

Avis de droit

à l'intention de

la Direction de la police et des affaires militaires du canton
de Berne

concernant la question de

l'habilitation du Grand Conseil à légiférer sur la pratique
du Ministère public et de la Police cantonale en matière
d'information du public (indication systématique de la
nationalité des suspects et des victimes)

établi par
Markus H. F. Mohler, docteur en droit
et ancien chargé de cours en matière de droit public
spécialisé dans les questions de sécurité et de police
aux universités de Bâle et de St-Gall,
Bâle-Binningen

Table des matières

- A. Introduction
- B. Sources du droit pertinentes
- C. Interprétation
 - I. Code de procédure pénale
 - 1. Art. 74 CPP, Information du public
 - 2. Applicabilité du CPP : moment déterminant
 - II. Recommandations de la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP)
 - 1. Texte initial de la Conférence des commandants de police de Suisse (CCPCS)
 - 2. Décision de la CCDJP
 - 3. Appréciation
 - III. Questions de compétence
 - 1. Droit fédéral et droit cantonal
 - 2. Mise en œuvre du droit fédéral dans le droit cantonal
 - 3. Séparation des pouvoirs, législation et exécution : principes
 - a) Coopération plutôt que cloisonnement
 - b) Critères d'attribution des compétences législatives
 - c) Légistique matérielle
 - 4. Règles de compétence cantonales
 - IV. Application concrète à la motion
 - 1. Contenu et but de la motion
 - 2. Principes constitutionnels et normes concrètes
 - a) Principe de légalité
 - b) Principe de proportionnalité
 - c) Intérêt public
 - d) Présomption d'innocence
 - e) Interdiction de la discrimination
 - f) Spécificité du cas d'espèce
 - 3. Secret de fonction
 - 4. Marge d'appréciation des autorités compétentes
 - a) Quant aux faits
 - b) Quant à l'aboutissement des investigations
 - c) Quant à la valeur informative
 - d) Quant au secret de fonction (présomption d'innocence, protection des victimes)
 - e) Quant à l'interdiction de la discrimination
 - f) Quant au potentiel de stigmatisation
- D. Résultat
- E. Conclusion
- F. Réponses aux questions

A. Introduction

I. Contexte

1. Motion

a) Texte de la motion

1. La motion 051-2016 intitulée «Politique d'information du canton de Berne : assurer la transparence» a été déposée au Grand Conseil le 10 mars 2016. Sa teneur est la suivante :

«Le Conseil-exécutif est chargé de prendre les mesures nécessaires pour que les communiqués de presse indiquent non seulement l'âge mais aussi la nationalité des suspects et des victimes des délits, conformément aux recommandations de la Conférence des directrices et des directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP)».

b) Développement

2. Ses auteurs ont invoqué les motifs ci-après :

«Nous n'avons toujours pas bien saisi dans quels cas la Police cantonale et le Ministère public révèlent spontanément l'origine des suspects et dans quels cas ils ne le font pas. On décide au cas par cas de faire figurer ou non la nationalité dans le communiqué. Souvent, la police ne la communique pas. Cela suscite l'incompréhension.

La majorité des cantons suit aujourd'hui les recommandations de la CCDJP. Selon ces recommandations, il faut communiquer aux médias non seulement le nom mais aussi la nationalité des suspects et des victimes.

Le canton de Berne devrait lui aussi suivre cette recommandation afin d'assurer la transparence de l'information vis-à-vis de la population».

2. Traitement au Grand Conseil

3. Le 13 septembre 2016¹, à l'issue d'un long débat, le Grand Conseil a adopté la motion par 68 voix contre 65 et 5 abstentions.

II. Mandat

a) Teneur

4. Par courriel du 19 mars 2018, confirmé par une lettre datée du 3 avril 2018, le Secrétariat général de la Direction de la police et des affaires militaires m'a chargé d'établir un avis de droit sur les questions suivantes :

1. Le Grand Conseil du canton de Berne est-il habilité à légiférer pour permettre la mise en œuvre de la motion 051-2016 Gschwend-Pieren (Lyssach, UDC) «Politique d'information du canton de Berne : assurer la transparence» ? S'il n'y est pas habilité pleinement, l'est-il le cas échéant avec certaines restrictions ?
2. Sur quels principes juridiques (hiérarchie des normes, séparation des pouvoirs, etc.) la réponse fournie à la question 1 se fonde-t-elle ?

b) Etendue de la problématique

5. Les questions posées touchent différents domaines du droit étroitement imbriqués². Les réponses à y apporter dépassent le cadre de ce qu'il est possible d'exposer dans un bref avis de droit. Le nombre des sources de droit pertinentes suffit à s'en convaincre (voir B). On s'en tiendra par conséquent à des explications courtes, conformément au mandat.

¹ Affaire 2016.RRGR.263.

² A propos de la complexité des facteurs déterminant la politique d'information des autorités dans un Etat de droit, voir URS SAXER, Öffentlichkeitsinformationen von Behörden im Rechtsstaat, in : medialex 2004-28.

B. Sources du droit pertinentes

6. Les normes fédérales et cantonales ci-après sont pertinentes pour répondre aux questions posées.

Normes fédérales :

- Constitution fédérale (Cst.)³, notamment art. 5, 10, al. 1, 35, al. 2, et 46, al. 1 ;
- Code de procédure pénale (CPP)⁴, notamment art. 74, 299 et 300 ;
- loi fédérale sur la protection extraprocédurale des témoins (Ltém)⁵.

Normes cantonales :

- Constitution du canton de Berne (ConstC)⁶ ;
- loi sur le Grand Conseil (LGC)⁷ ;
- loi sur l'organisation des autorités judiciaires et du Ministère public (LOJM)⁸ ;
- loi sur l'information (LIIn)⁹ ;
- règlement du Ministère public sur l'information (RI MP)¹⁰.

