de la légalité, toujours reposer sur une norme de droit. Concernant les points suivants en particulier, cette norme doit être édictée dans la forme de la loi en vertu de l'article 95, alinéa 2 de la Constitution cantonale (ConstC) (RSB 101.1) :

- les grandes lignes de l'organisation et des tâches des établissements et institutions qui sont créés par le canton,
- la nature et le cadre de la délégation de compétences législatives,
- la nature et l'étendue des participations cantonales importantes,
- la nature et l'étendue de l'attribution de tâches publiques, si celles-ci impliquent des prestations importantes, la restriction de droits fondamentaux ou la perception de contributions publiques.

La délégation de tâches peut être prévue dans la norme en question ou bien cette dernière peut habiliter une unité administrative à régler la délégation par voie contractuelle. Les deux variantes peuvent aussi être combinées: la délégation est prévue par la loi, mais les modalités de détail – la nature et le but de la tâche, l'indemnisation, le compte rendu, les délais et les interfaces avec l'autorité d'exécution cantonale – sont réglées par voie contractuelle.

Si la norme prévoit que la délégation de tâches publiques est réglée contractuellement par un office de l'administration cantonale, on se retrouve en situation de conflit par rapport à l'autonomie d'organisation du Conseil-exécutif (art. 87, al. 2 ConstC) ou du conseiller ou de la conseillère d'Etat (cf. art. 21 de la loi sur l'organisation du Conseil-exécutif et de l'administration [loi d'organisation, LOCA] [RSB 152.01]). Le problème peut être solutionné en prévoyant que le contrat doit être soumis à l'approbation de l'autorité compétente.

L'article 49, alinéa 1 de la loi sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA) (RSB 155.21) pose le principe de la prééminence de la décision. La forme du contrat de droit administratif n'est admissible que si elle repose sur une base légale expresse au sens formel.

Cette affirmation ne vaut toutefois que pour les contrats liant des parties dont une seule est détentrice de droits de souveraineté (contrats de type subordination). Les contrats liant des parties égales qui règlent l'exercice des droits de souveraineté délégués par l'acte législatif à des particuliers ou des institutions (contrats de type coordination) peuvent en principe n'être fondés que sur une base légale matérielle (sous réserve des points mentionnés à l'art. 95, al. 2 ConstC). L'article 19, alinéa 3 de l'ordonnance sur les améliorations structurelles dans l'agriculture (OASA) (RSB 910.113) prévoit par exemple que l'Office de l'agriculture et de la nature passe avec la Fondation bernoise de crédit agricole, qui relève du droit civil, un contrat de prestations concernant l'exécution des tâches selon les alinéas 1 et 2 ainsi que leur indemnisation complète au sens de l'article 39, alinéa 1 LCAB.

13 Traités intercantonaux

13.1 Typologie

On distingue les traités *contractuels* et les traités *normatifs*. Ces derniers se subdivisent en deux catégories, les traités *applicables directement* et les traités *applicables indirectement*.

Les traités *contractuels* fondent un rapport de droit concret entre deux, voire plusieurs cantons, en décrivant les droits et obligations réciproques attachés à un état de fait déterminé (p. ex. traité de rectification des frontières, traité sur l'entretien des routes).

Les traités *normatifs* visent l'harmonisation du droit de deux ou plusieurs cantons. Ils contiennent des règles générales et abstraites applicables à tous les cantons signataires.

Les traités *normatifs applicables directement* contiennent des règles générales et abstraites qui engagent directement les particuliers et les organes des cantons signataires chargés de l'application du droit. La reprise ou transposition dans le droit cantonal n'est pas nécessaire.

Les traités *normatifs applicables indirectement* obligent les cantons à adapter leur droit aux dispositions de l'accord. Ils acquièrent validité pour les administrés après la transposition seulement, soit avec l'édiction des dispositions cantonales.

