



Direction des  
affaires juridiques  
Rue Henri-Fazy 2  
Case postale 3964  
1211 Genève 3

Tél. : 022 327 22 70  
Fax : 022 327 22 39  
E-mail :

N/réf. :  
V/réf. :

Note à l'attention de :

Monsieur Robert HENSLER  
Chancelier d'Etat

COPIE

Genève, le 17 décembre 2003

**Concerne :** compatibilité des fonctions de M. Jean ROSSIAUD avec le mandat de député

Monsieur le Chancelier,

Déférant à votre demande du 16 décembre 2003, et faisant suite à la requête formelle de M. Pascal PETROZ, président du Grand Conseil, sollicitant un avis de droit de notre direction, à la demande de la commission des droits politiques, sur la compatibilité des fonctions actuelles de M. Jean ROSSIAUD avec le mandat de député, nous vous faisons tenir par la présente les brèves observations suivantes :

#### I. Faits pertinents

Sur la base des plus récentes indications fournies par M. Jean ROSSIAUD au service du Grand Conseil qui l'interpellait sur ce point, ce dernier expose, sans toutefois le documenter par pièce, qu'il serait *actuellement "maître d'enseignement et de recherche suppléant à 100 % à l'université de Genève"*. M. Jean ROSSIAUD précise que cet engagement se fait à raison de 70 % sur des fonds privés gérés par l'université et à raison de 30 % sur "*un contrat du DIP*". M. Jean ROSSIAUD précise encore que ce "contrat du DIP" serait échu au 30 septembre 2003, et n'aurait pas encore été formellement renouvelé, situation qui devrait être régularisée dans les jours qui viennent.

Il peut donc être considéré comme acquis, et sous réserve de documents supplémentaires à produire, que l'intéressé occupe la fonction de maître d'enseignement et de recherche suppléant pour le compte de l'Université de Genève. Une légère ambiguïté subsiste cependant sur son statut relatif au DIP, la question étant notamment de savoir si M. Jean ROSSIAUD a formellement un engagement, même à temps partiel, pour le compte du DIP, ou s'il s'agit simplement de l'indication du pourcentage des fonds permettant de rémunérer la fonction qu'il occupe à plein temps pour le compte de l'Université de Genève.

Faute de plus amples éléments d'informations en ce sens, il ne sera considéré ci-après que l'activité décrite de maître d'enseignement et de recherche suppléant pour le compte de l'université de Genève, dans la mesure où s'il était établi que celle-ci s'exerce effectivement à 100 %, une couverture minoritaire des fonds servant à rémunérer cette activité qui proviendrait par hypothèse d'une source extérieure à l'université ne serait pas de nature à changer l'analyse qui suit.

## **2. Bases légales pertinentes**

### **1.1 Constitution genevoise**

La Constitution genevoise, du 24 mai 1847 (A 2 00, ci-après : Cst-GE) comprend un art. 74, adopté le 29 novembre 1998 et entré en vigueur le 24 décembre 1998<sup>2</sup>, qui a le libellé suivant :

<sup>1</sup> Sont incompatibles avec le mandat de député les fonctions :

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

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

### **1.2 Autres dispositions de droit cantonal**

Au regard du texte légal ci-dessus, la seule question qui se pose est celle de savoir si les activités de M. Jean ROSSIAUD peuvent être considérées ou assimilées à celle d'un "cadre supérieur de la fonction publique "(art. 74, al. 1, let. d Cst-GE), auquel cas elles devraient être déclaré incompatibles avec le mandat de député, les autres hypothèses visées par l'art. 74 n'entrant manifestement pas en ligne de compte.

Afin d'être complet, il sied encore d'examiner la relation de l'art. 74 précité avec d'autres bases légales a priori pertinentes ici. Il s'agit tout d'abord de l'art. 21 de la loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève, du 13 septembre 1985 (B 1 01, ci-après : LRGC), qui reprend l'art. 74 Cst-GE<sup>3</sup>.

L'art. 21 LRGC précité n'a donc pas de portée propre, et doit manifestement recevoir la même interprétation que l'art. 74 Cst-GE, qui est au surplus une norme de rang supérieur.