C. Interprétation

I. Code de procédure pénale

1. Art. 74 CPP, Information du public

7. L'art. 74 CPP a la teneur suivante :

«Art. 74 Information du public

¹ Le ministère public et les tribunaux ainsi que, avec leur accord, la police, peuvent renseigner le public sur une procédure pendante lorsque :

- a. la collaboration de la population est nécessaire à l'élucidation d'infractions ou à la recherche de suspects ;
- b. la population doit être mise en garde ou tranquillisée ;
- c. des informations ou des rumeurs inexacts doivent être rectifiées ;
- d. la portée particulière d'une affaire l'exige.

² La police peut, de sa propre initiative, informer le public sur les accidents et les infractions, sans désigner nommément les personnes impliquées.

³ L'information du public respecte le principe de la présomption d'innocence du prévenu de même que les droits de la personnalité des personnes concernées.

⁴ Dans les causes impliquant des victimes, les autorités et les particuliers ne sont habilités, en dehors d'une audience publique de tribunal, à divulguer l'identité de la victime ou des informations permettant son identification qu'à l'une des conditions suivantes :

- a. la collaboration de la population est nécessaire à l'élucidation de crimes ou à la recherche de suspects ;
- b. la victime ou, si elle est décédée, ses proches y consentent».

8. Cette disposition statue une exception légale à l'obligation générale des autorités pénales de garder le secret, consacrée à l'art. 73 CPP¹¹. Elle est «*potestative*», c'est-à-dire qu'on ne peut en déduire *aucune obligation*

³ RS 101.

⁴ RS 312.0.

⁵ RS 312.2.

⁶ RSB 101.1.

⁷ RSB 151.21.

⁸ RSB 161.1.

⁹ RSB 107.1.

¹⁰ RSB 162.711.2.

¹¹ URS SAXER, Komm. zu Art. 74, in : Marcel Alexander Niggli et al. (éd.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung und Jugendstrafprozessordnung, Bâle 2014 (ci-après : auteur, BSK, numéro d'article), n° 1.

d'informer. Une «disposition potestative» est une norme exposant un *concept juridique indéterminé*¹² qui autorise expressément¹³ les autorités d'exécution à faire usage de leur pouvoir discrétionnaire¹⁴. L'art. 74 ne statue pas non plus de *droit à l'information* sur les investigations pénales¹⁵. Il porte sur *toutes les procédures pendantes*, c'est-à-dire toutes les procédures selon le CPP¹⁶. Les normes indéterminées sont reconnaissables à des tournures telles que «motifs importants» (parfois explicitement nommés), «intérêt particulier» ou «intérêt prépondérant».

9. La *nécessité* de l'information renvoie au *principe de proportionnalité* (voir n° 42)¹⁷. L'*intérêt public*, qui participe de l'appréciation de la proportionnalité, est déterminé en sus (voir n° 43).

10. L'art. 74 CPP énonce quatre critères qui permettent d'apprécier la nécessité de l'information (al. 1, let. a à d ; voir également les explications concernant les normes indéterminées au n° 8). Conformément à l'al. 1, la police n'est autorisée à informer le public qu'avec l'accord du ministère public (ou des tribunaux).

11. Conformément à l'al. 2, la police peut, «de sa propre initiative, informer le public sur les accidents et les infractions, sans désigner nommément les personnes impliquées». Cela la dispense uniquement de l'accord du ministère public, sauf s'il s'agit d'un cas au sens de l'art. 307, al. 1, CPP, dans lequel elle doit l'informer sans retard.

12. Elle reste cependant liée par les critères au sens de l'al. 1. Elle est en outre tenue de respecter le principe de proportionnalité et de tenir compte de l'intérêt public prépondérant (voir n° 8 s.), ainsi que d'autres conditions (voir n° 45 s. et 49 ss).

2. Applicabilité du CPP : moment déterminant

13. Comme indiqué au n° 8, l'art. 74 CPP s'applique à toutes les procédures pendantes. Il importe donc de savoir à partir de quand une procédure pénale est «pendante». La procédure pénale se compose de la *procédure préliminaire* (art. 299 ss CPP) et des débats (art. 328 ss CPP). La *procédure préliminaire* à son tour se compose des *investigations* de la police (art. 306 s. CPP) et de l'*instruction* par le ministère public (art. 308 ss CPP).

14. Conformément à l'art. 300, al. 1, let. a, CPP, la procédure préliminaire est *introduite* par les *investigations de la police*. L'introduction de la procédure statuée par cette disposition ne repose pas sur une décision formelle, mais sur le *début effectif des investigations de la police*, pour autant que le ministère public n'ouvre pas formellement une instruction (art. 300, al. 1, let. b, CPP). Le début des investigations de la police est un *acte matériel d'introduction de la procédure*¹⁸.

15. L'ouverture des investigations requiert l'existence de *souçons suffisants* laissant présumer une infraction¹⁹.

16. Elle constitue la *délimitation entre l'application du CPP et du droit policier*. Contrairement au droit procédural, le droit policier vise le maintien ou le rétablissement de la sécurité et de l'ordre public, de même que la prévention. La procédure est pendante dès les *premières investigations de la police* destinées à confirmer ou à infirmer les soupçons et dès ce moment, le *CPP s'applique*. Ces *premières investigations* peuvent consister à

¹² PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4^e éd., Berne 2014, § 26, n° 25 ss (l'expression française ne figure plus dans le texte de la 4^e édition, mais dans l'index français – allemand, p. 674) ; voir n° 34 du présent avis.

¹³ SAXER (NBP 11), op. cit., n° 9 et 11.