A la différence des traités normatifs, les traités contractuels ne se répercutent généralement, ni directement, ni indirectement, sur les droits des citoyens et citoyennes. La différence entre les deux types de traités n'est toutefois pas très marquée. Dans bien des cas, les traités intercantonaux sont hybrides, l'aspect normatif étant toutefois souvent prédominant.

Les *actes d'exécution des organes intercantonaux* n'entrent pas dans la catégorie des traités intercantonaux. Ils ont toutefois un lien étroit avec ces derniers puisqu'ils se fondent justement sur les traités intercantonaux (cf. art. 48, al. 4 de la Constitution fédérale [Cst.] [RS 101]). Ces actes d'exécution portent en pratique les dénominations les plus variées : règlement, disposition d'exécution, disposition d'application, etc.

La dénomination des traités intercantonaux est très variée, sans qu'on puisse dégager de règle claire. La Conférence suisse des chanceliers d'Etat a tenté de mettre de l'ordre dans cette anarchie terminologique en édictant des recommandations (« Procédure à suivre lors de la conclusion, de la modification et de l'abrogation de concordats intercantonaux », recommandations du 19 septembre 1980). D'après ce texte, « convention » serait le terme générique désignant « les arrangements intercantonaux constitutifs de droit ». « Concordat » serait le terme désignant une « convention intercantonale constitutive de droit, ouverte à l'adhésion de tous les cantons ». L'« accord intercantonal » désignerait quant à lui une « convention intercantonale ouverte à l'adhésion de cantons déterminés ». Dans la pratique, on constate que ces trois dénominations sont utilisées relativement indistinctement, celle de concordat étant la moins fréquente.

Publications connexes :

- Koumbarakis, Zinon (2009) «Publikation interkantonaler Verträge». In: Chancellerie fédérale suisse (éd.): *LeGes. Législation et évaluation*. Cahier 1, p. 35 ss

- Abderhalden, Ursula (2008): In: Ehrenzeller, Bernhard et al. (éd.): *St. Galler Kommentar zu Art. 48 BV*. 2e édition. Zurich/St.-Gall: Dike. n. 10 ss
- Uhlmann, Felix/Zehnder, Vital (2011): «Rechtsetzung durch Konkordate». In: Chancellerie fédérale suisse (éd.): *LeGes. Législation et évaluation*. Cahier 1, p. 9 ss
- Müller, Georg/Uhlmann, Felix (2013): *Elemente einer Rechtssetzungslehre*. 3e édition. Zurich/Bâle/Genève: Schulthess. N. 513 ss, 528 ss

13.2 Adhésion aux traités intercantonaux

Se reporter au Module 3, chiffre 3 pour les explications sur la forme juridique de l'adhésion aux traités intercantonaux (loi ou arrêté) et pour les règles de présentation des arrêtés, assorties d'exemples.

13.3 Modification des traités intercantonaux

C'est principalement le traité intercantonal lui-même qui précise s'il est susceptible de modifications et, dans l'affirmative, par qui et selon quelle procédure. Mais ces points peuvent aussi être réglés dans d'autres traités intercantonaux (p. ex. les conventions-cadres intercantionales). En l'absence de disposition, le traité intercantonal sera en principe modifié par l'autorité qui l'a conclu et selon la même procédure.

Au niveau cantonal, l'approbation de la modification d'un traité intercantonal ressortit à l'autorité compétente en vertu du droit cantonal. Comme dans le cas de la conclusion d'un nouveau traité, la compétence est définie par l'article 74, alinéa 2 et l'article 88, alinéa 4 de la Constitution cantonale (ConstC) (RSB 101.1) et, le cas échéant, par les dispositions de la législation spéciale (p. ex. art. 54 de la loi sur la formation professionnelle, la formation continue et l'orientation professionnelle [LFOP] [RSB 435.11]). L'arrêté d'adhésion du Grand Conseil ou la loi d'adhésion peut déléguer au Conseil-exécutif la compétence d'approuver les modifications du traité, dans les limites tracées par la norme de délégation (Module 3, ch. 3.2.3). La subdélégation de cette compétence à une Direction est admissible dans la mesure où l'arrêté ou la loi d'adhésion le prévoit (p. ex. art. 4 de la loi relative à l'adhésion du canton de Berne à la convention intercantonale sur la Haute Ecole Spécialisée de Suisse occidentale et à la convention intercantonale concernant la Haute Ecole Arc Berne-Jura-Neuchâtel [RSB 439.32]).