Dans ce contexte, il sied de relever encore les dispositions relatives au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux selon la loi du même nom, du 4 décembre 1997 (B 5 05, ci-après : LPAC), qui prévoit d'une manière générale de réserver les fonctions qui relèvent des lois spéciales, et notamment de la loi sur l'université, du 26 mai 1973 (art. 1, al. 4, let. a LPAC), en renvoyant à la réglementation particulière adoptée à ces fins dans lesdites lois spéciales.

Ne sont par conséquent pas applicables pour répondre à la présente question les art. 9 à 11 du règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux, du 4 décembre 1997 (B 5 05.01, ci-après : RALPAC), qui évoquent les incompatibilités pour les personnes employées à plein temps,

<sup>2</sup> cf. ROLG 1998, p. 596; MGC 1993 1/I, 1998 30/IV p. 3786-3837

<sup>3</sup> dispositions modifiées par loi du 6 avril 2001, entrées en vigueur le 2 juin 2001, cf. ROLG 2001, p. 490, et MGC 2000 50/X p. 8914-8917, MGC 2001 19/IV p. 3270-3286, le Grand Conseil ayant décidé d'adapter l'art. 21 LRGC à l'art. 14 de la Cst-GE qui avait été adopté sur le même sujet le 29 novembre 1998

ainsi qu'à temps partiel, et exposent que les conditions de l'exercice d'un mandat électif doivent faire l'objet d'un accord avec le membre du personnel intéressé.

Pour sa part, la loi sur l'université, du 26 mai 1973 (C 1 30, ci-après : LU) emporte clairement autonomie de l'université en exposant à son art. 1<sup>er</sup> que :

"L'université est un établissement cantonal de droit public. Elle est autonome et dotée de la personnalité juridique dans les limites de la constitution et de la présente loi".

La présente loi présente à cet égard un certain nombre de règles aux art. 30a à 30d LU sur les activités extérieures possibles des membres du corps enseignant universitaire, et leurs incidences financières, en particulier sous l'angle de la rétrocession<sup>4</sup>. Aucune disposition spécifique ne concerne cependant d'éventuels mandats électifs de tels enseignants.

## 2. Historique de l'actuel art. 74 de la Constitution genevoise

La question des incompatibilités entre le mandat de député et d'autres fonctions pouvant être rattachées au pouvoir exécutif ou judiciaire a fait l'objet d'abondantes discussions et de débats animés tant devant le Grand Conseil que devant le peuple depuis plus d'un siècle et demi.

Soulevée une première fois dès 1842 par un amendement alors rejeté visant à rendre incompatible les fonctions de député et de membre du conseil municipal de la Ville de Genève<sup>5</sup>, la question fut reprise en 1862, puis en 1890. Ce n'est cependant qu'en 1901 qu'une initiative populaire, adoptée par votation du 31 mars 1901 fit inscrire dans la Cst-Ge que le "mandat de député au Grand Conseil est incompatible avec toute fonction publique à laquelle est attribuée un traitement permanent de l'Etat"<sup>6</sup>.

Une seconde disposition, visée alors à l'art. 74 Cst-Ge traitait au surplus de l'incompatibilité entre les fonctions de conseiller d'Etat et celle de magistrat de l'ordre judiciaire avec le mandat de député au Grand Conseil.

Le texte de l'art. 73 précité a finalement été abrogé par la révision de 1998, qui a combiné les deux anciennes dispositions en une seule (nouvel art. 74 Cst-GE), en précisant particulièrement les cas d'incompatibilité.

## 3. Notions de "cadre supérieur de la fonction publique"

En comparant l'actuel art. 74 Cst-GE et l'ancien art. 73, on constate que dans les deux cas de figure, la notion de "fonction publique" est demeurée, de sorte qu'elle constitue l'essence même de la cause d'incompatibilité ainsi prévue. Alors que dans l'ancienne version, le critère déterminant était celui du traitement permanent de l'Etat, le nouvel art. 74 tend à restreindre manifestement les causes d'incompatibilité en réservant celles-ci à deux catégories de membres du pouvoir exécutif, à savoir les "cadres supérieurs" (art. 74, al. 1, let. d) et "les collaborateurs de l'entourage immédiat des conseillers d'Etat et du chancelier d'Etat, ainsi que du service du Grand Conseil" (art. 74, al. 1, let. b et c).

