

Universités de Fribourg, Genève,
Lausanne et Neuchâtel

Programme doctoral romand de droit

Le législateur, son juge et la mise en œuvre du droit

Edité par

Pascal Pichonnaz

Universités de Fribourg, Genève,
Lausanne et Neuchâtel

Programme doctoral romand de droit

Le législateur, son juge et la mise en œuvre du droit

Edité par
Pascal Pichonnaz

Avertissement

Les ouvrages précédemment publiés dans la collection « enseignement de 3^e cycle de droit » sont maintenant publiés dans la collection « programme doctoral romand de droit ».

Publié avec l'aide de la Conférence universitaire de Suisse occidentale

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2014
ISBN 978-3-7255-7063-8

www.schulthess.com

TABLE DES MATIÈRES

Partie I Questions générales

BRENCI Alessandro/CERUTTI Davide De la méthode aux pragmata	3
WYSSBROD Adrien Jacques François Boyve et son Examen du candidat; l'œuvre officieuse d'un législateur Neuchâtelois	19

Partie II Droit constitutionnel

BEGUM Bulak Les conflits de droits fondamentaux : une question pour le législateur ou le juge ?	33
OTTIMOFIORE Giuseppa L'absence de contrôle de constitutionnalité des lois fédérales : critiques, enseignements, questionnements	57
YANN GRANDJEAN Le dialogue entre le législateur et son juge – L'exemple de la question prioritaire de constitutionnalité	75
LAMMERS Guillaume L'intervention du juge dans la procédure d'initiative populaire fédérale	93
CHERIF Adama Le contrôle du contenu matériel des lois constitutionnelles en Afrique noire francophone	111

Partie III Droit administratif

GAVILLET Aurélie Le législateur, le juge et la mise en œuvre du droit : les rôles de la pratique administrative	139
---	-----

JEANNERAT Eloi	
La notion de «législateur formel»: Quelle mise en œuvre intercantonale et intercommunale?	153
MEYER Lia	
Le juge et la mise en œuvre des législations de protection de l'environnement: un rôle limité	175
SOW Dieyla	
Légalité et contrôle des actes du délégataire de tâches publiques. A l'exemple du domaine de l'asile et de la mise en œuvre des normes d'accueil	203
LE FORT Olivia	
L'interprétation de la notion de vraisemblance dans la loi sur l'asile	227
LIDEIKYTE-HUBER Giedre	
L'appréciation des dispositions de droit fiscal selon la réalité économique	245
PELLATON Nicolas	
Le principe de la légalité des infractions en droit disciplinaire	263

Partie IV Droit privé

GAILLARD Olivier	
Réserves héréditaires en droit successoral international et ordre public	281
WELLINGER Alexandre	
Interprétation par le juge du caractère «distinct» du droit de superficie. Une analyse de la relation entre ce qu'envisageait le législateur et ce qu'en ont fait les juges	311
CAMPI Arnaud	
Lorsque législateur, juge et médecin opèrent ensemble : De la responsabilité médicale pour défaut d'information	331

SCHMIDT Tanja	
L'invalidation de la transaction extrajudiciaire: un exemple des interactions entre législateur et juge dans une perspective de contrats innommés	359
GABELLON Adrien	
Jurisprudence constructive et évolution de la conception du précontrat à la lumière de l'art. 22 CO	377
GUILPAIN Marie	
La définition du régime français des clauses abusives : œuvre essentiellement législative ou jurisprudentielle ?	395
BORY Jonathan	
L'interprétation <i>contra legem</i> à l'aune de la portée de l'art. 333 CO	413
KOTTMANN Michael	
L'interprétation des contrats internationaux - Le pouvoir d'appréciation du juge suisse en comparaison avec le juge en Common Law et l'arbitre	429
PICTET Caroline	
Le principe de proportionnalité: rôle du juge dans l'interprétation de cette notion en droit des sociétés	445

Partie V Droit international et européen

ZYSSET Alain	
Les droits de l'homme ont-ils besoin d'un législateur ? Nature et limite d'un exceptionnalisme juridique : le cas de la CEDH	471
MAGISTRO Francesca	
Le rôle créateur de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit à un environnement sain	491
TURMO Araceli	
La place de la jurisprudence en droit de l'Union européenne : interprétation, complètement ou création ?	513

GROZDANOVSKI Ljupcho

La théorie du sens clair en droit de l'Union européenne :
la clarté donnée et construite dans le cadre du renvoi préjudiciel 531

MAQUIL Francis

L'état de droit, le droit d'accès à la justice et les organisations
internationales 553

LA NOTION DE «LEGISLATEUR FORMEL»: QUELLE MISE EN OEUVRE AU NIVEAU REGIONAL ?

par

ELOI JEANNERAT

MLaw, avocat, assistant-doctorant à l'Université de Neuchâtel

Introduction	153
I. L'exigence d'une «base légale formelle »	154
1. Le principe et ses fonctions	154
2. Les caractéristiques habituelles de la «loi formelle»	156
3. La loi formelle : une règle particulièrement démocratique	158
II. Le droit supracantonal et supracommunal	160
1. La qualification du droit régional et ses enjeux	160
2. La représentativité des organes régionaux	162
3. Les droits politiques régionaux	165
III. Les conséquences sur la gouvernance régionale	166
1. Des limites intrinsèques à la collaboration régionale ?	167
2. Vers de nouveaux droits politiques régionaux ?	168
3. Vers une nouvelle conception de la démocratie ?	169
Conclusion	170
Bibliographie	172

Introduction

Distinguer les lois «au sens formel» des lois «au sens matériel» est sans doute l'une des premières choses qu'apprennent à faire les étudiants en droit en arrivant à l'université. Ces jeunes universitaires se contentent alors de qualifier schématiquement de «lois formelles» les actes normatifs adoptés par l'Assemblée fédérale ou par les parlements cantonaux et soumis à référendum, alors qu'ils qualifient en principe de simples «lois matérielles» les actes normatifs adoptés par le Conseil fédéral ou les exécutifs cantonaux.

Il est vrai que cette distinction est fondamentale en droit suisse, car on considère généralement que les normes juridiques politiquement importantes, de même que celles qui portent une atteinte grave aux droits fondamentaux, doivent se fonder sur une base légale formelle, c'est-à-dire avoir été adoptées par un parlement ou approuvées – expressément ou tacitement – par le peuple. Le but de cette règle –

qui est en fait une facette du principe de la légalité – est de garantir une certaine séparation des pouvoirs et d'éviter que les autorités ne contournent les droits politiques des citoyens de manière crasse (cf. chap. I.).

Bien sûr, dans la mesure où le système politique et législatif est extrêmement démocratique tant au niveau fédéral que cantonal et que les citoyens jouissent, en principe, du droit de référendum à chacun de ces niveaux, on pourrait croire que cet aspect du principe de légalité présente aujourd'hui un intérêt plus dogmatique que pratique. Il n'empêche que la tendance actuelle consistant à déléguer toujours plus de compétences réglementaires à des organes intercantonaux et intercommunaux, dont la légitimité et la représentativité démocratiques sont parfois douteuses (cf. chap. II.), devrait, à mon sens, replacer la notion de «législateur formel» – qui est essentiellement jurisprudentielle – au centre des questions institutionnelles régionales actuelles. Cet aspect du principe de légalité pourrait en effet avoir des implications concrètes en matière de gouvernance régionale (cf. chap. III.).

C'est précisément cette problématique que se propose d'examiner la présente contribution tout en appréhendant – de manière critique – les notions jurisprudentielles de «loi et législateur au sens formel».

I. L'exigence d'une «base légale formelle»

La notion de «loi formelle» est au centre de la présente contribution. Partant, après en avoir rappelé le principe et la fonction au sein de notre ordre juridique constitutionnel (*infra* ch. 1.), il est logique d'essayer de la cerner au mieux. Pour ce faire, on examinera brièvement la jurisprudence fédérale topique sur le sujet (*infra* ch. 2.), avant de tenter, en l'absence de jurisprudence claire, une définition générique de la notion de «loi formelle» ou de «législateur formel» (*infra* ch. 3.).

1. Le principe et ses fonctions

Comme déjà rappelé en introduction, la notion de loi peut être entendue en son sens matériel ou en son sens formel. D'un côté, la «loi au sens matériel» désigne simplement tout acte qui a été adopté par une autorité jouissant d'un pouvoir législatif et qui contient des règles générales et abstraites. De l'autre côté, les tribunaux et la doctrine ont pris l'habitude de qualifier les actes qui auraient été adoptés par le législateur ordinaire – c'est-à-dire à l'issue de la procédure législative ordinaire, laquelle est en principe soumise à référendum – de «lois au sens formel»¹.