¹⁴ ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7^e éd. 2016 (ci-après : Verwaltungsrecht), n° 408. Voir à ce propos n° 45.

¹⁵ SAXER (NBP 11), op. cit., n° 10.

¹⁶ SAXER (NBP 11), op. cit., n° 3.

¹⁷ SAXER (NBP 11), op. cit., n° 7.

¹⁸ CHRISTOF RIEDO/BARABRA BONER, BSK (NPB 11), art. 300, n° 8 s. ; NIKLAUS SCHMID/DANIEL JOSITSCH, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3^e éd., Zurich/St-Gall 2018, 603.

¹⁹ RIEDO/BONER (NPB 18), op. cit., n° 5 et 14 ; SCHMID/JOSITSCH (NPB 18), op. cit., 604.

contrôler l'identité de la personne sur laquelle reposent les soupçons. Le *résultat* de ce contrôle *n'est pas forcément conclusif* ni quant à la qualification des faits en tant qu'infraction ou en tant qu'omission ni quant à la culpabilité du suspect.

II. Recommandations de la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP)

1. Texte initial de la Conférence des commandants de police de Suisse (CCPCS)

17. Le ch. 6 des recommandations de la CCPCS du 3 novembre 2010 pour le contact avec les médias²⁰ dit ce qui suit à propos de l'indication de l'âge et de la nationalité :

«Lors d'informations aux médias, l'âge et la nationalité des personnes soupçonnées et des victimes sont communiquées. Il peut être dérogé à cette règle pour des raisons de protection de la personnalité ou s'il y a un risque que la personne puisse être identifiée par ces données.
Sur demande, il est possible de confirmer une origine étrangère.»

2. La décision de la CCDJP

18. La CCDJP a débattu des recommandations de la CCPCS lors de son assemblée de printemps 2011. Le procès-verbal²¹ indique à ce sujet :

«Un autre point en discussion est le lien entre les recommandations et l'art. 74 CPP. La majorité des communications de police ont lieu hors procédures pénales et l'art. 74 CPP n'est donc pas applicable. Pour les procédures pénales en cours, il faut toutefois respecter l'art. 74 CPP».

19. En conséquence, la CCDJP n'a pas suivi la proposition de son comité de «prendre acte et approuver» les recommandations de la CCPCS, mais a décidé :

«L'Assemblée de printemps 2011 prend acte des recommandations CCPCS et signale que, concernant les procédures pénales, l'art. 74 CPP doit être respecté en tant que disposition supérieure».

La CCDJP n'a donc émis aucune recommandation, mais a pris acte de celles de la CCPCS en y ajoutant une restriction essentielle.

3. Appréciation

20. L'affirmation selon laquelle la majorité des communications de la police ont lieu hors procédure pénale doit être relativisée. L'art. 74, al. 2, CPP, habilite la police à «informer le public sur les accidents et les infractions, sans désigner nommément les personnes impliquées». Si elle informe le public sur des «infractions», c'est que des investigations sont déjà en cours (procédure pendante) et donc que le CPP est applicable (voir n° 16). A de rares exceptions près (éventuellement p. ex. en cas d'avalanche), il en est de même en cas d'accident ; là aussi, la police va mener des investigations pour déterminer si une infraction a été commise (par négligence). C'est particulièrement vrai dans le domaine de la circulation routière, où notamment, l'auteur des dommages doit informer sans délai la police (c'est-à-dire faire une dénonciation) s'il ne peut avertir tout de suite le lésé (art. 51, al. 3, LCR²²). Il est punissable en vertu de l'art. 92, al. 1,

²⁰ Recommandations fondées sur le CPP en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011. Non publiées, mises à disposition par la Direction de la police et des affaires militaires.

²¹ Du 7 avril 2011, ch. 10.

²² Loi fédérale sur la circulation routière, RS 741.01.

éventuellement de l'art. 91a, al. 1, LCR s'il se soustrait à cette obligation. Les investigations de la police démarreront en tous les cas, que l'auteur ait procédé à une dénonciation ou qu'il s'en soit abstenu²³.

21. Lorsque la police informe le public de sa propre initiative sur un accident (sous réserve des exceptions évoquées) ou sur une infraction, c'est donc le CPP qui est applicable.

22. La formulation utilisée dans le procès-verbal de la CCDJP (voir n° 18), qui est quelque peu étrange, indique : «Pour les procédures pénales en cours, il faut (...) respecter l'art. 74 CPP».

23. Les recommandations de la CCPCS n'indiquent nullement que la police doit *systématiquement* communiquer la nationalité des suspects et des victimes. Au contraire, elles soulignent expressément qu'il peut être dérogé à cette règle «pour des raisons de protection de la personnalité ou s'il y a un risque que la personne puisse être identifiée par ces données». Il faut préciser à cet égard que d'autres motifs peuvent s'opposer à l'indication de la nationalité (voir n° 41 ss et 49 ss).

24. Enfin, la décision de la CCDJP sur les recommandations de la CCPCS manque, sur le plan informel également, de tout caractère contraignant, puisque que la conférence prend acte de ces recommandations sans les approuver (voir n° 19). Notons en passant que l'art. 74 CPP laisse de toute manière toute latitude aux cantons dans leurs décisions.

III. Questions de compétence

1. Droit fédéral et droit cantonal

25. L'art. 49, al. 1, Cst. dispose que le droit fédéral prime le droit cantonal (qui lui est contraire). Selon l'al. 2 du même article, la Confédération veille à ce que les cantons respectent le droit fédéral.