Au cours des travaux préparatoires ayant conduit à l'adoption du texte actuel, le Grand Conseil a eu l'occasion de souligner au sujet de l'art. 74, al. 1, let. d Cst-GE que c'étaient finalement les "*mêmes réflexions (proximité, subordination directe, confidentialité, etc.)*" qui

<sup>4</sup> cf. modifications du 11 juin 1998, entrées en vigueur le 22 août 1998, publiées in ROLG 1998, p. 423, ayant donné lieu à des discussions parlementaires nourries

<sup>5</sup> cf. Mémorial constituante, vol. II, p. 1393 et ss.

<sup>6</sup> ancien art. 73 Cst-GE

conduisaient à l'adoption de cette catégorie d'incompatibilité, de la même manière que les personnes qui seraient dans l'entourage immédiat d'un conseiller d'Etat et du chancelier d'Etat. L'idée était que les cadres supérieurs de l'Etat sont censés, dans leur domaine respectif, exercer des responsabilités politiques dans l'exécution des programmes de leur ressort, si bien qu'ils ne peuvent guère faire partie du corps chargé de contrôler ce même pouvoir<sup>7</sup>.

Le renvoi opéré par le rapport de majorité alors au règlement sur les cadres de l'administration cantonale n'avait pour autre objectif que de tenter de "définir sans ambiguïté le cercle des personnes concernées"<sup>8</sup>. Le rapport de majorité expose qu'en sus des cas ainsi énumérés à l'art. 74 Cst-GE "tout salarié de l'Etat qui ne fait pas partie du cercle étroit des décideurs, que ce soit par proximité physique ou juridique, n'a aucune raison d'être obligé de choisir le mandat de parlementaire cantonal et sa fonction professionnelle. Cette situation médiane, de sagesse est d'ailleurs celle que sous des formes diverses, la plupart des cantons ont choisi"<sup>9</sup>.

En revanche, le rapport de majorité n'entendait pas par principe considérer que l'ensemble des salariés de l'université de Genève serait compatible, au motif qu'il s'agirait d'une entité autonome de droit public. Le rapporteur de majorité a en effet déclaré cette catégorie de salarié comme uniquement "partiellement compatible", en relevant que leur situation juridique "mériterait une analyse approfondie, l'autonomie de l'université ayant été développée et ces salariés ne figurant plus dans le tableau du personnel de l'Etat, sans pour autant qu'on en ait fait un véritable établissement public distinct de l'Etat... Une autonomie mieux assurée de cette dernière, qui ferait disparaître la nomination par le Conseil d'Etat, conduirait à la compatibilité des personnes ainsi nommées"<sup>10</sup>.

Ainsi, le législateur est-il à l'époque parti de l'idée que l'une des raisons qui empêchait de considérer les salariés de l'université, quel que soit leur rang, comme totalement compatible, résidait dans l'absence d'autonomie complète de l'université.

Cela étant, il résulte de l'esprit des travaux préparatoires et de la modification des textes considérés que l'art. 74 Cst-GE n'entendait pas créer de nouveaux cas d'incompatibilité. Dès lors, même si l'on admettait que la notion de "fonction publique" est susceptible de recouvrir en théorie aussi les membres du personnel de la loi sur l'université, il convient à tout le moins d'interpréter de manière relativement restrictive la notion de cadre supérieur, puisque comme vu plus haut, ce qui a été jugé déterminant, c'est le partage de responsabilité politique.

A cela s'ajoute que même dans le cadre du règlement sur les cadres supérieurs de l'administration cantonale, la définition donnée de ceux-ci à l'art. 2 al. 1 renvoie à leurs "responsabilités hiérarchiques ou fonctionnelles, à préparer, proposer ou prendre toute mesure ou décision propre à l'élaboration et à l'exécution des tâches fondamentales de pouvoir exécutif"<sup>11</sup>. Ce n'est qu'ensuite, et au titre de conséquence de la reconnaissance de

<sup>7</sup> MGC 1998 29/IV p. 3789; voir dans le même sens la référence au principe de proportionnalité pour ne viser que celles et ceux qui "participent directement ou de très près à l'exercice d'un des pouvoirs" (cf. message du Conseil d'Etat sur la votation cantonale, du 29 novembre 1998, p. 6)

<sup>8</sup> MGC 1998 29/IV p. 3789

<sup>9</sup> MGC 1998 29/IV, p. 3789-3790

<sup>10</sup> Cf. MGC 1998 29/IV p. 3794 et note n° 7

<sup>11</sup> Cf. art. 2, al. 1 du règlement B 5 06.03

ce statut, que l'on se réfère à la classe de traitement 23 comme critère de délimitation objectif.