¹ Cf. ATF 98 Ia 637, c. 3b; ANDREAS AUER, « La notion de loi en droit cantonal : Carrefour du fédéralisme et de la démocratie suisses », in ANDREAS AUER/WALTER KÄLIN, *Das Gesetz*

A vrai dire, il n'existe aucune définition autre que jurisprudentielle ou doctrinale de la « loi formelle » ou de celle de « législateur formel ». Bien au contraire, serait-on tenté de dire, puisque les constitutions – qu'elles soient fédérale ou cantonale – se gardent bien d'explicitier et, même, de mentionner la notion de « loi formelle ». Ces constitutions s'attachent tout au plus à préciser quand l'adoption d'une « loi » est nécessaire. On considère alors en principe – mais pas forcément – que le constituant a voulu de cette manière désigner une loi au sens formel².

On rappellera ainsi qu'au niveau fédéral, l'article 36 al. 1 de la Constitution fédérale (Cst.) dispose que les restrictions graves aux droits fondamentaux doivent être prévues par une « loi ». L'art. 127 al. 1 Cst. prévoit quant à lui aussi que « *la qualité de contribuable, l'objet de l'impôt et son mode de calcul, sont définis par une loi* », le principe trouvant également application – bien que de manière assouplie – pour les contributions causales telles que les taxes, les émoluments ou les charges de préférence³. En fait, de manière générale, comme l'exprime l'art. 164 Cst., il faut considérer que tous les actes politiquement importants – ceux qui fixent des règles de droit dans des domaines sensibles – doivent être édictés sous la forme d'une loi formelle. Cette forme de « légalité qualifiée » vaut notamment pour les dispositions fondamentales relatives à l'exercice des droits politiques, aux droits et aux obligations des personnes, à l'organisation et à la procédure des autorités. La jurisprudence a en outre développé quelques critères supplémentaires censés concrétiser un principe parfois difficile à manier⁴. Par exemple, il semble que l'on puisse décemment plaider que des mesures controversées dans l'opinion publique ou ayant des répercussions financières importantes doivent en général se fonder sur une base légale formelle⁵. A l'inverse, un juge peut se satisfaire que certaines règles de droit – d'un certain niveau de technicité, nécessitant d'être coordonnées au niveau intercantonal ou correspondant à ce qui se fait usuellement – soient réglées par une simple loi matérielle, et non forcément par une loi au sens formel⁶. La jurisprudence retient ainsi que les éléments les plus importants du statut des fonctionnaires et des employés de l'Etat doivent être réglés dans une loi formelle, mais que des éléments comme le salaire – en particulier son échelonnement – peuvent obéir à une réglementation d'exécution consistant en une simple loi matérielle⁷. Enfin, les constitutions cantonales contiennent souvent des dispositions qui

im Staatsrecht der Kantone – La loi en droit public cantonal, Coire/Zurich 1991, p. 21-34, spéc. 24; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse, Volume I, L'Etat*, 2^e édition, Berne 2006, N 1457; TÖNDURY, p. 222.

² Voir, entre autres, ATF 115 Ia 42, c. 4b en comparaison avec ATF 107 IV 185, c. 1.

³ Cf. ATF 99 Ia 535, c. 4a.

⁴ Voir, sur cette question, entre autres, TOBIAS JAAG, *Die Verordnung im Schweizerischen Recht*, in ZBl 2011, p. 629-659, spéc. 646 s.; RENÉ WIEDERKEHR, « Die Wesentlichkeitstheorie gemäss Art. 164 BV im Lichte der Verwaltungspraxis », in *recht* 2007 p. 25-39, p. 32-34.

⁵ ATF 131 II 361, c. 7.4.

⁶ Voir, sur cette question, entre autres, ATF 125 I 173, c. 4a; ATF 120 Ia 1, c. 3f; JAAG, p. 646 s.; WIEDERKEHR, *Wesentlichkeitstheorie*, p. 32-34.

⁷ Cf., sur la question de l'exigence d'une base légale formelle en matière de droit de la fonction publique, MARTINE MORARD, « Les systèmes de rémunération applicables à la fonction

vont dans le même sens que la Constitution fédérale⁸. Pour les besoins de la présente contribution, on évoquera la Constitution de Bâle-Ville qui retient, entre autres, que la loi (formelle) peut confier certaines compétences juridictionnelles à des tribunaux régionaux, mais qu'elle doit régler l'organisation, la compétence et la procédure de ces tribunaux⁹.

Conçu de manière duelle, le principe de la légalité remplit dans l'ordre juridique suisse une fonction qui va au-delà de celle qu'elle remplit habituellement au sein d'autres ordres juridiques internationaux ou nationaux et, notamment, au sein du système de restriction des droits fondamentaux dans la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁰. Si, en droit constitutionnel suisse, l'exigence d'une base légale formelle tend bien entendu à assurer une certaine sécurité et prévisibilité du droit, de même qu'une égalité et une séparation des pouvoirs minimales, elle vise surtout à garantir que les règles politiquement importantes reflètent un choix politique clair, lequel doit émaner soit des citoyens concernés, soit de leurs représentants. Elle constitue par ailleurs une sorte de garde-fou pour les autorités qui seraient tentées de contourner les droits politiques des citoyens en adoptant des règles de droit selon une procédure non sanctionnée par un référendum (facultatif ou obligatoire)¹¹. En somme, la principale justification de l'exigence de la base légale formelle se révèle le principe démocratique ou la volonté de garantir une légitimité démocratique suffisante au droit¹².

2. Les caractéristiques habituelles de la «loi formelle»

Vu ce qui précède, il n'est pas surprenant de constater que la jurisprudence, lorsqu'elle est appelée à qualifier un acte normatif, s'attache en priorité à déterminer, d'une part, si l'acte en question a été adopté par un organe législatif représentatif

publique : exemple du canton de Fribourg », in RFJ 2004, p. 201-224, spéc. 202 s.; ATF 128 I 113, c. 3f; 118 II 213, c. 3 où le Tribunal fédéral semble exiger que la possibilité pour un établissement public d'engager des employés sur la base du droit privé doit être expressément et clairement prévue par la loi (formelle).

⁸ Voir ROLAND FEUZ, *Materielle Gesetzesbegriffe, Inhalt und Tragweite. Dargestellt insbesondere anhand von Art. 164 Abs. 1 der neuen Bundesverfassung*, Berne 2002, p. 200 s. lequel retient notamment que, si un canton ne prévoit rien, ce sont les principes issus du droit fédéral qui s'appliquent directement.

⁹ § 117 al. 2 et 3 de la Constitution du canton de Bâle-Ville (RS 131.222.1).

¹⁰ NOËL ALINE SCHMIDT, *La limitation des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé*, Thèse, Neuchâtel 2011, p. 303 s.

¹¹ Voir, entre autres, SALADIN, in *Kommentar Cst.*, N 248 ad art. 3; cf. THOMAS COTTIER, *Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage*, Thèse, Diessenhofen 1983, p. 15 s.

¹² AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, 2006, N 1769; MÜLLER GEORG, « Legalitätsprinzip und kantonale Verfassungsautonomie », in WALTER HALLER/ALFRED KÖLZ/GEORG MÜLLER/DANIEL THÜRER (édit.), *Im Dienst an der Gemeinschaft, Festschrift Dietrich Schindler*, Bâle/Francfort 1989, p. 747-757, spéc. 750.

et, d'autre part, s'il a été soumis à référendum. Voici d'ailleurs ce qui ressort de la jurisprudence fédérale :