2. Mise en œuvre du droit fédéral dans le droit cantonal

26. Conformément à l'art. 46, al. 1, Cst., les cantons mettent en œuvre le droit fédéral *conformément à la Constitution et à la loi*. L'al. 3 de la norme constitutionnelle dispose que la Confédération laisse aux cantons une marge de manœuvre aussi large que possible. Cette liberté dans la mise en œuvre est toutefois restreinte par le *principe de légalité* (art. 5, al. 1, Cst.)²⁴. La marge de manœuvre accordée aux cantons ne les autorise pas à adopter des lois et des ordonnances d'exécution qui *divergent matériellement* du droit fédéral²⁵.

3. Séparation des pouvoirs, législation et exécution : principes

27. La question de la séparation des pouvoirs ne peut être abordée que sommairement dans le présent avis.

a) Coopération plutôt que cloisonnement

28. John Locke (1632 – 1704) et Montesquieu (1689 – 1755) ont vu dans la séparation des pouvoirs le moyen de *limiter le pouvoir par le pouvoir et de prévenir les abus de pouvoir*²⁶. La doctrine contemporaine s'est néanmoins détachée de cette vision théorique fonctionnelle et met l'accent sur la *coopération*²⁷. Celle-ci

²³ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_461/2017 du 26 janvier 2018, consid. 2.1 ss.

²⁴ Voir BENJAMIN SCHINDLER, *Verwaltungsermessen, Gestaltungsraum der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz*, thèse d'habilitation 2010, Zurich/St-Gall 2010, 393 ss.

²⁵ PIERRE TSCHANNEN, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 4^e éd., Berne 2016, § 21, n° 25.

²⁶ Pour une vision globale de la problématique : GIOVANNI BIAGGINI, in : Baggini/Gächter/Kiener (éd.), *Staatsrecht*, 2^e éd., Zurich/St-Gall 2015, 194 s. ; SCHINDLER (NBP 24), 383.

²⁷ Voir p. ex. KURT EICHENBERGER, *Von der Rechtsetzungsfunktion im heutigen Staat*, in : *Verfassungs- und Regierungsrat des Kantons Aargau* (éd.), *Der Staat der Gegenwart*, Bâle/Aarau 1980, 338 s. ; HANSJÖRG SEILER,

n'implique pas pour autant que les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire peuvent *s'attribuer des compétences à bien plaisir*. La séparation des pouvoirs fondée sur la distinction des fonctions doit permettre d'atteindre un équilibre²⁸. La loi, en tant que produit de l'activité législative du Parlement, doit incarner le caractère fondamental, primordial, durable et collectif de l'action de l'Etat²⁹. SCHINDLER considère que la mise en œuvre du droit doit consister à combiner de manière judicieuse les normes de droit matériel, le droit de la procédure et les dispositions organisationnelles en un tout cohérent³⁰. Il souligne néanmoins qu'établir un système de séparation des pouvoirs à la fois méthodique et logique est une tâche ardue³¹ et que rattacher telle activité étatique, notamment la tâche d'informer, à une fonction plutôt qu'à une autre requiert force argumentation³².

29. Outre sa fonction législative, la législation étant un instrument de planification et de pilotage, le Parlement exerce des fonctions de surveillance et de contrôle, qui servent elles aussi au pilotage³³. Le contrôle parlementaire, au-delà de ses multiples fonctionnalités théoriques, est aussi le fruit d'une *méfiance organisée*³⁴. Notons à cet égard que les médias ont eux aussi une fonction de sentinelle en rapport avec le contenu des informations³⁵.

30. Le Grand Conseil a notamment la compétence de légiférer sur l'activité d'information de l'Etat, compétence dont il a d'ailleurs amplement fait usage (voir n° 39).

31. Il faut néanmoins rappeler que l'acte normatif que les auteurs de la motion appellent de leurs vœux, à quelque échelon que ce soit, ne constitue pas un acte autonome du canton, puisqu'il s'agit d'adopter des *règles d'application du droit fédéral* (voir n° 26). Par ailleurs, la motion suggère au Grand Conseil de faire *modifier* à un échelon normatif inférieur des dispositions légales qu'il a lui-même adoptées.

b) Critères d'attribution des compétences législatives

32. Aujourd'hui, d'autres critères ont pris le pas sur la pure théorie fonctionnelle de la séparation des pouvoirs. Les exigences envers l'Etat et des prestations qu'il doit fournir sont aujourd'hui très élevées, si bien que la capacité de fournir lesdites prestations de manière irréprochable et dans le respect des règles de l'Etat de droit, l'effectivité donc, revêt aujourd'hui une grande importance. Voilà qui nous éloigne de la théorie *classique* de la séparation des pouvoirs et nous conduit à la question de l'*aptitude organique*³⁶.

33. Cette aptitude repose sur trois *critères de légitimation* : la légitimité démocratique, l'indépendance et l'expertise, cette dernière désignant la capacité de réunir les informations, de les évaluer et de les traiter³⁷. Il faudrait en conséquence déterminer l'aptitude des organes de l'Etat qui pourraient entrer en ligne de compte pour réglementer tel ou tel domaine ou qui en revendiquent la compétence³⁸. Si l'attribution des compétences se fait selon ces critères, il apparaît que le Grand Conseil n'a pas la capacité d'adopter des règles générales qui limiteraient voire élimineraient la marge d'appréciation dont les autorités compétentes doivent pouvoir faire usage au cas par cas (voir n° 48).

Gewaltenteilung, thèse d'habilitation 1993, Berne 1994, 500 ; voir également RENÉ A. RHINOW, *Rechtsetzung und Methodik*, thèse d'habilitation 1978, Bâle 1979, 247 ss.

²⁸ SEILER (NBP 27), 496.

²⁹ EICHENBERGER (NBP 27), 273.

³⁰ SCHINDLER (NBP 24), 387.

³¹ SCHINDLER (NBP 24), 276 s.

³² SCHINDLER (NBP 24), 369.