La modification du traité intercantonal est approuvée par voie d'arrêté de l'autorité compétente ou par modification de la loi d'adhésion. Dans le cas de l'approbation par voie d'arrêté, la présentation obéit aux règles du Module 3, chiffre 3.2; l'arrêté est intitulé « arrêté du Grand Conseil / arrêté du Conseil-exécutif concernant l'approbation de la modification du/de la [titre du traité intercantonal sans la date]/de l'annexe/des annexes [numéro] au/à la [titre du traité intercantonal sans la date] ». Dans le cas de l'approbation par modification de la loi d'adhésion, la présentation obéit aux règles applicables aux modifications législatives (Module 3, ch. 2.3).

Les modifications du traité soumises à l'approbation sont reproduites dans une annexe à l'arrêté ou à la loi d'adhésion. Le traité ainsi modifié peut également être reproduit intégralement dans une annexe supplémentaire. Sinon, le contenu de l'arrêté obéit aux règles du Module 3, chiffre 3.2.3.

13.4 Dénonciation, abrogation et caducité des traités intercantonaux

On parle de dénonciation du traité intercantonal lorsque l'une des parties déclare unilatéralement résilier les rapports contractuels. On parle d'abrogation lorsque toutes les parties dénoncent le traité, le rendant ainsi caduc. Le traité intercantonal perd sa validité et devient caduc lorsqu'il est remplacé par de nouvelles normes ou des normes modifiées du droit de rang supérieur (droit fédéral, droit international). Il peut aussi arriver qu'un traité intercantonal soit invalidé du fait de l'édiction d'un nouveau droit intercantonal, matériellement mais pas formellement, le nouveau droit ayant omis d'abroger le traité en question.

La dénonciation, l'abrogation et la caducité du traité intercantonal ont pour effet que le traité n'est plus applicable dans le canton de Berne. Le traité doit dès lors être retiré du RSB. Cette opération doit être ordonnée par l'autorité compétente dans l'arrêté de résiliation ou d'abrogation du traité intercantonal (Module 3, ch. 3.2.3; p. ex. ROB 12-72). Si un traité intercantonal devient caduc sans arrêté de l'autorité compétente, la Direction concernée en informe la Chancellerie d'Etat.

13.5 Publication des traités intercantonaux

C'est à chaque canton signataire qu'il appartient de publier valablement le texte des traités intercantonaux et des actes contenant des règles de droit édictés par des organes intercantonaux.

La Chancellerie d'Etat publie les traités intercantonaux contenant des règles de droit dans le ROB, conformément à l'article 3, lettre a de la loi sur les publications officielles (LPO) (RSB 103.1). Elle publie également la modification, la dénonciation, l'abrogation et la caducité des traités intercantonaux. Si une traduction est publiée, il faut indiquer quel texte fait foi.

La Direction compétente indique la date d'entrée en vigueur du traité à la Chancellerie d'Etat si la date n'est pas précisée dans le traité lui-même. Ce sera le cas en particulier si l'entrée en vigueur est conditionnée par l'adhésion d'un nombre déterminé de cantons.

Les modifications de traité intercantonal soumises à l'approbation d'une Direction en vertu d'une délégation seront signalées à la Chancellerie d'Etat. C'est à la Direction compétente qu'il appartient de signaler les modifications (Module 11, ch. 7.2.3).

La Chancellerie d'Etat publie les arrêtés de dénonciation ou d'abrogation de traité intercantonal dans le ROB. Lorsqu'un traité devient caduc, elle publie une communication dans le ROB.