- *La loi formelle est en principe adoptée par un organe représentatif* – Une caractéristique importante des lois formelles est que celles-ci doivent en principe être adoptées par un organe représentatif des citoyens. C'est en tout cas la règle minimale que semble imposer la Constitution aux cantons en ce qui concerne l'adoption de leurs lois (cf. art. 51 Cst.)¹³. On considère en général qu'un organe est représentatif si ses membres ont été élus par les citoyens et si ceux-là sont suffisamment nombreux pour représenter les diverses tendances de la société civile (p. ex. les différentes tendances sociales et politiques, les diverses parties du territoire, etc.; cf. *infra* ch. II./2.-3). La plupart du temps, de tels organes sont appelés « parlements ». Un « gouvernement » – même s'il est élu directement par le peuple – n'est ainsi pas un organe représentatif et ses actes ne peuvent en principe pas constituer une loi au sens formel¹⁴. Cette distinction prévaut même si ceux-ci ont été approuvés par le parlement. Selon la jurisprudence fédérale, le risque est dans un tel cas que le parlement n'exerce pas pleinement sa liberté d'appréciation comme il le ferait dans le cadre d'une procédure législative ordinaire, s'épargnant en principe une étude approfondie de la législation tout en étant tenté de ménager le pouvoir du gouvernement¹⁵. En revanche, il est admis qu'un acte normatif adopté par un parlement peut équivaloir à une loi au sens formel, quand bien même il n'aurait pas été soumis à référendum, même facultatif. En effet, le droit fédéral n'exige aucunement que les lois cantonales soient soumises à référendum, même si toutes les constitutions cantonales le prévoient aujourd'hui¹⁶. Une telle situation peut encore se présenter lorsqu'une loi, soumise à référendum, délègue au parlement le soin d'adopter une ordonnance d'application ou d'exécution de cette même loi.
- *La loi formelle est en principe soumise à référendum* – La jurisprudence et la doctrine partent généralement du principe que lorsque, dans un cas concret, le droit offre à un parlement deux formes d'action, l'une avec référendum, l'autre sans référendum, seule la première aboutit à l'adoption d'une loi formelle¹⁷. Le fait d'être soumis à référendum est donc également une caractéristique supplémentaire importante des « lois au sens formel ». La soumission

¹³ Cf., entre autres, AUER, p. 22.

¹⁴ Expressément, JEAN-FRANÇOIS AUBERT, « La loi en droit neuchâtelois », in ANDREAS AUER/WALTER KÄLIN (édit.), *Das Gesetz im Staatsrecht der Kantone – La loi en droit public cantonal*, Coire/Zurich 1991, p. 193-202, p. 193; MÜLLER, p. 755, qui précise que, de manière générale, la procédure qui conduit à l'adoption d'un règlement par un exécutif ne bénéficie pas d'une « *erhöhte demokratische Legitimation* ».

¹⁵ ATF 100 Ia 60, c. 2c. Cf. aussi TOBIAS JAAG, *Die Verordnung im Schweizerischen Recht*, in ZBI 2011, p. 629-659, spéc. 639; FELIX UHLMANN, *Das Verordnungs veto – eine Auslegung*, in *Parlament, Parlement, Parlamento* 2/10, p. 4-7, spéc. 5 s.

¹⁶ Cf., entre autres, ATF 118 Ia 245, c. 3b; AUER, p. 22; SALADIN, in *Kommentar Cst.*, N 239 ad art. 3. *Contra*, entre autres, TÖNDURY, p. 181; COTTIER, p. 13.

¹⁷ ATF 106 Ia 249, c. 2; AUBERT, p. 193;

à référendum n'en est toutefois pas une caractéristique nécessaire; comme nous venons de le voir, elle n'en est une que si le droit cantonal soumet la procédure législative ordinaire à référendum et s'il interdit la délégation législative, notamment au parlement.

Enfin, la question inverse consistant à savoir s'il suffit qu'un acte normatif soit soumis à référendum pour être qualifié de «loi formelle» – c'est-à-dire celle de savoir si un acte normatif soumis à référendum doit de toute manière être considéré comme une loi au sens formel quelque soit l'organe qui l'a adopté – demeure ouverte à ma connaissance. Par ailleurs, elle n'a été que peu (ou pas) traitée par la doctrine. Il est probable que l'on doive répondre par l'affirmative si l'acte en question est obligatoirement soumis à la sanction populaire, au regard de ce qui prévaut pour les actes adoptés par une *Landsgemeinde*. La réponse semble en revanche plus délicate si l'acte – adopté par un organe non représentatif – n'a été soumis qu'à référendum facultatif¹⁸. Sur le plan fédéral, cantonal et communal, la problématique est certes assez théorique puisqu'actuellement le droit de référendum ne porte, en principe, que contre les actes adoptés par les parlements. Elle a cependant toute son importance en matière de collaboration régionale; on y reviendra (cf. *infra* ch. III/2-3).

3. La loi formelle : une règle particulièrement démocratique

Les critères énumérés ci-dessus ont été la plupart du temps développés par la jurisprudence lors d'affaires relatives à l'application du droit cantonal. Partant, lorsque le Tribunal fédéral est amené à examiner un acte normatif d'un autre niveau institutionnel, il retient en principe que celui-ci peut être considéré comme une loi au sens formel lorsqu'il « offre les mêmes garanties, du point de vue de la légitimité démocratique, qu'une loi cantonale »¹⁹.

Par exemple, selon la jurisprudence fédérale, un règlement communal vaudois, en dépit d'une terminologie qui peut prêter à confusion, a toutes les caractéristiques d'une loi au sens formel: il émane du parlement communal et est soumis au référendum, comme les lois cantonales²⁰. Il en va de même s'agissant d'un règlement intercommunal valaisan qui aurait été adopté par l'organe législatif de chacune des communes concernées, soit l'assemblée primaire, soit l'assemblée de citoyens, et qui a ainsi été soumis à un vote populaire²¹. Ce dernier cas correspond d'ailleurs à ce qui prévaut généralement pour les concordats intercantonaux²². On soulignera cependant qu'on peut douter qu'un concordat équivaille toujours à une «loi au sens

¹⁸ Voir, cependant, l'arrêt du Tribunal administratif grison du 4 mars 1980, c. 1, publié dans PVG 1980, p. 35, lequel semble répondre par l'affirmative.

¹⁹ ATF 131 I 333, p. 4.3.

²⁰ *Ibidem*. Voir aussi sur la terminologie parfois trompeuse des actes normatifs, JAAG, p. 630 s.

²¹ ATF 135 I 233, c. 2.1.

²² Arrêt du Tribunal fédéral du 30 mars 1999, publié dans la SJ 1999 I 433, c. 3d; ATF 137 I 31, c. 6.3; récemment, TF 2C_335/2012 du 27 septembre 2012, c. 3.2-3.3.

formel», même s'il est adopté à l'origine par le parlement cantonal; en règle générale, ce dernier ne peut en effet que l'accepter en bloc et ne peut en réalité que peu influencer sur son contenu²³. En outre, le concordat n'est pas soumis à référendum dans tous les cantons²⁴. Enfin, il est parfois prévu qu'un concordat, initialement adopté par le parlement cantonal, peut être modifié sans l'accord de ce dernier, sur décision de l'exécutif cantonal ou d'un organe intercantonal²⁵.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence ne semble pas considérer qu'il faille obligatoirement qu'il existe une symétrie entre la procédure législative ordinaire cantonale et celle qui a conduit à l'adoption de l'acte normatif – intercantonal ou cantonal, intercommunal ou communal – pour que ce dernier puisse être taxé de «loi au sens formel». Il semble bien au contraire possible de prendre en compte l'ensemble des mécanismes institutionnels et démocratiques à l'origine d'un acte normatif – c'est-à-dire le système politique dans son entier – pour déterminer si un tel acte représente une «loi formelle» du fait de la légitimité démocratique dont il bénéficie. Le Tribunal fédéral considère d'ailleurs que l'« [o]n peut tenir compte, selon les circonstances, de l'élément de l'usage de longue durée, qui, dans un certain sens, remplace une réglementation légale formelle »²⁶. La coutume peut ainsi passer pour une base légale formelle dans la mesure où elle bénéficie d'une forte légitimité démocratique qui résulte, dans ce cas, d'un consensus politique et d'une forte acceptation pratique implicite²⁷. De même, les juges de Mon-Repos ont déjà laissé entendre qu'il n'était pas exclu qu'une ordonnance parlementaire non soumise à référendum puisse être qualifiée de loi au sens formel du simple fait que l'on aurait pu exiger l'adoption, l'annulation ou la modification de cette ordonnance par le biais d'une initiative populaire ou lors d'une *Landsgemeinde*²⁸.

A partir de là, on peut se demander s'il ne serait pas plus adéquat de parler de «base légale démocratique» lorsque l'on veut parler de «base légale formelle»; nous y reviendrons (cf. *infra* ch. III./3.).

²³ Sur cette question, voir *supra* ch. I./2. et, entre autres, LAURENCE BOEGLI, Les concordats intercantonaux: Quels enjeux pour la démocratie, Travaux de cours et mémoires de l'IDHEP 12/1999, Chavannes-près-Renens 1998, p. 28-31; TANQUEREL THIERRY, L'établissement public démocratisé: un modèle pour la collaboration intercantonale ?, in RDAF 2001 I, p. 17-35, spéc. 21 s.

²⁴ Par exemple dans le Canton de Fribourg (cf. art. 45 s. de la Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004, RS 131.219). Cf., dans ce sens, l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Bâle-Campagne du 9 août 1978, publié dans la ZBI 1980, p. 116-121.