³³ PHILIPPE MASTRONARDI, *Kriterien der demokratischen Verwaltungskontrolle*, thèse d'habilitation Berne, Bâle 1991, 3 ss.

³⁴ EICHENBERGER, *Die Problematik der parlamentarischen Kontrolle im Verwaltungsstaat*, in : NBP 27, 415 ss, 421 ; MASTRONARDI (NBP 33), 65 ; KURT NUSPLIGER, in : Walter Kälin/Urs Bolz (éd.), *Handbuch des bernischen Verfassungsrechts*, Berne 1995 (ci-après : *Handbuch*), 155.

³⁵ Voir les explications fournies par le Tribunal fédéral dans l'ATF 116 IV 31, consid. 5 a/bb.

³⁶ SCHINDLER (NBP 24), 383 ss.

³⁷ SCHINDLER (NBP 24), 389.

³⁸ SCHINDLER (NBP 24), 390.

c) Légistique matérielle

34. Il faut opérer une distinction entre les *normes indéterminées* et les *normes de délégation de la compétence législative* (voir n° 8)³⁹. L'art. 74, al. 1, CPP est une norme indéterminée qui ne prévoit pas de délégation législative dans le domaine qui nous occupe (voir n° 26). A titre de comparaison, les art. 7, al. 1, 14 et 67, al. 1 sont des normes de délégation législative typiques du CPP.

4. Règles de compétence cantonales

35. Art. 66, al. 1, ConstC («Séparation des pouvoirs») :

«¹ Les autorités sont organisées selon le principe de la séparation des pouvoirs. Aucune autorité n'a le droit d'user de la puissance de l'Etat sans contrôle et de manière illimitée».

Cette disposition constitutionnelle doit être interprétée à l'aune des principes régissant la séparation des pouvoirs, la législation et l'exécution (voir n° 28 ss)⁴⁰. Elle institue différents détenteurs du pouvoir interdépendants et le contrôle de chaque autorité ; la ConstC est emblématique du système des «checks and balances»⁴¹.

36. L'art. 78 ConstC attribue au Grand Conseil la compétence d'exercer la surveillance sur le Conseil-exécutif et sur la gestion des tribunaux suprêmes. L'art. 4 de la loi sur le Grand Conseil (LGC)⁴² précise cette compétence en disposant que «le Grand Conseil exerce la haute surveillance sur le Conseil-exécutif, sur la gestion des tribunaux suprêmes, du Parquet général et de la Direction de la magistrature (...)» et que la haute surveillance «respecte le principe de la séparation des pouvoirs» (al. 4).

37. L'art. 80 ConstC permet au Grand Conseil d'attribuer des mandats au Conseil-exécutif⁴³. Les dispositions d'exécution figurent aux art. 61, 63 et 70, al. 1, LGC. Les interventions parlementaires, notamment les motions, s'adressent en règle générale au Conseil-exécutif (art. 61, al. 2, let. a, LGC) ; elles peuvent aussi s'adresser à la Direction de la magistrature (art. 61, al. 2, let. c, LGC : uniquement motions financières).

Les motions adoptées par le Grand Conseil doivent être exécutées par le Conseil-exécutif dans les deux ans, une prolongation de deux ans au plus étant possible (art. 70, al. 1, LGC).

38. L'art. 40, al. 1, LGC souligne que *l'indépendance des autorités judiciaires cantonales et du Ministère public* doit faire l'objet d'une attention particulière. Bien que cette norme figure au chap. 4 (Droit à l'information, secret de fonction et obligation de fournir des renseignements), le principe constitutionnel qu'elle consacre revêt une portée générale.

39. La loi sur l'information (LIn)⁴⁴ distingue l'information d'office par les autorités politiques et administratives du canton (art. 16) de l'information par les autorités judiciaires et le Ministère public (art. 22 ss). Les premières informent sur toutes les activités d'intérêt général (art. 16, al. 1), et ce rapidement, de manière complète et en conformité aux faits (al. 2). Les secondes, en vertu de l'art. 22, al. 1, LIn, informent conformément au CPP et à la loi sur l'organisation des autorités judiciaires et du Ministère public (LOJM). Les dispositions pertinentes sont, en résumé, les suivantes :

- art. 5, al. 1, LOJM : les autorités judiciaires et le Ministère public s'administrent eux-mêmes, l'information étant une tâche administrative et non une tâche jurisprudentielle ;

³⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht (NBP 14), n° 94. Voir n° 8.

⁴⁰ BOLZ, Handbuch (NBP 34), 421 s.

⁴¹ BOLZ, Handbuch (NBP 34), op. cit.

⁴² RSB 151.21.

⁴³ BOLZ, Handbuch (NBP 34), 465 s. ; NUSPLIGER, Handbuch (NBP 34), 156 s.

⁴⁴ RSB 107.1.