Les actes contenant des règles de droit édictés par des organes intercantonaux ne sont publiés in extenso que si l'organe en question n'assume pas lui-même la publication par la voie électronique (art. 3, al. 2 LPO). Les actes législatifs publiés par les organes intercantonaux font l'objet d'un renvoi dans le ROB (art. 3, al. 3 LPO).

13.6 Prise en charge de tâches pour le compte d'autres cantons

L'exécution des tâches publiques représente souvent une charge très lourde, qu'il s'agisse d'une tâche purement cantonale ou d'une tâche fédérale dont l'exécution est déléguée

aux cantons. La charge peut être de nature humaine ou infrastructurelle. Pour l'exécution des tâches complexes qui leur sont déléguées par la Confédération, les petits cantons doivent eux aussi mettre en place un appareil administratif complet. Et, en pareil cas, le rapport coût-utilité peut être défavorable.

Dans ces conditions, un canton peut avoir intérêt, dans les limites de l'article 48, alinéa 3 Cst., à faire appel à un autre canton, celui de Berne par exemple, pour exécuter les tâches en question. Le canton de Berne utilise alors son appareil administratif pour accomplir les tâches ou certaines d'entre elles pour le compte de l'autre canton, avec pour effet que les autorités bernoises exercent directement leur souveraineté sur les administrés de l'autre canton, par exemple en rendant des décisions à leur rencontre.

On peut citer l'exemple de la surveillance des institutions de prévoyance professionnelle fribourgeoises qui est assurée par les autorités bernoises (cf. la loi sur l'Autorité bernoise de surveillance des institutions de prévoyance et des fondations [LABSPF] [RSB 212.223] et l'arrêté du Grand Conseil du 1er décembre 2011 concernant l'approbation de la convention entre le canton de Berne et le canton de Fribourg relative à la surveillance des institutions de prévoyance professionnelle ayant leur siège dans le canton de Fribourg [RSB 212.223.4]).

Les bases légales de la délégation ou de la prise en charge de tâches publiques doivent répondre à de sévères exigences dans les cantons concernés. Dans le canton de Berne, une base légale au sens formel est nécessaire ou une disposition dans le droit fédéral qui pose le principe de la délégation de tâches d'exécution à un autre canton ou de la prise en charge de ces tâches pour le compte d'un autre canton par la voie d'un traité intercantonal, cela en application de l'article 69, alinéa 4 ConstC et par analogie avec l'article 95 ConstC. La loi doit également désigner l'autorité (Grand Conseil, Conseil-exécutif) habilitée à conclure de traité pour le canton de Berne.

Le traité intercantonal règle les détails de la délégation ou de la prise en charge des tâches, et en particulier les points suivants :

- le droit cantonal applicable,
- les compétences décisionnelles,
- les voies de droit,
- la participation du canton délégateur dans la désignation des organes d'exécution et de surveillance du canton délégataire,
- le financement,
- la responsabilité des dommages résultant de l'exécution,
- la surveillance,
- l'exécution forcée,
- l'entraide administrative.

13.7 Participation aux groupes de travail et groupes d'experts chargés d'élaborer les traités intercantonaux

Dans bien des cas, les traités intercantonaux (ainsi que les actes d'exécution édictés par des organes intercantonaux) sont élaborés par des organes des conférences de directeurs et directrices cantonaux ou des conférences spécialisées.

Si la conférence dispose d'un secrétariat permanent, c'est lui qui, la plupart du temps, sera chargé des travaux de rédaction. Sinon, on désignera un groupe de travail ou un groupe d'experts dans lesquels siégeront des spécialistes des différentes administrations cantonales.

Ces spécialistes feront en sorte que l'attention nécessaire soit portée aux règles de la légistique, à la terminologie et à la publication, y compris quand il s'agit de la modification de traités intercantonaux.

On aura avantage pour ce faire à faire appel au service de légistique du canton en charge du dossier pour contrôler le projet. On évitera ainsi les imperfections qui, souvent, suscitent des problèmes lors de l'application pratique.