²⁵ Une telle compétence est parfois déléguée par une loi cantonale (p. ex. §2 de la loi zurichoise du 6 février 2006 sur l'adhésion du canton Convention intercantonale sur la surveillance, l'autorisation et la répartition du bénéfice de loteries et paris exploités sur le plan intercantonal ou sur l'ensemble de la Suisse, ZHlex 553.3) ou par le concordat lui-même (p. ex. art. 26 de l'Accord intercantonal universitaire du 20 février 1997, RSJU 414.12). Cf., sur ce problème, FELIX UHLMANN/VITAL ZEHNDER, « Rechtsetzung durch Konkordate », in LeGes 2011, p. 9-33, spéc. 21-23.

²⁶ JdT 2011 I, p. 96, traduction de l'ATF 136 I 376, c. 5.2.

²⁷ *Ibidem* et COTTIER, p. 13.

²⁸ ATF 128 I 327, c. 4.1; ATF 106 Ia 201, c. 2b.

II. Le droit supracantonal et supracommunal

S'il est déjà admis que certains concordats intercantonaux et certains règlements intercommunaux peuvent constituer des lois formelles (cf. *supra* ch. I./3.), le Tribunal fédéral ne s'est – sauf erreur – jamais prononcé directement sur la qualification d'actes normatifs adoptés par des organes régionaux, qu'ils soient supracantonaux ou supracommunaux. Par conséquent, cette problématique reste encore largement ouverte malgré l'importance grandissante du droit régional (cf. *infra* ch. 1.), même si les actes normatifs régionaux pâtissent souvent d'un certain déficit de légitimité démocratique par rapport à la législation ordinaire (cf. *infra* ch. 2.-3.).

1. La qualification du droit régional et ses enjeux

De plus en plus de problèmes et de tâches étatiques tendent à être résolus, respectivement effectuées de manière intercantonale ou de manière intercommunale, c'est-à-dire à un niveau régional. En particulier, les cantons ou les communes sont toujours enclin à adopter des règles de droit communes lorsqu'ils parviennent à s'entendre. Bien plus, ces mêmes cantons et communes rechignent de moins en moins à créer des organisations et des institutions régionales communes et à leur déléguer de larges compétences, notamment législatives ou réglementaires. C'est d'ailleurs dans cette optique qu'a été adopté le nouvel alinéa 4 de l'art. 48 Cst., entré en vigueur en 2008, qui prévoit que les cantons peuvent habiliter un «organe intercantonal» – qui se révélerait en réalité *supracantonal* – à édicter des dispositions contenant des règles de droit, à condition cependant que la convention l'instituant soit adoptée selon la procédure applicable aux lois et qu'elle fixe les grandes lignes de ces dispositions²⁹. Au niveau cantonal, de nombreux cantons ont quant à eux développé des modèles de collaboration intercommunale octroyant des compétences réglementaires importantes aux organes régionaux – *supracommunales* – qui seraient créés; on pensera notamment aux nouvelles corporations de droit public que sont l'*agglomération* fribourgeoise et la *conférence régionale* bernoise³⁰.

²⁹ La controverse actuelle consiste toutefois en le fait de savoir si, selon cet article, il reste possible de déléguer à des organes intercantonaux la compétence d'adopter des normes politiquement importantes, appelées parfois «primaires». Si le Conseil fédéral l'admettait (Message concernant la Réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT) du 14 novembre 2001, in FF 2002, p. 2157-2414, spéc. 2016 et 2218 s., mais voir *contra* THOMAS PFISTERER, in BOCE 2002, p. 841), certains auteurs le réfutent (p. ex. UHLMANN/ZEHNDER, p. 23, et, sur la question en général, TÖNDURY, p. 223 et 227 s.; RENÉ WIEDERKEHR, « Funktionale Regionen im Rahmen der Bundestaatsordnung - Dargestellt anhand neuer Reformprojekte in der Schweiz », in ZBI 2002, p. 617-647, spéc. 631-633).

³⁰ Cf. la loi fribourgeoise sur les agglomérations (LAgg/FR, RSF 140.2) et art. 137 à 143 de la loi bernoise sur les communes (LCo/BE, RSB 170.11).

L'idée est en fait de déléguer des compétences réglementaires à des organes supracantonaux ou supracommunaux afin de faciliter la collaboration régionale et d'améliorer son efficacité³¹. Tout d'abord, la réglementation nécessaire à la mise en œuvre de la collaboration peut être adoptée rapidement à la majorité des membres composant l'organe commun, sans qu'une unanimité ne soit requise parmi les collectivités publiques parties à la convention. De manière générale, un tel procédé permet de flexibiliser la coopération et sa réglementation, ce qui peut être central lorsque celle-ci doit être adaptée³². En outre, les autorités chargées de négocier la nouvelle collaboration peuvent de cette manière se décharger du soin de réglementer une problématique sur laquelle elles n'ont pas pu s'entendre ou qui est sujette à controverse, en permettant à un autre organe de s'en occuper. Dans ce cas, l'intérêt peut être d'épurer la convention des problèmes qui pourraient faire échouer sa ratification par le parlement ou la population.

Dans ce cadre, la question de la qualification des actes normatifs adoptés par des organes supracantonaux ou supracommunaux a une importance fondamentale. Considérer que de tels actes normatifs peuvent équivaloir à des «lois formelles» facilite grandement la gouvernance régionale. Il serait par exemple juridiquement admissible qu'un établissement de droit public intercantonal règle lui-même l'essentiel, voire l'entier du statut de ses employés. C'est également reconnaître que, juridiquement, une corporation de droit public intercommunale puisse décider, sur simple décision de l'un de ses organes, du prélèvement de certaines taxes ainsi que de leurs montants, sans requérir l'accord des communes qui en sont membres ou celui de leur population. Retenir le contraire – c'est-à-dire que de tels actes normatifs ne peuvent en aucun cas équivaloir à des «lois formelles» – reviendrait à imposer, à l'inverse, que l'essentiel du statut de l'employé de l'établissement intercantonal soit prévu dans le concordat et que toutes les questions relatives aux taxes intercommunales (sujet, objet, mode de calcul, etc.) soient réglés dans les statuts ou le règlement d'organisation de la corporation intercommunale. On pourrait aller jusqu'à soutenir qu'un organe régional n'aurait, par principe, jamais la compétence d'adopter une réglementation controversée ou sujette à polémiques, puisque le Tribunal fédéral retient que les mesures débattues dans l'opinion publique doivent généralement se fonder sur une base légale formelle (cf. *supra* ch. I./I.).

Bien sûr, la jurisprudence cantonale fait en principe preuve de pragmatisme en retenant, sans véritablement sourciller, qu'un règlement adopté par les délégués d'un syndicat ou d'une association de communes vaut «loi formelle»³³. C'est également la prémisse dont semble être parti le Conseil fédéral lorsqu'il a proposé l'adoption du nouvel art. 48 al. 4 Cst. Retenir le contraire poserait, il est vrai, de nombreux problèmes pratiques compte tenu de la multiplication des réglementa-

³¹ Cf., entre autres, CONSEIL FÉDÉRAL, Message 2002, p. 2218.

³² UHLMANN/ZEHNDER, p. 21.

³³ Voir, l'Arrêt du Tribunal administratif grison du 4 mars 1980, c. 1, publié dans PVG 1980, p. 35, ainsi que l'arrêt du Tribunal administratif bernois du 23 septembre 2010, c. 3.4, publié dans BVR 2011, p. 220 s., lequel concerne la *Seeländische Wasserversorgung* (voir note 38).

tions régionales (cf. *infra* ch. III./1.;3.). Toutefois, il n'est pas certain que le Tribunal fédéral suivrait la voie parfois tracée par les tribunaux cantonaux et le Conseil fédéral³⁴. On pourrait même en douter fortement au regard de ce qu'il a déjà souligné dans un *obiter dictum* au sujet de la délégation législative à un organe intercantonal, étant précisé que son raisonnement devrait également valoir en matière d'intercommunalité³⁵ :

« *Le principe démocratique est par exemple violé si une réglementation intercantonale est adoptée par le gouvernement [...]. Il en va de même en cas de délégation législative importante à des organes intercantonaux sur des objets relevant formellement de la loi, ce qui exclut la participation des représentants du peuple, mais aussi celle du peuple lui-même, privé de la sorte de ses droits référendaires. Les règlements édictés par des organes institués par un concordat ne sont pas des lois au sens formel et ne constituent donc pas une base suffisante pour des atteintes graves aux droits fondamentaux [...].* »

Il faut admettre, à l'instar de ce que retient le Tribunal fédéral, que la plupart des organes supracantonaux et supracommunaux qui jouissent d'un pouvoir réglementaire souffrent d'un certain manque de représentativité et peuvent régulièrement agir en dehors de tout contrôle démocratique populaire. Observons cela de plus près.