- art. 12 LOJM : les autorités judiciaires et le Ministère public édictent des règlements de gestion (al. 1), lesquels contiennent notamment des prescriptions relatives à l'information du public sur l'activité jurisprudentielle et sur l'accomplissement des tâches (al. 2, let. f) ;
- art. 15 LOJM : les règlements de gestion requièrent l'approbation des organes de surveillance ;
- art. 23, al. 1, LIn : cette disposition concernant l'information par les tribunaux et le Ministère public sur les procédures en cours reprend très largement l'art. 74, al. 1, CPP, à l'exception près que la disposition potestative (voir n° 8) est remplacée par une disposition impérative («font l'objet d'une information») ; cela interroge au vu de l'art. 46, al. 1, Cst. (voir n° 26), car l'art. 74 CPP ne délègue aux autorités d'exécution aucune compétence de légiférer en contradiction avec le code, mais leur donne, en tant que norme indéterminée, une certaine latitude au niveau de la mise en œuvre (voir n° 8 et 34) ; la formule «font l'objet d'une information» restreint la marge d'appréciation du Ministère public et de la police⁴⁵, mais durcit les exigences par rapport au CPP en matière d'information du public : alors que l'art. 74, al. 1, let. d, CPP fait dépendre la nécessité de l'information de «la portée particulière d'une affaire», l'art. 23, al. 1, let. b, LIn, impose de communiquer «lorsque, en présence d'affaires particulièrement graves ou ayant un caractère sensationnel, une information immédiate est indiquée» ;
- art. 25 LIn : le Commandement de la police «informe le public des incidents dont l'intérêt public commande qu'ils soient rendus publics sans délai» ; cette disposition présente une analogie avec l'art. 23, al. 1, let. b, LIn ; elle ne précise pas quels contenus la police doit communiquer dans l'intérêt public, ceux-ci relevant dès lors de sa marge d'appréciation, en adéquation avec l'art. 74, al. 2, CPP ; l'art. 25, al. 2, LIn prévoit en revanche une réserve en faveur des prérogatives des tribunaux et du Ministère public, renvoyant de la sorte à l'art. 74, al. 1, CPP ;
- règlement du Ministère public sur l'information (RI MP), arrêté par le Parquet général, qui est membre de la Direction de la magistrature, organe suprême de la justice cantonale (voir art. 18, al. 1, let. a, LOMJ) : le règlement fournit à son art. 3 une liste détaillée des cas dans lesquels l'information du public est justifiée, en parfaite adéquation avec l'art. 74 CPP et l'art. 14 de la procédure pénale applicable aux mineurs (PPMin)⁴⁶ ; l'accent est mis sur des motifs matériels et sur les éléments qui relèvent de l'intérêt public ; l'art. 5 comporte des prescriptions sur la teneur de l'information, le Ministère public devant notamment s'abstenir de tout jugement de valeur.

IV. Application concrète à la motion

1. Contenu et but de la motion

40. Les auteurs de la motion demandent que les communiqués de presse indiquent non seulement l'âge mais aussi la nationalité des suspects et des victimes des délits. Selon une interprétation réaliste fondée sur la formulation du développement, il apparaît que leur but est que ces indications figurent *systématiquement* dans les communiqués⁴⁷, aussi bien ceux du Ministère public que ceux de la police. Ni le texte de la motion ni son développement ne permettent de saisir réellement quels sont les motifs qui président à cette demande. Seul le titre «Politique d'information du canton de Berne : assurer la transparence» laisse entrevoir ce qui anime les motionnaires. La motion ne précise pas, en particulier, de quel genre de transparence il s'agit, ni quelles conclusions rationnelles les indications requises permettraient de tirer.

⁴⁵ Voir n° 8 et 34.

⁴⁶ RS 312.1.

⁴⁷ Faute de quoi les phrases «On décide au cas par cas de faire figurer ou non la nationalité dans le communiqué. Souvent, la police ne la communique pas. Cela suscite l'incompréhension.» n'auraient pas de sens.

2. Principes constitutionnels et normes concrètes

a) Principe de légalité

41. Les exigences formulées dans la motion s'opposent aux dispositions légales pertinentes de la Confédération (CPP) et du canton de Berne (LOMJ, LIn). Dès lors, elles ne respectent pas le principe de légalité (art. 5, al. 1, Cst ; voir n° 26). Elles sont contraires aux principes du droit fédéral à trois égards (art. 5, al. 1, et 46, al. 1, Cst, ainsi que b) ci-dessous).

b) Principe de proportionnalité

42. La *nécessité de l'information* qui ressort de l'art. 74 CPP renvoie au *principe de proportionnalité* (voir n° 9). L'information doit, si elle est nécessaire, *être en sus de nature à favoriser l'intérêt public visé*, c'est-à-dire permettre à la population de tirer des conclusions solides. Or l'indication de la nationalité des suspects et des victimes dans n'importe quel cas d'espèce n'est pas de cette nature. Il apparaît que *l'indication systématique de la nationalité n'est pas appropriée pour assurer la transparence* et n'est donc pas proportionnée (voir n° 51 s.).

c) Intérêt public

43. Il ne faut pas confondre l'intérêt public et une soif de savoir qui ne déploierait aucune valeur ajoutée au-delà des faits du cas d'espèce, pour autant qu'il s'agisse de faits. Il ne doit pas s'agir non plus d'un simple intérêt médiatique, destiné à attirer l'attention, voire à faire sensation⁴⁸. Contrairement au principe de la transparence applicable à l'activité des organes politiques et de l'administration, l'information active par la justice et la police dans un contexte pénal *est une exception au maintien du secret et elle doit être légitimée*⁴⁹. On ne saurait d'ailleurs tirer des informations fournies par la police des conclusions sur le taux de condamnation des personnes de telle ou telle nationalité (ratio entre la proportion de représentants d'une nationalité ayant, *de manière avérée*, commis des infractions et la part de ces représentants dans la population totale)⁵⁰ ; seule la statistique de la criminalité (idéalement, considérée sur plusieurs années) permet de tirer des conclusions un tant soit peu fiables⁵¹.

44. Quelques auteurs de doctrine⁵² considèrent que l'art. 74 CPP – en dépit de la teneur de l'al. 1 – impose l'information du public lorsque les conditions sont réunies. Ils s'appuient pour justifier ce point de vue sur le principe de transparence, lequel fait selon eux du principe du secret une exception. Mais cette argumentation ne tient pas. Premièrement, à l'échelon fédéral au moins, le principe de transparence est plus vieux que le CPP⁵³ ; le législateur fédéral aurait donc pu en tenir compte au moment d'élaborer les dispositions du code. Deuxièmement, bien que les méthodes d'interprétation d'une norme soient nombreuses, il faut avant tout partir de sa teneur et de sa signification⁵⁴. Troisièmement, le principe de transparence ne va pas bouleverser cette méthode d'interprétation (a posteriori). Quatrièmement, le CPP est là pour remplacer les 26 codes de procédure cantonaux, dans toute leur diversité. Le sens de l'art. 74, al. 1, CPP est clair. De plus, certains motifs matériels (notamment tactiques), s'ils n'interdisent pas carrément l'information du public, font qu'elle n'est pas forcément appropriée (voir n° 50 ss).