14 Outils

14.1 Législation

14.1.1 Intranet (portail Intranet du canton de Berne > Législation)

- Directives du canton de Berne sur la procédure législative : tous les modules et en particulier le Module 4 «Langage»
- Modèles de document Word pour chaque type d'acte législatif : nouvel acte législatif, modification d'acte législatif, rapport, rectification, garantie fédérale, approbation par une autorité fédérale
- Planification des affaires du Grand Conseil (feuilles roses et feuilles jaunes) : calendrier des affaires du Grand Conseil et calendrier ROB pour les lois, les décrets, les révisions constitu-tionnelles et les actes législatifs édictés par le Conseil-exécutif
- Plan des séances de la Commission de rédaction et liste des affaires à traiter
- Direction des finances du canton de Berne (2001): *Manuel de législation en mode Nouvelle gestion publique*. Approuvé par la direction générale du projet NOG le 22 octobre 2001. Berne (https://www.in.sta.be.ch/intranet_sta/fr/index/dienstleistungenfuerdirsta/dienstleistungenfuerdirsta/Rechtsetzung/richtlinien_vorlagen.assetref/dam/documents/intranet_sta/ASR/fr/legislation_en_mode_nouvelle_gestion_publicue.pdf)

14.1.2 Internet ou bibliothèque

- Belex: recueils des lois bernoises en ligne (Page d'accueil du canton de Berne > Lois)
- Recueils du droit fédéral en ligne et autres publications officielles de la Confédération (Page d'accueil de la Confédération suisse > Droit fédéral)
- Lexfind: accès en ligne à la législation des cantons et de la Confédération (<http://www.lexfind.ch/>)
- Guide de législation de l'Office fédéral de la justice (Page d'accueil du DFJP > Page d'accueil de l'OFJ > Thèmes > Etat & Citoyen > Légistique > Instruments de légistique > Guide de législation)
- Müller, Georg/Uhlmann, Felix (2013): *Elemente einer Rechtssetzungslehre*. 3e édition. Zurich/Bâle/Genève: Schulthess

14.2 Langue

14.2.1 Allemand langue générale

Duden	Accès en ligne à plusieurs dictionnaires Duden (notamment Die deutsche Rechtschreibung, Das Synonymwörterbuch, Richtiges und gutes Deutsch, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, Deutsches Universalwörterbuch)	Portail Intranet du canton de Berne > Pour en savoir plus
Online-Wortschatz-Informationssystem Deutsch (OWID)	Accès en ligne à l' <i>Institut für Deutsche Sprache</i> (listes d'articles avec indications sur l'orthographe et l'usage, la phraséologie, les néologismes et les proverbes)	http://www.owid.de

14.2.2 Français langue générale

Le Petit Robert de la langue française	Accès en ligne au dictionnaire de référence	Portail Intranet du canton de Berne > Pour en savoir plus
Portail lexical	Portail lexical et de ressources linguistiques du CNRS français (Centre national de la recherche scientifique) et de l'Université de Nancy	http://www.cnrtl.fr/portail/

14.2.3 Dictionnaires bilingues

PONS Gross-wörterbuch et Langenscheidt	Accès en ligne aux deux dictionnaires référence allemand-français et français-allemand	de Portail Intranet du canton de Berne > Pour en savoir plus
--	--	--

14.2.4 Terminologie juridique et administrative bernoise

- Banque de terminologie du canton de Berne, LINGUA-PC (Intranet de la Chancellerie d'Etat > LINGUA PC)
- Banque de terminologie de l'administration fédérale, Termdat (Page d'accueil de la Chancellerie fédérale > Thèmes > Terminologie > TERMDAT)

14.3 Communiqués de presse

Des outils d'aide à la rédaction des communiqués de presse sont publiés sur Intranet (Portail Intranet du canton de Berne > Communication / Imprimés > Communication avec les médias) :

- Directives pour l'information des médias
- Liste de contrôle de la valeur de l'information
- Règle de base pour la gestion des relations avec les médias