2. La représentativité des organes régionaux

Tout d'abord, on faut concéder que les organes législatifs régionaux ne sont pas toujours très représentatifs, alors même que la première caractéristique d'un parlement ou de tout autre organe législatif démocratique est d'être représentatif du peuple:

- *L'organe législatif régional est souvent un collège restreint* – Il est évident qu'un organe qui n'est composé que de quelques membres – par exemple de moins de dix personnes – ne peut pas être véritablement représentatif de la société civile. Certains auteurs retiennent d'ailleurs que les parlements canto-

³⁴ A cet égard, il aurait été intéressant que le Tribunal fédéral se prononce dans son arrêt du 2 août 2011 (TF 8C_818/2010, c. 3.1) sur la nature du règlement intercantonal sur le personnel de l'Université de Bâle (SR/BS 441.100) adopté par le Conseil de l'Université ou, surtout, dans son arrêt du 6 novembre 2008 (TF 2C_561/2007, c. 4.3.1) sur la nature du règlement intercantonal concernant l'examen intercantonal pour ostéopathes en Suisse (publié notamment dans le Recueil officiel fribourgeois, ROF 2008_066) adopté par la Conférence suisse des directrices et directeurs cantonaux de la santé, dans lequel il semble néanmoins laisser entendre que ce règlement ne représente qu'une base légale matérielle.

³⁵ Arrêt du Tribunal fédéral du 30 mars 1999, publié dans la SJ 1999 I 433, c. 3b, reprenant en cela une opinion d'une partie importante de la doctrine et, notamment, HÄFELIN, in *Kommentar Cst.*, N 55 et 86 ad art. 7. S'agissant de l'application des exigences démocratiques au niveau cantonal à l'organisation communale, cf. TÖNDURY, p. 233 et VINCENT MARTENET, *L'autonomie constitutionnelle des cantons*, Thèse, Bâle 1999, p. 265.

naux ne pourraient être composés de moins de vingt-cinq membres, au risque sinon d'être considérées comme trop peu démocratiques à l'aune de l'art. 51 Cst.³⁶. Selon le droit cantonal, les parlements des plus petites communes des cantons de Fribourg et de Berne doivent être composés d'au moins trente membres, alors qu'un siège dans un parlement communal neuchâtelois doit correspondre à cent cinquante habitants au plus, sauf exception³⁷. Or, on constate que de nombreux organes régionaux sont composés de moins de membres que les parlements cantonaux ou communaux: il en va ainsi de nombreuses assemblées de délégués de syndicats de distribution des eaux, tels que ceux du Val de Ruz (NE) ou du Seeland (BE), lesquelles sont pourtant appelées à fixer l'essentiel de la réglementation relative à la perception des taxes causales pour un bassin de plusieurs dizaines de milliers de personnes³⁸, du Comité stratégique des HES-SO composé de six Conseillers d'Etat romands, dont la compétence s'étend notamment à la fixation des taxes d'écolage³⁹, ou, enfin, du Conseil d'établissement du Gymnase intercantonal de la Broye (FR/VD) composé de onze membres désignés, pour l'essentiel, par les deux Conseils d'Etat concernés, conseil qui détient de très larges compétences en matière de réglementation du statut du personnel de cette école⁴⁰. Quant au Conseil de l'Université de Bâle, composé de seulement onze membres au maximum désignés par les Conseils d'Etat des cantons de Bâle-Ville et Bâle-Campagne, il regroupe toutes les compétences évoquées ci-dessus, puisqu'il lui appartient de régler la totalité du statut du personnel de l'université, les taxes universitaires, l'introduction d'un éventuel *numerus clausus* pour certaines filières d'étude et, enfin, l'essentiel de l'organisation des voies de droit⁴¹; comme déjà évoqué, théoriquement, de

³⁶ Cf., entre autres, TÖNDURY, p. 256; sur la question de manière générale, HANS HIRTER, « Die Grösse eines Parlaments aus politologischer Sicht », in *Parlament, Parlement, Parlamente* 1/04, p. 4 s.

³⁷ Cf. les art. 27 de la loi fribourgeoise sur les communes (LCo/JU, 140.1) et art. 24 de la loi bernoise sur les communes (LCo/BE, RSB 170.11) et l'art. 90 de la loi neuchâteloise sur les droits politiques (LDP/NE, RSN 141), qui admet des réductions exceptionnelles jusqu'à neuf membres pour les très petites communes.

³⁸ Le conseil régional du Syndicat régional du Val-de-Ruz (MultiRuz) est composé de vingt-quatre personnes, soit deux représentants par commune, dont la moitié est élue par les conseils communaux respectifs et l'autre par les conseils généraux respectifs (cf. www.multiruz.ch > règlements, consulté le 20 novembre 2012), alors que le district du Val-de-Ruz compte plus de quinze mille habitants. L'assemblée des délégués du syndicat intercommunal *Seeländische Wasserversorgung* peut, quant à elle, n'être composée que de vingt membres, chacune des vingt communes membres jouissant de deux voix que celle-ci délègue à une ou deux représentants (cf. www.swg-worben.ch > downloads, consulté le 20 novembre 2012).

³⁹ Cf. art. 9 et 10 let. e du Concordat intercantonal créant une Haute Ecole Spécialisée de Suisse occidentale (RSJU 414.71).

⁴⁰ Art. 14, 15 et 35-63 de la convention intercantonale sur la création et l'exploitation du Gymnase intercantonal de la Broye (RSF 412.1.8).

⁴¹ Art. 24 let. i du Vertrag zwischen den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt über die gemeinsame Trägerschaft der Universität Basel (SGS 664.1).

telles mesures – ou du moins leur modifications substantielles – devraient être adoptées par un législateur formel⁴².

- *Les membres de l'organe régional ne représentent pas les tendances politiques et sociales réelles* – Même lorsqu'il forme un collège important en termes de membres, la plupart des organes régionaux restent peu représentatifs de la société civile. Un tel constat s'impose évidemment lorsque les délégués sont issus de l'administration cantonale ou communale. Il s'impose parfois également lorsque les délégués appartiennent automatiquement à l'organe régional du fait qu'ils siègent au sein d'un exécutif cantonal ou communal. Prenons l'exemple des assemblées régionales des conférences régionales bernoises au sein desquelles chaque commune est représentée par son président de commune, dont la voix est pondérée en fonction du nombre d'habitants⁴³. Il est juste que les présidents de commune qui, en principe, ont été élus selon le système de la majoritaire, jouissent d'une forte légitimité démocratique⁴⁴. Toutefois, dans la mesure où un tel système tend à garantir que chaque partie du territoire soit représentée, il conduit bien souvent à une surreprésentation des régions périphériques et rurales. De plus, il n'assure pas forcément la meilleure représentativité des tendances politiques au sein de ce même territoire⁴⁵. Une distorsion de représentativité politique pourrait avoir son importance lorsque l'on sait qu'une assemblée régionale pourrait être appelée à adopter un plan de quartier régional controversé ou, comme c'est actuellement à l'étude, la réglementation relative à l'introduction de péage routier dans l'agglomération de Berne. Or, l'on pourrait à nouveau soutenir que

⁴² Voir *supra* ch. I/3. et pour les taxes universitaires, ATF 123 I 254, c. 2f, et ATF 130 I 113, c. 2.6. Pour le numerus clausus, voir ATF 121 I 22, c. 4, et l'ATF 125 I 173, c. 4c lequel retient : « *Zur Frage der Zulassungskriterien hat es damals ausgeführt, das Fehlen jeglicher Kriterien auf Gesetzesstufe sei zwar verfassungsrechtlich bedenklich, da mehrere Kriterien möglich seien; doch dürften die Anforderungen, die sich aus dem demokratischen Prinzip ergeben, nicht überspannt werden, zumal das Gesetz jederzeit vom Grossen Rat oder auf dem Weg der Volksinitiative geändert werden könne* ». Or, de telles considérations ne sont précisément plus pertinentes depuis que l'Université de Bâle est devenue un établissement intercantonal.

⁴³ Art. 148 LCo/BE.

⁴⁴ CONFÉRENCE TRIPARTITE SUR LES AGGLOMÉRATIONS CTA (édit.), *Collaboration horizontale et verticale dans les agglomérations*, Berne 2004, p. 56.