⁴⁸ NIKLAUS OBERHOLZER, *Grundzüge des Strafprozessrechts*, 3^e éd., Berne 2012, n° 656 ; PETER SALADIN, *Grundrechte im Wandel*, Berne 1982, 62.

⁴⁹ SAXER, *Komm zu Art. 74 (NBP 11)*, n° 6.

⁵⁰ Ce ratio se fonde sur les dénonciations à la police et non sur la statistique des condamnations.

⁵¹ Voir p. ex. Statistique policière de la criminalité (SPC), Rapport annuel 2017 des infractions enregistrées par la police (<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/criminalite-droit-penal/police.assetdetail.4822914.html>).

⁵² ELISABETH STREBEL, *Grenzen medialer Öffentlichkeitsarbeit der Staatsanwaltschaft*, thèse Lucerne 2010, Berne 2011, 110 ss.

⁵³ Voir message relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration (LTrans [RS 153.2], FF 2003 1807, et message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2006 1057. De plus, la LTrans ne règle pas l'information du public par les autorités, mais l'accès aux documents officiels.

⁵⁴ ATF 143 I 272, consid. 2.2.3, arrêt du Tribunal fédéral 2C_632/2016 du 6 novembre 2017, consid. 3.2

45. L'art. 74, al. 4, vise en premier lieu à protéger les victimes. Les informations permettant l'identification de la victime ne peuvent être rendues publiques qu'à deux conditions concrètes. L'art. 5, al. 3, RI MP en tient compte (voir n° 39, dernier paragraphe).

d) Présomption d'innocence

46. La présomption d'innocence est un droit fondamental (art. 32, al. 1, Cst ; art. 6, par. 2, CEDH⁵⁵). La publication d'informations permettant l'identification d'un auteur n'est par conséquent autorisée que dans les cas définis par les lois pertinentes. Dans les villages notamment, de telles informations peuvent, d'une part, conduire la population à tirer des conclusions qui peuvent se révéler fausses sur certaines personnes et, d'autre part, violer la présomption d'innocence. Il s'impose de faire preuve de retenue pour éviter toute condamnation a priori⁵⁶.

e) Interdiction de la discrimination

47. Le fait d'indiquer la nationalité des suspects et des victimes dans le cas d'espèce peut donner lieu à des conclusions hâtives (voir n° 41 à 44). Cette pratique induit au moins indirectement un risque de *stigmatisation des membres de certaines minorités* et peut conduire à une violation de l'*interdiction de la discrimination en fonction de l'origine* (art. 8, al. 2, Cst.). Alors que l'art. 5, al. 1, RI MP interdit les jugements de valeur, les autorités devraient s'abstenir de susciter de tels jugements en divulguant des faits encore non vérifiés et qui ne tiennent pas (voir n° 50).

f) Spécificité du cas d'espèce

48. Le critère de la nécessité de l'information renvoie, comme indiqué précédemment, au principe de proportionnalité (voir n° 42), lequel renvoie à son tour à la *marge d'appréciation des autorités dans la prise de décisions et dans l'évaluation des conséquences juridiques dans le cas d'espèce*⁵⁷. L'art. 74, al. 1, CPP et l'art. 23, al. 1, LIn attribuent cette marge d'appréciation aux autorités, qui doivent en faire usage *dans chaque cas d'espèce*⁵⁸. La décision d'informer le public et si oui, de quelle manière, est un acte matériel. Bien que les commentaires juridiques sur l'usage de la marge d'appréciation portent en principe sur les décisions, ils sont tout aussi valables pour les actes matériels⁵⁹. Des prescriptions strictes sur les informations qu'il faudrait fournir systématiquement iraient à l'encontre de la marge d'appréciation dont les autorités doivent faire usage⁶⁰. Le Parlement quant à lui ne doit pas se perdre dans des cas d'espèce lorsqu'il exerce ses droits de surveillance⁶¹.

3. Secret de fonction

49. Pour des raisons d'exhaustivité, il convient d'aborder la question du *secret de fonction*. Conformément à l'art. 73, al. 1, CPP, les autorités compétentes «gardent le silence sur les faits qui parviennent à leur connaissance dans l'exercice de leur activité officielle». L'art. 74 CPP constitue la base légale qui permet de justifier qu'on dévie de l'obligation générale de garder le secret dans les affaires pendantes, l'audience faisant exception (voir n° 8)⁶². L'art. 2 RI MP en tient compte. Toute modification allant dans le sens de la motion serait contraire au droit fédéral.

4. Marge d'appréciation des autorités compétentes

⁵⁵ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, RS 0.101.

⁵⁶ OBERHOLZER (NBP 48), n° 655 ; SAXER, Komm. zu Art. 74 (NBP 11), n° 23.

⁵⁷ SCHINDLER (NBP 24), n° 418 ss.

⁵⁸ MARKUS H.F. MOHLER, Grundzüge des Polizeirechts, Bâle 2012, n° 124 s.

⁵⁹ MOHLER (NBP 58), n° 696.

⁶⁰ Voir n° 56.

⁶¹ NUSPLIGER (NBP 34), 154, qui renvoie à un avis de droit de WALTER KÄLIN. Les soupçons de manquements graves font exception.