Par ailleurs, il sied de rappeler qu'il convient d'attacher une importance déterminante non pas à la classe de traitement elle-même, ni même à l'entité dont dépend le salarié, mais bien à sa proximité avec le pouvoir exécutif. Sous cet angle, il est donc probablement également permis de s'inspirer de la jurisprudence et des réflexions qui avaient été conduites relativement à l'ancien article 73 de la Cst-GE.

Cette disposition a donné lieu à tout le moins à deux arrêts du Tribunal fédéral.

Dans un arrêt ROSSIAUD du 5 décembre 1924 (ATF 50 I 289), le Tribunal fédéral a admis un recours de droit public d'un juge assesseur au Tribunal de Police qui s'était vu refuser sa compatibilité avec le mandat de député, au motif qu'il touchait des jetons de présence. A cette occasion, le Tribunal fédéral, qui a admis le recours au motif que le critère du "traitement permanent" n'était pas réalisé, a cependant déclaré ce qui suit :

*"la ratio de cette règle est vraisemblablement l'intention d'exclure du Grand Conseil les magistrats et les fonctionnaires que la nature et la durée de leur engagement placent dans une certaine dépendance à l'égard de l'Etat".*

Dans un second arrêt, non publié, du 9 février 1983 dans trois causes jointes concernant trois députés dont l'incompatibilité avait été constatée (Sutter-pleines, Schneider-Rime et Meyll), le Tribunal fédéral a considéré que les fonctionnaires de l'administration centrale et les enseignants avaient certes des positions incompatibles avec le mandat de député, position qui avait constamment été celle adoptée par le Grand Conseil, mais qu'en revanche, les agents des établissements publics hospitaliers dotés de la personnalité juridique, comme ceux des transports publics genevois et ceux des services industriels avaient des fonctions compatibles avec la qualité de député, ce d'autant plus que le Grand Conseil ne s'était jamais prononcé en sens inverse, alors même que la situation s'était déjà présentée.<sup>12</sup>

Le Tribunal fédéral a donc adopté dans cette dernière espèce une approche pragmatique et mixte, notamment dans un souci d'égalité de traitement par rapport aux cas analogues qui s'étaient déjà présentés où avait été admise la compatibilité sans discussion.

Au vu de ce qui précède, de l'autonomie accrue de l'université de Genève, de son statut formel d'établissement de droit public, et en considération du fait que tant par le passé qu'actuellement, divers enseignants universitaires ne se sont vu opposer aucun obstacle d'incompatibilité avec leur fonction de député, il paraît légitime, tant sur la base d'une interprétation littérale, historique, que téléologique, d'admettre qu'il doit en aller de même d'un député occupant des fonctions telle que celles ici en cause. Le critère de la classe de traitement n'est à cet égard pas déterminant, car on ne saurait soutenir que M. ROSSIAUD, dans sa fonction de maître d'enseignement et de recherche suppléant, participe directement à l'exercice du pouvoir exécutif, même au sein de l'établissement concerné.

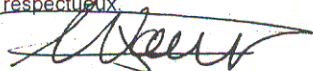
La question pourrait encore cependant être réservée par rapport à des personnes qui devraient être considérées comme des organes de l'université, ce que M. ROSSIAUD n'est indiscutablement pas.

<sup>12</sup> Voir à ce propos le résumé de l'arrêt dans les débats du Grand Conseil MGC 1983 I p. 308 à 313

#### 4. Conclusions

Au vu des éléments qui précèdent, la direction des affaires juridiques de la Chancellerie d'Etat est d'avis que la fonction de maître d'enseignement et de recherche suppléant occupé actuellement par M. Jean ROSSIAUD ne constitue pas un cas d'application de l'art. 74, al. 1 lettre d Cst-GE. Ses fonctions pour le compte de l'université ne sont donc pas incompatibles avec son mandat de député.

Restant à votre disposition pour toute information complémentaire, je vous prie de croire, Monsieur le Chancelier, à l'assurance des mes sentiments respectueux.



Fabien WAELTI  
directeur

Copie à : M. Claude BONARD, secrétaire général

Emmaus-ARCE-contrat.doc