⁴⁵ Bien que l'assemblée régionale de la conférence régionale *Bern-Mittelland* soit composée de 96 présidents de communes totalisant 231 voix, 8 présidents socialistes de 8 grandes communes totalisent à eux seuls 35% des voix. Bien plus, il est probable que le parti socialiste représente en tout entre 40 et 50% des voix de l'assemblée régionale si l'on prend en compte les présidents des petites communes également membres du parti socialiste. En comparaison, dans les cercles électoraux de Berne et du Mittelland, le parti socialiste n'a pourtant réalisé qu'entre 19-24% des suffrages lors des élections cantonales de 2010. La pondération des droits de vote crée ainsi au sein de certains organes régionaux une distorsion des rapports de force au détriment des partis politiques de moyennes et de petites importances (voir ce qui précède les sites www.be.ch, www.bernmittelland.ch et les sites internet des communes membres de la conférence régionale, consultés le 20 novembre 2012).

de telles mesures devraient être prises par un « législateur formel », et non par une autre autorité bénéficiant d'une légitimité démocratique moindre⁴⁶.

3. Les droits politiques régionaux

Ensuite, on relèvera qu'il n'existe pour l'heure que peu de droits politiques au niveau régional grâce auxquels les citoyens peuvent influencer sur le droit supracantonal ou supracommunal :

- *Les membres de l'organe ne sont pas élus au scrutin direct* – On ne niera certes pas qu'il existe quelques corporations de droit public intercommunales dont les organes sont directement élus par le peuple lors de scrutin populaire. Par exemple, les membres des assemblées des délégués de certaines associations régionales d'aménagement grisonnes sont en principe élus par la population de chaque commune membre selon le système de la majoritaire⁴⁷. Cependant, dans l'immense majorité des cas, les organes des corporations ou des établissements de droit public intercantonaux ou intercommunaux ne sont pas élus par le peuple, même lorsqu'ils jouissent d'un pouvoir réglementaire étendu. Il n'existe même aucun organe intercantonal élu au scrutin populaire. Il est certes régulièrement prévu que des élus cantonaux ou communaux siègent au sein d'organes régionaux. Tout en posant malgré tout quelques problèmes au regard de la séparation des pouvoirs lorsque ce sont des membres d'exécutifs cantonaux ou communaux qui sont délégués au sein des organes régionaux, un tel procédé a au moins le mérite d'améliorer la légitimité démocratique de ceux-ci et des actes normatifs adoptés en leur sein. Il n'empêche qu'il reste difficile de considérer les législatifs régionaux comme des parlements véritablement représentatifs de la société civile tant qu'ils ne sont pas élus par le peuple. Il semble en effet que, dans le cas contraire, les délégués soient plutôt tentés de représenter les intérêts des collectivités publiques ou des organes qu'elles représentent, lesquels sont parfois habilités à leur donner des instructions et des mandats contraignants⁴⁸.

⁴⁶ MARC-OLIVIER BESSE, *Le régime des plans d'affectation - En particulier le plan de quartier*, Genève 2010, p. 277 s.; MOOR, in Commentaire LAT, N 24 ad art. 14; RUCH, in Commentaire LAT, N 16 ad art. 25.

⁴⁷ Par exemple, depuis quelques années le conseil régional de l'association de communes de la Surselva est élu au suffrage direct (cf. www.regiun-surselva.ch > downloads > Statuten, consulté le 20 novembre 2012).

⁴⁸ Voir, p. ex., l'art. 133 LCo/BE. Sur cet aspect également, cf. TANQUEREL, p. 22. S'agissant du niveau intercommunal en particulier, on pourrait même se demander si les articles 3, par. 2, et 13 de la Charte européenne de l'autonomie locale, ratifiée par la Suisse le 17 février 2005, n'imposent pas déjà une élection directe des membres des assemblées régionales; ces dispositions prévoient en effet que l'autonomie communale « est exercé[e] par des conseils ou assemblées composés de membres élus au suffrage libre, secret, égalitaire, direct et universel », étant précisé que « [l]es principes d'autonomie locale contenus dans la présente Charte s'appliquent à toutes les catégories de collectivités locales existant sur le territoire de la Partie [contractante] ».

- *Le droit régional n'est pas forcément soumis à référendum* – Le droit supracantonal secondaire – c'est-à-dire la réglementation de mise en œuvre des concordats intercantonaux – n'est jamais soumis à référendum, que ce soit à référendum facultatif ou à référendum obligatoire. Il serait pourtant imaginable d'organiser des votations intercantionales, même si un tel procédé soulèverait assurément quelques difficultés politiques et juridiques (cf. *infra* ch. III./2.). Le fait que les droits d'initiative et de référendum se soient développés massivement au niveau intercommunal en témoigne d'ailleurs. Ayant compris l'importance de permettre la participation de la population en matière de collaboration intercommunale, de nombreux cantons exigent en effet que les droits populaires garantis au niveau communal le soient aussi au sein des corporations de droit public intercommunales⁴⁹. Dès lors, il existe de plus en plus fréquemment un référendum régional qui peut être exercé par la population ou par les communes au sein des syndicats de communes ou d'autres corporations de droit public, telles que les agglomérations ou les conférences régionales. Dans certains cas plus rares, essentiellement lors de l'adoption des statuts ou du règlement d'organisation de l'organisation régionale, le référendum est même obligatoire⁵⁰. A mon sens, cette démocratisation «sur le papier» de la collaboration intercommunale est toutefois trop récente pour qu'on puisse évaluer sa véritable importance pratique. Il conviendra de s'interroger à terme sur l'équivalence du droit de référendum régional par rapport à ces ancêtres cantonaux et communaux. Il est en effet possible que ce (nouveau) droit ne puisse pas toujours être exercé avec la même facilité compte tenu de la publication éventuellement déficiente des actes (normatifs) régionaux, du nombre minimal de signatures requis et, enfin, de la durée du délai référendaire⁵¹.

III. Les conséquences sur la gouvernance régionale

Les procédures législatives régionales – c'est-à-dire intercantionales ou intercommunales – sont très souvent entachées d'un certain déficit démocratique, dans la

⁴⁹ Voir, notamment, pour les conférences régionales bernoises, art. 149-151 LCo/BE, pour les associations de communes et agglomérations fribourgeoises, art. 51 de la Constitution cantonale fribourgeoise (Cst./FR, RS 131.219) et art. 28-32 LAgg/FR, pour les syndicats d'aménagement régional zurichois, art. 93 Cst./ZH.

⁵⁰ Cf., p. ex, art. 110a al. 3 de la constitution du canton de Berne (Cst./BE, RS 131.212).

⁵¹ Voir, pour un exemple illustratif, Proposition commune du Conseil-exécutif (bernois) et de la commission, du 18 octobre 2006, relative aux modifications de la Constitution cantonale (ConstC) et de la loi sur les communes (LCo) nécessaires à la mise en œuvre de la stratégie en faveur des agglomérations et de la coopération régionale, in Journal du Grand Conseil du canton de Berne 2007, Annexe 2, p. 42 : « *Les exigences posées pour que le référendum aboutisse sont plutôt strictes; il s'agit à cet égard de permettre aux conférences régionales une prise de décisions efficace, sans pour autant exclure ni entraver de manière disproportionnée la participation démocratique.* »

mesure où l'organe régional réglementaire n'est pas forcément très représentatif et que ses actes ne sont pas forcément soumis à référendum. On peut déduire plusieurs *scenarii* de ce constat; soit que la collaboration régionale atteint aujourd'hui ses limites (*infra* ch. 1), soit que l'avenir de la collaboration régionale passe obligatoirement par le développement des droits politiques régionaux (*infra* ch. 2) et/ou que nous devons simplement modifier notre conception de la démocratie (*infra* ch. 3).

1. Des limites intrinsèques à la collaboration régionale ?

Comme déjà dit, vu le déficit démocratique dont pâtit en principe la collaboration régionale, il pourrait être dans un premier temps tentant de considérer que la collaboration intercantonale ou intercommunale touche aujourd'hui à ses limites. Il serait en quelque sorte impossible de déléguer à un organe régional le soin d'adopter des règles de droit politiquement importantes, puisqu'un tel organe ne représente en principe pas – et presque par définition – un « législateur formel ». Comme l'écrivait le Prof. Tanquerel il y a près de 12 ans déjà, « *on pourrait y voir une limite quasiment intrinsèque [de la collaboration régionale] (...) et en conclure que seule une réforme fondamentale de notre structure fédérale, notamment dans le sens des fusions entre cantons, peut réconcilier démocratie et efficacité dans la fourniture des prestations étatiques* »⁵².