⁶² SAXER, (NBP 11), n° 1.

a) Quant aux faits

50. L'art. 25, al. 1, LIn requiert que le public soit informé sans délai. Or les faits – parmi lesquels la nationalité des suspects et des victimes – n'ont souvent pas pu être vérifiés pendant le court laps de temps qui s'écoule entre l'événement et l'information. La retenue s'impose ne serait-ce que pour cette raison.

b) Quant à l'aboutissement des investigations

51. Indiquer des nationalités à un stade précoce peut équivaloir dans certaines circonstances à avertir les personnes impliquées directement ou indirectement, lesquelles pourraient alors chercher à empêcher l'aboutissement des investigations. Une telle indication peut également influencer les éventuels témoins ou personnes appelées à fournir des renseignements. Il faut naturellement éviter de telles entraves aux investigations et veiller à assurer la protection extraprocédurale des témoins⁶³.

c) Quant à la valeur informative

52. La nationalité des suspects ou des victimes, hormis qu'elle n'a peut-être pas encore été vérifiée à un stade précoce (voir n° 50), a peu de valeur informative : les personnes concernées peuvent être binationales, avoir été naturalisées ou être étrangères, mais être nées et avoir grandi en Suisse (deuxième génération) et ne pas (encore) s'être fait naturaliser ou avoir été naturalisées.

d) Quant au secret de fonction (présomption d'innocence, protection des victimes)

53. Même dans les cas où l'information est permise aux termes de l'art. 74 CPP (disposition potestative, voir n° 8), il peut s'avérer judicieux d'y renoncer pour des motifs tactiques ou pour garantir la présomption d'innocence et la protection des victimes (du moins pour un certain laps de temps, déterminé selon des critères matériels).

e) Quant à l'interdiction de la discrimination

54. Le ch. 6 des recommandations de la CCPCS indique : «Sur demande, il est possible de confirmer une origine étrangère». Un tel renseignement pourrait constituer une discrimination indirecte s'agissant de personnes naturalisées.

f) Quant au potentiel de stigmatisation

55. Les autorités compétentes doivent tenir compte du risque de stigmatisation indirecte découlant de contenus informatifs qui ne permettent pas à la population de tirer des conclusions solides (voir n° 47).

D. Résultat

56. La motion vise l'adoption de prescriptions contraignantes quant à l'information du public par le Ministère public et la police sur les procédures pendantes et, plus précisément, l'indication systématique de la nationalité des suspects et des victimes⁶⁴. De telles prescriptions seraient contraires au droit fédéral à plusieurs égards (voir n° 41 ss) et ne respecteraient pas non plus les lois cantonales ; elles violeraient par conséquent le principe de légalité. Le renvoi aux recommandations de la CCDJP est par ailleurs erroné. La décision que la conférence a prise sur la question de l'indication de la nationalité, d'une part, rappelle qu'il

⁶³ Voir Ltém, NBP 5.

⁶⁴ Voir n° 39.

faut respecter l'art. 74 CPP et, d'autre part, est absolument non contraignante (voir n° 18 s.). Au demeurant, toute modification de la LIn ou de la loi portant introduction du code de procédure civile, du code de procédure pénale et de la loi sur la procédure pénale applicable aux mineurs (LiCPM)⁶⁵ dans le sens de la motion induirait un conflit avec le droit fédéral supérieur.

E. Conclusion

57. La motion se révèle irréalisable pour les motifs juridiques exposés ci-avant.

F. Réponses aux questions

I. Question 1

58. Le Grand Conseil n'est pas habilité à légiférer dans le sens voulu par les auteurs de la motion ni à prescrire l'adoption par une autre autorité d'une règle correspondant au contenu de la motion. Toute disposition en la matière qui serait subordonnée au CPP et aux lois cantonales pertinentes violerait le droit fédéral à plusieurs égards, de même que le principe de la séparation des pouvoirs figurant dans la Constitution cantonale. Toute modification d'une loi cantonale en contradiction avec l'art. 74 CPP serait elle aussi contraire au droit fédéral⁶⁶. Par ailleurs, la séparation des pouvoirs et les normes existantes, indéterminées mais précises, font qu'il n'existe pas de compétence de légiférer sur la question : la marge d'appréciation indispensable aux autorités d'*exécution* ne peut pas être éliminée au moyen d'une norme excluant cette marge d'appréciation⁶⁷. Une telle pratique remettrait en question l'*application des principes constitutionnels à tous les échelons de l'Etat et dans toutes ses activités*⁶⁸ (voir aussi la réponse à la question 2). Par ailleurs, divers motifs matériels s'opposent à la réalisation de la motion (voir n° 50 ss).

II. Question 2

59. Le résultat susmentionné et la réponse fournie à la question 1 découlent de principes constitutionnels (principes de légalité et de proportionnalité), de la séparation des pouvoirs (art. 66 ConstC), de la hiérarchie des normes (primauté du droit fédéral, art. 49, al. 1, en relation avec l'art. 46, al. 1, Cst.), de la légistique matérielle (qui contribue à l'application généralisée des principes constitutionnels), des normes légales pertinentes (conformes à ces principes juridiques et présentant un degré de précision élevé), et d'autres critères matériels.

Bâle-Binningen, le 7 mai 2018

⁶⁵ RSB 271.1.

⁶⁶ Voir n° 8, 34 et 44.

⁶⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Verwaltungsrecht*, (NBP 14), n° 391 s. ; GEORG MÜLLER, *Methodik in der Rechtsetzung*, in : Anne Peters/Markus Schefer (éd.), *Grundprobleme der Auslegung aus Sicht des öffentlichen Rechts*, Berne 2004, 12 ss.

⁶⁸ RENÉ RHINOW, *Schlusswort*, in : Peters/Schefer (NBP 67), 96 s.