Le défaut d'une telle conception que l'on pourrait qualifier de dogmatique – et que le Prof. Tanquerel qualifie, lui, de « *réductrice* »⁵³ – est qu'elle occulte le fait qu'une restructuration territoriale ne peut apporter qu'une réponse partielle au problème qui nous occupe. Presque par définition, il existera toujours des tâches dont l'accomplissement s'effectuera le plus rationnellement dans un cadre géographique ne correspondant pas aux nouvelles frontières cantonales ou communales. Une véritable restructuration territoriale paraît en outre plus difficile à mettre en œuvre, juridiquement et politiquement, que le recours à une collaboration intercantonale et intercommunale plus démocratique⁵⁴. Enfin, comme nous l'avons vu, la pratique semble s'être déjà passablement distancée de la théorie et avoir adopté une position plus pragmatique, dans la mesure où des organes régionaux adoptent déjà des normes qui, selon une vision dogmatique, devraient l'être par un parlement cantonal ou communal.

C'est pourquoi, afin d'éviter les écueils et les imperfections d'une rénovation lourde de notre système, il serait juste de ne pas fermer la porte au développement de structures de collaboration régionales souples, mais néanmoins dotées d'une forte légitimité démocratique et, partant, de compétences législatives importantes.

⁵² TANQUEREL, p. 20.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ TANQUEREL, p. 23 s.

2. Vers de nouveaux droits politiques régionaux ?

Il est certain que le déficit démocratique dont pâtit la collaboration régionale pourrait être comblée – du moins en partie – par le développement de certains droits politiques au niveau régional. C'est d'ailleurs la tendance actuelle au niveau intercommunal.

Dans la mesure où l'organe réglementaire régional serait composé de membres élus par le peuple et que la Constitution fédérale n'impose pas le référendum législatif, on lèverait peut-être beaucoup de limites posées par l'exigence démocratique à un transfert de compétences à un organe régional⁵⁵. D'un point de vue juridique, l'on pourrait soutenir que les actes d'un organe régional élu au scrutin direct valent «loi au sens formel», ce qui permettrait d'octroyer des pouvoirs relativement étendus à cet organe. L'on pourrait également soutenir, avec de bons arguments, qu'un acte normatif soumis à référendum (facultatif) doit être considéré comme une «loi formelle», même si l'organe qui l'a adopté n'est pas élu directement par la population régionale⁵⁶.

Toutefois, l'octroi de droits politiques régionaux n'est et ne sera pas toujours aisé à réaliser. D'une part, il existe et existera encore longtemps une certaine réticence politique à l'octroi de droits politiques régionaux; encore récemment, l'obligation de prévoir des droits d'initiative ou de référendum au sein des syndicats de communes a soulevé des débats relativement passionnés lors la révision de la Constitution du canton de Schwyz (nCst./SZ), finalement adoptée le 15 mai 2011⁵⁷. D'autre part, l'octroi de droits politiques régionaux risque de poser, à terme, des problèmes juridiques bien réels⁵⁸; la garantie pour chaque collectivité d'être représentée au sein des nouveaux organes régionaux crée ou créera d'importantes inégalités des droits politiques, tout comme l'organisation de votations à la double majorité au sein de nouvelles structures de collaboration. Enfin, en matière intercantonale spécifiquement, il sera probablement problématique de s'accorder sur la définition que l'on entend donner à la citoyenneté intercantonale.

⁵⁵ MARTENET, p. 287; TANQUEREL, p. 27; partiellement dans ce sens, sous réserve de la création d'un droit de référendum régional, TONDURY, p. 228.

⁵⁶ Voir d'ailleurs, sur ce point, l'arrêt du Tribunal administratif grison du 23 septembre 2010, c. 3.4, publié dans BVR 2011, p. 220 s.

⁵⁷ Voir, KR-Protokoll, Séance du 19/20 mai 2010, p. 876 s. et § 39 nCst./SZ, non encore garantie par l'Assemblée fédérale.

⁵⁸ TANQUEREL, p. 32, sous-estime d'ailleurs à mon sens les problèmes qui pourraient se poser. Sur la question de l'égalité des droits politiques régionaux, voir ELOI JEANNERAT, «Egalité des droits politiques : enjeu et limite des réformes territoriales», in TRIGO TRINDADE, RASHID BAHAR RASHID (édit.), *L'égalité de traitement, Enseignements de 3e cycle de droit 2011*, Zurich – Genève – Bâle, à paraître.

3. Vers une nouvelle conception de la démocratie ?

On peut finalement se demander s'il ne serait pas plus facile de compenser le déficit démocratique de la collaboration régionale par le développement d'autres mécanismes que l'octroi de droits politiques régionaux⁵⁹.

On pensera bien entendu à l'intégration automatique de membres élus par le peuple au sein des organes régionaux, pratique qui semble d'ailleurs déjà se généraliser. Dans la mesure où l'organe réglementaire d'une organisation régionale serait composé de représentants des parlements cantonaux ou communaux, on peut même se demander s'il existerait encore des limites posées par l'exigence démocratique à un transfert de compétences à tel organisme⁶⁰. Dans tous les cas, des mécanismes d'information et de consultation de la population et des parlements cantonaux ou communaux sont probablement appelés à se généraliser afin de mieux légitimer l'action des institutions régionales d'un point de vue démocratique. On peut à cet égard imaginer différents aménagements institutionnels, comme la publicité des délibérations des organes régionaux ou la constitution de commissions spéciales permanentes, consultatives ou de contrôles⁶¹. Les cantons romands se sont d'ores et déjà engagés à instaurer une commission intercantonale interparlementaire à chaque fois qu'ils créaient une institution intercantonale ou une organisation commune, commission qui est censées contrôler la gestion de ces dernières⁶². Enfin, on peut bien évidemment imaginer la mise sur pied de processus participatifs spécifiques lors de l'élaboration du droit régional (*work shops*, etc.).

Considérées séparément, de telles mesures ne fourniront probablement jamais au droit régional – supracantonal ou supracommunal – la même légitimité démocratique que celle dont bénéficient aujourd'hui les législations cantonales et communales « ordinaires ». Chacune d'elles représente toutefois un pas dans la bonne direction qui, cumulé, permet ou permettrait d'assurer une information et une participation adéquates de la population et des parlements à l'élaboration du droit ré-

⁵⁹ Voir, sur une idée comparable en matière de collaboration intercantonale, BERNHARD WALDMANN, « Föderalismus unter Druck, Eine Skizze von Problemfeldern und Herausforderungen für den Föderalismus » in der Schweiz, in MARKUS GREDIG/RAPHAËL MAHAIM/THOMAS MEIER/RICCARDA MELCHIOR/ANDREAS STÖCKLI (édit.), *Föderalismus/Grundrechte/Verwaltung – Festschrift für Peter Hänni*, Berne 2010, p. 3-23, spéc. 14 s.

⁶⁰ Voir aussi AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2000), N 1590; TANQUEREL, p. 27.

⁶¹ ABDERHALDEN, p. 13; ANDREA IFF/FRITZ SAGER/EVA HERRMANN/ROLF WIRZ, *Interkantonale und interkommunale Zusammenarbeit, Defizite bezüglich parlamentarischer und direktdemokratischer Mitwirkung (unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Bern)*, *Schlussbericht*, Berne 2009, p. 113-165.

⁶² Voir la Convention intercantonale du 5 mars 2010 relative à la participation des Parlements cantonaux dans le cadre de l'élaboration, de la ratification, de l'exécution et de la modification des conventions intercantionales et des traités des cantons avec l'étranger (Convention sur la participation des parlements, CoParl), consultable sur www.cgso.ch > Documents, le 20 novembre 2012).

gional⁶³. Fort de cette légitimité, celui-ci pourrait alors apparaître comme une base légale suffisamment démocratique – au sens de l’art. 51 Cst. – pour équivaloir à une «base légale formelle». *A priori*, une telle conclusion ne constituerait pas une révolution jurisprudentielle compte tenu de la définition quelque peu mouvante de la «loi formelle» (cf. *supra* ch. I./3.). Rappelons que les juges de Mon-Repos ont déjà expressément reconnu qu’une information et une participation adéquates de la population à l’élaboration d’un acte pouvaient compenser le fait que son adoption soit soustraite à l’organe législatif⁶⁴. Enfin, la jurisprudence a toujours apprécié avec une certaine mansuétude les délégations législatives aux organes bénéficiant d’une forte légitimité démocratique de même que celles qui tendent à favoriser la coordination intercantonale⁶⁵.

Conclusion

La notion de «loi formelle» est, à y regarder de plus près, bien plus complexe qu’elle ne peut le paraître. Les étudiants en droit oublient d’ailleurs très souvent qu’un règlement communal de même qu’un concordat intercantonal, voire la coutume, peuvent représenter des «lois formelles», ce à l’instar de n’importe quelle loi fédérale ou cantonale.

En l’état et au vu de la jurisprudence actuelle, il ne semble même pas exclu qu’un organe législatif régional – supracantonal ou supracommunal – puisse également passer pour un «législateur formel», c’est-à-dire édicter des règles de droit valant comme «loi au sens formel», pour autant néanmoins que l’on considère que les normes adoptées jouissent d’une légitimité démocratique particulière. *A priori*, une telle solution n’est en tout cas pas contraire, en soi, à la Constitution fédérale qui se contente d’exiger, à son art. 51 Cst., que les cantons se dotent d’une organisation démocratique. Surtout, elle serait respectueuse du principe d’autonomie d’organisation des cantons consacré à l’art. 47 Cst.

En l’état, il appartiendrait donc à la jurisprudence – notamment fédérale – de trancher cette question qui revient en définitive à opérer une pesée d’intérêts entre idéal démocratique et fédéralisme/communalisme coopératif⁶⁶. Et, à l’heure où de nombreuses collectivités publiques éprouvent toujours plus de peine à assumer seules l’ensemble de leurs tâches et où un bénéfice important peut être tiré d’une intégration régionale aboutie, il pourrait être opportun de faire preuve d’une certaine souplesse – à l’instar de certaines jurisprudences cantonales – quant à la

⁶³ ABDERHALDEN, p. 14.

⁶⁴ Voir, l’arrêt du Tribunal fédéral du 25 août 1998, publié dans la RDAF 1999 I p. 56, c. 2b.

⁶⁵ Voir, dans ce sens, ATF 104 Ia 336, c. 4b, ATF 106 Ia 201, c. 4c, et COTTIER, p. 184 s. Voir aussi ATF 125 I 173, c. 4d.

⁶⁶ Sur la pesée des intérêts, cf., en général, SALADIN, in *Kommentar Cst.*, N 248 ad art. 3, et, en particulier dans ce sens, BERNHARD WALDMANN, p. 14 s., et MÜLLER, p. 755.

définition de ce qu'est réellement un «législateur formel». A tout le moins, il s'agit là d'une option intéressante qu'il serait absurde de ne pas envisager⁶⁷.

⁶⁷ MARTENET, p. 285 s.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2000), N 1590.

Bibliographie

- ABDERHALDEN URSULA, « Verfassungsrechtliche Überlegungen zur interkantonalen Rechtsetzung », in *LeGes* 2006/1, p. 9-20.
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS, « La loi en droit neuchâtelois », in AUER ANDREAS/KÄLIN WALTER, *Das Gesetz im Staatsrecht der Kantone – La loi en droit public cantonal*, Coire/Zurich 1991, p. 193-202.
- AUER ANDREAS, « La notion de loi en droit cantonal : Carrefour du fédéralisme et de la démocratie suisses », in AUER ANDREAS/KÄLIN WALTER, *Das Gesetz im Staatsrecht der Kantone – La loi en droit public cantonal*, Coire/Zurich 1991, p. 21-34.
- AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse, Volume I, L'Etat*, 1^{ère} édition, Berne 2000.
- AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse, Volume I, L'Etat*, 2^e édition, Berne 2006.
- BESSE MARC-OLIVIER, *Le régime des plans d'affectation - En particulier le plan de quartier*, Genève 2010.
- BOEGLI LAURENCE, « Les concordats intercantonaux: Quels enjeux pour la démocratie, Travaux de cours et mémoires de l'IDHEP 12/1999 », Chavannes-près-Renens 1998.
- CONFÉRENCE TRIPARTITE SUR LES AGGLOMÉRATIONS CTA (éd.), *Collaboration horizontale et verticale dans les agglomérations*, Berne 2004.
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la Réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT) du 14 novembre 2001, in *FF* 2002, p. 2157-2414.
- COTTIER THOMAS, *Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage*, Thèse, Diessenhofen 1983.
- FEUZ ROLAND, *Materielle Gesetzesbegriffe, Inhalt und Tragweite. Dargestellt insbesondere anhand von Art. 164 Abs. 1 der neuen Bundesverfassung*, Berne 2002.
- HÄFELIN ULRICH, Commentaire de l'art. 7 Cst., in AUBERT JEAN-FRANÇOIS/EICHENBERGER KURT/MÜLLER JÖRG PAUL/RHINOW RENÉ A./SCHINDLER DIETRICH (éd.), *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874*, Berne 1989.
- HIRTER HANS, « Die Grösse eines Parlaments aus politologischer Sicht », in *Parlament, Parlement, Parlamento* 1/04, p. 4 s.
- IFF ANDREA/SAGER FRITZ/HERRMANN EVA/WIRZ ROLF, *Interkantonale und interkommunale Zusammenarbeit, Defizite bezüglich parlamentarischer und direktdemokratischer Mitwirkung (unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Bern)*, Schlussbericht, Berne 2009.
- JAAG TOBIAS, « Die Verordnung im Schweizerischen Recht », in *ZBI* 2011, p. 629-659.
- MARTENET VINCENT, *L'autonomie constitutionnelle des cantons*, Thèse, Bâle 1999.

- MOOR PIERRE, Commentaire de l'art. 14 LAT, in AEMISEGGER HEINZ/KUTTLER ALFRED/MOOR PIERRE/RUCH ALEXANDER (éd.), *Commentaire de la Loi fédérale sur l'aménagement du territoire LAT*, Zurich 1999.
- MORARD MARTINE, « Les systèmes de rémunération applicables à la fonction publique : exemple du canton de Fribourg », in RFJ 2004, p. 201-224.
- MÜLLER GEORG, « Legalitätsprinzip und kantonale Verfassungsautonomie », in HALLER WALTER/KÖLZ ALFRED/MÜLLER GEORG/THÜRER DANIEL (éd.), *Im Dienst an der Gemeinschaft, Festschrift Dietrich Schindler*, Bâle/Francfort 1989, p. 747-757.
- RUCH ALEXANDER, Commentaire de l'art. 25 LAT, in AEMISEGGER HEINZ/KUTTLER ALFRED/MOOR PIERRE/RUCH ALEXANDER (éd.), *Commentaire de la Loi fédérale sur l'aménagement du territoire LAT*, Zurich 1999.
- SALADIN PETER, Commentaire de l'art. 2 Cst., in JEAN-FRANÇOIS AUBERT/EICHENBERGER KURT/ JÖRG PAUL MÜLLER/RHINOW RENÉ A./SCHINDLER DIETRICH (éd.), *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874*, Berne 1986.
- SCHMIDT NOËL ALINE, *La limitation des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé*, Thèse, Neuchâtel 2011.
- SUTTER-SOMM KARIN, Legalitätsprinzip und New Public Management (NPM), in LeGes 2/3 1998, p. 47-61.
- TANQUEREL THIERRY, « L'établissement public démocratisé: un modèle pour la collaboration intercantonale ? », in RDAF 2001 I, p. 17-35.
- TÖNDURY ANDREA MARCEL, *Bundesstaatliche Einheit und kantonale Demokratie, Die Gewährleistung der Kantonsverfassungen nach Art. 51 BV*, Thèse, Zurich 2004.
- UHLMANN FELIX, « Das Verordnungsveto – eine Auslegeordnung », in *Parlament, Parlamento* 2/10, p. 4-7.
- UHLMANN FELIX/ZEHNDER VITAL, « Rechtsetzung durch Konkordate », in LeGes 2011, p. 9-33.
- WALDMANN BERNHARD, « Föderalismus unter Druck, Eine Skizze von Problemfeldern und Herausforderungen für den Föderalismus in der Schweiz », in GREDIG MARKUS/MAHAIM RAPHAËL/MEIER THOMAS/MELCHIOR RICCARDA/STÖCKLI ANDREAS, *Föderalismus/Grundrechte/Verwaltung – Festschrift für Peter Hänni*, Berne 2010, p. 3-23.
- WIEDERKEHR RENÉ, « Funktionale Regionen im Rahmen der Bundestaatsordnung - Dargestellt anhand neuer Reformprojekte in der Schweiz », in ZBl 2002, p. 617-647.
- WIEDERKEHR RENÉ, « Die Wesentlichkeitstheorie gemäss Art. 164 BV im Lichte der Verwaltungspraxis », in *recht* 2007, p. 25-39.